

I dca 203.

DIE OBLIGATIONEN

IM

RÖMISCHEN UND HEUTIGEN RECHT

UND DAS

Cislo 2003 / I.

JUS EXTRAORDINARIUM DER RÖMISCHEN KAISERZEIT.

Spisane: 2202 - I

ZWEI ABHANDLUNGEN

VON

DR. JOHANNES EMIL KUNTZE,

ORD. PROF. D. RECHTSWISSENSCHAFT A. D. UNIVERSITÄT LEIPZIG.

Inv. čis: 103

Sign: 46



LEIPZIG,

J. C. HINRICHS'SCHE BUCHHANDLUNG.

1886.

V o r w o r t.

Die Verbindung der beiden Abhandlungen in Einer Schrift hat zum Theil äusserliche, mehr dem Zufall angehörige, zum Theil aber innere Gründe, denn beide sollen den Zusammenhang des Historischen und des Dogmatischen vor Augen führen und den Blick auf die römische Kaiserzeit lenken. Um mir und dem Leser beiläufige Ausführungen möglichst zu ersparen, habe ich die zwei Bände meines Werkes über römisches Recht (Cursus und Excursus) oft citirt, und zwar, wie ich hier ein für alle Mal bemerke, nach der 2. Auflage (1879. 1880).

Die zwei neueren Specialuntersuchungen über die Obligatio — von Ziebarth (1866) und von Hartmann (1875) — haben das gemeinsame, dass sie von einem einzelnen Unterbegriff ausgehen, die erstere von der Miethe, die andere von dem *concursum duarum causarum lucretivarum*. Ein solcher Ausgangspunkt bietet gewisse Vortheile; er trägt zur Belebung des Ganges der Untersuchung bei und richtet den Blick auf die praktischen Ziele der Wissenschaft. Allein er hat auch seine Gefahren, denn gar leicht geräth dabei das Allgemeine in Abhängigkeit von dem Besonderen; das Schliessen vom Theil auf das Ganze ist schwieriger, als vom Ganzen auf den Theil, und wer einen grossen Zusammenhang im Ganzen umspannen will, muss mit weitreichenden Mitteln operiren, wie sie nur aus dem Ganzen und aus den Grundlagen zu gewinnen sind. Von dieser Erwägung geleitet, habe ich die Obligatio an der Wurzel zu greifen, von allen Seiten grundsätzlich zu umfassen gesucht und es dem



Gänge der Untersuchung überlassen, vom Ganzen auf Einzelnes zu kommen. Ich konnte hierbei alten und fast bis zum Ueberdruss behandelten Fragen nicht ausweichen; aber dass die alten Fragen immer noch brennende sind, hat eine Reihe von Arbeiten jüngsten Datums (von Unger, Ihering, Waldner, Hölder, Mitteis, Danz) bewiesen, welche zum Theil nur beiläufig von mir noch in Betracht gezogen werden konnten. — Einfacher lag für mich die in der zweiten Abhandlung gestellte Aufgabe.

Ich gestatte mir, die vier Punkte herauszuheben, auf welche ich das Hauptgewicht lege: 1) die Unterscheidung dreier constructiver Elemente im Organismus der Obligatio (§ 22 ff.); 2) die Unterscheidung der obligatorischen Singularsuccession von der Cession und der Novation (§ 46 ff.); 3) die Auffassung des *jus extraordinarium* als privatrechtlichen Ausdrucks eines Umschwungs in der socialen Weltanschauung der Kaiserzeit (§ 41 ff. § 65 ff.); 4) die Parallelisirung des kaiserlichen Staatsrechts mit dem privatrechtlichen *jus extraordinarium* (§ 67 ff.).

Leipzig, im Juli 1886.

Dr. J. E. Kuntze.

Inhalt.

Einleitung.

Die beiden Themata.

	Seite
§ 1. Die römische Kaiserzeit und Rechtswissenschaft	1
§ 2. Die Obligatio bei den Römern	4
§ 3. Das <i>jus extraordinarium</i> der Kaiserzeit	7

Erste Abhandlung.

Die Obligationen im römischen und heutigen Recht.

I. Kapitel.

Die Geschichte der Obligatio.

§ 4. I. Geschichtliche Uebersicht	12
§ 5. II. Die archaische Stufe der Obligatio	17
§ 6. III. Die klassische oder civilisirte Obligatio	21
§ 7. Fortsetzung. Die lex Poetelia	27
§ 8. IV. Die Entfaltung der klassischen Obligatio	31

II. Kapitel.

Die Verbreitung der Obligatio.

§ 9. I. Die Obligatio auf dem Boden des Sachenrechts	35
§ 10. II. Die Obligatio auf dem Boden des Familien- und Erbrechts	42
§ 11. III. Die Obligatio in den übrigen Rechtsgebieten	45
§ 12. IV. Die Obligatio aus angebornen Rechten. Corollar	50

III. Kapitel.

Obligatio und Anspruch.

§ 13. I. Die Windscheidsche Anspruchstheorie	56
§ 14. II. Der Anspruch in der Doctrin	58
§ 15. III. Der Anspruch in der Gesetzgebung	62

VI	Inhalt.	Seite
§ 16.	IV. Die begriffliche Grundlage des Anspruchs (Feststellung, Geltendmachung, <i>actio, condemnatio</i>)	67
§ 17.	V. Unterscheidung von Recht und Anspruch	74
§ 18.	VI. Unterscheidung der sachenrechtlichen, obligatorischen und familienrechtlichen Ansprüche	78
§ 19.	VII. Der Anspruch in seiner Anwendung	82
§ 20.	VIII. Anspruch und Klagrecht	85

IV. Kapitel.

Die Structur der Obligatio.

§ 21.	I. Vorbetrachtung	90
§ 22.	II. Die Basis der Construction	95
§ 23.	III. Das Obligationsobjekt	99
§ 24.	IV. Der Obligationsinhalt	106
§ 25.	V. Das Leistungsobjekt	113
§ 26.	VI. Die Obligatio in der Zwangsvollstreckung	117
§ 27.	VII. Schlussbetrachtung und Nutzanwendung	121

V. Kapitel.

Einige Configurationen der Obligatio. Novation und Korrealität.

§ 28.	I. Allgemeines	125
	II. Die Novation.	
§ 29.	1. Das Wesen derselben	129
§ 30.	2. Unterscheidung der Novation von ähnlichen Erscheinungen	134
§ 31.	3. Die Novation im heutigen Recht	138
§ 32.	III. Die Korrealobligation.	
	1. Die neuere Doctrin (Ribbentrop und Keller)	141
§ 33.	Fortsetzung (Savigny, Brinz, Fitting, Hasse, Siebenhaar, Landucci)	145
§ 34.	Fortsetzung (Fritz, Bekker, Unger, Hölder)	147
§ 35.	2. Das Wesen der Korrealobligation	153
§ 36.	3. Die einzelnen Tilgungsgründe (<i>solutio, acceptilatio, novatio, constitutum, iusjurandum</i>)	157
§ 37.	Fortsetzung (<i>litiscontestatio</i> und <i>confusio</i>)	161
§ 38.	4. Die Gesammthand und die s. g. einfache Solidarobligation	166
§ 39.	5. Vertheidigung der aufgestellten Pluralitätstheorie gegenüber Windscheid und Brinz	170
§ 40.	6. Das Solidar- oder Korrealverhältniss im heutigen Recht	177

VI. Kapitel.

Die extraordinäre Obligatio.

		Seite
§ 41.	I. Die <i>obligatio cognitionalis</i>	186
	II. Die <i>obligatio naturalis</i> .	
§ 42.	1. Die Grundlage des Begriffs	192
§ 43.	2. Die <i>obligatio servilis</i>	198
§ 44.	3. Die theoretischen Naturalobligationen. Heutiges Recht	202

VII. Kapitel.

Die negociable Skripturobligatio.

§ 45.	I. Die Novation und Cession	206
§ 46.	II. Die obligatorische Singularsuccession	212
§ 47.	III. Die Skripturobligatio	221
§ 48.	IV. Die obligatorische Kreation	228
§ 49.	V. Die obligatorische Circulation	233
§ 50.	VI. Schlussbetrachtung	238

Zweite Abhandlung.

Das jus extraordinarium der römischen Kaiserzeit.

I. Kapitel.

Das Allgemeine.

§ 51.	I. Das Thema	245
§ 52.	II. Die bisherige Lehre	250
§ 53.	III. Die Vorstufen des neuen Systems	256
§ 54.	IV. Phantasien	263
§ 55.	V. Die Aussprüche der römischen Juristen	268
§ 56.	VI. Die Quellen des <i>jus extraordinarium</i>	280
§ 57.	Fortsetzung.	
§ 58.	VII. Die Literatur des <i>jus extraordinarium</i>	291
§ 59.	VIII. Das secundäre Civil- und Honorarrecht	296

II. Kapitel.

Die einzelnen Zweige des neuen Systems.

	I. Das <i>jus extraordinarium</i> im engeren Sinne.	
§ 60.	1. Die materiellrechtliche Natur desselben	304
§ 61.	2. Das Recht aus Senatsconsulten	310
§ 62.	3. Das Constitutionenrecht	320
§ 63.	Fortsetzung	331
§ 64.	4. Das Juristenrecht	336

		Seite
§ 65.	II. Das <i>jus naturale</i>	340
§ 66.	III. Das <i>jus militare</i>	347
	IV. Das <i>jus publicum</i> des Augustus.	
§ 67.	1. Der geschichtliche Gesichtspunkt	353
§ 68.	2. Der dogmatische Gesichtspunkt	366
§ 69.	3. Kaisererlasse. Kaisersuccession. Corollar	375
§ 70.	V. Schlussbetrachtung	388

Einleitung.

Die beiden Themata.

§ 1.

Die römische Kaiserzeit und Rechtswissenschaft.

I. Das Bild, welches wir uns von der Jurisprudenz der Römer machen, ist durchaus den ersten Jahrhunderten der Kaiserzeit entnommen. Von der Jurisprudenz der *Veteres* wissen wir sehr wenig, und das Wenige nöthigt uns zu dem Schlusse, dass diese Jurisprudenz, mit unserem Maassstab gemessen, nicht viel mehr als eine beschränkte Exegese und Kasuistik war; zwar eine von bedeutenden Impulsen des Denkens und Ordnen's getragene, aber diese Impulse scheinen doch mehr instinktiver, als wissenschaftlich bewusster Art und mehr auf einzelne Gesichtspunkte, als auf principielle und generalisirende Zusammenfassungen gerichtet gewesen zu seyn. Dies lässt sich beispielsweise aus Aussprüchen (Responsen) des Brutus und des Aquilius Gallus erkennen, von welchen die Nachwelt zu erzählen wusste, und auch die *regula Catoniana* scheint mir am besten hieraus erklärlich zu seyn¹⁾.

Inwieweit der Nichtjurist Cicero Recht hat, wenn er vom Servius Sulpicius Rufus, seinem Zeitgenossen, sagt²⁾, er habe die *juris scientia* zur *ars* erhoben, lässt sich schwer feststellen; bezeichnend

¹⁾ Man hat gefragt, warum die *regula Catoniana* für Vermächtnisse im römischen Recht besonders bestehe neben der allgemeinen, Alles enthaltenden Paulinischen Regel: *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*. Ich antworte: der vornehmste Grund ist, dass die römische Jurisprudenz zu Cato's Zeit noch nicht gewöhnt und fähig war, so, wie zu Paulus Zeit zu generalisiren; sie sprach den Satz zuerst nur da aus, wo (wegen der Abhängigkeit des Legats vom belasteten Erben) am leichtesten gezweifelt werden konnte, und der Satz blieb dann als etwas für sich bestehen. Fr. 29. de R. J.; fr. 1. de reg. Caton. (34, 7).

²⁾ Brutus 41.

ist aber, dass so oft er auch in Justinian's Digesten citirt vorkommt, doch aus seinen Schriften dort kein einziges Fragment und aus dem die Leistungen seiner Schule (*Servii auditores*) zusammenfassenden Thesaurus des Aufidius Namusa nur sehr wenige Fragmente entnommen sind. Hierin liegt die Schätzung deutlich vor, dass die *Veteres* nur eine Vorstufe der klassischen Jurisprudenz waren.

Diese selbst beginnt erst mit des Augustus Zeitgenossen Labeo, welcher die Rechtswissenschaft mit so bedeutenden und zahlreichen Initiativen bereicherte, dass nun erst eine Wissenschaft höheren Styls zu Tage kam, in Vergleichung mit welcher die vorhergehende Periode nur wie Morgendämmerung erscheinen kann. Es war eine Zeit verhältnissmässiger Ruhe, welche den wissenschaftlichen Trieben zu Gute kam. Die gewaltige Revolution, welche damit ihr Ende erreichte, trennte die neue Zeit durch eine so breite Kluft von der alten, dass die Schöpfungen dieser, in eine objektive Ferne gerückt, zu einem ruhigen Objekt für die Wissenschaft geworden waren, und ein Theil der Capacitäten, abgeschreckt oder entfremdet neben dem neuen Staatswesen stehend, suchte Befriedigung darin, dass die staatsmännische Praxis mit der juristischen Theorie vertauscht wurde. Dazu kam, dass die grosse sociale Reformgesetzgebung August's, welche gar tief in den bisherigen Organismus des Rechtswesens einschneidet, das Nachdenken mächtig und nachhaltig herausforderte, weil es galt, die neuen Institute und Begriffe mit den Consequenzen des alten Systems in erträglichen Einklang oder doch dazu in ein klares Verhältniss zu setzen. Auch war durch die neue Centralisation des Reichs das Interesse der Peregrinenwelt dem Römerrecht näher gerückt, die Peregrinen aber standen der römischen Rechts tradition freier und objektiver gegenüber, und der Einfluss ihrer Gedanken half den Römern selbst mit zur Erlösung aus ihrer nationalen Gebundenheit, d. h. zur Herrschaft freier Gedanken über das ererbte Recht.

II. Dieser Zeit ist auch dermalen das Interesse unserer Geschichtsforscher ganz besonders zugewendet. Was an dieser Stelle der Weltgeschichte den Forschersinn reizt und fesselt, ist nicht bloss das ungewöhnliche und räthselvolle Schauspiel des beginnenden Geisterkampfes zwischen Christen- und Heidenthum, welches lange noch gleichsam hinter den Coullissen bleibt, sondern die Gleichartigkeit zweier Zeiten, die Verwandtschaft unserer modernen Gegenwart mit jener Zeit der erlahmenden Antike. Hier wie dort im Grossen und Ganzen fast die gleichen Probleme und Triebe, Zeiten alternder

Schöpferkraft und auflebender Intelligenz. Gedanken treten an die Stelle der Entschlüsse, die Wissenschaft wird eine Macht. Da erlebt man auch in Rom, dass aus dem Volke der Energie Männer der Intelligenz erstehen, die Wissenschaft zu einer Rechtsquelle wird, und zum ersten Mal eine wahre Rechtswissenschaft, eine Rechtswissenschaft von weltgeschichtlicher Bedeutung, erblüht.

Das römische Recht wäre uns ein verlorener Welttheil geblieben, wenn nicht zu ihm die Rechtswissenschaft der Kaiserzeit hinzugekommen wäre, denn sie hat es uns überliefert und vermittelt, wir sehen das römische Recht fast nur mit den Augen der römischen Rechtswissenschaft, und der Rechtstrieb des Volksthums hat sich da mit der Gedankenarbeit des Juristenstandes so unzertrennlich verschlungen, dass der Accent, welcher eben deshalb für den rechtsgeschichtlichen Forscher auf dieser Zeit ruht, bedeutende Schwierigkeiten bietet.

III. Die Aufgabe, welche der römischen Rechtswissenschaft der Kaiserzeit zufiel, war eine mehrfache. Vor Allem musste die von Sextus Aelius Paetus (Consul 198 v. Chr.) und P. Mucius Scaevola (Consul 133) begonnene systematische Verarbeitung des *jus civile* zu Ende geführt werden. Hieran schloss sich die schwierigere Aufgabe, die Arbeit, welche von Sulpicius Rufus und Ofilius zuerst in Angriff genommen war, fortzusetzen, nämlich die freieren Züge des prätorischen Edicts in wissenschaftlichen Rahmen zu bringen und hinter dem processualen Apparat der *jurisdictio* dogmatische Körper von bleibendem Werth, z. B. hinter den *actiones* des formellen Rechts die *obligationes* des materiellen Rechts hervorzuholen. Und so weit die Kaiserzeit die alten Fäden des *jus civile* und *honorarium* weiter spann, musste auch dieser neue Stoff in das juristische Gedankensystem eingefügt werden. Aber schwieriger noch, als die *elegantia juris*, welche hierbei in Frage kam, war die wissenschaftliche Vergeistigung derjenigen neuen Stoffe, in welchen die Bahn der antiken Tradition gänzlich verlassen schien, und bewährte Fundamente der römischen Rechtswelt der kaiserlichen und kosmopolitischen Utilitätsmaxime geopfert wurden. Hier fühlte man sich „*extra ordinem*“, d. h. ausserhalb des antiken Rahmens der Rechtsordnung, und doch musste auch in diesem Gebiete eine juristische Gedankenordnung geschaffen werden, wenn nicht die Grundpfeiler der Rechtswissenschaft überhaupt als gesprengt und zerbrochen erscheinen sollten.

Aus diesen Erscheinungen greife ich einmal die Verarbeitung des Obligationsbegriffs heraus, um an ihr das Verhalten der römischen

Rechtswissenschaft zu einem traditionellen antiken Stoffe zu zeigen — gerade den Obligationsbegriff, aus Gründen, welche nachher anzugeben sind —, und sodann will ich den Leser mit der zuletzt genannten That der römischen Rechtswissenschaft beschäftigen und zu zeigen suchen, inwiefern im *jus privatum* und *publicum* ein Hinausschreiten über die Linien des alten römischen Gedankensystems erkennbar; auch den Römern selbst schon bewusst gewesen ist, und inwiefern dieses Hinausschreiten selbst wieder zu einem System, dem jüngsten in der römischen Rechtswelt, geführt hat.

§ 2.

Die Obligatio bei den Römern.

I. Warum ich die Obligatio herausgreife, um an ihr die Haltung und Leistung der Jurisprudenz der Kaiserzeit deutlich zu machen? Auf diese Frage antworte ich zunächst durch einen Hinweis auf das weltgeschichtliche Verhältniss, in welchem Sachenrecht und Obligationenrecht zu einander stehen. Das Sachenrecht kann der Prototyp einer Epoche des Rechtslebens, das Obligationenrecht der Prototyp einer anderen Epoche genannt werden. Jene ist die frühere, diese die spätere. Dieses geschichtliche Verhältniss tritt namentlich auf antikrömischem Boden uns entgegen, wo viele Spuren darauf hinführen, dass ursprünglich alles Privatrecht (so zu sagen) sachenrechtlich concipirt war, während die Ausbildung der Obligationen jüngeren Datums ist. Es ist den Römern nur dies charakteristisch, dass sie diese Ausbildung verhältnissmässig zeitig begannen, entsprechend der frühzeitig beginnenden Entwicklung der Geldwirthschaft, denn immer entsprechen sich Geld und Obligatio, Geldwirthschaft und Obligationenrecht; das sind sociale Kulturfaktoren von verwandtem Geist.

Immer mehr verlegt sich im Fortgange der römischen Rechtsgeschichte der Schwerpunkt des Rechtslebens nach der Seite des Obligationenrechts hin; in der Kaiserzeit scheint es fast, als ob das ganze Privatrecht und weiter noch andere Theile des Rechts obligationsmässiges Gepräge annehmen wollten, und die Obligatio mit ihren dehnbaren und elastischen Linien das ganze Rechtssystem zu umspannen vermöchte. Jedenfalls ist sie da die weitaus hervorragendste Gestalt, die Lieblingsfigur der römischen Jurisprudenz, der unbestreitbare Prototyp in der immer reicher sich belebenden Welt der Rechtsverhältnisse.

II. Mit dem Gesagten hängt ein Anderes zusammen. Jedes grosse Volk hat eine grösste unter seinen Leistungen. Den Griechen war die Skulptur, die Statue, die menschliche Gestalt in Marmor oder Erz ihr höchstes Ziel, ihre vollendetste Leistung, ihre grösste That; in diesem Kunstzweig bleiben sie unerreichbar, sind sie dem Ideal am nächsten gekommen. In Baukunst und Malerei, in Dichtung und Musik haben andere Völker Ebenbürtiges oder Höheres geschaffen, aber vor einer klassischen Statue Griechenlands sinkt allen Zeiten der Meisel zur Erde. Genau so ist's meiner Ansicht nach mit der Obligatio der Römer. Sie ist recht eigentlich ihre Schöpfung. An der Obligatio zeigt sich ihre juristische Meisterschaft am höchsten, kein anderes Volk ist zu einem so abgeklärten Begriff der Obligatio gelangt, sie ist ein ebenso feiner als fester Rechtsbegriff, ein ebenso vollendeter als brauchbarer Lebensfaktor. Keine Rechtskultur wird der Obligatio so, wie sie ist, entbehren können, keine Zeit in dieser Richtung Vollkommeneres erfinden. Wie mancherlei ist nicht am römischen Eigenthumsbegriff mit seinem rücksichtslosen Absolutismus, am römischen Pfandrechte mit seiner Gleichgültigkeit gegen den Unterschied von Immobilie und Mobilie und mit seinem Kleben an der accessorigen Qualität und nun gar am römischen Familien- und Erbrecht mit ihren auf finanzielle Zielpunkte reducirten und durch und durch calculirenden Rechtssätzen gewandelt, beschnitten und umgemodelt worden!

Nur die Obligatio steht fast unangetastet und ist eine fast übergeschichtliche Erscheinung. Wir haben sie in zahllosen Anwendungen genau so, wie die Römer, und sie wird tausend neuen Bedürfnissen gerecht. An die Stelle der Frohnden und anderer Subjectionsverhältnisse sind Obligationen römischen Styls getreten, Institute von ursprünglich entschieden sachenrechtlicher Natur, wie die Reallast, haben sich gefallen lassen müssen, in den romanistischen Rahmen der Obligatio gespannt zu werden. Wir sehen also, dass der Obligatio auch Etwas von der Eroberungskraft Roms innewohnt, und wenn wir heute von einer den Römern unbekanntem obligatorischen Singularsuccession (neben Novation und Cession) reden und im modernen Circulationspapier die Obligatio mit einer Art Körper (als Vehikel für den Verkehr) überkleidet haben, so geschieht das doch ganz unbeschadet der Natur der Obligatio, ja dieselbe ist gerade durch die Hand der Römer so zweckmässig und handlich organisirt worden, dass sie die Begriffe der Singularsuccession und der *Negotiabilität* nicht bloss trefflich zu ertragen vermag, sondern zu ihrer präzisen und functionsfähigen Ausbildung Motiv und Norm gibt.

Ist es hiernach wohl zu verwundern, dass die Obligatio im römischen Rechtsleben einen immer weiteren Raum einnahm, dass der Verkehr der Kaiserzeit immer mehr obligatorische Form empfing, dass der Obligatio da gleichsam das Scepter des Privatrechts in die Hand gelegt ward, dass sie die Lieblingsfigur des Juristenvolkes und, wie ich schon sagte, die Lieblingsfigur auch des Juristenstandes, der römischen Jurisprudenz wurde? Ohne die Obligatio lässt sich kein genügendes Bild von dem Leben der römischen Kaiserzeit entwerfen. Rom ohne die Obligatio wäre ein Hellas ohne die Statue. So rechtfertigt sich das Herausgreifen der Obligatio, wenn es sich um die juristische Schilderung jener Epoche handelt.

III. Endlich wenn auf Einzelnes unser Blick fällt, welche Fülle von Erscheinungen, Variationen und Modalitäten weist die Geschichte der römischen Obligatio auf von dem *nexum* und der *sponsio* an mit ihren theils plumpen, theils supranaturalen Zügen im Anfang bis hinauf zu den duftgätherischen und kaum greifbaren Gestalten der *naturalis obligatio* und *querela servi adversus dominum*, zu welchen es die verfeinerte Rechtswissenschaft im Bunde mit der fortschreitenden Humanität der Kaiserzeit brachte! Das sind noch Schöpfungen, Schöpfungen in einer Zeit erlahmenden Schöpfersinns und hereinschleichenden Greisenthums, welche uns Bewunderung einflössen vor der Zähigkeit und Wucht des römischen Geistes inmitten eines Meers frivoler Genusssucht und leichtsinniger Augenblickspolitik.

Die Geschichte der Obligatio zeigt eine Stufenfolge der Entwicklung, welche von rohen kindlichen Anfängen zu reinster und freier Höhe führt; jede Periode brachte diesem Lieblingskinde Roms eine neue Mitgift zu, durch welche sie immer behender und schmiegsamer wurde. Nachdem die ursprüngliche Schwerfälligkeit überwunden war, stellte sich die *verborum figura* (in Frage und Antwort gegliedert) als der normale und klassische Ausdruck der Obligatio für ein halbes Jahrtausend fest; in der *stipulatio*, mit der *fidejussio* und *acceptilatio* zur Seite, liegt eine ganze Charakteristik des Römerthums, und es ist überaus lehrreich, zu beobachten, wie vorsichtig und langsam die Römer sich über jene zarte und doch plastische Form hinwegsetzten. Die *stipulatio* schien zur Obligatio, wie der Stil zur Blume zu gehören; wer möchte beide trennen? Der Consensualcontract und das prätorische *pactum* mussten diesem Rechtssinn fast wie Blumen ohne Stil erscheinen; war nicht Gefahr, mit dem Stil auch die Blume zu verlieren? Darum die ängstliche Sorgfalt Labeo's und seiner Schule, mit welcher sie den im Inno-

minatcontractsystem auftauchenden freien Gedanken einschränkten, und die verhältnissmässig späte, erst durch Papinian und Septimius Severus vermittelte Erscheinung, dass das Princip der Urkundlichkeit bei den Verpflichtungen *inter praesentes* dem mündlichen Stipulirakte untergeschoben wurde.) Man sieht es dieser Art des Weiterschreitens an, dass die Römer hier sich nicht mehr in der Bahn ihres nationalen Geistes fühlten und gleichsam das Programm der Klassicität verliessen.

Mit diesem Gedanken soll uns der folgende Paragraph vertraut machen.

§ 3.

Das jus extraordinarium der Kaiserzeit.

I. Mit der Kaiserzeit tritt das klassische Heidenthum in die Periode allmählicher Zersetzung. Es rafft seine letzten Kräfte zu Schöpfungen eklektischen Styls zusammen, aber es verlässt auch die gerade Linie der antiken Ruhe, Einfachheit und Selbstbeschränkung, verliert sich in kosmopolitische und kolossale Experimente und zeigt seine Virtuosität im Pactiren und Compromittiren. Ueberall, wo eine alte und eine neue Welt sich begegnen, muss eine Transaction die Brücke über die Kluft schlagen: mit einer solchen Brücke haben wir es hier zu thun.

Die alte klassische Bahn der Rechtsgeschichte zeigt uns zwei Linien, welche zuletzt parallel laufen: ich meine den Dualismus des *jus civile* und *honorarium*. Dass diese Linien in der Kaiserzeit noch eine geraume Zeit fortgesetzt und allmählich, besonders unter der ausgleichenden Hand der Wissenschaft, einander angenähert werden, ist bekannt und ebenso natürlich, wie dies, dass die neue Zeit mit diesem Dualismus nicht mehr zufrieden seyn konnte. Ich sagte schon, dass diese Zeit ein Janusgesicht hatte.

II. An tausend Punkten wurde die alte Ordnung durchbrochen und die bisherige Bahn zu schmal befunden. Man beliebte Ausnahmen und verstand sich zu Unregelmässigkeiten; man setzte sich über Anschauungen hinweg, die bisher für natürliche und denknöthwendige gehalten worden. Der Prätor hatte im Edikt noch die alte römische Bahn eingehalten, wenn auch oft mit Hülfe von Fictionen, und die Wissenschaft achtete gleichfalls die Richtung dieser Bahn,

¹⁾ Vergl. Kuntze *Cursus d. R. R.* § 656. 710 und unten § 64. IV.

wenn auch oftmals nur durch eine kühne Wendung dazu befähigt, welche man sich zur Wahrung des traditionellen Systems gestattete, z. B. indem der neue Begriff mittels eines *quasi* irgend einer Stelle jenes Systems einverleibt, von einem *quasi postliminium*, *quasi patrimonium* (des *filii familias miles*), *quasi delictum*, *quasi contractus*, *quasi ususfructus*, einer *quasi possessio*, *quasi emptio*, *quasi traditio* gesprochen wurde. Die prätorischen Fiktionen und diese Quasi-Figuren verrathen uns, wie aufgepflanzte Signalstangen, die Strecke und Wucht des römischen Gedankensystems. Aber ebenso erklärlich und deutlich, wie dieser Anbau, ist die Unzulänglichkeit einer solchen Anschlusspolitik und das Streben nach einem Neubau. Neben der antiken Dopellinie musste eine dritte Linie gefunden werden, wenn wirklich in der Kaiserzeit sich eine neue Welt ankündigte und vorbereitete, denn aus lauter Punkten setzt sich keine Linie, aus blossen Ausnahmen und Unregelmässigkeiten setzt sich nicht eine neue Welt zusammen.

III. Es galt, den traditionellen Horizont zu erweitern. Und wie? Ich denke so, dass man nicht bloss an vereinzeltten Punkten die Kreislinie des alten Horizonts durchbrach, sondern so, dass man gleichsam einen neuen weiteren Horizontkreis in concentrischer Umspannung zog und an die Stelle der Einzelpunkte eine einzige zusammenhängende Linie setzte. Wäre das nicht unternommen worden, oder wäre das nicht (in der Hauptsache) gelungen, so könnte man dem römischen Geiste, welcher doch bis dahin so mächtig und erfolgreich durch die Geschichte geschritten war, den Vorwurf nicht ersparen, dass er hinter seiner Mission zurückgeblieben sei. Ich meine aber, dass die geschichtliche Wirklichkeit auch hier noch auf der Seite der Römer steht, und dass erst mit der Aufstellung eines *jus extraordinarium* neben dem *jus civile* und *honorarium* das Römerthum in seine volle Ehre eingesetzt ist. Wer da meint, dass die Entwicklung des Römerrechts zur Zeit der Blüte der Jurisprudenz in ein Conglomerat von Anomalien und Singularitäten ausgelaufen sei, setzt dem vollkommen schönen Leib einen Fischschweif an und wähnt, dass mit Cäsar's Tode die letzte Neige römischen Blutes vergossen worden.

IV. Eine solche Behauptung würde der Geschichte ins Angesicht schlagen, sie ist mit den übrigen grossen Thaten der Kaiserzeit, welche dem Orbis Romanus eine Zeit geordneten Friedens gab und von den Zeitgenossen als ein *tempus aureum* gepriesen wurde, nicht zu reimen. Es ist schlechterdings nicht wahr, dass seit Augustus

die Kraft römischen Schaffens und Denkens erloschen war. Fast scheint es, als hätte Cäsar selbst diese Vorstellung gehabt, wenigstens kann seine Missachtung und Misshandlung des Senats kaum anders gedeutet werden; allein die Folgezeit hat den thatsächlichen Gegenbeweis geliefert, und Rom hat noch über zwei Jahrhunderte lang der Welt einen der grössten Dienste geleistet, welche je von einer Nation dem grossen Kulturganzen geleistet worden sind.

Das *jus extraordinarium* gehört in diesen Zusammenhang, es ist ein Glied in einer grossen Kette, ja eines der wichtigsten Glieder dieser Kette. In dem *jus extraordinarium* ward sich für das Privatrecht Rom seiner Aufgabe bewusst, Ordner und Hort nicht mehr bloss eines nationalen Kulturkreises, sondern einer ganzen Kulturwelt zu seyn. Das *jus honorarium* war noch zu sehr nationell römisch, um mehr als eine Vorstufe jener That zu seyn, erst in dem *jus extraordinarium* tritt Rom grundsätzlich als Weltstaat auf. Diese weltgeschichtliche Stellung Roms kann nicht ohne privatrechtlichen Ausdruck geblieben seyn. In Kunst und Literatur, in Sprache und Sitte zog Rom mit fester Hand die neue kosmopolitische Horizontlinie, und gerade im Privatrecht, auf diesem Cardinalgebiet des Römergeistes, sollte die Römerhand erschlaft seyn? Es ist eher Alles Andere, als dieses, zu denken erlaubt.

V. Der römische *miles* und der römische *servus* dieser Zeit sind die beiden Häupter, welche den neuen erweiterten Horizont markiren. Sie zeigen die Erweiterung im Vergleich mit der Gestalt des alten römischen *paterfamilias*.

Im *jus militum* der Kaiserzeit ist die Gleichheit der Nationalitäten proklamirt und der Bruch mit der Antike vollzogen. *Miles* und *civis* decken sich nicht mehr, der *miles* ist Etwas Anderes als der *civis*, ja etwas Höheres, Freieres, und man könnte sagen: wie der Imperator, so ist auch der *miles legibus solutus*, denn der Imperator scheute sich gerade zu Gunsten seiner Soldaten nicht, das antike Erbrechtssystem zu brechen, jenen die vollste Testirfreiheit, das Hochrecht des Römers, zu gewähren und sie von dem Satze zu entbinden, welchen noch Pomponius im Sinne der alten Zeit dahin formulirt: *Jus nostrum non patitur, eundem in paganis et testato et intestato decessisse, earumque rerum naturaliter inter se pugna est.*²⁾

Mit der gleichen Deutlichkeit ist im *jus naturale* der Kaiserzeit die Gleichheit aller Menschen proklamirt³⁾, und auch hier also der

²⁾ Fr. 7. de R. J.

³⁾ Ulpian: fr. 3. de J. et J. (1, 1): *Jure naturali omnes homines liberi*

Bruch mit der Antike vollzogen. Während im *jus honorarium* (*jus gentium*?) der Peregrine dem Römer angenähert ward, finden wir im *jus naturale* den Sklaven dem Römer angenähert, denn *jus naturale* ist im Wesentlichen die dem Sklaven mit dem Freien gemeinsame Rechtsregion: hier hat er ein *caput*, hier ist er Subjekt von Obligationen und hat eine Ehe und Verwandtschaft; ja er kann sich rechtsgeschäftlich freimachen⁴⁾ und wird selbst zur gerichtlichen *querela adversus dominum* zugelassen. Das sind lauter Dinge, welche den Kopf des alten echten Römers gesprengt oder doch ausser Fassung gebracht und an das nahe Ende der Welt glauben gemacht haben würden. Das eben war der neue Horizont, und die römische Jurisprudenz hat sich nicht bloss in solche neuen Anschauungen gefunden, sondern auch Ordnung in diese Anschauungswelt hineingetragen.

VI. Freilich ist ein ordnender Abschluss nicht gleich im Anfange des Werdens und Schaffens unternommen, vielleicht gar nie völlig erreicht worden: Ersteres darum nicht, weil erst geschaffen und vorhanden seyn muss, was geordnet und wissenschaftlich verarbeitet werden soll, Letzteres darum nicht, weil dem Orbis Romanus kein ruhiges und normales Ende, sondern ein jäher Schluss in Folge des Siegs des Christenthums und des Stosses der Völkerwanderung beschieden war. Das aber beweist nichts gegen den Bestand und die Berechtigung des *jus extraordinarium* als einer dritten Rechtsmasse, als eines dritten Systems neben den alten zwei Massen oder Systemen.

Das *jus civile* hatte viele Jahrhunderte bestanden, ehe mit Sextus Aelius ein schwerfälliger Anfang wissenschaftlicher Gestaltung erfolgte; das *jus honorarium* hatte ungefähr einen Zeitraum von zwei Jahrhunderten der Entwicklung hinter sich, ehe Servius Sulpicius den ersten sicherlich äusserst schmalen Versuch einer wissenschaftlichen Gestaltung machte. Wollen wir uns wundern, dass erst etwa ein Jahrhundert nach dem Anfange des Werdens eines *jus extraordinarium* eine Theorie in monographischen Arbeiten entsteht, inaugurirt (wie es scheint) durch Schriften des Aburius Valens und Pomponius (über Fideicommiss)? Eines der bedeutendsten Institute dieses neuen Systems, das *peculium castrense*, zeigt, wie die Jurisprudenz beflissen war, die Grundidee der ausserordentlichen und allmählich sich arrondirenden Erscheinung herauszuarbeiten und auf die Gedanken zurückzuführen, dass der *filiusfamilias miles loco patrisnascuntur*; fr. 32. de R. J. *Quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt.*

⁴⁾ Vergl. Kuntze Cursus § 385. sub e.

familias und die Peculiumqualität bis zum Tode des Sohnes suspendirt sei. —

Ich schliesse die Einleitung mit dem Hinweis darauf, dass — wie nicht anders zu erwarten ist — bei genauerer Betrachtung sich zu dem privatrechtlichen *jus extraordinarium* auch im *jus publicum* der Römer ein Seitenstück darstellt. Es ist bisher unbeachtet geblieben, dass die römische Rechtsgeschichte einen interessanten Parallelismus von Rechtsinstituten des *privatum* und *publicum jus* aufweist; auch hier ist ein solcher Parallelismus zu betonen. Das Imperium des Augustus enthält ein neues System, welches sich neben den republikanischen *Ordo juris publici* stellt, allerdings einen Theil der Kräfte und Aufgaben jenes *ordo* absorbirt, aber mit einem eigenen Apparat und nach neuen Normen arbeitet. Was der *filiusfamilias miles* neben dem *paterfamilias*, das war der Imperator neben dem senatorisch-republicanischen System. Das Augustische Staatswesen war ein dualistischer Compromissstaat, und seine juristische Construction kann nur dann völlig gelingen, wenn von der Position des *jus extraordinarium* aus construirt wird.

Erste Abhandlung.

Die Obligationen im römischen und heutigen Recht.

I. Kapitel.

Die Geschichte der Obligatio.

§ 4.

I. Geschichtliche Uebersicht.

I. Die Obligatio ist ein Rechtsbegriff, aber nicht ein einfacher Rechtsbegriff, welcher sich auf ein logisches Postulat zurückführt, sondern ein Rechtsinstitut mit lebensvollem und entwicklungsfähigem Inhalt; sie nimmt darum an allen Grundqualitäten des Rechtes Theil. Wie das Recht, so ist auch die Obligatio eine geschichtliche Erscheinung; die Obligatio hat eine Geschichte, und von dieser soll jetzt die Rede seyn.

Man kann von einer Geschichte der Obligatio reden, insofern es eine Vorzeit gab, wo Obligationen noch unbekannt oder kaum bekannt und nicht geläufig waren, und dann wieder die Zeit schildern, wo die Obligatio einen breiten, immer breiteren Raum in den Gefilden des Rechtes einnahm, sich auf Kosten anderer Rechtstheile ausbreitete, über alle Rechtsinstitute des Privatrechts hinauswuchs und vielen anderen Rechtsinstituten, welche neben ihr bestanden, mit ihren Kräften zu Hilfe kam. Diese functionelle Ausbreitung der Obligatio soll im zweiten Kapitel beleuchtet werden.

Man kann aber auch in dem Sinne von einer Geschichte der Obligatio reden, dass die Herausarbeitung und Feststellung ihres rechtlichen Wesens ins Auge gefasst wird. Dabei handelt es sich nicht um die praktische Rolle, welche die Obligatio im Güterverkehr spielt, sondern um den Gang ihrer begrifflichen Ausbildung. Es ist ein juristischer Läuterungsprocess, welchen sie durchmacht, und selbstverständlich lässt sich derselbe erst dann recht verstehen, wenn der

Begriff der Obligatio völlig klar liegt; aber der Versuch, jenen Process zu erkennen, wird andererseits auch eine Vorarbeit für die tiefere Erfassung dieses Begriffs seyn. Und so mag es denn zunächst versucht werden, in allgemeinen Zügen ein Bild von der Geschichte der Obligatio in diesem Sinne zu entwerfen.

II. In demselben Sinne muss auch bei anderen Rechtsinstituten nach ihrer Geschichte gefragt werden. Das Eigenthum liegt vielleicht ursprünglich allenthalben — auch bei den Römern — latent im Besitzbegriff. Dieser Urbegriff ist, wenn die Hypothese richtig ist, nicht identisch mit der späteren civilisirten *possessio* im Sinne der römischen Juristen, welche sie in völlig durchgebildeter Differenz vom Eigenthum verstehen und folglich das reine Eigenthum und den reinen Besitz neben einander haben; sondern es wäre die Indifferenz von Besitz und Eigenthum oder ein Zusammenseyn beider Grössen der Art, dass der Besitz im Vordergrund, das Eigenthum im Hintergrund des Volksbewusstseyns steht, und für den Rechtssinn das Eigenthum noch latent im Besitz ruht. Ich nenne dieses Verhältniss den embryonalen Zustand des Eigenthums; dasselbe ist noch latentes Rechtsinstitut, noch nicht selbständig geworden im allgemeinen Bewusstseyn. Der Besitz ist freilich immer die normale Erscheinung des Eigenthums, aber auf jener archaischen Stufe wird noch nicht zwischen normal und essentiell unterschieden, vielmehr das Normale als das Essentielle behandelt. Der Rechtssinn vermag noch nicht, sich über die Sinnlichkeit zu erheben und den Eigenthumsbegriff festzuhalten, wo der Besitzstand fehlt oder unsicher ist; der Besitz ist, so zu sagen, der einzige Zipfel, an welchem die noch ungeübte Hand den zarten geistigen Begriff festzuhalten vermag. Meines Bedünkens liegt in diesem archaischen Typus (Besitzeigenthum) der Schlüssel zu dem germanischen Begriff der Gewere; dieser ist nichts Anderes, als ein geschichtlicher Vorbegriff des Eigenthums, welcher auf germanischem Boden, entsprechend dem naturalistischen Sinne der Germanen, beharrender Typus geblieben und gewissermaassen geschichtlich erstarrt ist.

Aber bei den Römern lassen sich kaum noch leise Spuren eines solchen Archaismus nachweisen; frühzeitig ist der Rechtssinn der Römer zu der schlechterdings hellen Abstraction gelangt, welche uns den Eigenthumsbegriff gänzlich unabhängig vom Besitzmoment zeigt.¹⁾

¹⁾ Der Besitzbegriff tritt dann selbst in geschichtlichen Fluss, der seine Vergeistigung ist. Der Besitz, zuerst als unmittelbare und ununter-

Im römischen Recht ist der Besitz durchaus nur die normale, aber nicht die essentielle Erscheinungsform des Eigenthums. Insofern beginnt das geschichtliche Rom mit dem fertigen, herausgebornen Eigenthumsbegriff, und nur insofern kann von einer geschichtlichen Entfaltung des Eigenthumsbegriffs bei den Römern die Rede seyn, als dann im prätorischen Edikt, im *mos civitatis* und unter der Hand der Jurisprudenz neue Anwendungen des Eigenthumsbegriffs (*res in bonis, res mea est*) auftauchen, welche neben das *jus Quiritium* treten und nun mit diesem zusammen die Elemente des abstrakten Eigenthumsbegriffs der letzten Zeit darstellen.

III. Anders ist es mit dem Pfandrechte, welches nicht mit Rom geboren ist und Jahrhunderte lang gleichsam in der *fiducia* schlummert. Diese zeigt, so zu sagen, das Pfand noch latent im Eigenthum; die *Obligatio* muss dem Eigenthum zu Hülfe kommen, um dieses zum Pfandzweck zu qualificiren: die *fiducia* ist ein mit einer *Obligatio* (auf künftige Rückgabe) behaftetes Eigenthum.²⁾

Die *fiducia* ist das eigentlich nationale Institut, die *hypotheca* ein importirtes, und es erklärt sich hieraus, dass diese verhältnissmässig spät auftritt, erst nach Jahrhunderten sich mit ihrem vollen Gehalt erfüllt, und dann, kaum erst zur vollen Blüte entfaltet, als bald in Verfall und Verwirrung geräth. In keinem anderen Theil des Privatrechts bieten die Jahrhunderte, welche auf die klassische Jurisprudenz folgen, ein so trostloses Bild principloser und unbehilflicher Experimente dar, nirgends reflectirt sich der unaufhaltbare Zersetzungsprozess der alten Welt im Spiegel des Privatrechts so grell, wie im Pfandrechte.

Um so lehrreicher ist freilich die Geschichte des römischen Pfandrechts. Man muss im Verkehr die *fiducia* hinzudenken³⁾, um es zu verstehen, dass Rom Jahrhunderte lang mit einem blossen Besitzrecht des Pfandgläubigers auskam, und dass erst kurz vor Thorschluss der Rechtsgeschichte dasjenige Machtmoment, auf welches unser heutiger Verkehr durchaus den Accent legt, nämlich das (eventuelle) Veräusserungsrecht, in den Begriff der *hypotheca* aufgebrochene Festhaltung der Sache in Hand oder Gewahrsam gedacht, macht sich dann von den Erfordernissen der Unmittelbarkeit und Ununterbrochenheit immer mehr frei und wird endlich, z. B. im Pfandbesitz, selbst als künstliches Besitzverhältniss anerkannt.

²⁾ Ihre rechtliche Zulassung beruht wahrscheinlich auf dem alten Satze der XII T.: *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupavit, ita jus esto.*

³⁾ Vergl. Dernburg Pfandrechte, I. S. 94.

nommen wurde.⁴⁾ Lange Zeit hatten im römischen Verkehr die *fiducia* mit ihrem obligatorischen Zusatz und die *hypotheca* mit der *lex commissoria* neben einander bestanden; nun erst vermochte die gesteigerte *hypotheca* allein die Last des Realcreditbedürfnisses auf sich zu nehmen. Wie mit einem Schlag war die *hypotheca* zu einem wesentlich anderen Recht geworden, ihre Geschichte war ihre Verwandlung. Kein anderes Privatrechtsverhältniss hat bei den Römern so spät einen so fundamentalen Wandlungsprozess erlebt.

IV. Wie steht es in dieser Beziehung mit der *Servitut*? Wenn eine neuerdings von M. Voigt⁵⁾ geäußerte Meinung richtig ist, wäre die archaische Auffassung die gewesen, dass der Theil der *res serviens*, an welchem die Macht des *Servitutberechtigten* sich normaler Weise erwies, als eine aus- und abgesonderte Stelle angesehen und gewissermaassen als ein *corpus* für sich erachtet wurde. So erhielt man ein eigenthumsähnliches Recht und den Vortheil eines sinnlichen und gleichsam greifbaren Rechtsverhältnisses. Das wäre der noch im Eigenthum latente *Servitutbegriff*, welcher dann in der *Intentio* nachklingt: *hoc iter meum est*. Es ist von da aus ein gewaltiger Schritt zur Geistigkeit des Rechts gewesen, als man die *Rusticalservitut* als ein besonderes *jus in praedio* im Ganzen auffasste und so dasselbe Stück als Objekt des Eigenthums und daneben zugleich der *Servitut* dachte.

Weniger gross war der Schritt zur späteren Entwicklung der *Urbanservitut*, endlich der *Personalservitut*, doch ist letztere wieder insofern bedeutsam für die begriffliche Evolution, als in der *cautio usufructuaria* sich dem dinglichen Recht eine *Obligatio* anhängt, und im *quasi usufructus (rerum consumptibilium)* der *Ususfruct* wieder in den Begriff des Eigenthums zurücksinkt und dem Besteller gegenüber sich in eine *Obligatio* (auf *tantundem*) umsetzt. Also der archaische *Servitutbegriff* wäre vom Eigenthum ausgegangen, und das modernste Stück der *Servitutgebiets* hätte sich wieder im Eigenthum und bez. in der *Obligatio* verloren. Interessant sind auch diese gleichsam einen Ring darstellenden Wandlungen.

V. Die Rechtsinstitute des römischen Familienrechts: *patria potestas, manus, mancipium, tutela* und *cura* haben gleichfalls ihre

⁴⁾ Was m. A. n. durch Marcian geschah und wahrscheinlich in dem textlich verdorbenen fr. 7. § 2. de distr. pign. (20, 5) ausgesprochen war. Vergl. Kuntze Excursus üb. Röm. R. S. 479—481.

⁵⁾ Bestand und hist. Entwick. d. *Servituten* (Sitzungsber. d. Ges. der Wiss., Leipz. 1874) S. 20. 30.

begriffliche Geschichte. Unter ihnen steht die *patria potestas*, der Grundpfeiler des Familienrechts, allerdings fast unangetastet in begrifflicher Beziehung, denn die Peculien lassen diese *potestas* im Princip durchaus bestehen; aber ob nicht der archaische Begriff derselben ein anderer und mehr dem dinglichen *dominium* verwandter war, kann wohl gefragt werden; die *vindicatio filii (adjecta causa)* scheint auf diese sinnliche Auffassung zurückzudeuten. Von der späteren Gestaltung der familienrechtlichen Institute wird weiter unten (im 2. Kapitel) die Rede seyn.

Von grossem Interesse endlich ist die begriffliche Geschichte des Erbrechts, dessen Grundbegriff, die Universalsuccession, wohl auch nicht von Haus fertig überliefert war. Manche Spuren verrathen, dass das in der *domestica hereditas* beschlossene Ursystem der eigentlichen Successionsidee ermangelte, und auch hier ursprünglich eine mehr sinnliche Auffassung Platz griff.⁶⁾ Noch die Stellung der *sui ac necessarii heredes* im ausgebildeten Erbsystem scheint der Anschauung nahe zu seyn, dass das Kind im Hause virtuell Theil nimmt an der Vermögensherrschaft, und diese Herrschaft mit des Vaters Ableben nicht neu entsteht, sondern nur zur Actualität erwacht. Diese Stellung — gleichgültig gegen den Unterschied der zwei Delationsgründe — scheint zugleich anzudeuten, dass die bewusste Scheidung dieser Gründe eine zweite Entwicklungsstufe darstellt.

Dann aber wird der Successionsbegriff ausgebildet, in ihm *familia (res mancipi)* und *pecunia (res nec mancipi)* als Kollektivobjekt zusammengefasst⁷⁾, zugleich eine klare Scheidung von testamentarischer und gesetzlicher Erbfolge vollzogen und deren Incompatibilität festgestellt. Ferner aber, und das ist besonders charakteristisch für den römischen Rechtssinn, wird der Vorrang des Testaments und die secundäre Geltung der *legitima hereditas* entschieden: ein Grundsatz, welcher bis in die Zeit der classischen Jurisprudenz maassgebend bleibt und in dem Rangverhältniss der zwei tutelaren Delationsgründe sein Seitenstück hat.

Die mit dem *nomen heredis*, d. h. der persönlichen Repräsentation des Erblassers verbundene Universalsuccession, bleibt die Centralidee des römischen Erbsystems, sieht aber in der Kaiserzeit

⁶⁾ Vergl. Kuntze Cursus § 91. 141.

⁷⁾ Vielleicht ist es der alte Scaevola (P. Mucius Scaevola, Pontifex M. 123 v. Chr.) gewesen, welcher zuerst das Princip der Universalsuccession klar zur Geltung brachte. Vergl. Kuntze Excursus S. 160.

neben sich ein zweites Gebilde, eine Universalsuccession ohne Repräsentativcharakter, entstehen: das ist die *hereditas fideicommissaria*, welche sich *extra ordinem* entwickelt und einen immer grösseren Raum ein-, ein immer festeres Gepräge annimmt. Nun wird es auch denkbar, dass juristische Personen zu Erben werden.⁸⁾

Zuletzt greift auch die Wissenschaft in das Centrum des erbrechtlichen Gedankensystems ein, indem die *hereditas jacens* seit Julian auf die dogmatische Fictivformel, dass sie *bona defuncti superstitis* sei, gegründet wird.⁹⁾ Die Anerkennung der eventuellen Erbinsetzung, die prätorische Ermöglichung des Nachrückens in die gesetzliche Erbfolge und die Beseitigung der *usucapio hereditatis* sind andere bedeutungsvolle Stationen in dem grossen geschichtlichen Entwicklungsprozesse, welche als Ausdruck des Reifens der Grundbegriffe erscheinen.

Ich komme nun zur Obligatio.

§ 5.

II. Die archaische Stufe der Obligatio.

I. In der Sprache erweisen sich bekanntlich die sinnlichen, d. h. Sinnliches bedeutenden Worte und Begriffe als die ältesten. Aehnlich ist es im Recht. Die Rechtsverhältnisse, welche eines sinnlichen Ausdrucks fähig sind, können stets als die ältesten vermuthet werden, und vielleicht sind alle fundamentalen Rechtsverhältnisse oder Typen aus einer Periode sinnlicher Gestaltung hervorgegangen. Auch die Obligatio scheint je älter, je mehr, ein sinnliches Gepräge getragen und dann solches erst allmählich abgestreift zu haben. Ich nannte diese Abstreifung oben (§ 4. I.) einen Läuterungsprocess. Ihn haben wir jetzt ins Auge zu fassen.

Gaius¹⁾ theilt die Rechtsverhältnisse²⁾ in *res corporales* und *incorporales*. Das Eigenthum ist innerhalb dieses Eintheilungskreises eine *res corporalis*, und darin liegt Zweierlei: 1) dass das Objekt des Rechts ein individuelles Stück der sinnlichen Aussenwelt ist, und 2) dass der Inhalt des Rechts seinen einfachen und adäquaten Ausdruck in diesem Objekt findet, so dass Inhalt und Objekt sich völlig

¹⁾ Vergl. Kuntze Excursus S. 378.

²⁾ Vergl. Kuntze Die Oblig. und die Singularsucc. (1856) S. 379.

³⁾ Fr. 1. *de div. rer.* (1, 3).

⁴⁾ So muss man eigentlich die Eintheilung verstehen; es ist eine Eintheilung nicht der Rechtsobjekte, sondern der Rechtsverhältnisse.

decken. Gaius nennt die Servitut und die Obligatio *res incorporales*, offenbar weil jener wenigstens das zweite, der Obligatio beide Merkmale fehlen. In dem zweiten Punkte treffen Servitut und Obligatio zusammen, in dem ersten unterscheiden sie sich. So in der Zeit ihrer Ausbildung. Ob es aber nicht eine Periode gegeben hat, wo auch in dem ersten Punkte (Nr. 1) die Obligatio mit der Servitut zusammentraf, ihr ein sinnliches Objekt zugeschrieben, und sie also als ein relativ sinnliches Herrschaftsverhältniss organisirt war? Ja es wäre denkbar, dass die Obligatio zu allererst sogar auf Einer Linie mit dem Eigenthum stand, also — mit Gaius zu reden — wie eine *res corporalis* behandelt wurde. Dann hätte ihr Läuterungsprocess drei Phasen gehabt: in der ersten war sie eine eigenthumsähnliche Herrschaft über den Schuldner, in der zweiten eine den Schuldner nur partiell, zögernd und insofern gemässigt ergreifende, endlich erst in der dritten Phase die zu einer rein ideellen Macht civilisirte Herrschaft.

II. Ich sage: auch jene erste Phase wäre denkbar. Wie hätten wir uns eine solche grob sinnliche Obligatio vorzustellen? Sie müsste dem Sklavenzustand auf ein Haar gleichen, freilich immer mit Hinblick auf den Zweck der Obligatio (Erfüllung) und ihre demgemäss transitorische Natur. Das könnte in verschiedener Weise gestaltet seyn, worüber wir Fingerzeige leicht in dem Recht anderer Völker finden.

Nach dem germanischen Recht der älteren Zeit, z. B. *lex Salica*, büsste der Wehrgeldschuldner, der nicht leistete, mit Leben oder Freiheit; auch im späteren Recht ging die Exekution gegen Vermögen und bez. Freiheit. Von jeher aber kam es häufig vor, dass der Schuldner sich im Vertrag für den Fall der Insolvenz dem Gläubiger zur Schuldknechtschaft verpflichtete (*se in vadium pro servo mittere s. dare*), und daneben kam die Ehrenhaft des Einlagers (*obstadium*) auf. Der ritterliche Schuldner oder sein Bürge musste sich mit Ross und Rüstung, d. h. der ganze volle Mann, auf die Burg seines Gläubigers, also ganz in dessen Gewalt begeben; der Einreitende ward — nicht zum Sklaven, aber — zum Gefangenen; er war bis zu erfolglicher Lösung in der Hand seines Gläubigers.³⁾ Kann ein stärkerer sinnlicher Ausdruck des ideellen Herrschaftsverhältnisses (wenn auch in nobelster Form) gedacht werden? Nach

³⁾ Stobbe: Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts (1855), S. 178—185.

chinesischem Recht soll umgekehrt der Gläubiger sich behufs Ausübung der nöthigen Pression in des Schuldners Haus begeben und Eintritt und Aufenthalt fordern dürfen: eine drastische und vielleicht ebenso nachdrückliche Form: der Gläubiger kommt mit Pfeife und Teppich, um auszudrücken, dass er nicht bloss mahnen, sondern ausharren, zwingen und gewissermaassen die Hand auf den Schuldner in dessen eigener Wohnung legen will, so lange das Schuldverhältniss dauert, bis zur Erfüllung.

Auch in Shylocks, des Juden, Gläubigerbewusstseyn taucht etwas von der Energie einer sinnlich ausgeprägten Gläubigerrolle auf, wenn er „sich ein volles Pfund von des armen Kaufmanns Fleisch zur Busse setzen“ lässt und mit blankem Despotismus den Ausspruch thut: „Das Pfund Fleisch, das ich verlange, ist theuer erkaufte, ist mein, und ich will's haben“, indem er den Dogen auf die venetianische Behandlung der Sklaven verweist.⁴⁾ Das orientalische Rechtsgefühl stellt Sklaven und Schuldner auf Eine Linie, der Gläubiger kann ein Recht über Leib und Leben des Schuldners haben, fast als wäre dieser eine Sache, und es ist ein feiner Zug im Drama, dass der halborientalische Staat Venedig diesen Satz respektirt.⁵⁾ In ihm gipfelt wirklich der Gedanke, dass der Schuldner Objekt des Forderungsrechts sei: eine rohe, aber auch energische Auffassung, auf welche ich im IV. Kapitel zurückkommen werde. Ob „ein Pfund von des armen Kaufmanns Fleisch“, oder der ganze Mann als dem Gläubiger „verfallen“ gilt, ist doch gleich, und so kann ich neben diese drastische Dichtung einen mir bekannten Fall aus der türkischen Praxis stellen. Ein deutscher Arzt hatte sich in Kleinasien einem Pascha bereit erklärt und verpflichtet, ihn durch eine besondere Kur von seinem Leiden zu befreien und dem misstrauischen Kranken, auf die Frage, welche Garantie gegen Beschädigung geboten sei, geantwortet, dass er seinen Kopf zum Pfand setze. Der resolute Türke nahm das Gelöbniss an und commandirte sofort einen Offizier mit zwei Soldaten aus der nächsten Garnison, welche den Arzt bewachen und ihm im Falle des Misserfolges unverweilt den Kopf abschlagen sollten. Die Kur gelang, aber das Recht, welches der Türke sich vindicirte, bestätigt wieder obige Aufstellung. Ueberall, beim Chinesen wie beim Türken, beim mittelalterlichen Germanen wie

⁴⁾ Shakespeare, Kaufmann von Venedig, IV. Akt, 1. Scene. (Dazu I. Akt, 3. Scene).

⁵⁾ Heisst es doch schon in den Sprüchen Salomonis (22, 7): Der Reiche herrschet über die Armen, und wer borgt, ist des Lehnners Knecht.

beim Juden mit orientalischem Herzen herrscht der Trieb, dem Gläubiger Macht einzuräumen über des Schuldners Person und die Macht über Leib und Leben zum Recht zu stempeln. Offenbar hat auch der alte Italiker im Nexum einem verwandten Triebe nachgegeben.

III. Freilich erscheint das *Nexum* auf der Stufe, welche geschichtlich beglaubigt ist, nicht (mehr) in extremer Schärfe, sondern gemildert, indem der transitorischen Art der *Obligatio* und der civilisirteren Auffassung des Menschen- oder Bürgerthums Rechnung getragen wird. In den XII Tafeln sind die von Gellius uns überlieferten Linien der Nexum-Verbindlichkeit gezeichnet, aber auch diese milderen Linien lassen — selbst wenn man das *plus minusve secare* gegenüber dem *obaeratus debitor* nur symbolisch verstehen wollte⁶⁾ — ahnen, dass sie wohl nur Abschwächungen eines älteren Systems sind, welches den Ernst bis zur Grausamkeit trieb und unserer (selbst gegen den Sträfling strafwürdig milden) Generation die Haare zu Berge treiben würde.⁷⁾

Also in den XII Tafeln tritt das Nexum schon gemildert auf, m. a. W., die *Obligatio* befindet sich auf einer höheren Stufe ihrer Ausbildung, welche ich oben die zweite Phase des Läuterungsprocesses nannte. Noch legt sie sich wie ein sinnliches Band, ein weites, aber zusammenziehbares, um die Person des Schuldners, sie ist immer noch ein gleichsam greifbares, körperliches Rechtsverhältniss, welches in der *addictio* schliesslich den Hals zuschnürt; allein der Gläubiger kann nicht sofort und ohne Weiteres Hand anlegen, vorläufig muss er sich mit der ideellen Herrschaft und damit begnügen, dass der Schuldner sich notorisch, d. h. vor fünf Zeugen und in feierlichster Erklärung, ihm verkauft, verhaftet und wie ein Verurtheilter (*damnas*) unterworfen hat. Streng formalistisch genommen verkauft sich der Schuldner — die Anwendung des *Mancipationsritus* fordert diese Construction — auf Lieferung und mit dem Recht der Wiederlösung (Erfüllung) mittels einer bestimmten Summe.

Die auf der zweiten Stufe dem *nexus* gewährte Milderung zeigte sich in zwei Momenten und zwei Stadien. 1) in zwei Momenten, welche in den XII Tafeln hervortreten, wo theils die *manus injectio*

⁶⁾ Vergl. Kuntze Excursus S. 139.

⁷⁾ s. Schwegler, Röm. Geschichte III, S. 35 — 40. Lange, Röm. Alterth. I, § 38 (S. 200—203). Abweichend Voigt, Ueber die Gesch. des röm. Executionsrechts in den Berichten der Sächs. Gesellsch. der Wissenschaften 1882, S. 79.

(zeitlich und formell) geregelt⁸⁾, theils der Zustand des *nexus domum ductus* geordnet wurde⁹⁾; auf Letzteres sind vielleicht die von Hoffmann ergänzten Worte der XII Tafeln, in welchen der *nexus* dem *fortis* (Client?) gleichgestellt wurde, sowie die Anerkennung der *nuncupatio* bei der Eingehung des *nexum*¹⁰⁾ zu beziehen. Das Recht der *ductio*, der *addictio* und der schliesslichen *trans Tiberim venditio* blieb dem Gläubiger; so war die Schuldhaft doch nur eine wenig gemilderte Sklaverei. 2) Die XII Tafeln stellen hier das erste Stadium dar, während einer *lex Valeria* oder *Vallia*¹¹⁾ (342 v. Chr.?) das gemilderte Recht des zweiten Stadiums, die Anwendung der sogenannten *injectionis pura* (im Gegensatz der *pro judicato*¹²⁾) auf das *nexum*, entspringt; seitdem konnte die Sistirung der Haft und die eigene Verantwortung vor dem Magistrat verlangen. Wer erkennt nicht in diesem *manum sibi depellere et pro se agere* die Befestigung der Rechtsfähigkeit des Schuldknechts, die doch bisher sklavensähnlich war¹³⁾? Doch ist ebenso ersichtlich, dass noch immer das *nexum* ein ernstes, wichtiges Rechtsgeschäft war, welches den *nexus* mahnte, dass er Schuldknecht sei; die *obligatio ex nexo* ging dem Schuldner an den Kragen, und die Schuld konnte ihm die Selbstständigkeit, ja die Freiheit kosten, nämlich wenn es zur *addictio* kam. In dieser Phase konnte unmöglich der Rechtssinn verharren.

§ 6.

III. Die klassische oder civilisirte *Obligatio*.

I. Wenn zur Schilderung der dritten Phase der *Obligatio* übergegangen wird, so müssen wir uns vorerst die Schwierigkeit des Wegs recht deutlich machen, welchen der reife und sich ab-

⁸⁾ *Triginta dies justi sunt, post deinde manus injectio esto, in jus ducito; si volet, suo vivito.* Dazu Kuntze Excursus, S. 138. 139; Cursus § 138.

⁹⁾ *Nexo mancipatoque ac fortis sanatique idem juris esto.* Dazu Kuntze, S. 63—65. 136. 137.

¹⁰⁾ *Cum nexum faciet, uti lingua nuncupassit, ita jus esto.* Dazu Kuntze, S. 142. Auf diesem Wege konnte sich der *nexus* Milderungen auswirken, z. B. durch *pactum* über Abarbeitung der Schuld, was an die *fiducia* erinnert.

¹¹⁾ Studemund: Gai. 4, 25.

¹²⁾ Gai. 4, 23.

¹³⁾ Vergl. Kuntze Cursus § 139. 164.

klärende Rechtssinn zurückzulegen hatte. Diese einleitende Erwägung kann zugleich als eine Stütze dessen dienen, was oben zur Charakteristik der ersten (vorgeschichtlichen) Phase bemerkt worden ist.

Der Rechtsbegriff ist ein Machtbegriff, das Rechtsverhältniss ein Machtverhältniss, worüber im vierten Kapitel eingehender gehandelt werden wird. Welcher Art nun ist diese Macht? Eine physische oder eine ideelle? Eigentlich Beides. In erster Linie für den durchdringenden Gedanken allerdings eine ideelle (geistige), aber das Normale im Leben ist, dass dieser ideellen Macht das reelle, physische Element nicht fehlt. Wie ist nun das Verhältniss beider Machtseiten? Was begrifflich und wesentlich das Primäre, Entscheidende ist, das steht nicht für das gewöhnliche Leben und den naiven Sinn immer in erster Linie. Dieser Sinn geht vom Natürlichen und Normalen aus und fasst das Leben zunächst an seiner äusseren, physischen Seite an. Dies thut auch der naive Rechtsinn. Darum erscheint das Recht in der Zeit des Archaismus als eine physische Macht, der Rechtssinn vermag da den latenten Gedanken oder Trieb ideeller Macht nicht für sich, entblösst von der physischen Hülle, klar zu stellen und festzuhalten; er verliert mit der sinnlichen Hülle den übersinnlichen Kern und legt den vollen Nachdruck auf die Aussenseite; das Innere, der Kern wird mit gemeint, aber nicht selbständig erfasst und genannt.

Wenn Ihering¹⁾ „die Ursprünge des Rechts im dunklen Hintergrunde der physischen Gewalt“ sucht, die persönliche Thatkraft die Quelle, die Gewalt die Mutter des Rechts, die physische Kraft die primitive Begründerin des Eigenthums bei den Römern nennt und bei ihnen folglich das Eigenthum anfangs nur durch Erbeutung entstehen lässt: so ist das gänzlich falsch und zwar aus doppeltem Grunde, denn 1) kann aus der Gewalt, dem Gegentheil des Rechts, höchstens mit Hülfe der Springstange Hegelscher Dialektik Recht werden²⁾, und 2) nicht die persönliche Kraft des Erbeutens, sondern das Abkämpfen im *justum bellum*³⁾ war der eigentliche Rechts-

¹⁾ Geist d. R. R. I. (ed. 3, 1873), S. 107—117.

²⁾ Bekanntlich ging nach römischer Vorstellung aus dem Besitz, der mit *furtum* begonnen hatte, nie Eigenthum hervor.

³⁾ Ihering betont in der *occupatio bellica* nur das erstere Wort, aber das zweite ist ebenso wesentlich. Die alten, auch die ältesten Römer waren weder arabische Nomaden, noch Seeräuber (dies gegen Ihering, S. 111), und die Aneignung erbeuteter Sachen beruht wesentlich auf staatlicher, feldherrlicher Zulassung oder Ableitung vom Staat durch Rechtsakt mit dem Staatsorgan (*sub hasta*).

titel für das altrömische Eigenthum, *bellum* aber war ein Institut, ein Apparat, eine Maassregel des *ius gentium*, und nicht der Einzelne mit seiner subjektiven Thatkraft, sondern der Staat mit seiner traditionellen, völkerrechtlichen, an göttliche Weihe gebundenen Kriegs- und Beuteordnung bildete die Basis des Eigenthumserwerbstitels.⁴⁾ Wahr ist in jener Ihering'schen Phantasie nur dies, dass der naive Mensch sich nicht Recht ohne Macht vorstellen kann, dass also der Rechtserwerb immer durch den entsprechenden Machterwerb vermittelt und verkörpert werden muss, und dass das Recht dem Erwerber nur so lange deutlich zusteht, als er es mit seiner Hand und Wehr zu behaupten und dem Staate aufzuzeigen vermag. Die sinnliche Macht ist also nicht gleichgültig für das Recht, aber nun und nimmermehr Quelle und Mutter des Rechts;⁵⁾ sie ist Begleiterin, Vermittlerin, Erweisung, Hülle oder Körper des Rechts, wie das Wort der Körper des Gedankens oder Begriffs, darum auch die Handhabe des Rechts, und der naive Rechtssinn in archaischer Zeit kommt ohne diese Handhabe nicht aus, hält das Recht an dem Machtzipfel fest und verliert darum mit diesem zugleich jenes. Das Recht ohne die Machtzugabe im Weltgedränge festhalten zu können, setzt eine entschiedene Erstarkung und Civilisirung des Rechtssinns voraus, und ist der Anfang männlicher Reife. Diese und keine andere Vorstellung liegt auch dem Wehrfähigkeits- und Wehrhaftensystem des germanischen Rechts zu Grunde, wonach nur der wehrfähige und wehrhafte Mann rechts- und dispositionsfähig im vollen Sinne, und jeder Andere in dem Maasse beschränkten Rechtes ist, als er nicht berechtigt oder nicht (mehr) im Stande ist, die der über-

⁴⁾ Insofern muss ich die Ihering'sche Darstellung, so blendend sie ist, für durchaus falsch erklären. Auch das *capere* in der in *jure cessio* und *mancipatio* war nicht persönliche Gewalt, sondern der mit Zustimmung des Auctor sich verkörpernde Erwerbswille, dessen Einklang mit der objektiven Rechtsordnung durch die Mitwirkung des Prätor oder *libripens* unzweideutig ausgedrückt ist. Nie ist dem Römer das absolute „Nehmen als die rechte Entstehung des Rechts“, wie Ihering S. 112 es ausdrückt, erschienen. Welch' horrible Vorstellung vom Römerthum müsste hiernach der Laie empfangen!

⁵⁾ Immer reicht die eigentliche Wurzel des begründenden Rechtsaktes hinter das sinnliche Element zurück in die Tiefe einer vielleicht unentfalteten, aber jedenfalls geweihten Rechts- und Staatsordnung und zieht von da den Lebenssaft ihrer autoritativen Sanction, welcher die Rechtsordnung von dem Vagabunden- und Räuberthum auf Himmelsweite unterscheidet.

sinnlichen Seite des Rechts entsprechende sinnliche Seite zu behaupten. Daher die beschränkte Rechtsfähigkeit des Unerwachsenen, des Weibes, des Juden, die beschränkte Dispositionsfähigkeit des Ritters, welcher nicht mehr gerüstet sein Ross zu besteigen vermag. Von der Gewere ist schon in § 4. II. die Rede gewesen.

II. Wir sehen: dieses Festhalten am Sinnlichen trägt archaisches Gepräge, es hat auch bei den Römern eine Zeit des Rechtsarchaismus gegeben, und die Obligatio hat diesem Triebe ihren Tribut gezollt. Allein wie hätte der Römergeist, welcher auf Weltoberung und Weltordnung ausging, stehen bleiben können bei dem Gedanken, dass das Recht sich nur in und mittels der sinnlichen (physischen, realen) Seite der Macht verwirkliche und ohne deren Daseyn schlechterdings todt sei?! Wir sahen auch, dass der Rechtssinn schon in den XII Tafeln und dann weiter in der lex Valeria (Vallia), also im 5. u. 4. Jahrh. v. Chr., Schritte der Vergeistigung der Obligatio that, indem das sinnliche Element gemildert und die volle Persönlichkeit des Schuldners immer deutlicher aus dem massiven Körper des *nexum* herausgearbeitet wurde. Das war die zweite Phase des Läuterungsprocesses der Obligatio. Wie sieht es mit der dritten Phase aus? In ihr taucht die Obligatio als eine *res incorporalis* im eminenten Sinne auf, sie wird recht eigentlich civilisirt, streift den archaischen Zug (Typus) ab und nimmt diejenige civilistische Gestalt an, welche als die klassische Gestalt der Obligatio bezeichnet werden kann. Diese Phase ist zugleich der Schlussakt in dem so reich bewegten Leben des *nexum*.

Unser Ausgangspunkt lag in dem sinnlichen Element; als solches erschien mir für die Obligatio das *nexum*, ich habe daher bis jetzt immer nur vom *nexum* gesprochen, *obligatio* und *nexum* fast als identisch, die Stufen des einen auch als Stufen der anderen behandelt. Diese meine Haltung bedarf noch einer Rechtfertigung gegenüber einem anderen archaischen Rechtsinstitut, der alten *sponsio*, denn gab es nicht auch schon in alter Zeit eine *obligatio ex sponsu*?

Wir müssen annehmen, dass es die alte *sponsio* — ich will auch sie als „archaisch“ bezeichnen — war, welche in den jüngeren Typus der *stipulatio* überging; allein wir haben keine zulängliche Nachricht darüber, wie dieser Uebergang sich vollzog.⁵⁾ Vielleicht erklärt sich dieses Manco daraus, dass die archaische *sponsio*, wie Danz wahrscheinlich gemacht hat, einem ganz anderen System

⁵⁾ Vergl. dazu Kuntze Coursus § 136. 137. Excuse S. 103. 544.

angehörte. Ihr systematisches Wesen erhellt aus zweierlei: 1) Sie trug sacrales Gepräge, ihre Basis gehörte also einem Gebiete an, welchem die profane *stipulatio* fremd gegenüberstand; von ihr gelten Cicero's Worte⁷⁾: *voti sponsio, quo obligamur deo*, d. h. sie war mehr eine Verbindlichkeit gegen Götter, als gegen Menschen; ihre Kraft beruhte auf der Götterfurcht, und ihre Erzwingung war dem sacralen Apparat anheimgegeben. 2) Sie hatte eine Structur, welche derjenigen der *stipulatio* entgegengesetzt war und in dem ganzen späteren System der Erwerbsarten kein erhebliches Seitenstück hatte; bei der archaischen *sponsio* sprach, ebenso wie beim späteren *votum* und der *dotis dictio*, der sich Verpflichtende ohne vorgängige Befragung; der Schwerpunkt liegt in seiner Rede, nicht in einer Rede des Gläubigers, die Figur ist einseitiger Akt, nicht in Frage und Antwort gegliedert: etwas ungemein Wichtiges inmitten der Oekonomie und Plastik der Urzeit.

Der Uebergang von der *sponsio* zur *stipulatio* kann also unmöglich ein einfacher und unmittelbarer gewesen seyn. Er kann nicht in einem blossen Fallenlassen oder Abstreifen des Sacralnexus bestanden haben; die Structur ist es, welche sich wandelte. Die neue *stipulatio*, auch diejenige mit dem Sponsionswort, ist nicht bloss ein profaner Akt, in welchem ein Mensch an die Stelle eines Gottes tritt, sondern ist auch ein rechtlich Neues, denn nicht mehr gibt der Schuldner seinen Willen in Haft, sondern der stipulirende Gläubiger nimmt diesen Willen, freilich in der milden Form der Ansage oder Frage. Statt des Gelübdes oder der sacralen Zusage hatte man nun einen profanen knappen, aber gegliederten Rechtsakt, bestehend in An- und Zusage, und dieser neue Typus entsprach dem Zusammenhandeln bei dem *gerere per aes et libram* insofern, als auch hier der Erwerbende die Initiative und die Hauptrolle hatte⁸⁾. Die archaische *sponsio* aber gehört einem verschollenen System an, zu welchem die Verbindungsbrücke später abgebrochen ward, und es war daher eigentlich missbräuchlich, dass das Wort *spondere* auf den neuen Stipulirakt Anwendung fand, aber der Römer wollte das ge-

⁷⁾ Cic. de leg. 2, 16.

⁸⁾ Ich mache darauf aufmerksam, dass das Nehmen hier doch ein anderes ist, als dort, denn im *nexum* nimmt der Gläubiger, ohne dass der Schuldner — wenn er kein Interesse hat, zu nuncupiren — mit zu reden hat, also gewissermaassen einseitig, aber *praesentibus amicis*, während in der *stipulatio* ohne Mitrede (Antwort) des Schuldners der Rechtsakt nicht zu Stande kommt, aber dazu keine Notorietät erforderlich ist.

weilte und die Gewissen nationell bindende Wort nicht preisgeben. Ziemlich deutlich ist dies in einer Stelle bei Festus (v. Spondere) ausgedrückt: *Spondere antea ponebatur pro dicere* (feierliche einseitige Zusage), *postea usurpari coeptum est de promissu ex interrogazione alterius*.

III. So sehen wir denn von der *sponsio* im archaischen sacralen Sinne ab, wenden uns zum *nexum* zurück, nachdem es gerechtfertigt worden ist, dass wir gerade an ihm und nur an ihm die Geschichte der Obligatio untersuchten, und treten nun, gleichfalls an der Hand des *nexum*, in die dritte Phase unseres Rechtsinstituts ein.

Wir haben von Livius eine Schilderung des entscheidenden Ereignisses, welche uns die obige Annahme eines sinnlichen Ausgangspunktes in der Geschichte der Obligatio erhärtet. Es sind nur wenige Worte, deren sich der Geschichtsschreiber bedient, aber sie charakterisiren treffend die vollzogene Neuerung, welcher gewaltige Zuckungen im römischen Verkehrsleben vorausgingen. Die einschlägigen Worte charakterisiren das alte und das neue System, die archaische und die klassische Obligatio so einfach und so klar, dass man annehmen muss, Livius, der ja oft so gern mit den Worten der ältesten Quellen redet, habe auch hier nicht modern reflektirt, sondern nur die plastische Sprache und Anschauung der alten Zeit und Gesetzgebung wiedergegeben.

Das Ereigniss, welches ich meine, fiel in die Zeit, vielleicht in den Anfang des grossen Samniterkriegs (326—290), welcher Rom mehr als ein Mal an den Rand des Abgrundes, und wie es Livius ausdrückt, zur Entscheidung brachte, ob den Samnitem oder den Römern die Herrschaft über Italien gebühre.⁹⁾

In dieser Zeit mächtigen Ringens und Gährens, in welcher L. Papirius Cursor der Hauptheld der Römer und mehrmals ihr Retter war, erheben sich diese auch zu einer edleren und feineren Auffassung des Schuld nexus. Niebuhr¹⁰⁾ nennt die Wirkung des Gesetzes, wodurch diese Neuerung geschah, „eine grosse Veränderung des bürgerlichen Rechts, deren Einfluss auf die bürgerlichen Verhältnisse wenigstens so gross, wie eine Abänderung in der Verfassung war“. Dieses Gesetz war die *lex Poetelia Papiria*, wohl ein consularisches Gesetz aus d. J. 326¹¹⁾.

⁹⁾ Die Frage des Samniterführers: *Samnis Romanusve imperio Italiam regat?* Liv. 8, 23.

¹⁰⁾ Röm. Geschichte III, S. 170 (d. 4. Aufl. 1843).

¹¹⁾ Mit dieser Zeitansetzung stimmt freilich die eine Ueberlieferung

§ 7.

Fortsetzung. Die lex Poetelia.

I. Wir müssen dieses Gesetz, welches gewöhnlich mehr auf seine politische Tragweite angesehen wird, auf seine civilistische Tragweite ansehen; diese ist nicht geringer als jene. Was Niebuhr¹⁾ von der *lex Poetelia* aussagt, dass die Abschaffung der Verpfändung der persönlichen Freiheit für den ganzen plebejischen Stand zugleich Befreiung von herabwürdigendem Makel und Tyrannei war, das hat schon Livius²⁾ mit den Worten ausgedrückt: *eo anno plebei Romanae velut aliud initium libertatis factum est*. Dies die politische Seite. Auf den öffentlichen Verkehr aber bezieht sich, was von Livius hinzugefügt wird: dass mit der Abschaffung der Schuldknechtschaft auf Grund des blossen *Nexum*³⁾ dem Verkehr ein *ingens vinculum fidei* genommen worden. Dies die commerciale Seite. Der Civilist aber wird, denke ich, den Accent darauf legen, dass in dem Gesetze eine neue Auffassung der Obligatio Ausdruck fand und zur Herrschaft kam. Dies die juristische Seite.

Die *lex Poetelia* ordnete an, dass, wie Livius berichtet, fortan nicht mehr der Leib, sondern nur die Habe des *nexus* dem Gläubiger verhaftet, verfallen sei, und dass, wie Varro hinzuffügt, wer seine Solvenz (*bona copia*) beschwören könne, vom *nexum* frei seyn solle. Ob diese zweite Bestimmung als nur vorübergehende oder als dauernde Einrichtung gemeint war, will ich hier dahingestellt seyn lassen⁴⁾;

(bei Dionysius und Valerius Maximus) nicht, welche die Veranlassung des Gesetzes mit dem Caudinischen Kriegsunglück in Zusammenhang bringt. Ein Jüngling, dessen Vater als Officier durch die Caudinische Capitulation ins Elend gerieth, war durch die Schulden des Vaters *nexus* geworden; vom Gläubiger misshandelt und mit schändlicher Lust bedroht, hatte er das Volk zu der Forderung aufgestachelt, dass die Schuldknechtschaft abgeschafft und ein humanes Schuldrecht eingeführt werde. Für uns hier hat diese sagenhafte Verbindung, nach welcher das Gesetz um mehrere Jahre später fallen würde, nur die Bedeutung, dass nach römischer Tradition die Erlassung des Gesetzes mit grossen nationalen Begebenheiten und sittlichen Volksansprüchen zusammenhing.

¹⁾ Röm. Gesch. III, S. 178.

²⁾ Liv. 8, 28.

³⁾ Denn auf Grund Verurtheilung im Process, fand noch immer *ad dictio* oder Privaterkerker Statt.

⁴⁾ Vergl. Lange, Röm. Alterth. II, § 96. (S. 69. Ed. 3.)

wichtig ist für uns die erste Bestimmung, welche Livius mit den Worten wiedergibt: *ne quis (nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret) in compedibus aut in nervo teneretur, pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset*⁵⁾.

Für den Laien ist es interessanter, dass hiermit die *manus injectio* auf Grund des *nexum* für unzulässig erklärt ward, und die im Process verurtheilten Schuldner nicht mehr gefesselt oder mit Schlägen behandelt werden sollten; für den Juristen aber ist es interessanter, dass nun der *Obligatio* ein anderes Rechtsobjekt unterstellt gedacht wurde, als bisher⁶⁾. An die Stelle des *corpus debitoris* trat die *universitas bonorum*, an die Stelle eines körperlichen Objekts ein unkörperliches, an die Stelle eines greifbaren Objekts ein ungreifbares. Das Ungreifbare galt nun nicht mehr als ein Unbegreifliches, die *Obligatio* ward vergeistigt. Aber ward sie auch gerettet? war sie damit nicht auf dem Wege, verflüchtigt zu werden? Eine Herrschaft über ein Vermögensganzes, dessen Einheit doch nur etwas Ideelles ist? Wie ist das vorzustellen? Ich denke: noch immer mit Unterstellung der Person des Schuldners, aber die Person nur von ihrer Vermögensseite; das in der Person zusammengehaltene, aber von der körperlichen Erscheinung abgelöste Vermögen gilt fortan als das Objekt. Dass damit die Person nicht absolut fallen gelassen wird, erkennt man aus dem der Verurtheilung folgenden Exekutionsverfahren, welches den *obnoxium* um seine persönliche Ehre bringt und noch immer mit Privathaft bedroht.

II. Zwei Auffassungen — das liegt in jenen fünf Worten: *bona debitoris, non corpus obnoxium* — sind denkbar: entweder das *corpus debitoris* oder das schuldnerische Vermögen gilt als gebunden und in Leidenschaft gezogen; entweder die ganze Persönlichkeit mit

⁵⁾ Liv. 8, 28.

⁶⁾ Die vorwiegend philologische Behandlung der römischen Alterthümer hat es verschuldet, dass in der üblichen Auffassung des Ständekampfes immer die äussere pragmatische Gestaltung, mehr als die juristische Substanz der Wandlungen, ins Auge gefasst worden ist. Man sieht z. B. die Gründung der Censur und Prätur fast nur als eine politische Strebung der Patrizier gegen die Plebs an, während der innere treibende Gedanke vielmehr das Bedürfniss einer Vervielfältigung der Regierungszweige, einer Vermehrung der Staatsorgane war. Aehnlich verhält es sich mit dem wachsenden Einfluss des Senats, welcher nicht bloss in dem Herrschaftstreben der Nobilität, sondern wesentlich auch in dem Bedürfniss eines constitutionellen, repräsentativen Regiments begründet lag. Aehnlich verhält es sich mit der *lex Poetelia* und ihrem Verständniss.

Haut und Haar, oder nur die vermögensrechtliche Persönlichkeit. Jenes zeigt uns die archaische, dieses aber die civilisirte Gestalt der *Obligatio*⁷⁾. In der *lex Poetelia* ist also eine Civilisirungsthat enthalten: es ist die Befreiung des übersinnlichen Kerns der *Obligatio* aus ihrer bisherigen sinnlichen Schale, und diese Befreiung, die zunächst vielleicht hauptsächlich als eine Erschütterung des öffentlichen Credits empfunden wurde, hatte im Grunde die Bedeutung einer Entfesselung der *Obligatio* und ihrer Befähigung zu weit ausgedehnteren Functionen im Verkehrsleben. Die *Obligatio*, die bisher mit einer Art *odium* behaftet und eine Art Kriegszustand zwischen *patres* und *plebs* war, konnte nun populär werden und ihre Schwingen für den erweiterten Dienst auf dem erweiterten Verkehrsfelde Roms entfalten.

Ist nun aber wirklich dies humane Princip reiner Vermögenshaftung der Kern der *Obligatio*, so sind die zwei ersten Phasen, welche in § 5 geschildert wurden, eben nur als Vorstufen der *Obligationsbildung* anzusehen, und erst in der dritten Phase haben wir es rechtsgeschichtlich mit der *Obligatio* als einem abgeklärten und eigenartigen Gebilde zu thun, welches, principiell verschieden von Eigenthum, Servitut und Pfandrecht, den grossen und selbständigen Zwecken, die seiner im aufblühenden Verkehre harren, gewachsen ist. Nun erst tritt die *Obligatio* als das, was sie eigentlich ist und seyn soll, auf den Schauplatz des Rechtes.

Insofern muss die *lex Poetelia* eine systematische Entfaltung des Privatrechtsprincips genannt werden. Sie ist wenige Jahrzehende getrennt von der vorausgehenden *lex Licinia Sextia* (367 v. Chr.), welche die Abzweigung der Prätur vom obersten Imperium veranlasste und dadurch dem Jurisdictionsamte eine grössere Beweglichkeit sicherte. Das entsprach der zunehmenden Beweglichkeit des Verkehrs; aber ein mobilisirter Verkehr bedarf auch der freien *Obligatio*, die durch ihre elastische Anlage berufen ist, das juristische Cardinalorgan des Rechtsverkehrs zu seyn.

III. Dies ist die Bedeutung der *lex Poetelia* für die Geschichte der *Obligatio*. Aber dieses Gesetz hat ausserdem eine allgemeinere Bedeutung für das Recht. Im alten *nexum* hatte die öffentliche Meinung noch den Nachdruck auf die physische Seite des Machtverhältnisses gelegt, die Vorstellung also, dass das Recht wesentlich eine ideelle Machtsphäre sei, war noch nicht zum vollen Durchbruch

⁷⁾ Hier treffe ich mit Brinz (Grünbut's Zeitschr. I, 1874. S. 18) zusammen.

gelangt. Da nun die dinglichen Rechte (an Sachen) ihr Objekt wirklich im Bereiche der Sinnlichkeit haben, so konnte jener Durchbruch vollständig nur an und mit der *Obligatio* vollzogen werden. Er erfolgte, indem die *Obligatio* aus einer Herrschaft über das *corpus (debitoris)* zu einer Herrschaft über den Willen eines Menschen gemacht wurde. An der *Obligatio* ward es unwiderleglich klar, dass das physische Element nur der natürliche und normale Ausdruck, Ausstattung und Mitgift, nicht Wesen der Rechte ist. Die *Obligatio* ward so das ideelle Rechtsverhältniss *par excellence*.

Diese Anerkennung einer rechtlichen Herrschaft über fremden Willen scheint mir der juristische Brennpunkt der *lex Poetelia* zu seyn. Der lebendige Wille wird anerkannt als ein Element, aus welchem das Recht gleichfalls seine Objekte entnehmen kann. Der menschliche Wille thut sich als zweites Gebiet rechtlicher Herrschaft neben dem Sachengebiete auf und bietet sich dem Verkehr als neuer und wichtiger Stoff offenkundig und unwiderruflich dar⁸⁾.

Es ist eine rechtsgeschichtliche Grossthat, dass der Rechtssinn nicht nur auf sinnliche Darstellbarkeit der Rechtsmacht verzichtet, sondern auch an einem wichtigen Punkte sich über die Welt körperlicher Rechtsobjekte erhebt und mit der *Obligatio* in eine Region reiner Willensbeziehungen begibt. In der *Obligatio* herrscht Wille über Willen. Das ist ein rein geistiges, höchst ätherisches und doch wirksames Verhältniss; dem Rechtssinn geht die Gestalt, welche so zart ist, die Macht, welche einen lebendigen Willen packen soll, doch nicht verloren. Wie elastisch und doch wie stark zugleich ist die vergeistigte *Obligatio*! So stark ward und blieb die in der Schutzhülle des *nexum* herangewachsene Gestalt, dass sie in der Kaiserzeit die grössere Hälfte der Verkehrslast auf ihre festgefügtten Schultern zu nehmen vermochte, wie im folgenden Kapitel darzulegen seyn wird.

Man kann noch immer sagen, dass der Schuldner das Objekt der Herrschaft sei; allein er ist es nicht mehr schlechthin, sondern in beschränkter, sinnlich nicht darstellbarer Art. Es ist eben nur der persönliche Wille (des Schuldners), welcher von der Herrschaft (des Gläubigers) ergriffen wird⁹⁾. An diesem Punkte wird unten im 4. Kapitel einzusetzen seyn, wo, was hier vom Rechtsobjekt der *Obligatio* im rechtsgeschichtlichen Zusammenhang gesagt wurde, vom dogmatischconstructiven Standpunkt aus genauer zu entwickeln ist.

⁸⁾ Vergl. unten § 23. II.

⁹⁾ Vergl. unten § 12. IV.

Da muss es erst recht klar werden, dass und warum die *Obligatio* vermöge ihrer Grundanlage eben dahin drängte, den Accent ganz auf die ideelle Seite des Rechts zu legen, und dass und warum mit dieser *Obligatio* die innere Befreiung des ideellen Elements von dem physischen Element principiell entschieden war.

IV. Das Gesetz aber, welches auf das *corpus debitoris* verzichtet, nennt nicht den Willen, sondern die Habe des Schuldners, welche gleichsam an die Stelle des persönlichen *corpus* zu treten habe. Steht das nicht meiner Deduction entgegen? Ich meine, nicht. Denn das Gesetz sollte und wollte nicht psychologisch-juristisch construiren, sondern ohne Weiteres die praktische Consequenz ziehen und den Punkt unanzweifelbar machen, an welchem der rechtliche Zwangsapparat einzusetzen habe, wenn das Urtheil der exekutiven Nachhülfe bedarf. Dass im Hintergrunde des legislativen Gedankens noch immer die Person, der persönliche Wille des Schuldners steht, ist ersichtlich, weil die *bona*, d. h. das Vermögensganze genannt ist, welches nur durch die Person, d. h. das einheitliche, Alles zusammenfassende Subjekt besteht, und weil in der Entreissung des Vermögensganzen nothwendig der bürgerliche Ruin und Ehrverlust liegt.

§ 8.

IV. Die Entfaltung der klassischen *Obligatio*.

I. Absichtlich bin ich in der Darlegung der drei Entwicklungsphasen der *Obligatio* und der Tragweite der *lex Poetelia Papiria* recht ausführlich gewesen, und habe selbst einzelne Wiederholungen nicht gescheut, weil mir hier der Angelpunkt für die Aufgaben der folgenden Kapitel liegt. Was ich zunächst noch anzuschliessen habe, beruht dagegen auf breit vorliegenden Thatsachen und kann demnach in Kürze erledigt werden.

Hatte die *lex Poetelia* diejenige Bedeutung, welche ihr von mir vindicirt worden, so wäre es erklärlich, wenn unter ihrem Eindrucke eine Reihe neuer Erscheinungen in rascher Folge offenbar ward. Von der erklommenen Stufe aus erschloss sich ein neuer Horizont, entsprechend der nun bis Unteritalien vordringenden Römerherrschaft. Innerhalb des neuen Horizonts sind mit einem Male die *expensilatio*, die *stipulatio* und das *mutuum* zu erblicken. Woher sie kamen, wissen wir nicht, können wir höchstens vermuthen¹⁾; das aber wissen wir, dass sie den vom *nexum* verlassenen Platz einnahmen.

¹⁾ Vergl. Kuntze Excurse S. 174. 177.

Das *nexum* war, wie wir gesehen haben, nicht abgeschafft, aber es trat in den Hintergrund und ward von den jüngeren Gebilden überflügelt und verdrängt, weil nach Beseitigung des rigoristischen Personalarrestdruckes mit dem schwerfälligen Apparat des *gerere per aes et libram* nicht mehr Volleres erreichbar war, als mit dem so viel einfacheren Apparat jener drei Surrogate. Wozu noch der grosse Aufwand an Zeugen und Symbolen, wenn der Rechtserfolg fortan gleichfalls nur eine einfache, nackte Obligatio war? Die *expensilatio*, die *stipulatio*, und das *mutuum* wirkten ebenso ein *strictum iudicium*, wie das neuere *nexum*: so liess man dies erklärlicher Weise bald fallen, es kam in aller Stille ausser Uebung und lebte nur in einigen formalen Resten fort.²⁾

II. Wir erblicken in dieser Entwicklung weniger einen Fortschritt in Betreff des Rechtsverhältnisses, also der Obligatio selbst, als in Betreff des Rechtsgeschäfts zur Begründung von Obligationen; m. a. W. nicht die Obligatio, sondern der Vertrag erfuhr Weiterbildung. *Expensilatio*, *stipulatio* und *mutuum* waren bequemere Contractsformen. Die ersteren zwei verlangten eine sehr leicht vollziehbare Förmlichkeit, das dritte nur formlose Summenhingabe. Für den Verkehr war das ein Gewinn. *Stipulatio* und *mutuum* dienten dem Präsenzverkehr, die *expensilatio* eignete sich für den Fernverkehr auf der erweiterten Fläche des römischen Gebietes. *Expensilatio* und *mutuum* übernahmen speciell die Rolle des *nexum*, die *stipulatio* daneben die Rolle der archaischen *sponsio*.³⁾

Ein Fortschritt anderer Art vollzog sich in der Ausbildung des Systems der Consensualcontracte. Zwar war es nicht bedeutungslos, dass hier, wo nicht einmal eine Sachübergabe indiziert war, von jedweder Förmlichkeit abgesehen und damit ein der ideellen Natur der Obligatio voll entsprechender ideeller Begründungsakt anerkannt wurde; weit wichtiger aber war, dass in jenem System zugleich eine neue Art Obligationen Anerkennung fand, die gegenseitige Obligatio, welche Gläubiger und Schuldner in einer Person und auf beiden Seiten setzt, und durch Aufnahme der *bona fides* in ihre Komplexion für völlig freie Individualisierung befähigt ward; die Stellung des Richters musste hier in Folge dessen eine völlig veränderte seyn. Eine solche Obligatio konnte den feinsten, zartesten, individuellsten Interessen Rechnung tragen und sich in die tiefsten Falten des Verkehrs

²⁾ Vergl. Kuntze Cursus § 139. 652. Gai. 3, 173—75.

³⁾ s. oben § 6. II.

schmiegen, indem in ihr die mannichfach verschlungenen Ansprüche der Contrahenten unbegrenzte Beachtung fanden, ward jeder Rest von alter Starrheit überwunden. — Die Obligationen mit *actio contraria* sind eine Parallelerscheinung, die Obligationen aus Innominatcontract ein Anhang dazu.

III. Unser Umblick nähert sich der Kaiserzeit. Was trägt sie für Erweiterung des Horizontes der Obligatio bei? Der Rahmen scheint geschlossen und allen Bedürfnissen Rechnung getragen.

Aber der Rahmen wird an vier Stellen durchbrochen: dies sind die Naturalobligationen, die *querela servi de domino*, die *condictio possessionis* und die Specialexécution. In den zwei ersten Gebilden erkennen wir den bisherigen Idealisirungsfaden; derselbe wird hier fortgesetzt, denn Obligationen, in denen Sklaven und Hauskinder, also vermögenslose Personen, als Gläubiger und Schuldner figuriren, zeigen den Gipfel der Abstraction von aller sinnlichen Zuthat. Nicht der Körper, nicht ein Vermögen, nur ein psychischer Factor, der Wille, ist Objekt, ein Zwang entweder gar nicht oder nur nach freiem Ermessen des Magistrats in *cognitione extraordinaria* statthaft.

Gleichsam zur Compensation nimmt an der vierten Stelle die Behandlung der Obligatio in der Exekutionsinstanz wieder eine Wendung nach der sinnlichen Seite hin, und schlägt also eine rückläufige Richtung ein, indem dem Gläubiger in dem Exekutionssystem eine Anwartschaft direct auf einzelne Sachen des Schuldners eröffnet wird, welche auf des Gläubigers Antrag beschlagnahmt, weggenommen, dem Gläubiger gesichert und bez. zu dessen Befriedigung verwendet werden. Die Obligatio an sich weist, so zu sagen, mit allen ihren Fasern auf die Person, den Willen des Schuldners hin, daher wird eine Processexekution, welche sich correct an das zu erzwingende Recht anschliesst, d. h. die in demselben liegende Macht einfach und ohne fremde Zuthat verwirklichen will, sich immer gegen den Willen des Schuldners richten; auch die universelle Vermögensexécution des klassischen Rechts thut dies, wie schon gesagt, und die Römer haben demgemäss auf diese nie verzichtet. Doch hat die Kaiserzeit daneben einen zweiten Modus, den ich Specialexécution nennen will, allmählich zugelassen. Was hat sie aber damit gethan?

Ich muss Ziebarth durchaus beitreten, wenn er ausführt, dass in der Anerkennung einer puren Realexekution, d. h. auf einzelne Sachen greifenden Realexekution (für Obligationen) indirect eine Wandelung des Obligationsbegriffs liegt.⁴⁾ Der Obligatio wird ein

⁴⁾ Ziebarth D. Realexekution und d. Obligatio (1866) S. 170—179.

dinglicher Charakter untergeschoben, wenigstens dann, wenn die Universalexécution (Concurs ausgenommen) wegfällt, und Specialexécution ganz an ihre Stelle tritt. Es wird dann nicht mehr principiell nach dem Willen des Schuldners gefragt und auf diesen zu wirken gesucht⁵⁾; es wird nicht mehr die Obligatio in ihrem Heim aufgesucht, sondern die Macht des Gläubigers auf Sachen abgelenkt. Das auf Sachen gerichtete Recht aber hat aufgehört, rechte Obligatio zu seyn, und ist auf dem besten Wege, Sachenrecht zu werden. Mit beginnender Exekution, sobald diese rechtskräftig eingeleitet ist, nimmt die Obligatio sachenrechtliche Art an und transfigurirt sich in physischer Richtung; ja man muss sagen, dass, insoweit der realisirbare Sachwerth den Anspruch deckt, die Obligatio in dem an der Sache erlangten Recht auf- und untergeht. Diese Theorie liegt in der unvermeidlichen Konsequenz des Systems der Special-Realexécution, aber sie gibt das Wesen der Obligatio Preis in demselben Augenblicke, wo dieselbe ihre letzte Konsequenz ziehen sollte und als Zwangsmacht auftreten will. Ihr Gipfel ist ihr Untergang. In einen solchen tiefinnerlichen Widerspruch, der zugleich ein kolossaler Widerspruch mit klassischer Prägnanz und Folgerichtigkeit ist, hat sich erst die nachhadrianische Zeit Roms verwickelt. Das System der Specialrealexécution ist eine der markirtesten Schöpfungen im Bereiche des *jus extraordinarium*.

Unter diesem Gesichtspunkte verlohnt es sich, mit Ziebarth noch einen Blick auf das entsprechende Gegenstück, das obligatorisch gerichtete Sachenrecht zu werfen, wie es in dem Publicianischen Schutzverhältniss des römischen Rechts, in dem germanischen Satz: Hand muss Hand wahren, entgegentritt und von Delbrück und Ziebarth für das germanische Eigenthumsschutzsystem gehalten wird. Hier ist dem Eigenthum sein Charakter absoluter Herrschaft genommen, ein relativer, an die Person sich haltender, der Obligatio sich annähernder Zug adoptirt: denn ob der Eigenthümer ein Recht geltend machen kann, hängt da von gewissen persönlichen Beziehungen ab. Das nenne ich ein Gegenstück zu der in der Specialexécution ausmündenden Obligatio. Wie diese eine sachenrechtlich colorirte Obligatio, so ist jenes Verhältniss ein obligationsmässig colorirtes Eigenthum: in beiden Gebilden ist der antike Grundsatz

⁵⁾ Wie es ja durch Namenveröffentlichung, Geldstrafen, Infamerklärung geschehen könnte. Sicher ist auch, dass Universalexécution viel nachdrücklichere Pression auf den Willen des Schuldners ausübt, als die sich auf einzelne Objekte beschränkende Exekution.

scharfer Getrenntheit von Eigenthum und Obligatio verlassen, die eigentliche Markscheide gebeugt, das klassische Princip reinsten Grenzlinien und schärfster Contouren verlassen. Ob diese Richtung dem praktischen Bedürfniss und Sinne unserer Zeit entspricht, ist eine andere, hier nicht aufzuwerfende Frage.

II. Kapitel.

Die Verbreitung der Obligatio.¹⁾

§ 9.

I. Die Obligatio auf dem Boden des Sachenrechtes.

I. Noch in einem anderen Sinne gibt es ein Gegenstück zu der sachenrechtlichen Nüancirung der Obligatio, und zwar ein solches, welches eine der interessantesten Erscheinungen der Rechtsgeschichte ist. Insofern ist dieses andere Gegenstück anderer Art, als das obligatorische Element da nicht Subtraction, sondern Addition ist, d. h. das Recht absoluter Herrschaft nicht abschwächt, sondern mit einem Zusatz erweitert, unterstützt, ergänzt, ja ersetzt. Wie die Obligatio etwas von sachenrechtlicher Natur annehmen kann, so andererseits das Sachenrecht ein obligatorisches Element. Schon in dem dem Formularprocess angehörigen System der *pecuniaria condemnatio*, wie dasselbe von der herrschenden Meinung gefasst wird, hat jenes Additionsprincip Ausdruck gefunden. Diese Erscheinung soll zunächst betrachtet werden.

Es ist mir wahrscheinlich, dass im System der Legisactionen die reine Sachenrechtsidee durchgeführt wurde.²⁾ Das Eigenthum als solches ist ein Verhältniss zur Sache, nicht zur Person; als solches richtet es sich auch im Zwangsstadium nicht gegen die Person, son-

¹⁾ Vergl. Kuntze Excurse, S. 525—528.

²⁾ Die herrschende Meinung, auch noch Ziebarth (d. Realexec. u. die Oblig., S. 47 ff.), ist abweichend; aber nimmermehr kann meines Erachtens die reine Konsequenz des Sachenrechts über das hinausgehen, was dann in der Intentio der Formula Ausdruck fand, d. h. nimmermehr kann ein auf die Sache gehendes Recht sich ohne Weiteres auf eine Person richten. Auch Ziebarth trägt hier eine spätere, kunstreichere, praktisch vollständigere Erledigung des exekutiven Zwangsbedürfnisses in eine frühere Zeit hinein, was ich trotz der *manus injectio* für falsch halte.

dem gegen die Sache. Demgemäss wurde der unterliegende Besitzer nicht zu einem Thun oder Leisten verurtheilt, sondern mit der *pronuntiatio*, dass Kläger im Recht sei, war die richterliche Aufgabe erfüllt, und dem Sieger anheimgegeben, Hand auf die Sache zu legen, die ja regelmässig gegenwärtig war, bez. unter Anrufung der *manus militaris* des Jurisdictionsmagistrats³⁾. Für eine *condemnatio* im Sinne des Formularprocesses war in der *legis actio sacramento*, die ja auch später (vor dem Centumviralhof) immer mit der *pronuntiatio* endigte, kein Platz⁴⁾; nur durch das Versprechen mit *praedes litis et vindiciarum* ward eine Restitutionspflicht begründet.

³⁾ *Praetoria potestate vel manu ministrorum*: fr. 1. § 2. *si ventris nom.* (25, 5).

⁴⁾ Das galt ganz gewiss auch für obligatorische Klagen. Hatte der Richter auf *certum dare oportere* erkannt, so war seine Function zu Ende und dem Sieger überlassen, im Wege der *manus injectio* vorzugehen mit der Formel: *quod tu mihi iudicatus es, ob eam rem ego tibi iudicati manum injicio* (Gai. 4, 21). Dem *iudicatus* stand der *nexus* gleich (*manus injectio pro iudicato*). — Eine andere Wendung musste bei dinglichen Ansprüchen die Exekution nehmen, nämlich gegen die vindicirte Sache; das gab ein der *manus injectio* paralleles Verfahren, eine gegen die Sache gerichtete Handanlegung und Mitnahme (*domum ducere*). War die Sache *in lite* präsent, so nahm der Sieger sie mit, wie in Folge *addictio* durch den Prätor; war die Sache nicht zur Hand, so musste der Sieger sie holen, bez. suchen. Nach strengem (altem) Recht war der Besiegte nicht gehalten, dabei mitzuwirken und dem Sieger irgendwie entgegenzukommen; das hätte sich eben nicht auf gut logisch aus dem reinen Eigenthumsbegriff deduciren lassen, und ward gewiss ebenso wenig erwartet, wie dass der *dare oportere iudicatus* sich freiwillig anbiete und überliefern. Wie nun aber, wenn der Sieger wusste oder vermuthete, dass die vindicirte Sache im Gewahrsam des Besiegten oder eines diesem vertrauten Heblers sich dormalen befinde? Hier musste — ebenso, wie für den Fall einer geplanten *rei vindicatio*, wozu der Kläger Gegner und Objekt sistiren musste — ein irgendwie in solennen Rahmen gebrachtes selbsthülfliches Verfahren gewährt seyn; dasselbe muss auch in alter Zeit eine grosse Rolle im Volksleben gespielt haben, und zu verwundern wäre es, wenn keine Erinnerung daran übrig geblieben wäre. Vielleicht fällt von diesem Gesichtspunkt aus ein neues Licht auf das alterthümliche und bei Gaius (3, 183—185) unklare *furtum lance licioque quaesitum (prohibitum), conceptum* und *oblatum*, so dass, was ich früher (Kuntze Excursus üb. Röm. R., S. 147, 565, und Programm: d. Provinzialjurist. Gaius, S. 8) darüber gesagt habe, vervollständigt und aufgeklärt wird. (Vergl. auch Voigt: Die XII Tafeln, II. S. 566. 570). Sollten wir hier nicht Stücke der dinglichen Exekution vor uns haben? Dem Sieger musste eine rechtliche Bahn zur Sache geöffnet werden, was freilich Angesichts des hochgehaltenen Hausrechts nicht ganz einfach war; ohne So-

Aber wie nun, wenn der Besitzer die Sache vernichtet oder abhanden kommen gelassen hatte? Wie, wenn er im Verdacht war, dass er die Sache irgendwo verborgen habe, oder ihren Ort wisse und sie doch nicht herausgab? Man denke an die vindicirte Herde, welche der unberechtigte Besitzer geschickter Weise in fremde Hand gespielt hat. Dann liess die strenge Konsequenz des Eigenthums den Sieger ohne Hülfe. Wenn die Sache nicht mehr existirte, war der Vindicant nicht mehr Eigenthümer; welches Recht also sollte er nun geltend machen, und lag der Fall nicht so, so vermochte der Kläger doch vielleicht ebenso wenig, wie der Prätor, die Sache herbeizuzwingen. Die Gerechtigkeit ältesten Styls legte da die Hände in den Schooss und liess den Sieger im Stich; der fortschreitende Rechtstrieb aber konnte sich daran nicht genügen lassen. Der Process musste daher eine neue Wendung erhalten; dies geschah zuerst im Formularprocess mittels der *pecuniaria condemnatio*, welche zweierlei Neues enthielt: 1) die Verurtheilung zu einem persönlichen Handeln und 2) die Verwandlung jeglichen Anspruchs auf das Handeln in einen Anspruch auf Leistung einer Geldsumme.⁵⁾ Durch das erstere Element war sanctionirt, dass der Unterliegende nicht passiv bleiben dürfe, sondern aktiv werden müsse, um dem Sieger gerecht zu werden; durch das andere Element war die Art dieser Aktivität in eine allgemeine und höchst praktikable Form gebracht, was einmal wichtig für eine Zeit war, wo es immer häufiger auch andere, als Geld-

lenitäten konnte es dabei nicht abgehen. Der erste Weg nun war, so scheint es (nach Gai. 3, 193, jct. 188), die Vorschrift über das *furtum conceptum: testibus praesentibus* musste sich der Sieger in die Wohnung des Besiegten oder des Heblers begeben, und fand er die Sache, ward der Ueberführte wie ein *fur* behandelt. Doch brauchte dieser den Suchenden und seine Zeugen nicht einzulassen; im Widerspruchsfalle musste dann der Suchende sich zur *ultima ratio*, dem für *furtum lance licioque* vorgeschriebenen Wege (nackt mit Schlüssel und Schurz) bequemen, wodurch der Fall in die Region des *manifestum furtum* gespielt und der Ueberführte *addictus* wurde. Auf den Fall, dass der Besiegte die Sache bei einem Dritten untergeschoben hatte, bezog sich das *furtum oblatum*. Der weite Begriff des *furtum* im römischen Recht umfasste ja die bezeichneten Fälle der *possessio malae fidei* wenigstens dann, wenn mit dem Verleugnen ein Verbergen oder ein Abwehren des Zutritts verbunden worden war. Vergl. Gai. 3, 195; fr. 1. § 2; fr. 44. § 6. 7; fr. 67. *pr. de furt.* (47, 2). *Non. Marc.* 453, 24: *furtum etiam non ablata res, sed omne quidquid occulte geritur, auctoritate veterum dici potest.*

⁵⁾ Man hat bisher diese zwei Momente nicht getrennt und daher den Fortschritt der Processorganisation hier nicht voll gewürdigt.

forderungen, gab, und sodann auch für die Exekution auf Grund dinglicher Klagen sehr gut zu brauchen war. Ich stimme Ziebarth darin bei, dass, indem die *pecuniaria condemnatio* auch auf dingliche Ansprüche Anwendung fand, nicht der auf die Sache selbst gehende selbsthülfeartige Exekutionsmodus abgeschafft ward; er fand seinen Platz da in der Form des *arbitratus restituendi*. Dieser *arbitratus* wird in den Quellen, z. B. von Pomponius und Ulpian⁶⁾, auch als *jussus* bezeichnet; noch immer durfte der Sieger auf Grund der *pro-nuntiatio* mit Hilfe von *manus militaris* die Sache suchen und holen⁷⁾; ausserdem aber haben wir uns zu denken, dass bei dem im Ganzen so höchst loyalen, gesetzlich angelegten Volk der Römer das Unterfangen des unterliegenden Besitzers, entgegen dem Richterspruche die Sache dem Sieger vorzuenthalten, öffentliches Aergerniss gab, gegen allen bürgerlichen Anstand, sowie gegen das Interesse der (so häufig beteiligten) Bürgen⁸⁾ versties und eine ausserordentliche Seltenheit war, die kaum in Rechnung kam. Nur wo der Besiegte die Unmöglichkeit des Gehorsams, Untergang oder Verschleppung des Streitobjekts verschuldet hatte, oder aber wo es galt, einen ungewöhnlichen Starrsinn (des vielleicht leistungsfähigen Gegners) zu brechen, kehrte die Exekution ihre Spitze, die *pecuniaria condemnatio*, heraus und war da eben ganz am Platze, m. a. W. entblösste der Sieger die blanke Waffe, die vorher schon bereit, aber noch in der Scheide war, zum letzten Vorstoss.

In diesem kritischen Augenblicke, wo entschieden ist, dass das Eigenthum den Dienst versagt, stellt sich die Obligatio ein, und nimmt das Eigenthum die Form der Obligatio an. Das Eigenthum in seiner äussersten exekutiven Spitze wird gleichsam zur Obligatio transfigurirt⁹⁾, und nun erst leistet die Rechtspflege dem Berechtigten den denkbar vollsten Dienst. Der Besiegte, welcher das Streitobjekt selbst nicht leistet, muss das vom Sieger geforderte (gesteigerte) Geldsurrogat zahlen, und zahlt er dasselbe

⁶⁾ fr. 9. *de furtis* (47, 2); fr. 68. *de rei vindic.* (6, 1); fr. 14. § 5 quod met. c. (4, 2) nach Pedius; fr. 23. § 3. eod.

⁷⁾ Dies scheint mir Ziebarth (S. 58 ff.) in der That bis zur Evidenz erwiesen zu haben. Ich trete in diesem Punkte jetzt ganz auf seine Seite und bin der Ansicht, dass Ziebarth's Beweisführung zur Herrschaft gelangt wäre, wenn er nicht von vorn herein, wie oben gerügt, ein persönliches Moment in den Vindicationsprocess eingemengt hätte.

⁸⁾ Dazu Ziebarth S. 34.

⁹⁾ Vergl. Kuntze Excursus S. 254. 255.

nicht, so wird Universalexekution gegen sein (ganzes) Vermögen eröffnet und sein Bankerott erklärt. In dieser wuchtigen Maassregel wird voller Ernst gemacht mit der nun zur Geltung kommenden Anschauung, dass der instruirte Process sich in den Kriegsmantel der Obligatio hülle, und jedes Recht im Prozesse Etwas von der Art der Obligatio annehme, auch das dingliche Recht. Processobligation, Processnovation, endlich auch Processhypothek sind lauter Glieder Eines Systems, welches in der *pecuniaria condemnatio* seinen Schlüssel hat.

Aber die Obligatio muss auch sonst noch dem Eigenthum Hilfsdienst leisten: wenn der Besitzer der Sache dolos diese beschädigt, oder sich des Besitzes derselben entäussert oder als deren Besitzer gerirt hat¹⁰⁾. In diese Falten und Winkel des Lebens zu dringen, dazu ist die scharfe, lange und elastische Sonde von Nöthen, welche Obligatio heisst. Was vermöchte hier ohne diese das stumpfe und kurzathmige Eigenthumsrecht? Der Beklagte wäre frei, wenn er zum Kläger sagte: Hier hast du die (entwerthete) Sache, ganz und gerade so, wie sie jetzt ist; oder: ich würde dir die Sache ausantworten, wenn ich sie hätte, aber ich habe sie nicht oder nicht mehr und kann sie folglich nicht geben. Darum bedarf die höhere Gerechtigkeit hier des Succurses der Obligatio. Der Entschädigungsanspruch, welcher dem Eigenthum zur Seite oder an seine Stelle tritt, ist obligatorischer Art, denn er gilt der Person, fordert deren Handeln und wendet sich schliesslich gegen das Vermögensganze des Verurtheilten. Wir sehen also, dass die erwachsene Obligatio frühzeitig dem Eigenthum einen ungemainen Dienst leistete¹¹⁾, welcher seinen Ausdruck in dem klassischen Civilprocess der Römer gefunden hat. Dieser Dienst ist der civilistische Grundgedanke der *pecuniaria condemnatio*.

II. Wahrscheinlich nach dem Vorbilde des schon in den XII Tafeln aufgestellten, *judicium familiae herciscundae* entwickelte die alte Praxis der Römer das *judicium communi dividundo*. In beiden Fällen konnte der Anspruch des Beteiligten sich auf persönliche Leistungen (*praestationes*) erstrecken, z. B. wegen *damnum datum* oder *impensae*¹²⁾, und das ist wieder ein obligatorischer Zusatz zu dem (Mit-) Eigenthumsrecht, welches hier geltend gemacht wird.

¹⁰⁾ *Dolo desit possidere, liti se obtulit.*

¹¹⁾ Nur indirect und erst sehr spät (in der Kaiserzeit) auftretend ist der Dienst, welchen die Obligatio in der Gestalt der *condictio possessionis* dem Eigenthümer leistet.

¹²⁾ fr. 3. pr.; fr. 4. § 3. comm. div. (10, 3).

Aber der Obligationsbegriff dringt hier noch viel intensiver in den Bereich des Sachenrechts ein, denn *Obligatio* ist hier überhaupt der Modus der Lösung der dem Recht gestellten Aufgabe. Die Beteiligten sind in der *communio* an einander gekettet; ihr Interesse, aus der *communio* befreit zu werden, verlangt rechtlichen Schutz, und das Recht kann diesen Schutz nur in der Form der *Obligatio* gewähren. Damit ist von den Römern anerkannt, dass ihr *condominium*, ihre *cohereditas*, um praktisch durchführbar und erträglich zu seyn, der Beihülfe der *Obligatio* bedarf. Der vom Leben geschürzte Knoten kann nicht mit den Mitteln des Eigenthums gelöst werden, nur die *Obligatio* vermag den Knoten zu lösen; ohne die *Obligatio* wäre das *condominium* ein unpraktisches, Vielen geradezu unerträgliches Institut. Der *condominus* wird zum Gläubiger des *condominus* erklärt, um den Werth des *condominium* unbedingt flüssig zu machen; der Sachberechtigte wird zugleich Forderungsberechtigter, und man kann sagen: das Sachenrecht geht hier schliesslich im Forderungsrecht unter. Freilich, es ist ein wundersamer Dienst, welchen hier die *Obligatio* dem unbehelflichen Sachenrecht leistet, aber er zeigt die Unentbehrlichkeit und Elasticität der *Obligatio* im hellsten Lichte. Im Fall der *controversia de loco* übernimmt die persönliche *actio finium regundorum* geradezu die Function der *rei vindicatio*¹³⁾.

III. Auch im Gebiete der *jura in re aliena* treffen wir den Dienst der *Obligatio*. 1) Bei den Prädialservituten ist es die im Klagpetitum der *actio confessoria* auftretende *cautio de non amplius turbando*, welche ein obligatorisches Element enthält. An sich schon greift jene Klage über die sachenrechtliche Konsequenz hinaus, indem sie nicht bloss auf Anerkennung der Servitut, sondern zugleich auf Entschädigung für den Nachtheil aus bisheriger Störung und auf Unterlassung künftiger Störung geht, denn das sind ja (positive und negative) Handlungen; aber jene *cautio* setzt dem letzteren Verlangen noch eine besondere Spitze auf, die eben nur mit den Mitteln der *Obligatio* zu gewinnen ist. Ganz dasselbe gilt übrigens von einigen Rechtsmitteln des Eigenthums- und Besitzschutzes, nämlich der *actio negatoria* und den *interdicta retinendae possessionis*.

Ein besonderer Fall ist noch die *actio confessoria* wegen der *servitus oneris ferendi*, denn diese umfasst hier ausser dem eigentlichen confessorischen Petitum (*onus ferre*) auch noch den Anspruch

¹³⁾ Kuntze Coursus § 725 a. E.

auf *aedificia reficere* oder, wie es von Servius ausgedrückt wird, auf *cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda*, d. h. auf ein dem Eigenthümer der *res serviens* obliegendes persönliches Handeln! Labeo betonte zwar, dass der Eigenthümer sich durch Dereliction der *res serviens* von der Pflicht frei machen könne und insofern *non hominem debere, sed rem*; allein es bleibt dabei, dass das Petitum über das Sachenrecht hinausgreift, und Ulpian und Paulus haben das ausdrücklich anerkannt¹⁴⁾.

2) Bei den Personalservituten (*ususfructus* und *usus*) ist es billig erschienen, weil der Servitutberechtigte die *res serviens* in die Hand bekommt und das Interesse ihres Eigenthümers gefährden kann, jenem besondere Cautionsbestellung anzuhängen: er muss versprechen, die Sache schonend zu behandeln und künftigt, was dem Eigenthümer gebührt, zu restituiren. Auch das ist eine obligatorische Verpflichtung, welche sich an das Sachenrecht anhängt.

3) Einen besonderen Dienst leistet dem Pfandgläubiger¹⁵⁾ im Falle des *contractus pignoratitius* die *actio contraria*, indem sie demselben Anspruch auf ein neues, besseres Pfand gibt, *si debitor malitiose in pignore versatus sit*¹⁶⁾. Die reine Konsequenz aus dem zuerst bestellten Pfandrechte würde nicht zu diesem Schutz der Interessen des Pfandgläubigers führen.

4) Endlich ist des *canon* bei der *Emphyteusis* und des *solarium* bei der *Superficies* zu gedenken, denn auch hier hängt sich an das Sachenrecht eine Leistungspflicht. Das Eigenthum an der Sache ist hier so zusammengeschrumpft, dass der Eigenthümer obligatorisch entschädigt wird; er wird forderungsberechtigt gegen

¹⁴⁾ fr. 6. § 2. 3; fr. 7; fr. 8. § 2. si serv. vind. (8, 5).

¹⁵⁾ Andererseits zeigt das Pfandrechte eine Stelle, wo eine Art rückläufiger Bewegung wahrzunehmen ist, indem der *Obligatio* eine Aufgabe wieder abgenommen oder wenigstens eingeschränkt wird. Ich meine die Ausbildung der Hypothek neben der *Fiducia*. Wo bisher der *in jure cessio* oder *mancipatio* das *pactum fiduciae* angehängt wurde, konnte seit dem Prätor Servius ein *jus in re aliena* begründet werden. Hier trat an die Stelle der *obligatio personae* eine *obligatio rei*, was dem Hauptstrom des römischen Rechtstriebes entgegen war. Mit hieraus erklärt sich wohl, 1) dass das Pfandrechte bei den Römern sich so spät und so langsam entwickelte, 2) dass der Gedanke einer *obligatio rei* im Edikt massgebend blieb, und 3) dass die pfandmässige *Fiducia*, die nationalrömische Form der Pfandidee, bis weit in die Kaiserzeit hinein beliebt blieb.

¹⁶⁾ fr. 9. pr.; fr. 16. § 1. de pign. act. (16, 7).

den Anderen auf wiederkehrende persönliche Geldleistungen¹⁷⁾. Ohne diesen obligatorischen Zusatz würden jene *jura in re aliena* unter gewöhnlichen Umständen wirthschaftliche Monstrositäten seyn.

§ 10.

II. Die Obligatio auf dem Boden des Familien- und Erbrechts.

I. Das Familienrecht ist angewandtes Vermögensrecht, denn wir treffen da alle Arten von Vermögensrechten wieder, und die römischen Juristen haben die Institute des Familienrechts fast ausschliesslich von der vermögensrechtlichen Seite aus behandelt, z. B. die Ehe unter dem Gesichtspunkte der *dos*. Freilich erscheinen die Vermögensrechte hier den Bedürfnissen und Zwecken der Familie untergeordnet, daher sind sie (familienrechtlich) modificirte Vermögensrechte, aber es sind doch Vermögensrechte, um welche es sich handelt. Betrachten wir zunächst die Ehe.

Wie hat das klassische Recht das Problem der Interessengemeinschaft der Ehegatten gelöst? Der Unterhalt des Hauses soll in erster Linie dem Manne obliegen, aber auch Seiten der Frau soll wo möglich mitgeholfen werden. Daher legt das Recht gewissen Personen die Dotationspflicht auf, eine *obligatio ex lege* greift also der Frau gegenüber Platz. Die bestellte *dos* fällt zwar in das Vermögen des Mannes, aber die *dotis causa* ist nicht (mehr) *perpetua*, vielmehr gebührt nach Beendigung der Ehe die *dos* regelmässig der Frau, bez. deren Erben. Wie nun ist dieses Recht der Frau rechtlich organisirt? Sie hat weder Eigenthum, noch ein *jus in re aliena*, noch Miteigenthum, sondern eine Obligatio auf dereinstige Restitution; dieses Rückforderungsrecht ist eine (durch Generalhypothek gesicherte) *obligatio futura*¹⁾, welche mit der Beendigung der Ehe ins Leben tritt. Die Hauptmasse der Sätze des römischen Eherechts hat ihren Ziel- und Mittelpunkt im obligatorischen Rückforderungsrecht, und gerade dieses Recht ist der Grund der *dos* als eines besonderen Rechtsinstituts; ohne die *actio rei uxoriae* s. *de dote* gäbe es hier keinen juristischen Stoff von Interesse. Wie sehr die Idee der *obligatio restituendi* die Ehe in den Augen der römischen Juristen beherrscht, ist namentlich auch aus der Auffassung der *dos venditionis causa aestimata*, welche durchaus als der prävalirende Fall anzusehen

¹⁷⁾ Vergl. unten § 67. III.

¹⁾ Bechmann Röm. Dotalrecht, I. S. 150 ff.

ist, ersichtlich. Papinian sagt von dieser Art der *dotis constitutio: venditio contrahitur*²⁾, d. h. der Ehemann steht einem Käufer gleich, empfängt die *dos* als Waare und muss seiner Zeit (*restituendo*) den Preis leisten. Dies die juristische Gestaltung des Gedankens Tryphonins³⁾: *dos mulieris est (quamvis in bonis mariti est)*. Marcian⁴⁾ stellt sogar ganz allgemein die *dotis datio* auf Eine Linie mit der *venditio (propter onera matrimonii)*, indem er davon eine wichtige, sehr entfernt liegende Konsequenz zieht. So ist thatsächlich an die Stelle der Universalsuccession bei der Manusehe des alten Rechts die *venditio rerum dotalium* mit der Wirkung einer *obligatio futura* auf Restitution der *dos* im neueren Recht getreten.

II. Am längsten hat sich die *patria potestas*, die Grundsäule des römischen Privatrechts, erhalten; sie steht ausserhalb des *jus militare*⁵⁾ noch unerschüttert in der Zeit der klassischen Jurisprudenz da. Doch sehen wir auch auf diesem Boden die Gestalt der Obligatio vordringen, indem *jure extraordinario* eine gegenseitige Alimentationsförderung zwischen Ascendenten und Descendenten, also auch zwischen *paterfamilias* und *filiusfamilias*⁶⁾ anerkannt wird; zahlreiche Rescripte, namentlich des Kaisers Marc Aurel, beschäftigten sich mit dieser Frage⁷⁾.

Von grösserer Tragweite war die mit Constantin dem Grossen beginnende Entwicklung des Adventizgutsystems. Es gehört nicht mehr der klassischen Zeit an, aber es bildet nachher das Hauptstück im Gebiet der *patria potestas*; das *peculium militare* und *adventicium irregulare* sind Ausnahme und Singularität, denn jenes kommt lediglich in Bezug auf Kinder männlichen Geschlechts in Frage, und bei beiden ist die *patria potestas* (so gut wie) weggefallen. Das Verhältniss des regelmässigen Adventizguts ist ein servitutartiges Rechtsverhältniss, ein familienrechtlich modificirtes Niessbrauchsrecht mit Verwaltungsrecht; aber an dieses Recht hängt

²⁾ fr. 69. § 7. de jure dotium (23, 3).

³⁾ fr. 75. eod.

⁴⁾ fr. 8. § 13. quib. mod. pign. solv. (20, 6).

⁵⁾ Das *castrense peculium* wird unter dem Gesichtspunkt einer Suspension der *patria potestas* ausgeschieden. Es gehört nicht dem *jus privatorum (paganorum)* an.

⁶⁾ Vergl. z. B. fr. 5. § 15. de alendis lib. (25, 3).

⁷⁾ Der *actio funeraria*, in welcher auch eine (dem *paterfamilias* und bez. dem *maritus* obliegende) Obligatio zu erkennen ist, soll hier nicht weiter gedacht werden.

sich eine Rechtsverbindlichkeit: der Vater steht in einer *Obligatio* und hat Diligenz zu prästiren; insofern erscheint das Kind als Gläubiger seines Vaters. Auch hier also nimmt nun die *Obligatio* einen Theil des Raumes im Familienrecht ein.

III. Noch weit entschiedener und viel früher thut sie das auf vormundschaftlichem Gebiet, wo sie geradezu den Rahmen des ganzen Rechtsverhältnisses in einer Weise abgibt, dass selbst noch neuere Rechtslehrer, wie Puchta und Windscheid, die Vormundschaftslehre in das Obligationenrecht verweisen. Manches spricht dafür, dass in ältester Zeit die Tutel wirklich eine *vis ac potestas (in capite libero)*, ähnlich der *patria potestas*, gewesen; schliesslich aber wird sie, ebenso wie die *cura*, zu einer *Obligatio quasi ex contractu*, der Mündel ist Gläubiger des Vormunds und hat Anspruch auf dessen Diligenz. Nicht Alles geht in diesem Rahmen auf⁸⁾, und halte ich es daher für verfehlt, die Vormundschaft als Theil des Obligationenrechts zu behandeln, aber die grosse Masse der vormundschaftlichen Rechtssätze führt sich auf den obligatorischen Gesichtspunkt zurück, die *Obligatio* regiert die Vormundschaft des römischen Rechts, und die klassische Jurisprudenz hat diese Tendenz deutlich ins Licht gestellt.

IV. Auch in das Gebiet des Erbrechts dringt die *Obligatio* immer entschiedener vor, wir sehen, wie die construirende Jurisprudenz von den obligatorischen Principien den ausgiebigsten Gebrauch macht: sowohl bei der Universal-, als auch Singularsuccession. Die erstere anlangend, so nimmt die *hereditatis petitio* — parallel der *rei vindicatio* — ein obligatorisches Element auf, namentlich seitdem auf Grund des *Scutum Juventianum* unter Hadrian der Grundsatz ausgebildet wird, dass der Kläger den Erbschaftsbesitzer auch auf persönliche Leistungen in Anspruch nehmen kann⁹⁾, nämlich auf die noch vorhandenen Vortheile, welche der Besitzer aus der Erbschaft gezogen hat.

Die Singularsuccession anlangend, so tritt die *Obligatio* schon mit den Legatsformeln *damnas esto dare* und *damnas esto sinere (legatum damnationis und sinendi modo)* in das Gebiet der Legate ein: der Onerirte wird *quasi ex contractu* obligirt. Die *Obligatio* bewährte hier ihre elastische Natur, sie ermöglichte eine

⁸⁾ Die *auctoritatis interpositio* bleibt ausserhalb, nur die *tutelae gestio* gehört hinein. Auch das Disciplinar- und Respektsmoment bleibt ausserhalb.

⁹⁾ fr. 20. § 17–21; fr. 25. § 18. de her. pet. (5, 3).

grössere Anzahl von Legirungsfällen und namentlich das *legatum alienae rei*, und das *Scutum Neronianum* verstand demgemäss unter dem *optimo jure relinquere* das Damnationslegat. Dieses *Scutum* ging über den Rahmen des *jus civile* hinaus¹⁰⁾, indem es jedes *legatum alienae rei* unter die Regeln des Damnationslegats (*optimo jure relictum*) stellte und so der *Obligatio* einen breiten Raum für das Recht der Vermächtnisse schuf. Das Forderungsrecht des Bedachten steht seitdem immer in erster Linie, das Vindicationsrecht erscheint nur unterstützend, und man kann sagen, dass der rechtliche Schutz des Bedachten wesentlich obligatorischer Natur sei.

Sehen wir uns die Verpflichtung des Fiduciarerben zum Erbschaftsantritt an, so erkennen wir auch hier, streng juristisch gesprochen, eine *Obligatio*¹¹⁾, und vielleicht muss auch die Collationsverbindlichkeit unter diesen Gesichtspunkt gebracht werden.

§ 11.

III. Die *Obligatio* in den übrigen Rechtsgebieten.

I. Ich hatte bereits (§ 9. I.) zu erwähnen, dass in dem Condemnationssystem des Formularprocesses die Idee der Processobligation enthalten war. Diese Idee ist nun hier *ex professo* zu behandeln¹⁾, aber sie ist so festgestellt, dass es nur weniger Worte bedarf.

Es war wohl uralte römische Vorstellung, dass der Civilprocess rechtsgeschäftliche Natur habe²⁾. Er war ja, wie das Contrahiren, ein Zusammenhandeln der Parteien behufs einer Rechtswirkung für beide Theile, freilich ein Zusammenhandeln, welches zugleich ein Bekämpfen war, aber doch ein Zusammenhandeln und zwar auf gemeinschaftlichem Rechtsboden, und unter Ehrenmännern ward es immer so gehalten, dass man, wie man zusammen zur *in jure cessio* ging, auch zusammen *in jus* zur *litis ordinatio* ging: dort wurde *dominium*, hier *judicium* constituirt, dort *res*, hier *judex* addicirt. So war denn das Processiren von jeher ein *judicio contrahere*, wie noch Marcellus³⁾ sagt, oder ein *agere*⁴⁾ *cum adversario*, wie der stehende Ausdruck war.

¹⁰⁾ Gai. 2, 197. 198. 212.

¹¹⁾ Vergl. Thon Rechtsnorm S. 204. Anm. 1.

¹⁾ Vergl. Kuntze Excuse, S. 254 ff. 388 ff.

²⁾ Vergl. Kuntze Excuse, S. 181.

³⁾ fr. 3. § 11. de pecul. (15, 1).

⁴⁾ Vergl. die Definitionen des *agere*, *gerere* und *contrahere* in fr. 19. de V. S.

Also das Processiren glich einem Contract. Aber welchem Contract? Die klassische Jurisprudenz antwortete: einem obligatorischen Contract, denn im Formularprocess schrieb sich der Kläger ein Recht auf *adversarium condemnari oportere*⁵⁾ zu; dieses Recht konnte zwar nur ein bedingtes seyn, aber eben in dieser Bedingtheit zeigte sich wieder ein der Obligatio paralleles Moment, denn auch die Obligatio kann (suspensiv) bedingt seyn. Der bedingte Anspruch auf Condemnation ist *implicite* ein bedingter Anspruch auf ein Handeln, Leisten (des Gegners), und jeder Civilprocess — mit Ausnahme der Präjudicialklagen — mündet nach der klägerischen Intention in solchen Anspruch, auch der dingliche Ansprüche verfolgende Civilprocess. Mithin ist Obligatio oder obligationsähnliches Rechtsverhältniss die streitbare Rüstung, welche das Rechtsverhältniss umthut, der Kriegsmantel, in welchen es sich hüllt; in dieser Hülle (*sagum*) durchläuft es das Stadium des Streits. Es gehört jetzt zur *justa lis*, dass das Rechtsverhältniss das Gepräge der Obligatio annimmt, dass es in diesen Typus umgegossen und transfigurirt wird; die *litis contestatio* folglich einer *novatio*, das *judicium pendens* einer *obligatio pendens*, das entscheidende Urtheil einer *conditio existens* oder *deficiens*, die processuale Beschlagnahme einer Hypothek (*pignus in causa judicati captum*) vergleichbar ist.

So erhellt, dass der ganze Civilprocessapparat den Stempel der Obligatio empfängt, und dass seine Grundlinien sofort klar hervortreten, wenn jener Gesichtspunkt gebührend zur Geltung kommt; es ist nicht juristische Spielerei, sondern die ganze civilistische Plastik des römischen Civilprocesses hängt an dem Obligationsbegriffe. Es kann nicht zweifelhaft seyn, dass die klassische Jurisprudenz den Civilprocess in dem Bilde der Obligatio zusammenfasste, und dass in diesem Bilde die Structur des Civilprocesses ihren klassischen Ausdruck fand. Die Obligatio leistete hier einen dogmatischen Dienst, ohne sie würde es schwer seyn, die Erscheinungen des Civilprocesses als eine lebendige, lebensvolle Einheit zu begreifen. Sie ist das Spalier, an welchem die antike Intuition die Ranken des Processgewächses sich anschliessen, entfalten und befestigen lässt, damit ihr Wachsthum und Zusammenhang unverkrümmert und unverworren dem Blicke offen wird; sie ist, um mit einem anderen Bilde nachzuhelfen, das Gefäss oder Vehikel, in welchem das verfolgte Recht durch den Processraum transportirt wird.

⁵⁾ Gai. 3, 181.

II. Ein anderer Dienst ist es, welchen die Obligatio auf strafrechtlichem Boden den Römern leistete. Dieser Dienst ist nicht theoretischer, sondern praktischer Art, denn es galt da, Lücken des Strafrechts auszufüllen; wir würden sagen: das *jus privatum* musste hier dem *jus publicum* zu Hülfe kommen. Und daraus erklärt sich, dass dieser Dienst sehr alten Datums ist, er war in alter Zeit wichtiger, als in der Zeit des ausgebildeten Strafrechts. Schon in den XII Tafeln war dem Criminalbedürfniss mit Privatklagen Rechnung getragen: die *actio injuriarum* traf die Delicte gegen die Person, die *actio furti* die Delicte gegen das Vermögen⁶⁾, sofern *animus injuriandi, lucrandi* vorlag. Der Zweck dieser Klagen war Strafe: es ging dem Thäter entweder an sein *caput* oder an sein Vermögen; aber das Recht auf Bestrafung war noch nicht als ein Recht des Staats, sondern des verletzten Privatmanns vorgestellt. Dieser hatte den Anspruch, ihm war die Verfolgung überlassen, und welcher Art war denn das Strafklagrecht? Es war Privatrecht, genauer: Vermögensrecht, noch genauer: Forderungsrecht, d. h. es war eine civilrechtliche, später zum Theil eine prätorische, noch später theilweise⁷⁾ auch eine extraordinäre Obligatio. Kurz die Pönalklagen des römischen Rechts zeigen die der Obligatio auf dem Boden des Criminalrechts zufallende Rolle, die Obligatio war ein Organ des criminellen Rechtstriebes im geordneten Staatsleben, der Rechtsfrieden bedurfte der Obligatio, sie rettete die öffentliche Sicherheit. — Es ist nicht nöthig, diesen Gedanken weiter auszuführen und darzulegen, wie derselbe Gedanke, wenn auch minder plastisch und rein, in den *actiones mixtae* wiederkehrte, z. B. in der *actio vi bonorum raptorum* und selbst (freilich sehr versteckt) in der *actio legis Aquiliae*⁸⁾.

III. Nicht so alt, doch auch schon der republikanischen Zeit entsprungen ist der Gedanke, dass die Obligatio auch Polizeidienst zu leisten fähig sei. Diese Rolle auf dem Boden des Polizeiwesens ist eine Erfindung der Jurisdictionsmagistrate, des Prätor und der curulischen Aedilen, welche zu diesem Behufe Popularklagen und Popularinterdikte in ihren Edikten proponirten, z. B. die *actio de albo corrupto, de effusis et dejectis*, das *interdictum prohibitorium de via publica*⁹⁾.

⁶⁾ Kuntze Cursus § 628. 714.

⁷⁾ Kuntze Cursus § 715 sub 3.

⁸⁾ Vergl. fr. 1. (*damnas esto*), fr. 3 (*injuria*), fr. 11. § 2 (*poena*), fr. 23 § 8. ad leg. Aquil. (9, 2).

⁹⁾ Kuntze Cursus § 476. 213.

Der mit solchem Rechtsmittel verfolgte Anspruch war nicht ein gewöhnlicher des Privatrechts, sondern eine vom Privatrecht mit seinen Mitteln dem öffentlichen Interesse geleistete Hilfe, wichtig zu einer Zeit, wo es noch fast ganz an einem Polizeiapparat gebrach, und daher das Privatinteresse aufgestachelt werden musste. Der einzelne Bürger konnte sich des Falles annehmen, die Last des Verfolgens auf sich laden, und damit er das thue, winkte ihm Gewinn. Dies der Zweckgedanke, dessen juristische Verwirklichung eben die Popularklage war, welche der Kläger *quasi unus ex populo*¹⁰⁾, d. h. gewissermaßen in Vertretung und Interesse des Publikums, anstellte.

Das Recht, eine Popularklage anzustellen, ist von vorn herein nicht privatrechtlicher Natur: *actiones populares non in bonis actoris computandae sunt*, sagt Maecian¹¹⁾, der Kläger *ex populari causa creditoris loco non est*, sagt Ulpian¹²⁾; allein sie wird mit der Litiscontestation, in welcher der klagende Bürger den Mitbürgern zuvorkommt, ein Vermögensrecht, der Kläger ist nunmehr Gläubiger geworden, sein Recht eine Obligatio, die ihm den Thäter verpflichtet. So diente, bevor Augustus ein römisches Polizeisystem schuf, kraft des *jus honorarium* die Obligatio, wie sie bei Delicten half, auch bei Uebertretungen. Sie war, kann man sagen, eine „Magd für Alles“, oder sage man lieber: ein Factotum des öffentlichen Lebens, eine Königin, die mit ihren Mitteln überall, wo ein besonderes Organ fehlte, beisprang und aushalf.

IV. Die Functionen der Obligatio sind hiermit noch nicht erschöpft. Sie ragt selbst in die sacrale Region hinein, denn die Römer kannten nicht bloss Obligationen mit den Rechtsgenossen (*cives*) und Fremden (*socii, peregrini foederati*), sondern auch mit den Göttern (*Dii*), und zwar theils mit den *Dii Superi*, theils *Dii Inferi*. Der Verkehr der Menschen mit den Göttern spiegelt den Verkehr der Menschen mit den Menschen ab. Wie *alienatio rei* und *obligatio personae* neben einander im menschlichen Vermögensgebiet, so stehen die *dedicatio rei* und *obligatio personae* im Religionsgebiet neben einander; beide sind *consecrationes*, aber die *dedicatio* gleicht der *alienatio*, das *votum (voti nuncupati)* der *obligatio*, und zwar gelten letztere zwei den *Dii Superi*. Daneben gibt es Consecrationen an *Dii Inferi*, und ich meine, dass auch hier wieder Hingabe (*dare*

¹⁰⁾ Paul. in fr. 1. de popul. act. (17, 23). Dazu Kuntze Cursus § 476.

¹¹⁾ in fr. 32. ad leg. Falc. (35, 2).

¹²⁾ in fr. 12. de V. S.

devovere urbem exercitumque, consecrare caput cum bonis) und Obligirung (*sese devovere, arma Volcano covere, animalia proximi veris covere*) zu unterscheiden sind. Der Selbstdevovent sagt: *mecum hostium legiones mactandas Telluri ac diis manibus dabo* (Liv. 8, 10; 10, 28). Der Vovent übernimmt eine sacrale Obligatio: nämlich sich, seine Waffen, die kommende Frühlingsgeburt zu opfern¹³⁾.

Es ist gleichfalls von Anderen schon mit Recht bemerkt worden, dass man gewisse Rechtserscheinungen als publicistische Obligationen bezeichnen könne¹⁴⁾. Dabei denkt man besonders an das Recht des Staats oder der Gemeinde, Steuerrückstände, d. h. die einzelne fällige Steuerrate einzufordern. Zwar das Besteuerungsrecht, das Recht auf künftige Steuerleistungen ist *juris publici* und hat an sich mit dem Privatrecht nichts gemein; allein die einzelne Rate, sobald sie fällig geworden, löst sich vom publicistischen Stamme, wie eine separirte Frucht, insofern ab, als sie (nun) geeignet ist, wie ein gewöhnliches Vermögensrecht Gegenstand von Rechtsgeschäften zu werden, und als sie auf dem Vermögen des Besteuernten lastet, dieses mindert und mit auf die Erben übergeht, ganz wie eine privatrechtlich erwachsene Schuld. Beweis für das Erstere ist die von Papinian¹⁵⁾ anerkannte Statthaftigkeit der Cession fiscalischer Steueransprüche, das Letztere ist in unserem Steuerverfassungsrecht wohl allgemein anerkannt, und es liegt sicherlich im Interesse der Steuerberechtigten, dass ihnen betreffs der fälligen Steuerposten der Weg privatrechtlichen Gebahrens geöffnet und gewährleistet ist. Es ist aber selbstverständlich, dass das in das Privatrecht zugelassene Steuerrecht da nur in der Gestalt der Obligatio vorstellbar ist. So hätten wir denn eine Obligatio auf dem Boden des Steuerrechts, und warum sollten wir dem Verkehr diesen Dienst der allerwärts diensamen Obligatio versagen¹⁶⁾? Man denke ferner an die Ansprüche der Richter und anderen öffentlichen Beamten, welche aus ihrem Dienst-

¹³⁾ Macrob. 39, 9. Fest. Epit. 379. Marquardt Röm. Staatsverwalt. III. (ed. 2) S. 279 unterscheidet nicht genau. Kuntze Prolegomena z. Gesch. Roms S. 54. 204.

¹⁴⁾ Bruns Zur Geschichte d. Cession, S. 56 ff. Hartmann d. Obligationen, S. 159.

¹⁵⁾ in fr. 5. pr. de censib. (50, 15).

¹⁶⁾ Es kann nicht davon die Rede seyn, dass dieser Anspruch des Fiscus der Popularklage gleich behandelt und erst mit der erfolgten Litiscontestation als Forderungsrecht angesehen würde, denn bei der Popularklage fixirt sich erst mit der Litiscontestation der Berechtigte, während bei der Steuer des Fiscus von vorn herein einzig Berechtigter ist.

verhältniss entsprungen, aber vermögensrechtlichen Inhalts sind; das Gerichtsverfassungsgesetz v. 27. Jan. 1877. § 9 erkennt hiefür ausdrücklich den Rechtsweg an. Man denke endlich an den Gebührenanspruch der Zeugen und Sachverständigen, welche in Processen requirirt wurden.

§ 12.

IV. Die Obligatio aus angeborenen Rechten. Corollar.

I. Es ist bisher nicht von den angeborenen Rechten die Rede gewesen. Ich verstehe unter diesen Rechten solche, welche mit der Persönlichkeit von selbst gesetzt sind und von den übrigen Privatrechten sich dadurch unterscheiden, dass sie nicht etwas ausserhalb der Persönlichkeit Vorhandenes zum Objekt haben, sondern lediglich die Person in Beziehung zu sich selbst darstellende Elemente sind. Sie sind daher auch unmittelbare Personenrechte oder beziehungslose (intransitive) Rechte¹⁾ genannt worden, und man kann sie als solche den Rechtsverhältnissen (transitiven Rechten) gegenüber stellen. Sie sind gewissermaassen persönliche Eigenschaftsrechte und daher unentäusserlich und unübertragbar. Dahin gehört vor allen das Recht der persönlichen Freiheit und Integrität, d. h. das Recht der (ungeschmälerten) Selbstbestimmung über Körper, Lebensweise, Tracht, Häuslichkeit, Aufenthalt. Der Körper ist die Erscheinung, der Sitz der Persönlichkeit; das Recht, welches diese anerkennt, darf jener den Schutz nicht vorenthalten. Würde z. B. Jemand auf dem Boden des gemeinen Rechts Herrenrecht über eine Person wie über Sklaven usurpiren, so wäre ein Anspruch auf Anerkennung der Freiheit begründet, welcher processualisch (wenn im Civilprocess zugelassen) die Form einer Statusklage annehmen müsste. Ausserdem kann daraus eine Injurienanklage abgeleitet werden, welche jetzt strafrechtlich zu verfolgen ist. Endlich kann solchenfalls auch ein Civilanspruch auf Ersatz der erlittenen und bez. künftigen Vermögensbusse entspringen, welcher die *actio legis Aquiliae utilis* begründet²⁾, vielleicht auch ein Anspruch auf Entschädigung für Schmerzen und körperliche Verunstaltung (*deformitas*).

Dieser Rechtsschutz ist aber nicht ausreichend, vielmehr gehören

¹⁾ Jhering Jahrb. f. d. Dogmatik X. S. 393.

²⁾ fr. 5. § 3; fr. 7. pr.; fr. 13. ad leg. Aquil. (9, 2); fr. 7. de his, qui effuderint (9, 3).

auch Name³⁾ und Ehre zu den Elementen der Persönlichkeit, denn im Zusammenhange unserer socialen Verhältnisse gebühren sie der Person als solcher, sind ihr angeboren oder von Haus aus und vorschriftsmässig beigelegt und vervollständigen ihre rechtlich zu schützende Daseynsphäre. Hieraus resultirt, dass ihre Anerkennung mit Statusklage erzwungen, Verletzung mit Injurienklage strafrechtlich verfolgt und Entschädigung für Vermögenseinbusse civilrechtlich beansprucht werden kann, letzteres im Wege der Bussforderung oder gewöhnlicher Schädensklage. Ehrenrührige Nachrede und Verleumdung⁴⁾ z. B. können Erwerb und Fortkommen des Beleidigten auf Jahre hinaus erschüttern oder ruiniren und insofern einen „Rückschlag“ auf dessen Vermögensstand äussern, welcher privatrechtlich zu quantificiren ist.

Auch hier also hat die Obligatio eine Aufgabe zu erfüllen. Ich kann zwar Windscheid⁵⁾ nicht zugeben, dass jene „Rechte an der eigenen Person“ keiner besonderen Darstellung im Privatrechtssysteme bedürften, weil sie über rechtlicher Anfechtung erhaben seien, und ihre thatsächliche Verletzung nur strafrechtliche und obligatorische Folgen haben könne: denn ein amerikanischer Sklavenhalter oder ein verbannter Emir könnte möglicherweise versuchen, auf deutschem Boden Herrenrecht über seine Diener auszuüben, und der obligatorische Entschädigungsanspruch überhebt hier der Aufgabe besonderer Darstellung der angeborenen Rechte ebenso wenig, wie die (*actio furti* und) *condictio furti*, die *actio communi dividundo*, die *actio personalis ex testamento* im Obligationenrecht die Lehre vom Eigenthum, vom Miteigenthum, vom (Damnations-) Legat aufzusaugen vermag. — Allein anerkannt und betont muss werden, dass die Obligatio auch im Dienste der angeborenen Rechte eine nicht minder wichtige Aufgabe zu erfüllen hat, als im Gebiet der Transitivrechte.

II. Wir haben die Leistungskraft der Obligatio auf dem Boden des Personen- und Vermögensrechts, des Civilprocesses, des Strafrechts, der Polizei, des Cultus und des Steuerrechts kennen gelernt. Für das Strafrecht zeigte sie sich schon in ältester Zeit und durch alle Zeiten hindurch, für das Process- und Polizeiwesen seit den letzten Jahr-

³⁾ Das Recht der Namensführung ist civilrechtlich noch unentwickelt (vergl. dazu Thon Rechtsnorm und subjectives Recht, S. 153) und nur in den handelsrechtlichen Sätzen über den Handelsnamen (Firma) nothdürftig ausgebildet.

⁴⁾ Strafgesetzbuch § 186. 187.

⁵⁾ Pandectenrecht I. § 39.

hundertern der Republik, für das Steuerrecht ist der Gedanke wohl nur in der klassischen Jurisprudenz aufgetaucht. So nimmt sich die Verbreitung der *Obligatio* in der geschichtlichen Perspective aus. Man erkennt da ihre wachsende Bedeutung, und man muss zugeben, dass es nicht angeht, die *Obligatio* in die Grenzen des Obligationenrechts, wie dieses in den Compendien auftritt, eingepfercht zu denken.

In den üblichen Darstellungen des römischen Privatrechts steht die *Obligatio* als ein abgesonderter Theil der Privatrechtswelt neben Sachen-, Familien- und Erbrecht, und dem Lernenden wird es nicht leicht klar, welch' eminente Rolle die *Obligatio* im römischen Verkehr, im ausgebildeten Recht und in der klassischen Jurisprudenz der Römer spielte. Es bleibt fast verschwiegen, wie die *Obligatio* mit der Zeit die am meisten hervorragende Gestalt unter den typischen Rechtsverhältnissen des Privatrechts wurde, ohne deren Hülfe die römische Güterbewegung ebensowenig, wie die juristische Vermögensconstruction, einen Schritt vorwärts gekommen wäre, und wie die *Obligatio* alle Räume des erweiterten Rechtsbaues mit ihrer Lebenskraft durchdrang und beseelte. Der Lernende müsste durch die Geschichte des römischen Rechts vorbereitet werden für volles Verständniss der wachsenden Rolle, welche der *Obligatio* zukommt im Laufe der Kulturentwicklung und in unserem modernen Verkehrsleben. So gering die Rolle der *Obligatio* in Zeiten einfachen naiven Volksthums ist, so wichtig wird sie auf den Stufen höherer Civilisation; immer grössere Massen des Güterbestandes nehmen die Form der *Obligatio* an; mit dem Uebergange aus der Natural- in die Geldwirthschaft tritt die *Obligatio* unter den Arten der Rechte in die erste Linie, und sie behauptet diesen Platz auch bei dem Uebergange zur Kreditwirthschaft. So kann die *Obligatio* geradezu ein Gradmesser des wirthschaftlichen und civilisatorischen Aufschwungs genannt werden, und es erklärt sich von da aus der Umstand, dass auch die Jurisprudenz immer häufiger und lieber mit diesem wichtigen und ausgiebigen Begriffe operirte.

III. Ausgesprochene Epochen pflegen auch ihre ausgesprochenen Prototypen zu haben, welche zum Theil in Anschauungen und Richtungen wirthschaftlicher Art begründet sind. So trug in den Anfängen der Verkehrsgeschäfte Alles den Tausch-Karakter, weil Tausch die Form des ursprünglichen einfachen Güterumsatzes ist. Den Tausch löst dann im natürlichen Umschwunge der wirthschaftlichen Dinge der Kauf ab. Demgemäss finden wir, dass bei den Römern, wo die Geldwirthschaft sich verhältnissmässig frühzeitig

ausbildete, bald der Tausch vom Kauf und zwar so vollständig in den Hintergrund gedrängt wurde, dass er dann von der Jurisprudenz wie aus einem vergessenen Winkel erst wieder hervorgeholt werden musste, um mühsam mit Hülfe des Begriffs des *Innominatcontractus* dem System einverleibt zu werden. Schon in den XII Tafeln spielte der Kauf (in der solennen Form der *mancipatio*) eine eminente Rolle. Mittels des *gerere per aes et libram* ward die Kaufidee selbst bei Eheschliessungen (*coemptio*), Emancipationen und Adoptionen verwerthet; gern verwies später noch die Jurisprudenz auf die Kaufidee, um gewisse Erscheinungen zugleich wirthschaftlich und juristisch in das rechte Licht zu stellen, z. B. den *Vindicanten*, welcher nach erlangter günstiger *pronuntiatio*, statt vom direkten Zwangsrecht Gebrauch zu machen, *aestimatio* und *condemnatio* beantragte, stellte man einem Verkäufer gleich ⁶⁾, die *dotis datio* einer *venditio rerum dotarium* ⁷⁾, namentlich im Falle der *aestimatio venditionis causa* ⁸⁾: dort und hier kam der Satz zur Anwendung: *aestimatio venditio est* ⁹⁾.

Während des Mittelalters ward wieder in anderer Weise der Kauf gleichsam zum Gefäss für alle möglichen Rechtsgeschäftsarten verwendet. Ich erinnere an den Weinkauf bei den verschiedensten Geschäftsabschlüssen, an den Rentenkauf, welcher Jahrhunderte lang so sehr beliebt war, an den Altentheilsvertrag, d. h. die bäuerliche Gutsübergabe gegen Leibzucht, welche allgemein unter dem Gesichtspunkt des Kaufs auf eine *causa onerosa* zurückgeführt, und vielfach als *Kindskauf* oder *Freundskauf* bezeichnet ward, an den in Norddeutschland den Wechsel vertretenden Ueberkauf und daran, dass die italienische Wechselrechtstheorie den Wechsel, welcher ja ursprünglich ein Tausch von Geldsorten war, dann als *emptio pecuniae absentis* fasste und diese Formel als theoretische Basis dauernd festhielt.

Was wir bei Rechtsakten finden, kann auch mit Rechtsverhältnissen geschehen. Das lehrt uns die *Obligatio*. Sie wird prototypisch, gehört zur Signatur einer grossen Wirthschaftsepoche; sie correspondirt dem Geldbegriff, und die Jurisprudenz folgt dem

⁶⁾ Gai. fr. 1. pro emt. (41, 4); Ulp. fr. 3. eod.; Paul. fr. 46. de rei vind. (6, 1); Ulp. fr. 21. § 2. de evict. (21, 2).

⁷⁾ Marcian fr. 8. § 13. quib. mod. pign. (20, 6).

⁸⁾ fr. 10. § 5; fr. 69. § 7. de jure dot. (23, 3).

⁹⁾ Andere Fälle s. in fr. 76. de solut. (46, 3), fr. 36. de fidejuss. (46, 1), fr. 15. qu. in caus. in poss. (42, 4), fr. 4. § 31. de doli exc. (44, 4), fr. 24. pr. de pign. act. (13, 7); c. 4. de evict. (8, 45).

allgemeinen Rechtstrieb in der vorgezeichneten Bahn, indem sie zum Bewusstseyn bringt, wie das ganze Recht gewissermaassen mit Obligationen durchsetzt, und der gesammte Rechtsstoff in einer Bewegung nach der obligatorischen Region hin begriffen ist.

IV. Diese Neigung der Römer zur Obligatio lässt sich, meine ich, nicht bloss wirthschaftlich, sondern noch tiefer, nämlich auch ethisch erklären. Hierüber noch ein Wort.

Das deutsche Sprichwort: Des Menschen Wille ist sein Himmelreich, lässt sich noch weit mehr auf das Volk der Römer anwenden, denn die Welt des Willens war recht eigentlich die Heimat der Römer. Daher ihre specifisch juristische Begabung und Neigung. Der Wille¹⁰⁾ ist das Element des Rechts; aus dem Willen kommt das Recht, es ist Wille der rechtschaffenden Faktoren; und der Wille (der Genossen) ist es, welcher durch das Recht in Ordnung gehalten, normirt wird. Also im Willen liegt sowohl die schaffende Potenz, als der Gegenstand und das Gebiet des Rechts. Eben darum ist aber auch im Reiche der Rechtsverhältnisse die Obligatio eine ausgezeichnete Schöpfung, denn bei ihr ist nicht bloss Wille das Herrschende, sondern auch Wille das Beherrschte, d. h. das Objekt. Indem die Obligatio ein Verhältniss von Willen zu Willen, d. h. eine besondere Herrschaft des Willens über fremden Willen ist, kommt das Element des Willens zu uneingeschränkter Geltung, und man kann sagen: die Obligatio ist die juristische Gestalt *par excellence*. Sie ist eine höhere Art von Rechten, die den Römern nationalste und vollkommenste Form rechtlicher Herrschaft¹¹⁾. Ihr gegenüber erscheint das Sachenrecht niedriger, schwerfälliger, irdischer; man kann sagen: dieses ist das Erdgeschoss im Aufbau des Privatrechts, die Obligatio aber erhebt sich über ihm und bildet gleichsam den *bel étage*, d. h. das obere Stockwerk, welches freiere, sonnigere, mannichfaltigere Räume und Fächer enthält und einen weiteren Aus- und Umblick gewährt.

Nach dieser Region also geht der bauende Rechtstrieb immer entschiedener im Gange der Kulturentwicklung, denn Kultur ist Vergeistigung, und der vergeistigte Rechtsstoff strebt nach der Höhe, wo freiere Beweglichkeit ist. So ist die Obligatio eine Schöpfung des emporstrebenden Rechtssinns, sie kennzeichnet mehr, wie irgend eine andere Erscheinung, die Art des klassischen Rechts, die

Vollendung der antiken Rechtsidee. In der Obligatio ist es den Römern gelungen, das neben dem Reiche der Naturkräfte offene Reich der persönlichen Willenskräfte der rechtlichen Herrschaft des Menschen vollständig dienstbar zu machen; auf dieser Bahn sind sie mit solcher Engerie und solchem Erfolg vorgegangen, dass man sagen kann, das gesammte Recht der Römer stehe unter dem Gesetz obligatorischer Transfiguration.

In drei Hauptbeziehungen aber zeigt sich das: 1) die Obligatio breitet ihr Gebiet real aus, indem immer neue Anwendungen des Begriffs auftreten und Anerkennung finden: Kredit- und Lieferkauf, Innominatcontracte, Natural- und Cognitionalobligationen; 2) die Obligatio begibt sich auch ausserhalb ihres Gebiets, um auf fremden Gebieten Hilfsdienste zu leisten, z. B. den Zwecken des Familien-, Erb-, Straf-, und Staatsrechts zu dienen; 3) endlich wird die Obligatio auch formal verwerthet, indem sie für die Technik und den Aufbau des Civilprocesses als wissenschaftliche Formel gebraucht wird, und so ein Gedanke zu Tage kommt ähnlich demjenigen, welcher zu unserer Zeit in der Anspruchs-Theorie wieder um Anerkennung ringt.

Von der Obligatio als einer ganz übersinnlichen Herrschaft fällt auch ein bedeutsames Licht auf andere Rechtstheile. Das Recht ist wesentlich ethische Macht; es strebt zwar danach, sich mit der entsprechenden physischen Macht zu umgeben, allein es findet nicht darin seine Heimat, seine Ruhe und sein Wesen. Sie ist eine Mitgift, ist das Natürliche, Normale und Erstrebenswerthe, aber nicht das Wesentliche, Bestimmende und Massgebende. Am reinsten bringt nun die Obligatio dieses innere Verhältniss zum Ausdruck, weil es überhaupt keinen Fall der Obligatio gibt, in welchem ein unmittelbarer Ausdruck physischer Macht erzielbar wäre, Das Eigenthum, das Pfandrecht und auch die Servitut überall, wo ihr eine Vorrichtung entspricht, zeigen uns die ethische Macht verbunden mit physischer Macht; nichts Aehnliches zeigt uns die Obligatio des römischen Rechts; sie ist eine Gestalt ohne physische Zuthat. Vergleichbar mit ihr ist das Eigenthums-, Servitut-, oder Pfandrecht des Nichtbesitzers; die Anerkennung eines solchen mag durch die Ausbildung der reinen Obligatio vorbereitet worden seyn. Ein Gegenbild bietet die moderne Scripturobligation, welche dem Gläubiger gestattet, im Papier Besitz vom Schuldwillen zu ergreifen; wer es hat, hat den Schuldner in seiner Hand.

¹⁰⁾ Der Wille, insofern er sich in Handlung umsetzt.

¹¹⁾ Vergl. oben § 7. III.

III. Kapitel.

Obligatio und Anspruch.

§ 13.

I. Die Windscheid'sche Anspruchstheorie.

I. Wir haben an verschiedenen Stellen unserer bisherigen Betrachtung zu constatiren gehabt, dass behufs völliger Deckung der Interessen der Beteiligten das römische Recht nicht dabei stehen blieb, die einfache Konsequenz aus den Begriffen des Sachenrechts und der Obligatio zu ziehen, sondern dazu fortschritt, die Grenze, welche zwischen diesen beiden Begriffen liegt, zu überspringen. Immer leistet da das eine Rechtsinstitut dem anderen Handreichung: das Sachenrecht der Obligatio, wo es dem Gläubiger im Exekutionsstadium Anwartschaft auf Beschlagnahme einzelner Vermögensstücke des Schuldners gewährt (s. § 8. III.), — die Obligatio dem Sachenrecht, wo sie dem Eigenthümer Anwartschaft auf persönliche Leistungen des Schuldners gewährt (s. § 9.). Soweit die beiden Vermögensrechte gegenseitig übergreifen, erscheint ihr beiderseitiges Gebiet wie ein gemeinsames, gleichsam ein Streifen Zwischenland längs der Grenzlinie. In diesem Zwischenland herrscht der Zweck der Geltendmachung der Rechte, dieser Zweck erhebt die Anwartschaft zum Anspruch.

Wir nennen den Anspruch, wo wir das Recht, welches zu Grunde liegt und welches geltend gemacht werden soll, dahin gestellt seyn lassen — sei es dass es auf die Natur dieses Rechts selbst augenblicklich nicht ankommt, oder dass wir über die Natur desselben im Unklaren, Ungewissen sind und folglich das Recht selbst nicht zu nennen, nicht zu behaupten vermögen. Der Anspruchsbegriff verhält sich an und für sich indifferent zum Rechtsbegriff, d. h. er setzt zwar den Rechtsbegriff voraus, aber er lässt die Art des fraglichen Rechts (einstweilen) dahingestellt. Der Anspruch ist Ausfluss oder Ausdruck eines Rechts, aber man hat zunächst eben nur Veranlassung, den Ausfluss oder Ausdruck anzufassen, und so spricht man nicht vom Recht, sondern vom Anspruch. Namentlich im Stadium des Processes ist dazu oft Veranlassung. Die Behauptung dessen, welcher den Anspruch erhebt, drückt weiter nichts aus und soll weiter nichts ausdrücken, als die Befugniß, welche sich gegen eine bestimmte Person richtet und in dieser Richtung erschöpft. An-

spruch ist also Ausdruck einer sich gegen eine Person richtenden Befugniß, welche im Recht, gleichgültig (zunächst) wie? begründet ist.

Der Verkehr hat in der That ein Interesse, gewisse Erscheinungen, Vorgänge oder Maassregeln unter Einen Gesichtspunkt zu stellen, unter Umständen nur das allen Gemeinsame zu nennen und dieses — unter dem Namen Anspruch — zusammenzufassen. Der Verkehr will nicht (so zu sagen) in jedem Augenblick genöthigt seyn, Untersuchungen über die Natur des zu Grunde liegenden Rechts anzustellen; er will vielleicht, indem er vor dieser Untersuchung ausweicht, einer (neuen) Streitquelle aus dem Wege gehen; er will sich nicht durch Namhaftmachung des Rechts selbst irgendwie präjudiciren.¹⁾ Gründe genug, um dem Verkehr seinen Sprachgebrauch und seinen Begriff, auch wenn er einem faltenreichen Sacke gleicht, in welchem alle möglichen Rechte untergebracht und versteckt werden können, nicht zu nehmen. Man lasse ihm sein Allerhandsfuttermal und suche nur den Begriff so viel als möglich zu bereinigen.

II. Windscheid²⁾, der Urheber der Anspruchstheorie, hat folgende Begriffsbestimmung aufgestellt. Indem er davon ausgeht, dass die neuere Doctrin (mit einzelnen Ausnahmen) geneigt sei, die persönliche Seite des dinglichen Rechts in den Hintergrund zu drängen, postulirt er dagegen einen Namen für die persönliche Richtung der Rechte, gleichviel ob sie persönliche oder dingliche Rechte seien. Dieses Postulat erfülle das Wort „Anspruch“, welches eben die Befugniß, „von einem Anderen Etwas zu verlangen“, ausdrücke. Insofern beziehe sich der „Anspruch“ auf dingliche wie persönliche Rechte, und es gäbe Lehren, welche den „Anspruch“ als solchen, also beide Arten der Rechte beträfen, z. B. die Lehre von der Verschuldung, vom Interesse, vom Vergleich. Man habe demgemäss dingliche und persönliche Ansprüche zu unterscheiden, und die letzteren seien wieder theils Forderungsansprüche, theils familienrechtliche Ansprüche.

¹⁾ Beispielsweise ist die Natur des erbrechtlichen Anspruchs der armen Wittve oder des anerkannten Kindes (an der Erbschaft des unehelichen Vaters) bestritten; beruht er auf Erbfolge, oder ist er nur vermächtnissartig nach Analogie der *Quarta D. Pii*, welche auf persönlichem Recht gegen die Erben beruht (fr. 2. fam. herc. 10, 2)? Der Begriff des erbrechtlichen Anspruchs lässt beide Anschauungen zu und präjudicirt keiner.

²⁾ Die *Actio* d. röm. Civilrechts (1856) S. 1 ff. Pandekten § 43.

Die Forderungsansprüche erschöpften das ihnen zu Grunde liegende Recht, dieses sei daher nichts als Anspruch; familienrechtliche aber und dingliche Ansprüche erschöpften nicht das ihnen zu Grunde liegende Recht, denn, weil eine Störung des von demselben geforderten Zustandes „von Aussen“ möglich ist, gehen sie bald gegen diesen, bald gegen jenen (Störer), mithin „gegen Jedermann, gegen Niemanden nicht.“

Im Begriffe des dinglichen (und familienrechtlichen) Anspruchs liege ein Doppeltes: 1) etwas Negatives: das Verlangen gegen Jedermann, dass man sich nicht in Widerspruch setze mit dem dinglichen Recht; 2) dazu geselle sich etwas Positives, sobald Verletzung durch Jemand stattfindet, nämlich das Verlangen, dass der Verletzer Etwas leiste behufs Wiederaufhebung der Verletzung. Im zweiten Stadium also nähere sich der dingliche Anspruch dem Forderungsanspruch, denn beide verlangen (nun) von einer bestimmten Person eine bestimmte Willensthätigkeit vermögensrechtlicher Art.

III. Windscheid³⁾ wirft weiter die Frage auf, ob dieser Begriff „Anspruch“ den Römern bekannt gewesen. Er verneint das, meint aber, sie hätten eine Art Ersatz dafür in ihrem Begriffe *actio* gehabt. Derselbe sei verwandt, decke sich aber nicht mit „Anspruch“, denn er enthalte mehr, nämlich insofern, als er zugleich „das Element des Gerichts“, d. h. der gerichtlichen Verfolgbarkeit, m. a. W. die „Klage als rechtliche Zuständigkeit“ begreife. Zwar liege diesem Begriffe die Vorstellung zu Grunde, dass das Verlangen der Leistung ein rechtlich anerkanntes sei (=Anspruch), allein regelmäßig ruhe der Accent auf dem besonderen Element der gerichtlichen Verfolgbarkeit; dem gegenüber sei zu sagen: die *actio* sei nur eine Seite, eine Konsequenz des Anspruchs.

§ 14.

II. Der Anspruch in der Doctrin.

I. Windscheid's Theorie ward zuerst, soweit sie die *actio* betraf, von Muther¹⁾ bekämpft, welcher bestritt, dass die römische Rechtsordnung (vorzugsweise) eine Ordnung der gerichtlich verfolgbareren Ansprüche gewesen sei, und in der *actio* theils das zu Grunde liegende Recht, theils einen nur processualen Anspruch (nämlich

³⁾ Pand. § 44.

¹⁾ Zur Lehre v. d. röm. *actio* (1857) S. 1 ff. 35 ff.

gegen den Prätor, das Staatsorgan) auf Staatshilfe fand.²⁾ So verweist Muther im Wesentlichen die römische *actio* in die Region des Processrechts und betont ihre publicistische Seite. Auch Dworzak³⁾ bekämpfte obige Auffassung der *actio* als eines civilistisch selbständigen Begriffs, denn nur im prätorischen Edict (*jus honorarium*) und Formularprocess erscheine die *actio* wie ein selbständiges Recht, und auch da sei das nur Schein, weil doch der eigentliche Grund der Klagbewilligung in dem Recht selbst, welches nothwendig als gewährt anzunehmen sei, liege.

Anders, als die Genannten, liess sich Bekker⁴⁾ auf die Windscheid'sche Theorie ein. Er behauptete, dass der Unterschied zwischen Anspruch und *actio* im Sinne ihres Urhebers fast bedeutungslos zu nennen sei; wenn dieser Recht hätte, wären *actio* und Anspruch fast nur in der Ausdrucksweise verschieden. Richtiger aber sei es, zwischen Anspruch und *actio* principiell zu unterscheiden und zwar so: Anspruch sei klagbarer Anspruch auf Leistung (*solvere*), *actio* das Recht auf Uebernahme des Processes gegen den Verpflichteten (*judicium accipere*). Sie seien besondere Begriffe, denn der Anspruch könne gegen den Haussohn, die *actio* gegen den Vater gehen; der Anspruch auf das Einfache beschränkt, die *actio* auf das Vierfache gerichtet seyn; die *actio* übersteige den Anspruch um Alles, was *officio judicis* hinzukommt; sie könne aber auch auf Wenigeres z. B. *peculiotenus* oder in *id quod facere potest debitor* gehen, während der Anspruch in *solidum* geht; die Naturalobligation sei ein Anspruch ohne *actio*. Die *actio* sei der ausgebildete Begriff im römischen Recht, der „Anspruch“ von den römischen Juristen vernachlässigt; daher sei es bei den Römern nicht zu einer Verschmelzung beider Begriffe, wie sie in unserem heutigen Begriff eines „klagbaren Rechts“ vorliege, gekommen und mithin der Zwiespalt gleichsam mit recipirt.

II. Was nun die Frage nach der civilistischen Berechtigung des Anspruchsbegriffs im Windscheid'schen Sinne anlangt, so ist auch dieser angegriffen worden. Neuner⁵⁾ thut es, indem er ausführt,

²⁾ Vergl. Kuntze in Schletters Jahrb. d. deut. R. W. V (1859) S. 12.

³⁾ in d. krit. Ueberschau V (1857) S. 7.

⁴⁾ in d. krit. Vierteljahrsschrift V (1863) S. 407. 411. Weiter ausgeführt i. d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. IX (1870) S. 369 ff. und Aktionen des röm. Privatrechts (1871. 1873).

⁵⁾ Wesen und Arten d. Privatrechtsverhältnisse (1866) S. 149—159. 222—4 (§ 59—108).

dass einem jeden Rechtsverhältnisse, auch der Obligatio, die Pflicht Jedermanns, das Verhältniss anzuerkennen und nicht zu verletzen, correspondire; dass dies aber nicht zum Inhalt der Rechtsverhältnisse gehöre und nur ihre Macht nach Aussen bezeichne; dass es nicht auf einem besonderen Rechtssatze beruhe, nichts weiter als eine selbstverständliche Konsequenz des Bestehens der Rechtsverhältnisse, und die Pflicht des Anerkennens eben darum nur eine aus der Rechtsordnung resultirende allgemeine Bürgerpflicht sei. Diese Bürgerpflicht habe immer nur den negativen Inhalt: nichts zu thun, wodurch das Verhältniss verletzt wird; niemals bestehe sie in einer Pflicht, positiv thätig zu werden. Andererseits nähert sich Neuner der Windscheid'schen Theorie, indem er unter Anspruch (Rechtsanspruch) die Befugniss, von einer bestimmten Person ein bestimmtes Thun, Lassen oder Dulden und zwar nöthigenfalls gerichtlich zu verlangen, und solche Befugniss als Ausfluss eines zugrunde liegenden Rechts versteht. Aber er entfernt sich wieder von Windscheid, wenn er hinzufügt, dass dieser Begriff sich nicht von der römischen *actio* im Sinne eines gerichtlich verfolgbaren Anspruchs unterscheide, denn „Anspruch“ sei ursprünglich ein „gerichtliches Wort“ und bedeute gerade das Einfordern vor Gericht. So scheidet also Neuner jene „allgemeine Bürgerpflicht“ von dem Gebiet der Ansprüche aus, und er lässt solche bei ungestörtem Rechtzustande lediglich aus Obligationen entspringen und darüber hinaus (bei dinglichen Rechten) erst infolge von Rechtsstörung. Er tritt aber Windscheid in der Ansicht bei, dass auch solche andere Ansprüche einen „wenigstens obligationsähnlichen Charakter“ haben, und dass daher alle, wenigstens die Vermögensansprüche, eine allgemeine Theorie zulassen. Auch hält er den Anspruchsbegriff für verträglich mit Betagtheit, übersieht freilich, dass er sich damit von dem Ursprunge des Anspruchsbegriffs, wie er ihn selbst betont hat, ganz entfernt, und dass er am Schlusse sagt, schon die blosse Existenz des Anspruchs genüge zur *actio nata*.⁶⁾ Endlich ist zu bemerken, dass Neuner⁷⁾, abweichend von Windscheid⁸⁾, dem Anspruchsbegriff insofern eine Ausdehnung gibt, als er auch die Präjudicialklage als Ausdruck eines Anspruchs — nämlich gegen den, welcher

⁶⁾ Freilich setzt er auf S. 159 in Parenthese das Wort „unbetagt“ hinzu, aber eben damit erklärt er den betagten Anspruch für einen nicht vollen, nicht reifen, nicht fertigen Anspruch.

⁷⁾ S. 167.

⁸⁾ § 45. a. E.

die Existenz des Rechts wörtlich bestreitet — versteht; aber auch hier weicht er von seinem eigenen Anspruchsbegriffe ab, denn er gibt selbst zu, dass dieser Anspruch keinen neuen Inhalt habe und auf Einhalten der allgemeinen Pflicht, welche dem Recht schon ohnedies gegenübersteht, gehe, dass keine Verurtheilung erfolge, und die *pronuntiatio* sich von selbst vollziehe. Der Satz, welcher noch als Argument hinzugefügt ist, dass jeder Klage ein klagbarer Anspruch zu Grunde liege, ist eine *petitio principii*, und schon Ulpian⁹⁾ unterscheidet, wie Neuner zugibt, das *praejudicium* von der *actio*. Wir würden jetzt, nachdem die allgemeine Feststellungsklage in der Reichscivilprocessordnung (§ 231) eingeführt worden, von da aus mit Neuner's Princip zu dem Satze gelangen, dass jedes Vermögensrecht an sich schon Anspruch sei, und diesen Begriff mithin so verallgemeinert haben, dass er sich mit Recht oder Rechtsverhältniss deckt und folglich überflüssig wäre. Die Feststellungsklage hat es freilich mit einem Processgegner zu thun, aber sie drückt nicht ein Verlangen persönlichen Leistens aus.

Auch Brinz¹⁰⁾ lässt sich auf den Begriff „Anspruch“ ein. Er stimmt mit Windscheid insofern überein, als er die Präjudicialklage, die noch keine Geltendmachung von Rechten sei, vom Anspruchsgebiet ausschliesst und dieses auf die Geltendmachung von Rechten beschränkt; er weicht aber von Windscheid ab, indem er Anspruch und Petitum identificirt und nur von den Obligationen zugibt, dass sie „von vorn herein und an sich eine bestimmte Gegnerschaft“ haben; die dinglichen Rechte und hausherrlichen Gewalten dagegen hätten an sich keine Gegnerschaft, erwachsen daher zum Anspruch und zur *actio* nur zufällig und nachträglich; darum spräche man auch von keinem Anspruch des Eigenthümers gegen jeden Dritten (darauf, dass er nicht angreife); ein solches Verlangen, wenn ausgeführt, wäre eine Warnung vor Verschuldung eines Anspruchs, noch nicht der Anspruch selbst. Eine besondere Begründung dessen, warum die dinglichen Rechte nicht ohne Weiteres auch Ansprüche erzeugen, und daher die Intentio der *actiones in rem* eine „anspruchslose“, d. h. keinen Anspruch enthaltende sei, gibt Brinz nicht.

Auf diesen Punkt richtet Thon¹¹⁾ sein Augenmerk in wesentlicher Uebereinstimmung mit Neuner. Von dem paradoxen Satze

⁹⁾ fr. 35. § 2 de procurat. (3, 3).

¹⁰⁾ Lehrb. d. Pand. (ed. 2.) I. § 79. S. 251—253. 273—275.

¹¹⁾ Rechtsnorm und subjectives Recht (1878) S. 156—161. 207—210. 223 ff.

ausgehend, dass das Eigenthum an sich kein Privatrecht sei, dass es erst zu einem Privatrecht werde, wenn durch Verletzung ein Anspruch gegen den Verletzer entstehe, widerspricht er der Thesis, dass sofort mit Erwerb des Eigenthums dem Berechtigten ein Anspruch zustehe; das wäre ein Anspruch gegen Jedermann, die Setzung eines solchen aber nicht zu rechtfertigen. Nicht einmal eine „allgemeine Bürgerpflicht“ im Neunerschen Sinne sei zuzugeben, denn hier liege nichts weiter, als der „selbstverständliche Satz, vor, dass die Rechtsordnung rechtlich erheblichen Thatsachen ihre Wirkung zukommen lässt unabhängig davon, ob der oder jener die Relevanz derselben bestreitet. Was aber den Windscheid'schen „Anspruch“ gegen Jedermann auf Anerkennung des dinglichen Rechts anlangt, so fehle es zunächst diesem angeblichen Anspruch an jeder Wesenheit, er sei „ebenso müssig wie irreführend“; soweit man aber dem Eigenthümer gestatte, den Dritten zu warnen (Verletze mein Eigenthum nicht!), müsse man es Jedwedem gestatten (Verletze das Eigenthum des Anderen nicht!); unmotivirte und wiederholte Warnung könne übrigens Beleidigung werden; weder Cession noch Verzicht sei auf solchen Anspruch gegen alle Welt oder gegen alle Rechtsgenossen anwendbar; wenn Windscheid den dinglichen Anspruch bis zum Moment der Verletzung einen „befriedigten Anspruch“ nenne, so erkenne er damit eben an, dass es kein Anspruch sei, denn der Befriedigte habe eben keinen Anspruch¹²⁾; endlich komme Windscheid direct mit sich selbst in Widerspruch, da nach seiner Aufstellung der Anspruch sich gegen „eine bestimmte“ Person richten und der *actio* parallel gehen soll, obschon den Römern der Gedanke einer *actio* des Eigenthümers gegen alle seine Mitmenschen vollkommen fremd war. Demgemäss spricht dann Thon¹³⁾ schlechthin den allgemeinen Grundsatz aus, dass der Anspruch stets eine Normwidrigkeit zur Voraussetzung hat, dem Berechtigten also erst mit einer Normübertretung erwächst.

§ 15.

III. Der Anspruch in der Gesetzgebung.

I. Man sieht, dass die neue Anspruchstheorie noch nicht in der Doktrin genügend durchgearbeitet ist. Dennoch scheint sie sich bereits in der Gesetzgebung Bahn zu brechen, wenigstens tritt das Wort

¹²⁾ S. 157. 253.

¹³⁾ S. 250—4.

Anspruch in der neuen Reichscivilprocessordnung vom 30. Januar 1877 so oft und so zuversichtlich auf, dass die Frage aufzuwerfen ist, ob der Gesetzgeber der Windscheid'schen Theorie sein Siegel aufgedrückt habe, ob damit diese Theorie als recipirt, oder ob etwa ein anderer bestimmter Begriff als dem Worte Anspruch untergelegt zu denken sei.

Wir verwerthen ja, was zuvörderst das Grundwort Spruch anlangt, gern dieses Wort im Rechtsgebiet. Wir kennen einen Wahrspruch des Richters, entsprechend der römischen *pronuntiatio*, und können ihm den Verurtheilungsspruch, welcher ein richterlicher Machtanspruch ist, entgegensetzen. Die Civilprocessordnung kennt einen Einspruch gegen Versäumnisurtheil (§ 303—311. 474. 645.) und im Mahnverfahren (§ 640. 645), einen Widerspruch gegenüber einem Zahlungsbefehl oder Arrestbeschluss oder Theilungsplan oder der Abnahme des Offenbarungseides (§ 634—643. 804. 805. 762—767), ein Zusprechen durch das Gericht (§ 279), einen Schiedsspruch (§ 865); hier ist kein Zweifel, dass das Gesetz feste Begriffe gewollt und legalisirt hat. Zweifelhafte kann das seyn betreffs des Anspruchs, welcher in zahlreichen Paragraphen genannt ist, aber auf sehr verschiedenartige Processverhältnisse Anwendung gefunden hat, und ich denke, dass man hier um so vorsichtiger seyn muss, als der Anspruchsbegriff wesentlich dem materiellen Recht angehört, welchem doch nicht ohne Weiteres vom Processgebiete, diesem secundären Rechtsgebiete, her fundamentale Begriffe inoculirt werden dürfen. Betrachten wir die wichtigeren unter den einschlägigen Stellen.

Schon in dem zugehörigen Gerichtsverfassungsgesetze (v. 27. Jan. 1877) § 9 ist von vermögensrechtlichen Ansprüchen der Richter aus ihrem Dienstverhältnisse (Gehalt, Wartegeld, Ruhegehalt), in § 23. 70. 101 von allerhand Ansprüchen aus öffentlichen und privaten Rechtsverhältnissen die Rede. Aus der Civilprocessordnung selbst nenne ich § 5. 136. 273 (mehrere Ansprüche in Einer Klage), 28 (Ansprüche aus Vermächtnissen u. s. w.), 33 (Gegenansprüche in der Widerklage), 57 (gleichartige Ansprüche von Streitgenossen), 69 (Anspruch auf Gewährleistung u. s. w.), 89 (Anerkennung des Anspruchs durch den Beklagten), 106 (Anspruch auf Armenrecht), 137 (mehrere auf denselben A. bezügliche Angriffsmittel), 230 (Grund des erhobenen A.), 232 (auf verschiedenen Gründen beruhende Ansprüche), 236 (Cession geltend gemachter Ansprüche während Rechtshängigkeit), 237 (Recht, welches für ein Grundstück in A. genommen wird), 254 (erst im Laufe des Processes erhobener A.), 273. 631. 634 (Theil

eines A.), 276 und 500 (Grund und Betrag des A.), 277. 278. 560. 562. 563. 628. 672 (geltend gemachter A.), 277. 560. 563 (Abweisung des Klägers mit dem A.), 293. 753 (durch die Klage oder Widerklage erhobener A.), 313 und 315 (streitige Ansprüche), 319 (Ansprüche, welche zum Protokolle des Richters nicht festgestellt sind), 366 und 378 (Anspruch des Zeugen und Sachverständigen auf Erstattung der Kosten), 471 (Angabe des Gegenstandes des A.), 491 (neue Ansprüche erheben), 490 (alle einen zuerkannten oder aberkannten A. betreffenden Streitpunkte), 508. 649 (Rechtsstreitigkeit über vermögensrechtliche Ansprüche), 555. 628 (A., welcher die Zahlung u. s. w. zum Gegenstande hat), 563 (unbegründeter A.), 630 (Betrag oder Gegenstand oder Grund des A.), 636. 637 (wegen des A. zu erhebende Klage), 640 (A. gehört nicht vor die Amtsgerichte), 686 (durch das Urtheil festgestellter A.), 710 (A. auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse), 710. 800. 801 (den A. glaubhaft machen), 745 (Zwangsvollstreckung in Ansprüche), 746. 747. 772 (Pfändung eines A.), 748. 751—753 (Ueberweisung gewisser Ansprüche an Zahlungsstatt), 772 (A. auf Herausgabe der Sache), 778 (A. auf Leistung des Interesses), 796 (Geldforderung oder ein A., welcher in eine Geldforderung übergehen kann), 796 (betagter A.), 800 (Bezeichnung des A. unter Angabe des Geldbetrags oder Geldwerths), 823 (Anmeldung von Ansprüchen im Aufgebotsverfahren), 824 (Ansprüche und Rechte im Aufgebotsverfahren anmelden), 834 (Anspruch oder Recht nicht im Urtheil berücksichtigt).

II. Diese Uebersicht ist zunächst schon insofern von Interesse, als sie zeigt, dass das Wort „Anspruch“ für das Processstadium ungenau brauchbar ist. Um seinen Werth genauer festzustellen, müsste freilich noch Zweierlei geschehen: 1) die Sprache früherer Gesetzgebungen müsste zur Vergleichung herangezogen werden; vielleicht würden sich daraus Argumente ergeben, um zu entscheiden, ob das Wort bloss der Bequemlichkeit oder einem juristischen Bedürfniss dient. In dieser Hinsicht ist es von besonderem Interesse, auf einen früheren Gesetzgebungsakt, welcher geraume Zeit (18 Jahre) vor Windscheid's Buch über die Actio fällt und den Anfang der gemeinsamen deutschen Codification macht, zurückzugreifen. Ich meine die deutsche Wechselordnung. Auch hier treffen wir bereits den „Anspruch“ in verschiedenen Artikeln und Anwendungen, abwechselnd mit anderen Wendungen.¹⁾ 2) Aus der Vergleichung

¹⁾ Art. 10 (Alle Rechte aus dem W.), 23 (kein Wechselrecht gegen den Aussteller), 43 (wechselseitige Anspruch gegen den Aussteller, die

verwandter Ausdrücke in der Civilprocessordnung selbst müsste ermittelt werden, ob ein Princip dem Gebrauche des Wortes zugrunde liegt. In dieser Hinsicht mache ich darauf aufmerksam, dass die Processordnung oft auch sich des Wortes „Recht“ oder anderer Wendungen bedient, wo Mancher vielleicht den „Anspruch“ erwarten dürfte. Beispiele sind § 454 (Jede Partei hat das Recht, die Beweisverhandlungen in dem Prozesse zu benutzen), 614 (hat die Staatskasse die Kosten des Rechtsstreites zu tragen), 711 (ist der Schuldner auf Antrag verpflichtet, ein Verzeichniss seines Vermögens vorzulegen), 739 (Auf Verlangen des Gläubigers hat der Drittschuldner dem Gläubiger zu erklären), 752 (ist der Drittschuldner auf Verlangen eines Gläubigers verpflichtet, die Sache herauszugeben), 769 (ist der Schuldner verpflichtet, auf Antrag des Gläubigers den Offenbarungseid zu leisten), 841 (im Aufgebotsverfahren seine Rechte bei dem Gericht anmelden.²⁾)

III. Man erkennt aus der gelieferten Blumenlese, wie häufig und in wie mannichfaltigen Anwendungen der „Anspruch“ auf processualem Gebiet auftritt, ja sich aufdrängt. In der Processordnung

Indossanten, den Acceptanten), 44 (Wechselrecht gegen den Acceptanten), 45 (Anspruch des Inhabers auf Zinsen und Kosten), 48 (das Recht des Wechselschuldners, die Auslieferung des Wechsels zu fordern), 49 (Anspruch gegen die nicht in Anspruch genommenen Verpflichteten), 50 (die Regressansprüche des Inhabers), 51 (Indossant ist zu fordern berechtigt Zinsen, Kosten, Provision), 53 (der Regressnehmer kann über den Betrag seiner Forderung Rückwechsel ziehen; der Forderung treten die Maklergebühren hinzu), 65 (Ehrenacceptant ist berechtigt, Provision zu verlangen), 66 (Indossatar kann verlangen), 73 (der Eigenthümer kann beantragen, fordern Amortisation, Zahlung, Deposition), 77 (der wechselseitige Anspruch gegen den Acceptanten), 78 (Regressansprüche des Inhabers), 79 (Regressansprüche des Indossatars), 81 (sich wegen seiner Forderung an den Einzelnen halten, einen in Anspruch nehmen), 83 (findet ein solcher Anspruch nicht Statt), 100 (wechselseitiger Anspruch gegen den Aussteller). —

²⁾ Man wird sich hiernach dem Eindruck nicht verschliessen können, dass der Anspruch noch nicht eigentlich technisch geworden, und die Grenzlinie zwischen Recht und Anspruch eine flüssige ist. Es ist auch gut, dass der Gesetzgeber nicht das Processgebiet benutzt hat, um den materiellen Anspruch in das Rechtssystem einzuführen, denn der Civilprocess dient dem Civilrecht (nicht umgekehrt), und daher muss sich der Process nach dem Recht richten: ein Verhältniss, das in neueren Untersuchungen oft unbeachtet blieb. Aehnlich urtheilt, wie ich nachträglich sehe, Rocholl in Busch's Zeitschr. f. deut. Civilprocess, VIII (1884), S. 356. 357.

erscheint der Anspruch weit häufiger, als das Recht. Bald werden Ansprüche materiellen Inhalts, bald formale d. h. auf Processboden erwachsene Ansprüche, z. B. auf Armenrecht, auf Kostenerstattung, auf vorzugsweise Befriedigung, genannt. Wenn von „vermögensrechtlichen Ansprüchen“ die Rede ist, so ergibt sich von selbst, dass daneben die Möglichkeit anderer (familienrechtlich-persönlicher?) Ansprüche statuiert wird; ausserdem unterscheidet die Processordnung betagte und unbetagte Ansprüche. Endlich ist zu bemerken, dass Ansprüche in allen Stadien und Arten des Processes, in der Exekution, im Mahnverfahren u. s. w. genannt vorkommen.

Wenn hieraus erhellt, dass man im Prozesse viel Anlass hat, von Ansprüchen zu reden, wenig Anlass, von Rechten zu reden, so findet der Neuner'sche Hinweis Unterstützung, dass der Anspruch seiner Grundbedeutung nach dem Processgebiet angehöre. Freilich führt uns gerade auch die eine der genannten Anwendungen, nämlich diejenige im Mahnverfahren, auf den Gedanken, dass der Anspruchsbegriff über das Processgebiet hinaus auf die aussergerichtlichen Weisen der Geltendmachung von Rechten sich erstreckt.

Die Anwendung im Mahnverfahren ist sehr bezeichnend. Der Gläubiger ist befugt, wegen eines (unbetagten und unbedingten) Summen- oder Quantitätsanspruchs die Erlassung eines bedingten Zahlungsbefehles nachzusuchen, welcher nach Verlauf der gesetzlichen Frist einen Vollstreckungsbefehl im Gefolge haben kann. Es handelt sich hierbei um eine besondere Weise der Geltendmachung von Rechten im Rechtswege, wobei es auf raschere Erledigung, bez. Vollstreckung abgesehen ist. Wir erkennen hier, wie Anspruch und Geltendmachung im Zusammenhang stehen, und darauf ist besonders zu achten. Der Gedanke legt sich damit nahe, dass überall, wo es sich um Geltendmachung oder Verfolgung der Rechte handelt, weniger das Recht selbst, als der daraus entspringende Anspruch in Frage kommt. Steht Gegenstand und Betrag des Anspruchs fest, so kommt auf den Grund desselben, d. h. das zugrunde liegende Recht, nichts an, und alle Maassregeln der Rechtsverfolgung sind gleich rücksichtlich gleichartiger Ansprüche, mögen auch die zugrundeliegenden Rechte noch so ungleichartig seyn. So tritt gewissermaassen im Stadium der Geltendmachung der Anspruchsbegriff an die Stelle des Rechtsbegriffs, gleichviel übrigens, ob die Geltendmachung sich auf gerichtlichem oder aussergerichtlichem Wege bewegt, z. B. ob die Mahnung eine gerichtliche (nach § 628 der Civilprocessordnung) oder aussergerichtliche ist.

Auch die Cession kommt hier in Betracht, denn sie ist ein Akt, welcher auf Geltendmachung hinzielt; der Cedent substituirt sich einen Dritten für die Geltendmachung des Forderungsrechts: demgemäss redet die Processordnung (§ 236) vom Cediren von „Ansprüchen“. Wenn das Processgesetz einen dem Kläger Vortheile bietenden Urkundenprocessweg gewährt, so ist das wieder eine besondere Weise der Geltendmachung der Rechte: auch da redet die Processordnung (§ 555) von „Ansprüchen“, nicht von Rechten, denn auf diese Rechte und ihre Art kommt dabei gar nichts an. Wenn sodann das Processgesetz wegen Geldforderungen zur Sicherung der Zwangsvollstreckung einen vorläufigen, sei es dinglichen oder persönlichen, Arrest gewährt, so bezieht sich diese Maassregel auf das Interesse der Rechtsverfolgung: auch da redet die Processordnung (§ 800. 801) schlechthin von „Ansprüchen“. Endlich im Zwangsvollstreckungs-Verfahren spitzt sich der Rechtsweg zur entscheidenden, äussersten Maassregel behufs der Rechtsverfolgung zu, aber auch da tritt das Recht selbst zurück, und der Anspruch ist es, welcher maassgebend ist; dies zeigt sich nicht bloss an den Ansprüchen, für welche — sondern auch an den Ansprüchen, in welche die Zwangsvollstreckung gewährt wird (s. z. B. § 649. 745—747).

§ 16.

IV. Die begrifflichen Grundlagen des Anspruchs. (Feststellung, Geltendmachung, *actio, condemnatio*).

I. Die Beleuchtung der Processordnung von unserem Gesichtspunkt aus hat uns den Gedanken nahe gelegt, dass der Anspruchsbegriff engstens zusammenhängt mit dem Zwecke der Geltendmachung der Rechte. Ich meine in der That, dass in diesem Zusammenhang, welcher nicht bloss in der von Neuner angemerkten ursprünglichen Bedeutung des Wortes, sondern auch in dem Sprachgebrauch und in einem praktischen Bedürfniss begründet ist, das *punctum saliens* liegt. Ueberall, wo und sobald Geltendmachung des Rechts in Frage kommt, pflegt nicht das Recht selbst, sondern sein Ausfluss, der Anspruch, ins Auge gefasst zu werden. Wenn das richtig ist, so lässt sich sagen: das (einzelne) Recht ist oder wird Anspruch, insoweit seine Geltendmachung in Frage ist, oder: das Recht nimmt im Stadium der Geltendmachung das Gepräge des Anspruchs an. Was aber ist unter Geltendmachung zu verstehen?

Ich will zuerst sagen, was ich nicht darunter verstehe. Die

Civilprozessordnung (§ 231) gewährt dem Berechtigten ein besonderes Klagerecht auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses oder der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde durch richterliche Entscheidung. Solche Feststellung ist von rechtlichem Interesse, insofern sie Vorbedingung der Geltendmachung irgend welchen Rechtes ist. Sie kann aussergerichtlich in Frage kommen und wird da durch Anerkennung Seiten des anderen Theils oder durch Vergleich verwirklicht; gerichtlich kommt sie immer in Frage, wenn das geltend zu machende Recht (oder Urkunde) bestritten ist; sie bildet die Voraussetzung der Verurtheilung; ohne Feststellung keine Verurtheilung. Noch mehr: sie bildet die Voraussetzung der Geltendmachung, denn sämtliche Versuche oder Akte der Geltendmachung werden hinfällig und bleiben wirkungslos, wenn der Berechtigte die „Feststellung“ nicht erlangt. Der Umstand, dass im regelmässigen Verfahren der Geltendmachung die Frage der Feststellung *implicite* mit erledigt wird, steht nicht entgegen und ändert an dem logischen Grundverhältniss nichts.

Feststellung ist also nicht selbst Geltendmachung, sondern Voraussetzung derselben¹⁾, und demgemäss spricht auch die Prozessordnung nicht von einem „Anspruch“ auf Feststellung.²⁾ Feststellung und Geltendmachung sind zwei neben einander stehende Begriffe, sie können sich praktisch verbinden, aber auch von einander lösen; das Recht kann bereits feststehen, aber nun die Geltendmachung (aussergerichtlich oder gerichtlich) angestrebt, durchgeführt werden, die Geltendmachung kann noch ausgesetzt, verschoben werden, vielleicht vorläufig unstatthaft seyn, aber jetzt schon die Feststellung (aussergerichtlich oder gerichtlich) angestrebt, durchgeführt werden, und es gibt Rechte, welche feststellbar sind, und welche feststellen zu lassen ein Interesse seyn kann, welche aber der Geltendmachung weder empfänglich, noch bedürftig sind (Präjudicialklagen). Feststellung ist also nicht Geltendmachung, auch nicht Theil der Geltend-

¹⁾ Sei es, dass aussergerichtliche oder gerichtliche Geltendmachung beabsichtigt wird.

²⁾ Man sollte daher nur von einem Recht auf Feststellung reden. Ein Anspruch auf Feststellung könnte nur etwa dem Gericht gegenüber gedacht werden; mit einem solchen aber treten wir sofort in das Gebiet des öffentlichen Rechts ein. Ein solcher Anspruch wäre nichts Anderes, als das Recht selbst in seiner Wirkung gegenüber dem richterlichen Organ des Staats. Nicht anders meint es wohl auch Weismann Hauptintervention S. 78.

machung, und ist auszusondern, wenn es sich um den reinen Begriff der Geltendmachung handelt.³⁾ Was ist Geltendmachung?

II. Ich meine, dass man von dem Begriffe der Rechtsausübung auszugehen hat. Ausübung, Geltendmachung, Verfolgung der Rechte sind die drei Begriffsstufen, mit welchen wir es hier zu thun haben.⁴⁾ Geltendmachung ist eine Art der Ausübung, Verfolgung eine Art der Geltendmachung.

Wir sagen, dass wir ein Recht ausüben, wenn wir von der Macht Gebrauch machen, welche den Inhalt des Rechts bildet.⁵⁾ Dies kann ein dispositiver Akt seyn, d. h. so geschehen, dass nicht Dritte dabei als Verpflichtete in Frage kommen, z. B. wenn der Eigentümer einem Dritten ein dingliches Recht (*jus in re aliena*) einräumt, oder sein Eigenthum abtritt oder sein Eigenthum durch Dereliction aufgibt.⁶⁾ Dann werden wir sagen, dass er sein Eigenthumsrecht ausübt, aber nicht wohl, dass er es geltend macht. Unter Geltendmachung verstehen wir immer diejenige Machtäusserung nach Aussen, welcher eine fremde Pflicht correspondirt, also welche auf einen fremden Willen als rechtlich gebundenen hinüberwirkt, ein fremdes Thun oder Leisten zum Zweck hat; sie setzt zwei Parteien, einen Berechtigten und einen Verpflichteten voraus. Die Ausübung also ist entweder dispositive oder contradictorische, und nur die letztere nennen wir Geltendmachung.

Die Geltendmachung aber kann wieder auf einem Privatwege oder auf dem Rechtswege, m. a. W. aussergerichtlich oder gerichtlich, d. h. selbständig oder mit Anrufung der Staatshilfe im Process geschehen. Diesen letzteren Weg bezeichne ich ⁷⁾ als Verfolgung

³⁾ So viel ich sehe, stimmt das mit Weismann, die Feststellungsklage (1879) S. 116, überein. Anderer Meinung ist Rocholl (in Busch's Zeitschrift f. deutschen Civilprocess VIII. 1884. S. 365); nur das ist zuzugeben, dass in dem heutigen (wenig plastischen) Civilprocess die Unterscheidung nicht klar hervortritt.

⁴⁾ Es gilt, diese drei Begriffe scharf aus einander zu halten. Windscheid (Pand. § 205. Anm. 3) nennt die *venditio ususfructus* eine Ueberlassung der Ausübung, wo ich an Geltendmachung denke; Thon (Rechtsnorm S. 257. 279) nennt Verfolgung, was ich Geltendmachung nenne.

⁵⁾ Ich lasse hier die Erscheinungen bloss thatsächlichen Ausübens ganz bei Seite (z. B. Gehen, Reiten, Fahren über sein Grundstück). Vergl. Thon, Rechtsnorm, S. 288 ff.

⁶⁾ Vergl. dazu meine Definition des Eigenthumsrechts in Kuntze Cursus d. röm. Rechts, § 488.

⁷⁾ Im Hinblick auf *pr. J. de act.* (4, 6): *actio est jus persequendi in judicio (quod sibi debetur)*.

(der Rechte). Die Verfolgung wieder ist entweder offensiver oder defensiver Art, was kurz mit Klage und Einrede bezeichnet werden kann. Auf diese Unterscheidung kommt hier zunächst nichts an; wichtig dagegen ist es, den Begriff der Geltendmachung festzuhalten als einen solchen, welcher gerichtliche und aussergerichtliche Maassregeln in sich befasst, denn auf dieses ganze Gebiet will ich den Anspruchs begriff bezogen wissen. Was ich Geltendmachung nenne, heisst in den Quellen gewöhnlich *exactio pecuniae*⁸⁾, oder *persecutio debiti*,⁹⁾ oder *executio obligationis*,¹⁰⁾ oder wird einfach mit *exigere* und *persequi* bezeichnet;¹¹⁾ auch die Wendungen *rerum persecutio*, *debita exigere*, *pecuniam assequi* kommen vor.¹²⁾

Wir haben hiermit ein festes Gebiet gewonnen, mit welchem sich dieser Begriff deckt. Anspruch erheben bedeutet: aussergerichtlich oder gerichtlich sein Recht geltend machen; auf seine Ansprüche verzichten bedeutet: auf die Geltendmachung seines Rechts verzichten. Ich mache mein Recht geltend durch Mahnung, Präsentation (des Wechsels), Protesterhebung, Vergleichung, aussergerichtliche Pfändung, Retention einer Sache mit Bezug auf einen Anspruch, Annahme von Zinsen, eines Pfandes oder Bürgen, Zahlungsannahme,¹³⁾ Klagerhebung, Vorschützung einer Einrede, Vollstreckungsantrag, Antrag auf Manifestationseid. In allen diesen Beziehungen bietet das geltend gemachte Recht diejenige Seite dar, welche wir Anspruch nennen.

Die Civilprocessordnung redet nicht selten von Geltendmachung von Ansprüchen; ist das nicht Pleonasmus? widerspricht das nicht meiner Definition, welche sich an jenes Gesetz anlehnt? Nein, denn der Ausdruck ist offenbar von gerichtlicher Geltendmachung gebraucht, also in einem engeren Sinne, welcher durch den Zweck der Processordnung an die Hand gegeben wird.

⁸⁾ Ulpian in fr. 4. § 3. *de re jud.* (42, 1); fr. 7. *de impens.* (25, 1); fr. 187. *de V. S.*; Paul in fr. 20. *mand.* (17, 1) u. fr. 5. § 3. *de praescrip. verb.* (19, 5); Afric. in fr. 21. § 5. *de fidej.* (46, 1).

⁹⁾ Tryphonin in fr. 69. *de fidej.* (46, 1); Paul. in fr. 22. § 2. *mand.* (17, 1).

¹⁰⁾ Paul. in fr. 85. *pr. de V. O.* (45, 1).

¹¹⁾ Z. B. Ulp. in fr. 44. *mand.* (17, 1). Von *persequi* sind die anderen Composita *consequi* (z. B. in fr. 22. § 9. u. fr. 26. § 4. *eod.*) und *exsequi* (z. B. in fr. 27. § 34 *eod.*) zu unterscheiden, welche den Leistungsakt (von Seiten des Gläubigers, bez. des Schuldners) bedeuten.

¹²⁾ Ulp. in fr. 2. § 3. 7. *de her. vend.* (18, 4) u. Pap. in fr. 121. § 1. *de V. O.* (45, 1).

¹³⁾ *Exigere pecuniam*: s. Ulp. in fr. 187 *de V. S. Solutio et exactio partium*: s. Gai. in fr. 3. *fam. herc.* (10, 2).

III. Ich denke, dass sich von dem festgestellten Begriffe der Geltendmachung aus auch zu einem klaren Ergebniss betreffs des Verhältnisses der Begriffe *actio* und Anspruch gelangen lassen wird. Dass *actio* quellenmässig oft in einem Sinne gebraucht wird, welcher dem Begriffe „Anspruch“ nahe oder gleich kommt, ist durch Windscheid erwiesen worden; mir scheint nur, dass von ihm die gerichtliche Geltendmachung zu sehr accentuirt worden ist. Gehen wir z. B. von einer der häufigsten Anwendungen des Wortes in den Quellen aus: *actionem praestare*, *actione cedere*, so will das nicht ausschliesslich die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs, sondern dies bedeuten, dass der Cessionar den abgetretenen Anspruch aussergerichtlich und gerichtlich *in rem suam* geltend machen könne.¹⁴⁾ Nicht immer hat der Cessionar Anlass, zu klagen, in den meisten Fällen genügt der Weg aussergerichtlicher Geltendmachung; auch diese sollte ihm selbstverständlich gewährt, ebenso die Befugnis des Weitercedirens zu Theil werden, aber man sagte: *actionem praestare* und verstand also darunter das ganze Gebiet der Geltendmachung.¹⁵⁾ Das Recht im Zustande der Geltendmachung nun ist, wie wir sahen, der Anspruch; Anspruch und *actio* decken sich insofern, und wir haben festzuhalten, dass *actio* unendlich oft gerade in diesem Sinne vorkommt, freilich nicht ausschliesslich, denn *actio* bedeutet oft auch einerseits das Recht, bez. die *Obligatio* selbst, sammt dem gegenwärtigen oder zukünftigen Anspruche, und andererseits solche Rechte, welche gar keinen Anspruch aus sich erzeugen, wie z. B. das

¹⁴⁾ Dasselbe gilt von dem *beneficium divisionis ex epistola Hadriani*, welches auch *beneficium dividendae actionis* genannt wird; s. Papin. in fr. 12. *rem pupilli* (46, 6); dazu Gai. 3. 122 (*pro parte detur actio*). Entsprechend bedeutet der *actor municipum* in fr. 27. *pr. ad. Sct. Treb.* (36, 1) einen gerichtlichen und aussergerichtlichen Vertreter (bei der Entgegennahme der *hereditas restituenda*). In gleicher Weise umfasst das *defendere alterum* sowohl die gerichtliche als auch die aussergerichtliche Vertretung gegen den Anspruch eines Dritten. Ebenso bedeutet der *transitus actionum ex Scto Trebelliano* (z. B. in fr. 16. § 2. 5; fr. 26 *ad Sct. Treb.* 36, 1) Uebergang der Erbansprüche, so dass dieselben gerichtlich und aussergerichtlich geltend gemacht werden können. Für *dies legati cedit* wird auch gesagt *legatum transit, transfertur ad heredem* oder auch *petitio, actio transmittitur* (fr. 2. 7. 19. *quando dies* 36, 2; c. 5. *eod.* 6, 53), was nicht Klage oder Anspruch bedeutet, sondern das Vermächtnisrecht. Das *in actione habere* bei Pomponius in fr. 34. *pr. de auro leg.* (34, 2) bedeutet gleichfalls Anspruch.

¹⁵⁾ Daher variirt Ulpian in fr. 2. § 8 *de her. vend.* (18, 5) das *actionem praestare* mit *obligationem praestare*.

Statusrecht, und ferner sehr oft geradezu und bloss das Recht, bez. den Anspruch im Zustande der gerichtlichen Geltendmachung, m. a. W. die Klage und das Processverfahren;¹⁶⁾ ja endlich oft auch den Angriff vor Gericht im Unterschied von der Vertheidigung (*actio-exceptio*).¹⁷⁾ Wie mir scheint, erledigen sich die oben (§ 14) registrirten Einwendungen Muther's, Dworzak's und Bekkers durch die Erwägung, dass in den Quellen das Wort *actio* bald im civilistischen, bald im processualen Sinne, bald in einem engeren, bald in einem weiteren (auch die aussergerichtlichen Maassregeln mit begreifenden) civilistischen Sinne vorkommt.

Man kann im Civilprocesse ein dreifaches Recht unterscheiden: 1) gegen den Staat, des Inhalts, dass er durch sein Organ (Magistrat, Beamten) den Streit in die Bahn des Processes leitet und die verschiedenen gesetzlich bestimmten Maassregeln, durch welche der Gang des Verfahrens und der Erfolg des Processzwanges gefördert wird, anordne und vornehme; 2) gegen das Gericht, dass es durch erschöpfenden Wahrspruch das Ende des Streites herbeiführe; endlich 3) gegen den Gegner (Beklagten), dass er sich verklagen lasse, d. h. dass er mitwirke zur Ueberführung des Streites in jene Bahn, also auf den Process eingehe.¹⁸⁾ Man kann diese Rechte auch Ansprüche nennen,¹⁹⁾ allein sie sind processualer, publicistischer Natur, gehören mithin einer anderen Region an und dürfen nicht mit dem Anspruch als civilistischem Begriff zusammengemengt oder identificirt werden.²⁰⁾

¹⁶⁾ Auch in der Civilprocessordnung wechseln die Worte Anspruch und Klage: nach § 277 soll der Kläger im Verzichtsfalle mit dem Anspruch —, nach § 295 wegen Versäumniss mit der Klage abgewiesen werden.

¹⁷⁾ Z. B. in fr. 9. § 3. *quod metus c.* (4, 2).

¹⁸⁾ Z. B. Sicherheitsmaassregeln ergreife, Manifestationseid auferlege.

¹⁹⁾ In der That spricht Weismann (Hauptintervention, 1884, S. 76 bis 78) von einem Klaganspruch des Klägers gegen das Gericht auf die Entscheidung und deren materielle Wirkungen. Wenn er aber den Exekutionsanspruch des Klägers auch als einen Anspruch gegen den Beklagten ansieht, welcher ihm ein Dulden ansinne, so habe ich dagegen zu bemerken, dass das exquirende Gericht ohne Rücksicht auf das Wollen und Handeln des Beklagten vorgeht und also nur ein Anspruch gegen das Gericht vorliegt.

²⁰⁾ Das Augenmerk der Praxis und Gesetzgebung war jetzt einseitig auf die Organisation des Processes gerichtet, daher die Vorliebe der construirenden Dogmatiker, sich auf der Grenze zwischen materiellem und Processrecht zu bewegen. Ausdruck dieser Vorliebe ist der über ein halbes

IV. In jedem Civilprocesse, welcher nicht auf Präjudicialklage beruht, spitzt sich das geltend gemachte Recht nothwendig in einem Anspruche zu, und derselbe tritt, wenn nicht schon früher, jedenfalls in der *condemnatio* zu Tage. Es ist, aus dem System des römischen Formularprocesses herausgesprochen, der Uebergang von der *intentio* zur *condemnatio*: jene enthält das Recht, diese den Anspruch. Indem der Process auf die *condemnatio* hinstrebt, also der Anspruch in Frage und zur Geltung kommt, nimmt das geltend gemachte Recht die Form einer *Obligatio* an, wird einer solchen ähnlich. In der Idee der Processobligation bei den Römern ist deutlich genug der Begriff des Anspruchs gesetzt und in plastischer Weise für den dogmatischen Aufbau des Processkörpers verwerthet. Im Anspruch nimmt jedes (auf *condemnatio* abzielende) Recht ein obligationsähnliches Gepräge an: dieser Gedanke liegt durchaus der römischen Anschauung zu Grunde und tritt von Neuem in der Windscheid'schen Anspruchstheorie lebenskräftig zu Tage.

V. Wenn ich sagte, der Anspruch sei das Recht im Zustande der Geltendmachung, so will ich diese Definition noch gegen das Missverständniss schützen, als ob das Recht in dem Anspruch aufgehe. Ich sage daher genauer: der Anspruch ist eine Kraftäusserung des Rechts, nämlich diejenige, mit welcher es in die Sphäre realer Zwecke hinüberwirkt, gleich der Strahlenkraft der Sonne, welche auf die Atmosphäre treffend Licht und Wärme hervorbringt. Der Anspruch ist eine Seite des Rechts, nämlich diejenige, welche es dem Gegner zukehrt, um ihn zu entsprechendem Thun oder Verhalten aufzurufen.

Anspruch oder *actio* (in dem hierher gehörigen Sinne) ist die aus dem zuständigen Recht entspringende (in der *condemnatio* des Formularprocesses auftretende) Befugniss der Geltendmachung, bestehend in der an den Verpflichteten ergehenden Zumuthung, dem Rechte gemäss thätig zu werden.

Decennium geführte resultatlos gebliebene Streit zwischen Bekker, Sohm, Degenkolb, Demelius, Lenel, Brinz, Schultze. Vergl. Thon Rechtsnorm, S. 235 ff. Ein besonderer Anspruch ist der Anspruch des klagenden Legatars oder Erbschaftsgläubigers, wegen Feststellung der Passivlegitimation den berufenen Erben zur Erklärung über den Erbschaftsantritt zu drängen und wieder der Anspruch des Letzteren gegen den Richter auf Ertheilung eines *spatium deliberandi*; hierüber ist neuerdings Streit.

§ 17.

V. Unterscheidung von Recht und Anspruch.

Auf der gegebenen Grundlage stelle ich folgende Sätze auf, welche den Anspruchsbegriff, um ihn präcis und werthvoll zu machen, näher bestimmen sollen.

I. Recht und Anspruch sind verschiedene Begriffe: jeder hat seine Functionen und Grenzen. Das Recht ist die Rechtsmacht im Zustande der Ruhe und gewissermaassen ¹⁾ interner Bethätigung. Wenn wir das Recht als solches meinen, denken wir an seine Verknüpfung mit dem betreffenden Rechtssubjekt, wodurch es ein rechtlicher Bestandtheil seines Vermögens ist, an das persönliche Band und Bewusstseyn der Zuständigkeit, an die Macht selbst, nicht an die Machtwirkungen nach Aussen; nur diejenigen Machtwirkungen denken wir bei dem Gedanken an das Recht selbst mit, welche einfache Ausübungsakte sind, d. h. das Rechtssubjekt nicht in rechtliche Berührung mit der connex verpflichteten und als Leistender in Betracht kommenden Person bringen. Der Anspruch dagegen ist das Recht im Zustande der Geltendmachung d. h. der Bewegung nach Aussen, d. h. Dritten gegenüber, welche gebunden, zu einem Leisten verpflichtet sind und als Gegner des Berechtigten erscheinen. Diese Bewegung ist ein Sichdurchsetzen gegenüber dem fremden Willen, welcher sich passiv verhält, wo er activ seyn soll, ein Antreiben, wo der Selbstantrieb (*proprius motus*) ausbleibt.

Dies das Kriterium. Die Art der Geltendmachung kommt für den Begriff des Anspruchs zunächst nicht in Betracht. Regel ist, dass die Ansprüche sowohl gerichtlich als aussergerichtlich geltend gemacht werden können, doch gibt es auch Ansprüche, welche entweder gar nicht, oder nur beschränkt processualer Geltendmachung fähig sind.

II. Der Anspruch hat immer ein Recht zu seiner Voraussetzung: kein Anspruch ohne Recht. Der Anspruch erwächst aus dem Recht, das Recht gebiert den Anspruch, Anspruch ist Ausfluss vom Recht und ruht auf dem Recht als seinem Fundament. Fällt das Recht hinweg, so hört auch der Anspruch auf zu seyn, und nie kann es einen Anspruch geben, bevor das entsprechende Recht da, bez. durch Rechtssatz, (direct oder indirect) anerkannt ist.

¹⁾ s. oben § 16. II.

Umgekehrt hat das Recht nicht nothwendig einen Anspruch zur Folge, denn das Eigenthumsrecht führt überhaupt nicht ohne Weiteres auf einen Anspruch hin — wenn man nicht von einem Anspruch auf Duldung des Wegholens reden will —; das Recht könnte sich ja einfach darauf beschränken, festzustellen, dass der Vindicant sich seine Sache, wo er sie findet, holen könne, und der Besitzer sich das gefallen lassen müsse; das klassische Recht erhebt sich freilich über diesen nüchternen und trocknen Standpunkt und verlangt mehr als Passivität vom Besitzer: er muss die Sache herausgeben, und darauf hat der Vindicant Anspruch. Und es gibt Rechte, die überhaupt nicht so geartet sind, dass aus ihnen Ansprüche erwachsen könnten, nämlich die mit Präjudicialklage geschützten Rechte. Es kann auch geschehen, dass ein begründetes Recht, weil es höchst persönlich und betagt ist, eher erlischt, als es geltend gemacht werden kann, m. a. W. eher, als es einen Anspruch gebiert, z. B. ein Forderungsrecht auf Alimente vom 70. Lebensjahre an, wenn der Gläubiger vor dessen Zurücklegung verstirbt.

Es gibt ferner Rechte, welche zusammen auf einen einzigen Anspruch hinauslaufen, z. B. das Eigenthumsrecht (*rei vindicatio*) und das Forderungsrecht des Bestohlenen (*condictio furtiva*) gegen den Dieb, welche den Anspruch auf Restitution der Sache nebst Entschädigung *ex dolo* oder *culpa* gewähren, oder das Eigenthumsrecht und das Forderungsrecht des Legatars nach dem Erbschaftsantritt, gerichtet gegen den besitzenden Erben auf Auslieferung der Sache und bez. auf Entschädigung *propter dolum et culpam*.

Endlich ist zu beachten, dass oft ein einziges Recht eine Mehrheit von Ansprüchen gebiert, z. B. wenn der Eigenthümer neben der Sache selbst auch Früchte und Entschädigung, der Gläubiger neben dem Kapital auch Verzugszinsen verlangen kann.

Soviel, was das genetische Verhältniss der zwei Begriffe Recht und Anspruch anlangt.

III. Es sind ganz verschieden geartete Rechte, welche die Gestalt des Anspruchs annehmen können: nicht bloss dingliche, sondern auch obligatorische Rechte, nicht bloss Vermögensrechte, sondern auch Familienrechte. Dieser Gestaltungsprocess trägt zwei Merkmale: 1) Unter dem Gesichtspunkt des Anspruchs findet eine allgemeine Annäherung der Rechte statt, sie rücken einander so nahe und verlieren oder verhüllen so viel von ihrer charakteristischen Substanz, dass sie kaum mehr unterscheidbar scheinen. Dies erklärt sich daraus, dass jeglicher Geltendmachungsakt natürlicher Weise die

Richtung gegen eine Person einschlägt, auf welche behufs Erlangung des Beanspruchten einzuwirken ist. Es liegt im Wesen des Anspruchs, dass er sich immer gegen eine bestimmte Person richtet. Das Recht wird nur zum Anspruch, indem es sich gegenüber einer bestimmten Person durchzusetzen begehrt, und diese persönliche Tendenz ist schon im Worte selbst angezeigt, denn angesprochen werden kann nur eine Person (bez. ein gegebener Kreis von Personen). Das Sprechen ist Sache des Menschen, das Ansprechen ein Sprechen von Mensch zu Mensch. Der Anspruch verlangt einen Anzusprechenden, ohne solchen ist jener nicht zu denken.

2) Diese persönliche Tendenz aber hat der Anspruch gemein mit der Obligatio: beide sinnen dem Gegner ein persönliches Thun oder Handeln, eine positive oder negative Leistung an. Darum lässt sich sagen: alle Rechte nehmen als Ansprüche etwas von dem Gepräge der Obligatio an, werden dieser zum Verwechseln ähnlich; alle Ansprüche gleichen äusserlich der Obligatio. Es ist dies eine Betrachtung, welche sich mit derjenigen in § 9 ff. begegnet.

Dennoch sind Obligatio und Anspruch verschieden. Wie der dingliche Anspruch nicht das dingliche Recht selbst ist, so ist auch der obligatorische Anspruch nicht die Obligatio selbst. Der Anspruchsbegriff greift weiter und ist ein allgemeinerer, als der Obligationsbegriff, weil er sich in das Gebiet der Sachen- und Familienrechte erstreckt.

IV. Halten wir den Zusammenhang des Anspruchsbegriffs mit dem Geltendmachungszwecke fest, so ergibt sich ohne Weiteres, dass die s. g. Bürgerpflicht, die Eigenthumsrechte Anderer anzuerkennen, d. h. unangefochten, ungestört zu lassen, jedenfalls nicht zur Annahme eines Anspruchs auf Seiten des Berechtigten führt. Es gibt keinen „Anspruch“ auf Nichtgestörtwerden, schon deshalb nicht, weil ein solches Verlangen sich nicht gegen eine bestimmte Person, sondern gegen Jedermann, jedenfalls gegen jeglichen Rechtsgenossen (Mitbürger oder Mitglied der internationalen civilisirten Rechtsgenossenschaft), also gegen einen unbestimmten Kreis von Personen richtet; auch deshalb nicht, weil ein solcher Anspruch sich an Tragweite ganz mit dem (dinglichen) Recht selbst decken und also ein ganz überflüssiger Begriff seyn würde; endlich deshalb nicht, weil in solcher Bürgerpflicht gar nichts Specifisches des dinglichen Rechts gegeben wäre, denn dem Forderungsberechtigten könnte die gleiche Befugniss nicht versagt werden, woraus wir sehen, dass wir

es hier mit einem Element des Rechts selbst zu thun haben, und dass Windscheid unrecht thut, gerade beim dinglichen Recht von einem Anspruch dieser Art zu reden. In der That ist jene s. g. allgemeine Bürgerpflicht nichts Anderes als eine durch den Inhalt des Rechts selbst gesetzte Pflicht, m. a. W. eine abstrakte logische Konsequenz aus dem begrifflichen Wesen der (Privat-) Rechte und der Autorität der Rechtsordnung, oder, wie es Ihering¹⁾ ausdrückt, eine Uebersetzung aus dem Positiven ins Negative.

Uebrigens ist dieser allgemeinen Bürgerpflicht ihre rechte Grenze zu ziehen. Eine Pflicht selbständigen, positiv zu formulirenden Inhalts gibt es hier gar nicht. Niemand ist dem Eigenthümer an sich — d. h. so lange er ihn ungestört lässt — zu irgend etwas Positivem verpflichtet, auch nicht dazu, dessen Eigenthum durch selbständigen Akt anzuerkennen, sondern nur dazu, nicht das Gegentheil zu thun, d. h. nicht einen Akt des Widerspruchs gegen das Recht zu begehen, d. h. nicht zu verletzen. Machen wir die Probe darauf. Wollte der Eigenthümer einer Sache irgend Jemand aus der Welt herausgreifen und vor ihn mit dem Verlangen treten, dass er das Eigenthum des Auffordernden anerkenne, so darf der Angeredete erwidern: Incommodire mich nicht, ich bin dir zu nichts verpflichtet und will mit dir gar nichts zu thun haben; ob ich dein Eigenthum anerkenne, ist meine interne Angelegenheit, worüber ich Niemandem, auch nicht dem Eigenthümer selbst, Rechenschaft schulde; genug, dass ich nichts thue, was im Widerspruch mit deinem Eigenthum steht. Diesen Zustand rechtlichen Geschütztseyns gegen Anfechtung, beruhend auf der unmittelbaren Konsequenz des Rechts selbst, Anspruch zu nennen, entspricht keineswegs dem Sprachgebrauch. Es liegt auch gar kein praktisches Bedürfniss vor, ein solches Element aus dem Begriffe Recht herauszulösen und in den Begriff Anspruch zu verpflanzen.

V. Dennoch liegt, wenn man von einem Anspruch auf Anerkennung redet, eine Wahrheit darin. Es gibt einen solchen Anspruch, denn der Gegner, welcher das Recht des Eigenthümers verletzt, ist schuldig, persönliche Anerkennung des verletzten Rechts nun seinerseits zu erklären. Hierauf also hat der vindicirende Kläger wirklich einen Anspruch; ihm gebührt solche Genugthuung; der Verletzer muss das begangene Unrecht in seiner Person wieder aufheben. Freilich begnügt sich hier das Gericht, die thatsächliche

¹⁾ Jahrb. f. d. Dogmatik X. S. 393.

Leistung durchzusetzen; allein angesonnen wird dem Verletzer vor Allem die Anerkennung, und demgemäss sagt man, der Gegner sei schuldig, das Eigenthum des Vindicanten anzuerkennen. Das ist etwas Anderes, als wenn man abstract sagt, Jedermann habe das Eigenthum Jemandes anzuerkennen. Eine solche abstracte Anerkennungspflicht enthält, wie wir sub IV. sahen, weiter nichts, als den Gedanken, dass Jedermann gehalten sei, nichts zu thun, was im Widerspruch mit dem Recht des Eigenthümers steht. Die dem Verletzer obliegende Anerkennungspflicht dagegen hat einen selbständigen Inhalt, den nämlich, seine bisherige Opposition oder Widersetzung zurückzunehmen, d. h. zu erklären, dass er die Widersetzung nicht fortsetze.

§ 18.

VI. Unterschied der sachenrechtlichen, obligatorischen und familienrechtlichen Ansprüche.

I. Das Recht kann existent seyn, ohne dass ein Anspruch daraus schon existent ist; das Recht geht also nicht bloss begrifflich dem Anspruch voraus, sondern in der Regel auch zeitlich. In diesem Falle bildet das Recht bereits einen Bestandtheil des Vermögens des Rechtssubjekts, aber dasselbe kann das Recht noch nicht geltend machen und Niemanden darum „ansprechen“; der Anspruch fehlt noch.

So, während das Eigenthum ungestört bleibt; hier kann man vom Eigenthümer nicht sagen, dass er einen Anspruch habe¹⁾. Erst wenn sich durch einen Störungsakt ein bestimmter Gegner ergibt, kommt der Eigenthümer in den Fall, sein Recht geltend zu machen, erwächst ihm also ein Anspruch; erst die Verletzung macht den Anspruch aus dem Eigenthumsrecht entstehen.

So auch, wenn dem Gläubiger ein betagtes Forderungsrecht zusteht, denn hier ist zwar die Obligatio schon da, aber der Berechtigte ist noch nicht in der Lage, sein Recht geltend zumachen²⁾;

¹⁾ Dieser Fall kann auch in der Form einer entgegenstehenden *exceptio* auftreten, z. B. der Eigenthümer hat die *rei vindicatio* gegen jeden dritten Besitzer, kann aber vom Inhaber eines *jus in re aliena*, z. B. vom *Usufructuar* mit der *exceptio ususfructus* (so lange dieser dauert) zurückgewiesen werden.

²⁾ Betagung bedeutet vorläufige Nichtexistenz des Anspruchs. Aus einem betagten, wie aus einem suspensiv bedingten Recht ist einstweilen

hier ist zwar, wer der Gegner seyn wird, wenn es zum Prozesse kommen sollte, oder wer die Leistung zu bewirken haben wird, jetzt schon bestimmt, aber noch kann der Schuldner nicht um die Leistung angesprochen werden,³⁾ und ich halte es für unrichtig, mit Brinz (s. oben § 14. II.) zu sagen, dass hier schon eine Gegnerschaft bestehe, denn so lange der Schuldner noch nicht im Rückstand ist, steht er auch nicht im Widerspruch mit dem Forderungsrecht; er ist Schuldner, aber nicht Gegner.

Ich sage hier nicht, dass erst die Rechtsverletzung (Säumnis) den Anspruch aus der Obligatio entstehen lasse (wie beim dinglichen Recht), sondern ein anderes Moment, in welchem Eigenthum und Obligatio gleichstehen, ist entscheidend, nämlich die Befugniss zur Geltendmachung. Beim dinglichen Recht entsteht diese freilich erst mit dem Augenblick der Rechtsverletzung, bei der Obligatio aber ist möglicherweise noch keine Rechtsverletzung dem Schuldner zu imputiren, und doch der Gläubiger bereits in der Lage, sein Recht geltend zu machen, und also der Anspruch erhebbar. Insofern wäre es, obwohl es der weitaus gewöhnliche Fall bei allen Bringschulden ist, nicht genau, den Anspruch schlechthin und allgemein von dem Umstand wirklicher Rechtsverletzung abhängig zu machen. Wenn z. B. für die Erfüllung der Obligatio kein bestimmter Termin festgestellt ist, und diese noch von einer besonderen Willenserklärung (Kündigung) des Gläubigers abhängt (Darlehn ohne Rückzahlungstermin, Depositum, vorbehaltenes Rückkaufsrecht), so hat der Schuldner die Willenserklärung abzuwarten; die Obligatio ist bereits begründet, aber der Anspruch cessirt annoch. Wie und wann entsteht er? Schon durch Kündigung, denn mit dieser kann der Berechtigte unmittelbar die Geltendmachung verbinden,⁴⁾ während eine Rechtsverletzung

noch gar kein Anspruch erwachsen. Letzternfalls (Suspension) ist vorläufig weder Recht noch Anspruch da, ersternfalls (Betagung) ist das Recht da, aber vorläufig noch kein Anspruch. *Dies legati veniens* bedeutet nicht bloss Perfection des Rechts, sondern auch Eintritt in das Stadium der Geltendmachung (s. Puchta, Pand. § 539), m. a. W. Entstehung des Anspruchs.

³⁾ Brinz (Grünhuts Zeitschr. I, S. 37): die Obligatio ist blosser Haftung, noch nicht *debitum*.

⁴⁾ Aehnlich verhält es sich mit dem Recht des *heres voluntarius*, welcher auf Grund der Berufung jederzeit antreten und sich in die Lage bringen kann, sein (dann erworbenes) Erbrecht geltend zu machen; doch entsteht hier das Recht nicht eher, als der Anspruch.

seiten des Schuldners in diesem Augenblicke noch nicht vorliegt.⁵⁾ Die Regel ist freilich auch bei Obligationen, dass erst mit eintreten der Säumniss des Schuldners der Anspruch entsteht.⁶⁾ Unter Säumniss aber verstehe ich nicht die *mora* im rechtlichen Sinne, die bekanntlich regelmässig erst auf Grund der Mahnung entsteht, denn jede Säumniss, d. h. Unterlassung des Leistens vom Augenblick der Fälligkeit der Schuld an, ist Rechtsverletzung, sofern nicht der Schuldner befugt ist, die Meldung des Gläubigers zum Zahlungsempfang abzuwarten.

Ich sage mithin: dingliche Ansprüche sind nicht vor der Rechtsverletzung, obligatorische Ansprüche nicht vor Verfall der Schuld da. Von einem betagten oder bedingten Anspruch sollte man eigentlich gar nicht reden; es gibt nur ein betagtes und bedingtes Recht, der Anspruch ist einfach entweder da, oder nicht da; also nur von gegenwärtigen und zukünftigen Ansprüchen lässt sich reden.⁷⁾

II. Es gibt auch familienrechtliche Ansprüche, und zwar solche, welche einen die Person selbst betreffenden und insofern persönlichen —, theils solche, welche einen pecuniären Inhalt haben. Wann und wie entstehen Ansprüche dieser Art? Zu den persönlichen Ansprüchen gehören z. B. der durch das Verlöbniß begründete Anspruch gegen den anderen Theil auf die Eheschliessung,⁸⁾ der Anspruch des grossjährigen Kindes gegen die Eltern auf Consensertheilung zur Eheschliessung,⁹⁾ der Anspruch des Ehemannes, bez. Hausvaters gegen Ehefrau oder Kind auf Theilnahme an Aufenthalt und Haus, sowie auf Freigebung einer dieser Personen gegen den Dritten, welcher sie in thatsächlicher Unfreiheit zurückhält;¹⁰⁾ der Anspruch des vater- oder elternlosen Kindes gegen gewisse Verwandte auf Uebernahme der persönlichen Pflege. Solche Ansprüche entstehen mit dem Vorhandenseyn der gesetzlich vorgeschriebenen thatsächlichen Vorbedingungen, nicht ohne Weiteres, aber mit dem

⁵⁾ Es ist *actio nata* in dem Sinne vorhanden, dass der Berechtigte sofort gegen den Schuldner vorgehen kann, aber nicht in dem Sinne, dass da bereits ein Unrecht, eine Verschuldung auf Seiten des Schuldners vorliegt. Für den Beginn des Verjährungslaufs ist derselbe Gedanke wichtig.

⁶⁾ Vergl. Thon Rechtsnorm S. 255.

⁷⁾ Vergl. Thon Rechtsnorm S. 252.

⁸⁾ Nach manchem Landesrecht. Vergl. Civilprozessordnung § 779.

⁹⁾ Civilstandgesetz vom 6. Febr. 1875. § 32.

¹⁰⁾ *Interdictum de uxore vel liberis exhibendis*.

Vorhandenseyn des zu Grunde liegenden Familienverhältnisses im Allgemeinen; z. B. der Ehemann hat nicht mit Beginn der Ehe schon einen Anspruch auf Exhibirung der Frau (gegen Jedermann), sondern erst, wenn die Thatsache des Zurückhaltens durch fremde Eigenmacht eintritt, und eben dadurch ein bestimmter Gegner gegeben ist.

Nicht anders ist betreffs der pecuniären Ansprüche zu sagen; auch für deren Entstehen genügt nicht das Vorhandenseyn des betreffenden Familienverhältnisses im Allgemeinen, sondern die vom Gesetz verlangten thatsächlichen Voraussetzungen müssen verwirklicht seyn, ehe der betreffende Anspruch zum Daseyn kommt. Hierhin gehört der familienrechtliche Anspruch auf Alimentation, welcher zwischen Adscendenten und Descendenten gegenseitig begründet seyn kann, zum Theil bedingter Weise, nämlich unter der Voraussetzung der Mittellosigkeit oder des Mittelloswerdens des einen Theils und der Bemitteltheit des anderen Theils. So lange eine dieser Voraussetzungen fehlt, kann nur gesagt werden, dass der Alimentationsanspruch möglicher Weise künftig entstehen wird.

Uebrigens ist zu bemerken, dass diese familienrechtlichen Ansprüche den (rein) vermögensrechtlichen insofern parallel gehen, als sie zum Theil in *rem*, zum Theil in *personam* gehen, d. h. dass sie sich bald gegen den, bald gegen jenen richten können, je nachdem ein Verletzungsakt begangen ist, z. B. das *interdictum de liberis exhibendis*, oder aber ihrem Inhalt nach schlechterdings auf eine oder einige Personen beschränkt sind, z. B. der Anspruch auf Consensertheilung oder Alimentation.

III. Nur kurz sei noch auf zwei vermögensrechtliche Ansprüche hingewiesen.

1) Das Recht des Aktionärs ist ein combinirtes, nämlich gemeinschaftliches (Stimmrecht u. s. w.) und vermögensrechtliches, und das letztere charakterisirt sich als *jus in bonis* (nicht als Forderungsrecht), aber das fällige Dividendenrecht nimmt die Natur des Anspruchs an.

2) Auch auf dem Boden des Erbrechts erwachsen vermögensrechtliche Ansprüche, die aber, weil sie theils dinglicher, theils obligatorischer Art sind, keiner abgesonderten Betrachtung bedürfen.

Für die Rechtsgeschichte hat es Werth, darauf hinzuweisen, dass der Anspruchsbegriff für das Verhältniss von *hereditas* und *bonorum possessio* verwendbar ist. Man kann z. B. sagen, der *suus heres*, welcher vom *beneficium abstinendi* Gebrauch machte, lenkte damit

nicht das Erbrecht (*nomen heredis*), aber wohl die Ansprüche daraus (für und gegen sich) auf Andere (die *bonorum possessores*) ab.

§ 19.

VII. Der Anspruch in seiner Anwendung.

Wo, d. h. in welchen Lebens- und Verkehrsgestaltungen kommt der Anspruchsbegriff in Frage und zur Anwendung?

I. Vor Allem da, wo ein Geltendmachungsakt in Frage ist. Ich kann mahnen, klagen, excipiren nur auf Grund vorhandenen Anspruchs; auch das Verlangen der Aufrechnung (*compensatio*) ist ein (gerichtliches oder aussergerichtliches) Geltendmachen eines (Gegen-) Anspruchs.¹⁾

II. Die *venditio ususfructus*, die *cessio nominis*, die Schuldübernahme, auch die Erbschaftsrestitution *ex Scto Trebelliano* lassen sich unter den Gesichtspunkt des Anspruchs stellen und danach definiren. Man kann sagen, die Abtretung des Niessbrauchs gewähre dem Käufer die *actio confessoria*, die Cession gewähre die *actio creditoris*²⁾, die Schuldübernahme begründe die Pflicht, den Schuldner gegen die *actio* des Gläubigers zu vertreten, die Erbschaftsrestitution übertrage die *actiones*³⁾ auf den Fideicommissar; nur muss für alle diese Fälle hinzugefügt werden, dass *actio* die gerichtliche und aussergerichtliche Geltendmachung begreift⁴⁾, und für Cession und Schuldübernahme gilt es, zu beachten, dass, wenn sie vor Verfall der Schuld vorgenommen werden, sie zukünftige Ansprüche zum Gegenstand haben. Auch die Cession der *rei vindicatio* gehört in diesen Zusammenhang, denn auch bei ihr handelt es sich um Abtretung desjenigen Anspruchs, welcher dem Eigenthümer aus der Rechtsverletzung durch den besitzenden Dritten erwachsen ist (bez.

¹⁾ Nach dem Grundsätze, *reus excipiendo actor fit*, ist das Compensiren eine *actio* und zwar in dem oben (§ 16) bezeichneten weiteren Sinne, dass auch das aussergerichtliche Compensiren darunter fällt.

²⁾ Genauer: der Cedirende ertheilt die Ermächtigung zur Geltendmachung des Forderungsrechts, m. a. W. überträgt den gegenwärtigen oder zukünftigen Anspruch.

³⁾ *transit, transfertur actio ex Scto Trebelliano*.

⁴⁾ In der Auffassung der *venditio ususfructus* näherte ich mich der Arndts'schen Auffassung und replicire gegen den Windscheid'schen Einwand, dass doch der *emtor* auch gegen den *venditor* selbst klagen könne (W. § 205. Anm. 4), einmal, dass hier die *actio emti* begründet ist, und sodann, dass die *actio in rem* eventuell gegen die ganze Welt geht.

erwachsen könnte), kurz: der *actio* im obigen Sinne. In allen Fällen bleibt das Recht selbst unangetastet und *suo loco*; lediglich der Anspruch ist es, auf welchen sich die Rechtswirkungen des Aktes beziehen.

III. Ueberall, wo es sich um Geltendmachung des sogen. Interesse handelt, steht nicht eigentlich das Recht, sondern der Anspruch in Frage, denn das Recht kann und muss entschieden seyn, bevor das Interesse in Frage gezogen wird, und die rechtlichen Grundsätze vom Interesse beziehen sich auf die Frage, ob ein Anspruch und wie hoch er begründet sei. Bekanntlich stellen die Quellen die *rei aestimatio* (*verum rei pretium*) der *aestimatio ejus, quod interest* (*omnis utilitas*) gegenüber, indem sehr oft der Anspruch über ersteres Maass hinaus sich bis zum ganzen Betrag der Vermögensverkürzung, welche den Verletzten trifft⁵⁾, erstreckt. Dieses Doppelte wird in den Quellen so ausgedrückt: *hoc iudicium non ad id, quod interest, sed quanti ea res est, concluditur*⁶⁾ — *iudicium non ad quantitatem refertur, sed ad id, quod interest*⁷⁾ — *utilitas venit in hoc iudicium*⁸⁾ — *utrum quantitati contractus officium iudicis debet servire, an... utilitas quoque actoris veniet?* und *in hanc actionem veniet, quod interfuit*.⁹⁾ Auch hier bedeuten *actio*, *iudicium* und *iudicis officium* nicht ausschliesslich die gerichtliche, sondern zugleich die aussergerichtliche Geltendmachung, d. h. der Rechtssatz vom erweiterten Anspruch betrifft das ganze Gebiet der Geltendmachung, und er kommt bei dinglichen ebenso wie bei obligatorischen Ansprüchen in Frage.

IV. Auch für den Vergleich (*transactio*) hat der Anspruchsbegriff Werth. Zwar nennt Risch¹⁰⁾ da, wo er vom Gegenstand des Vergleichs spricht, bald Rechtsanspruch, bald Rechtsverhältniss, und dann wieder Anspruch und Forderung; aber er hebt richtig hervor, der Vergleich dürfe nicht schlechthin bloss in der Lehre von der Aufhebung der Obligationen behandelt werden, denn es gebe auch einen Vergleich über dingliche Klagen, und z. B. wenn der Eigenthümer auf die Geltendmachung seines Eigenthumsrechtes zu Gunsten des Besitzers verzichte, werde überall keine Obligatio, son-

⁵⁾ *quantum mihi abest quantumque lucrari potui*. Paul. fr. 13. *ratam rem haberi* (46, 8).

⁶⁾ Ulp. fr. un. § 4. *si quis jus dicenti* (2, 3).

⁷⁾ Ulp. fr. 4. § 7. *de damno inf.* (39, 2).

⁸⁾ Paul. fr. 22. *pr. ad leg. Aquil.* (9, 2).

⁹⁾ Ulp. fr. 2. § 8. *de eo quod certo loco* (13, 4).

¹⁰⁾ D. Lehre vom Vergleiche (1855) S. 6. 7. 17. (Anm.).

den die dem Eigenthümer zustehende *actio* aufgehoben.¹¹⁾ In der That handelt es sich beim Vergleich regelmässig nicht um Rechte, sondern Ansprüche. Das Recht ist vielleicht unbestritten und fraglos, dennoch kann der Anspruch daraus ungewiss oder bestritten seyn, und diesen gilt es zu beseitigen. Der zu beseitigende Anspruch aber kann ein dinglicher oder obligatorischer seyn; den Anspruch will der Vergleichende anerkannt und bez. beseitigt wissen, das zu Grunde liegende Recht tritt für den Vergleichszweck meist ganz in den Hintergrund. Mit Recht also hat Risch die *actio* genannt, aber auch hier wieder ist *actio* in dem weiteren Sinne gerichtlicher und aussergerichtlicher Geltendmachung zu verstehen.

V. Endlich ist, wie schon Windscheid¹²⁾ ausgeführt hat, das Institut der Verjährung mit dem' Anspruchsbegriff in Zusammenhang zu bringen, m. a. W. die Verjährung ist eine Frage der Geltendmachung.¹³⁾ Verjährung trifft den, wer sein Recht (eine bestimmte Zeit lang) geltend zu machen unterlässt, und was er dadurch verliert, ist eben die fernere Befugnis der Geltendmachung. Er verliert nicht eigentlich das Recht selbst, z. B. nicht das Eigenthumsrecht, sondern die gegen den Verletzer gehende *actio*; ebenso sollte man meinen, der Gläubiger verliere nur die *actio*, nicht die *Obligatio*. Man kann dies auch nicht mit Windscheid¹⁴⁾ dadurch negiren, dass man sagt, der obligatorische Anspruch falle vollkommen zusammen mit dem obligatorischen Rechte, denn es besteht keine Identität von Recht und Anspruch, wie oben ausgeführt wurde; allein nach positivem Recht gibt die Verjährung dem Schuldner eine *perpetua exceptio*, und jede solche — mit Ausnahme der in *odium creditoris* gegebenen¹⁵⁾ — hat die Kraft der Schuldtilgung. Es ist also nicht ein Satz juristischer Konsequenz, sondern positiven Rechts, dass durch Verjährung nicht bloss *actio*, sondern zugleich *obligatio* untergeht, und dieser Satz beruht auf einer naheliegenden Erwägung praktischer Zweckmässigkeit, denn wozu noch von einer *Obligatio* (gegenüber dem Schuldner) reden, wenn sie schlechterdings nicht mehr soll (gegen

¹¹⁾ Risch a. a. O., S. 16 (Anm. 4).

¹²⁾ Die *Actio d. röm. Civilrechts* (1856) S. 37 ff.

¹³⁾ Daher kommen auch die meisten der Geltendmachungsakte (s. o. § 14. II.) als Interruptionsgründe in Frage. Vergl. Windscheid Pand. § 108.

¹⁴⁾ a. a. O., S. 39—41.

¹⁵⁾ fr. 14. *pr. quod. met. e.* (4, 2); fr. 26. § 3. *de cond. ind.* (12, 6); — fr. 19. 40. eod.

den Schuldner) geltend gemacht werden? Es ist eben auch hier zu betonen, dass in der *actio* nicht bloss die gerichtliche (und zwar offensive und defensive), sondern auch aussergerichtliche Geltendmachungsbefugnis enthalten ist. Hier ist es, wo ich im Resultat wieder mit Windscheid übereinstimme, und nicht bloss hier, sondern auch in der Frage des Beginns des Verjährungslaufs bei obligatorischen Ansprüchen, welche nicht befristet, aber durch Kündigung bedingt sind.¹⁶⁾

§ 20.

VIII. Anspruch und Klagrecht.

I. Halten wir den aufgestellten Anspruchsbegriff fest, so ist es leicht, den juristischen Werth des *certum* für die römische *condictio* zu verstehen, denn wir können sagen: die *intentio* ist eine *certa*, wo aus ihr sofort und unmittelbar sich die *condemnatio* ergibt, m. a. W. wo Recht und Anspruch sich dergestalt decken, dass mit der Nennung des Rechts zugleich der Anspruch gesetzt ist, oder wo der Grund des Rechts zugleich der Anspruch ausmacht. Die *pronuntiatio*¹⁾ des Richters hatte zunächst über das Recht zu entscheiden, und nur wenn der unterliegende Beklagte dem Sieger nicht Genüge that, auf Klägers Antrag, kam es zur *condemnatio*, welche den Anspruch feststellte.²⁾ Indem sich nun der Inhalt und Umfang des Anspruchs ohne Weiteres aus der *pronuntiatio* ergab, zeigte sich der praktische Werth des *certum*. *Incertum* dagegen lag vor, wenn nach Entscheidung des Rechts der Richter, welcher zur *condemnatio* zu verschreiten hatte, noch im Wege besonderer Operation, durch Specialisirung und Quantificirung, den Inhalt und Umfang des Anspruchs zu ermitteln hatte. Für uns hat es kein formelles Interesse mehr, *certum* und *incertum* zu scheiden, aber noch immer lässt sich sagen, das Recht kann gewiss und doch der Anspruch ungewiss seyn; auch ist es nicht ohne Interesse, jetzt noch zu unterscheiden die

¹⁶⁾ s. oben § 16. sub I. und Windscheid S. 42. und ders. Pand. § 107. Anm. 5.

¹⁾ Offenbar spielt hierauf Gaius (fr. 74. *de verb. obl.* 45, 1) an, wenn er sagt: *certum est quod ex ipsa pronuntiatione apparet, quid, quale quantumque sit.* Ulpian (fr. 75. eod.) lässt die Worte *ex ipsa pronuntiatione* weg. Vergl. auch fr. 75. § 3. 6. *de V. O.* (45, 1).

²⁾ Vergl. oben § 14. a. E.

Fälle, wo der Inhalt des Rechts sich mit dem Inhalt des Anspruchs deckt (z. B. *vindicatio* geht einfach auf Herausgabe der Sache) und die Fälle, wo der Anspruch einen umfassenderen oder anderen Inhalt erhält (z. B. die *vindicatio* gegen einen Besitzer, welcher *dolo* oder *culpa* die Sache verwahrlost oder vernichtet hat). Hier also werden wir gleichfalls die Unterschiedenheit der zwei Begriffe Recht und Anspruch gewahrt. Das Recht gehört im Prozesse zum Klaggrund, der Anspruch tritt als Klaggesuch (Petitum) auf; die *condemnatoria* formulirt den Anspruch positiv, die *absolutoria* aber negativ, indem sie den Beklagten von dem wider ihn erhobenen Anspruche frei spricht.

II. Es ist bemerkt worden, dass Anspruch und Klagrecht nicht identische Begriffe sind,³⁾ weil der Anspruch auch aussergerichtlich und innerhalb des Prozesses auch exceptivisch geltend gemacht werden kann. Hier ist noch hinzuzufügen, dass es auch Ansprüche gibt, 1) welchen kein Klagerecht zur Seite, also nur der Weg aussergerichtlicher oder exceptivischer Geltendmachung offen steht. Dies sind die Naturalobligationen, welche in Mahnung, Pfandbestellung, Bürgenzuziehung, Novation aussergerichtlich auftreten und mittels *exceptio compensationis* sich wirksam erweisen. Windscheid weiss diese klaglosen Obligationen in seinem Anspruchssystem nicht unterzubringen und hilft sich damit, dass er sie für etwas „durchaus Anomales und Exceptionelles“ erklärt. Ich halte diese Auffassung für irrig, schon darum, weil die Naturalobligationen bei den Römern einen grossen Raum im praktischen Leben einnahmen,⁴⁾ und die Entwicklung ihres Systems mehrere Stadien durchlaufen ist.⁵⁾ Noch weit mehr muss sie dem als irrig erscheinen, wer mit mir annimmt, dass der Begriff der Naturalobligationen eine breite dogmatische Grundlage in der Rechtsanschauung der klassischen Jurisprudenz hat, nämlich in dem durch Ulpian⁶⁾ vollendeten System des *jus naturale*.⁷⁾ Für uns aber ist es gar nicht schwierig, die Naturalobligationen als Quelle von Ansprüchen

³⁾ Vergl. Thon, Rechtsnorm, S. 257.

⁴⁾ Man denke nur an die zahlreichen Peculienverhältnisse der Hauskinder und Sklaven.

⁵⁾ Von Labeo bis Ulpian. Vergl. Kuntze Excursus üb. R. R. (ed. 2.) S. 372—374.

⁶⁾ Der auch das Institut der Naturalobligation durch den Satz der Compensabilität zum Abschluss brachte.

⁷⁾ Kuntze Excursus, S. 41—43. §. unten § 42.

zu denken, denn sie, wenigstens einige Arten, können geltend gemacht werden, zwar nicht im Wege der Klage, aber *compensando*, *transigendo*, durch Bürgen- oder Pfandannahme und processualisch im Wege der *Exceptio*. Wir unterscheiden also klagbare und unklagbare Ansprüche.

Auch die Ausübung des *jus retentionis* kann als Geltendmachung eines zu Grunde liegenden Anspruchs aufgefasst werden.⁸⁾ Regelmässig nun liegt eine selbständige Obligatio zu Grunde, aus welcher der geltend zu machende Anspruch abgeleitet wird;⁹⁾ allein es gibt Fälle, wo eine selbständige Obligatio nicht anerkannt wird, sondern die Obligatio gewissermassen nur in Gestalt des *jus retentionis* geltend gemacht werden kann, z. B. wenn der redliche Besitzer ohne Mandat und ohne *contemplatio alterius (domini)* auf die Sache Verwendungen gemacht hat.¹⁰⁾ Hier nehmen die Quellen nicht einmal eine Naturalobligation an und sprechen nur von *exceptio doli* und *officium judicis aequitatis ratione*; in der That liegt aber ein auf irgendwelchem Recht¹¹⁾ gegründeter Anspruch vor, welcher retentionsweise zur Geltung kommt.

2) Sodann gibt es Ansprüche, welche zwar klagweise auftreten können, aber nicht in selbständiger Klage, sondern nur als Anhang zu einem selbständigen Petitum. Beispiele sind die *usurae officio judicis praestandae* und¹²⁾ die nichtconsumirten Früchte in der Hand des *bonae fidei possessor*, welche nicht mit besonderer Klage, nur mit der auf die Hauptsache gerichteten Capitalsklage, bez. *rei vindicatio* mitgefordert werden können. Auch hier kann nicht zweifelhaft seyn, dass ein Anspruch vorliegt,¹³⁾ aber ein Anspruch, welcher der eigenen Angriffswaffe (Klage) entbehrt. Man hat also selbständige und unselbständige Ansprüche zu unter-

⁸⁾ Vergl. Pomp. in fr. 51 *de cond. ind.* (12, 6): *Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea, si solverimus, repetere non possumus.*

⁹⁾ Vergl. Thon Rechtsnorm, S. 272.

¹⁰⁾ Papin. in fr. 48. *de rei vind.* (6, 1); Jul. in fr. 33. *de cond. ind.* (12, 6); Paul. fr. 29. § 2. *de pignor.* (20, 1).

¹¹⁾ Obligatio in einem ganz beschränkten Sinne.

¹²⁾ Nach einer von Manchen vertretenen und von mir für richtig gehaltenen Ansicht.

¹³⁾ Der Gegner muss sich gefallen lassen, darum „angesprochen“ zu werden.

scheiden; auch die letzteren müssen auf ein latentes Recht¹⁴⁾ zurückgeführt werden, weil es Anspruch ohne Recht nicht gibt.

III. Aus dem Gesagten erhellt, dass, wie es ein Klagrecht ohne Anspruch gibt (im Fall der Präjudicialklage), so auch ein Anspruch ohne Klagrecht vorkommt. Anspruch und Klagrecht aber, obwohl verschiedene Begriffe, leiten sich doch real beide aus dem Recht ab; sie sind nicht neue von Aussen zu dem Wurzelrecht hinzukommende Rechte, sondern gehen, so zu sagen, in organischer Entfaltung aus dem geltend zu machenden Recht hervor, sie sind dieses Recht selbst in seiner gegen den Verpflichteten gerichteten Kraftäusserung inmitten der staatlichen Ordnung und im Einwirken auf die Organe des Staatsschutzes. Hinzuzufügen ist noch, dass der Staat auch noch an einem anderen Punkte seine Hilfe versagen kann, nämlich im Exekutionsstadium, indem er gewisse Sachen des Beklagten von der Pfändung exemirt: hier liegen Ansprüche mit beschränkter Vollstreckbarkeit vor (*beneficium competentiae*; Reichs-civilprozessordnung § 715.).

IV. Das Ergebniss unserer Revision der Anspruchstheorie lässt sich mit Hinblick auf die oben genannten Rechtslehrer in folgende Sätze zusammenfassen.

1) Die verschiedenartigsten Privatrechte können unter dem Gesichtspunkte des Anspruchs betrachtet werden. Jedes Privatrecht im Zustande der Geltendmachung erscheint als Anspruch gegen eine bestimmte Person, deren Wille gebunden wird, d. h. verpflichtet zu einem Leisten an den Berechtigten. Dieses Leisten bildet den Inhalt des Anspruchs. Es scheint mir, dass ich hierin der Brinz'schen Theorie am nächsten komme.

2) Der sachenrechtliche Anspruch entsteht erst mit der Verletzung und ist nur gegen den Verletzer gerichtet; diese Abweichung von Windscheid ist zugleich Uebereinstimmung mit Neuner und Thon. Der obligatorische Anspruch entsteht gleichfalls nicht immer sofort (mit der Obligatio), sondern immer erst mit Verfall der Schuld, sobald der Schuldner säumig ist; hierin weiche ich nicht bloss von Windscheid, sondern auch von Brinz und Neuner ab, und stimme im Wesentlichen nur mit Thon überein. Ein mit Präjudicialklage geschütztes Recht erzeugt überhaupt keinen

¹⁴⁾ Obligatio in einem ganz beschränkten Sinne; *aequitatis vinculum* können wir sagen in dem Sinne des *bonum aequum* als Rechtsprincip und Rechtsquelle.

Anspruch; dies ist eine Abweichung nur von Neuner. Auch familienrechtliche Ansprüche entstehen nicht ohne Weiteres mit dem Daseyn des betreffenden Familienrechtsverhältnisses.

3) Der Anspruchsbegriff ist ein weiterer als der Obligationsbegriff, denn er erstreckt sich auch auf Sachen- und Familienrecht. Andererseits ist der Anspruchsbegriff ein engerer, als der Obligationsbegriff, denn es gibt keinen obligatorischen Anspruch, der nicht auf einer Obligatio — sei es auch vielleicht einer unklagbaren, latenten, unselbständigen — beruhte, aber es gibt Obligationen, die vorläufig keinen Anspruch abwerfen, etwa mit einem solchen nur schwanger gehen, oder möglicher Weise absterben (erlöschen), ehe sie geboren haben. Hier ist es, wo ich auch von Brinz abweiche.

4) Das Wort *actio* hat in den Quellen verschiedene Bedeutungen; in der einen dieser Bedeutungen umfasst es alle Arten der Geltendmachung der Rechte — aussergerichtliche und gerichtliche, klagweise und exceptivische, selbständige und anhangsweise —, und in dieser Bedeutung deckt es sich durchaus mit unserem Worte „Anspruch“. Hierin weiche ich von Windscheid ab, stimme mit Neuner überein und nähere mich Thon.

5) Alles, was mit dem Geltendmachungszweck zusammenhängt, bildet ein gemeinsames Gebiet, in welchem der Unterschied der verschiedenen Arten der Rechte aufgehoben ist. Die daselbst in Frage kommenden Rechtsbegriffe (Cession, Vergleich, Verjährung u. s. w.) beschränken sich also nicht auf einzelne Rechttheile im System. Uebrigens zeigt sich hier ein guter Dienst der Anspruchstheorie, indem er die Definition einer Reihe von Begriffen wesentlich vereinfacht: Cession ist Abtretung des Anspruchs, Universalvermächtniss ist Gewährung der erbschaftlichen Ansprüche u. s. w., Verjährung bewirkt Verlust des Anspruchs, *pactum de non petendo* ist Verzicht auf den Anspruch, die *intentio* und die *pronuntiatio* nannte das Recht, die *condemnatio* den Anspruch.

IV. Kapitel.

Die Structur der Obligatio.

§ 11.

I. Vorbetrachtung.

I. Die Unterscheidung von Obligatio und Anspruch ist wichtig für viele Fragen der Dogmatik, und ihre Ignorierung verhängnissvoll für manchen in neuerer Zeit unternommenen Construirungsanlauf. So hat meines Bedünkens Thon¹⁾ ganz richtig gegen Schlossmann bemerkt, seine Theorie der Obligatio, wonach diese immer nur aus einem Verschulden entstehe, beruhe auf einer handgreiflichen Verwechslung von Obligatio und Anspruch. Aber ist denn Thon selbst so gar weit von diesem Standpunkt entfernt, wenn er kurz vorher²⁾ ausführt, dass zum Privatrecht die Obligatio werde, insofern dem Interessenten zur Erzwingung der Verpflichtung im Falle ihrer Nichterfüllung ein Privatanspruch gewährt werde? Diese Bemerkung stimmt mit der anderen³⁾ zusammen, dass zu einem Privatrecht das Eigenthum erst werde, insoweit aus Uebertretungen der zu seinem Schutze aufgestellten Normen dem Eigenthümer ein Anspruch auf Beseitigung jener Normwidrigkeit erwachse. Haben wir da nicht vor uns einige von den grundstürzenden systemumwälzenden Paradoxien, mit denen wir jetzt aus dem Füllhorn der neueren Rechtsdogmatik überschüttet werden? Thon bedenkt nicht, dass es in manchem Prozesse dem Kläger nicht so auf Verurtheilung zu einem Leisten, als vielmehr auf ideelle Anerkennung und Constatirung seines Rechts ankommt, dass der Process vor dem römischen Centumviralhof (wohl) von jeher mit einer einfachen *promuntatio* (ohne *condemnatio*) abschloss, dass der Civilprocess seinem innersten Wesen nach ein Kampf zweier Rechtsbehauptungen ist, dass der siegende Kläger in der amtlichen Anerkennung seines Sieges eine Genugthuung empfindet, welche dem ideal gestimmten Menschen oft werthvoller als der reale Erfolg ist, und dass demgemäss noch heute gar nicht selten der Bauer, der Kaufmann sein Recht um seiner Ehre willen im Prozesse verfolgt,

¹⁾ Rechtsnorm, S. 213.

²⁾ Ebendas. S. 202.

³⁾ Ebendas. S. 156.

auch wo er die Erfolglosigkeit der Execution voraussieht. Der Römer empfand eine Freude daran, ein Recht sein nennen zu können, das Recht — auch ohne Rücksicht auf Ansprüche — hatte Werth für ihn, und ich denke, dass jeder energievoll Deutsche oder Britte ähnlich empfindet. Mit Thon's Theorem aber würde diesem wichtigen Moment der Boden entzogen und dem anderen Thon'schen das ganze Recht herabwürdigenden Satze, dass das Recht nur die Schale des Interesse, nur Mittel (zum Genuss), nie Selbstzweck, nur der Gartenzaun um den Garten sei⁴⁾, ein Boden geschaffen seyn.

II. Wenn ich nun an die constructive Betrachtung der Obligatio herantrete, so habe ich, scheint mir, allen Grund, gegenüber den zahllosen Begriffsneuerungen der letzten zwei Dezennien vorsichtig zu seyn. Wer sich auf sie einlässt, wird in ein faltenreiches Netz verwickelt; Entrinnen ist schwer, die Arbeit ist endlos. Sind die Fundamente in's Wanken gebracht, so kracht der Bau in allen Fugen, nichts steht mehr fest, auch die bewährten *termini technici* nicht; jeder der neuen Himmelsstürmer kommt mit dem Rüstzeug seiner individuellen Terminologie. Alle kämpfen gegen Alle, und es gibt ein Handgemenge ohne jegliche Mensur. Diese neuere Richtung hat aus der alten Begriffswelt ein Ruinenfeld gemacht; eine üppige Schlingpflanzenwelt wuchert zwischen den durcheinander geworfenen Fragmenten hervor und täuscht mit dem Scheine glänzenden Lebens über den Tod, welcher verdeckt, aber vorhanden ist.

Die Einen halten dafür, dass man bei der Construction der (Vermögens-) Rechte des Subjekts entbehren könne, Andere erklären das Suchen nach dem Objekt, z. B. der Obligatio, für müssig; wieder Andere machen die Rechte zu Interessen und halten die Zweckidee, die doch eine lebendige Potenz voraussetzt, selbst für eine lebendige und constructive Potenz. Binding macht aus den Delictsobligationen Obligationen aus Quasicontracten, und Schlossmann aus den Contractobligationen umgekehrt Delictsobligationen,⁵⁾ wie Thon⁶⁾ mit Recht rügend bemerkt hat. Hartmann,⁷⁾ uneingedenk, dass Spannung nur ein Zustand ist, macht die Spannung zum Inhalt eines Rechts, nämlich der Obligatio, indem er sie für eine blosse Spannung auf einen bestimmten juristischen Endzweck erklärt;

⁴⁾ Ebendas. S. 219.

⁵⁾ Aehnlich schon Hasse Rhein. Museum VI. S. 13 ff. Dazu Ziebarth Realexec. S. 31.

⁶⁾ Ebendas. S. 212—4.

⁷⁾ D. Obligation (1875), S. 139. Vergl. Thon a. a. O. S. 192.

ähnlich Sohm, wenn er den Sachenrechten als in sich ruhenden gegenüber die Forderungsrechte als arbeitende, an einer zukünftig zu lösenden Aufgabe arbeitende Privatrechte definiert,⁸⁾ jeden Zusammenhang zwischen dem Forderungsrecht und dem Recht zu fordern in Abrede stellt,⁹⁾ von dem Forderungsrecht behauptet, dass es kein Zwangsrecht enthalte,¹⁰⁾ sondern nur auf eine publicistische Einlassungspflicht des Beklagten im Process hinführe,¹¹⁾ endlich gar das Wesen des Forderungsrechts in seiner Ohnmacht¹²⁾ und in der Exekution nicht ein Realisiren des Rechts, sondern einen Widerspruch dazu erblickt. Thon¹³⁾ verwirft mit Recht den Spannungsgedanken, aber kann es befriedigen, wenn er das Charakteristische der Obligatio in die Unbestimmbarkeit der Verpflichtung setzt? Das Raketenfeuer solcher Paradoxien, deren Tragweite von ihren Urhebern in keiner Weise erwogen worden ist, fordert zu hundert Entgegnungen heraus; es wirft glänzende Lichter auf die Zinnen des alten gutgefügt Systembaues, verwirrt aber den Blick, und weder die Paradoxien selbst, noch ihre Widerlegungen fördern die wissenschaftliche Aufklärung; mir erscheinen sie als „widernatürliche Verrenkungen“ des gesunden Gefüges der Rechtsordnung. Ich weiss mit ihnen nichts anzufangen und lasse sie daher auf sich beruhen. Die gewandte und pointirte Form, in der sie vorgetragen worden, ist mehr gefährlich, als verdienstlich; sie enthalten im Einzelnen viel Elegantes und Feines, während die Fundamentalgedanken zum Theil haarsträubend sind. Wir brauchen feste und klare Gedanken, mit welchen wir bei der Novation, Cession und Correalobligation zu operiren vermögen und selbst dem modernen Circulationspapier gewachsen sind; wir werden sehen, dass in dem letzteren die Obligatio eine neue und höhere Daseynsphäre erreicht hat; wie können wir mit wächsernen Flügeln dieser Sonnenhöhe nahen?

III. Ich will an einem Beispiel das gesprochene Urtheil begründen. Wäre der Sohm'sche Ohnmachtsgedanke richtig, welche Unerklärlichkeit läge dann vor in der allgemeinen Neigung des fort-

⁸⁾ Ueber den Begriff des Forderungsrechts, in Grünhuts Zeitschr. IV. (1877) S. 473.

⁹⁾ Ebendas. S. 461. Anm. 4.

¹⁰⁾ Ebendas. S. 462.

¹¹⁾ Ebendas. S. 466.

¹²⁾ Ebendas. S. 472. 474.

¹³⁾ S. 199. 202.

schreitenden Rechtssinns, obligatorische Rechtsverhältnisse zu schaffen: das wäre wohl eine civilisatorische Neigung zur Ohnmacht?! Und gibt es denn nicht zahllose Fälle des Lebens, in denen uns die Obligatio lieber, bequemer, sichrer erscheint, als das dingliche Recht? Man deponirt kaufmännisch Geldsummen bei der Bank und tauscht Forderungsrecht gegen Eigenthum — nach Sohm Ohnmacht gegen Macht; welche Thorheit! müsste Sohm, wenn er in solche Praxis blickt, ausrufen. Auf einem Schiffe im Sturm oder daheim in Kriegsgefahr; wer wird da nicht Besitz und Eigenthum einer Geldsumme für etwas Unsichereres halten, als ein sicheres Forderungsrecht auf die Summe, und dem Gläubiger, welchem in solcher Situation das Geld vor Verfall angeboten wird, rathen, statt des Eigenthums das Forderungsrecht zu behalten? Das Alles sind so fundamentale Erwägungen, dass, wer an ihnen vorübergeht, mit allem geistigen Aufwand nur zerrütten und blenden, nicht befestigen und schaffen kann. Sohm denke an den Herzog von Aumale.^{13a)}

Und doch hat der Gedanke Sohm's, von ihm schon in seinem Schriftchen über *subpignus* (1864. S. 9 ff.) angedeutet, auf G. Hartmann¹⁴⁾ grossen Eindruck gemacht. Derselbe findet in der Sohm'schen Scheidung der (Vermögens-) Rechte in Rechte an einem Objekt und Rechte auf ein Objekt eine tiefe und fruchtbare Wahrheit, und meint, mit dem Gedanken, dass die Forderungsrechte nur Mittel und um ihres Untergangswillens da seien, einen wichtigen Ausgangspunkt für die Construction der Obligatio gewonnen zu haben. Da muss man doch ausrufen: *Principiis obsta!* Ich will nicht betonen, dass die Degradation eines Rechtsverhältnisses zum blossen „Mittel“ und ebenso der „Untergangszweck“ höchst precäre Ausgangspunkte für gesunde Construction sind, dass es bekanntlich Obligationen gibt, welche gar nicht auf ein Objekt im Sohm'schen Sinne gehen, z. B. Obligationen auf Dienstleistungen, auf Unterlassungen, und dass anderseits auch dingliche Rechte in gewissem Sinne und unter Umständen auf Objekte gehen, nämlich auf die Früchte. Ich will, wie gesagt, dies Alles nicht ins Feld führen, sondern nur entgegen halten, dass Alles, was von Hartmann bei seinem Constructionsexperiment an die Stelle gesetzt wird, uns constructiver Verflüchtigung und Nebelhafigkeit überliefert.

^{13a)} Welcher seine französischen Grundstücke mit Hypotheken belastet und die Kapitalien als Gläubiger englischer Banken hat.

¹⁴⁾ Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau (1875). S. 41—42.

Was soll man zu einer Theorie, wie die folgende ist, sagen?¹⁵⁾ Es gehört nicht zum Wesen der Obligatio, eine bloss subjektive rechtliche Beziehung zwischen zwei bestimmt gegebenen Personen zu seyn; der Begriff geht nicht auf in dem der Haftung, diese erscheint nur als ein äusserliches Mittel zur juristischen Ausstattung der Obligatio, denn es gibt Obligationen ohne Haftung und Haftungen ohne Obligatio; also Haftung ist nicht das innere juristische Medium der Obligatio, aber die Obligatio ist auch nicht ihrer juristischen Substanz nach das Recht an einem speciellen Objekte als solichem, die Kategorie des Objekts ist überhaupt unfruchtbar für die Construction der Obligatio, denn was man das Objekt derselben nennen könnte, ist die Gesamtheit alles dessen, was innerhalb der ideellen Beziehung, die wir das subjektive Recht nennen, dem Subjekt äusserlich entgegentritt: der Schuldner, sein Wille, sein Vermögen, seine Handlung, der Inhalt der Handlung, der Erfolg derselben, die gerichtliche Realexekution, mithin etwas zu unbestimmtes, um für die Construction brauchbar zu seyn; ein Objekt im engeren Sinne, was als abhängig und unselbständig unmittelbar menschlicher Willensherrschaft unterworfen ist, fehlt der Obligatio; die Momente, welche die Individualität einer Obligatio bedingen, sind das besondere Zweckmoment und der besondere juristische Entstehungsgrund; die innere Substanz der Obligatio ist nur das concrete begründete und irgendwie rechtlich gesicherte Soll, gerichtet auf Herstellung des vorausbestimmten Zweckerfolgs.

Ist das wirklich eine Gedankenschnur, welche einen festen Pfad zur Construction zu signalisiren vermag? Wie reimt sich, dass das besondere Zweckmoment die Individualität der Obligatio bedingen und doch nicht in den Begriff des Instituts gehören soll?¹⁶⁾ Warum soll der Entstehungsgrund die Obligatio mitbedingen, wenn er nicht mit zur juristischen Substanz gehört? Was gewinnen wir, wenn wir die Haftung als Begriffsmoment zurückweisen und dafür die Pflicht, d. h. das sich an den Willen des Schuldners wendende „Soll“¹⁷⁾ setzen? Was ist das für ein Construiren, welches uns nichts Weiter bietet, als ein „irgendwie rechtlich gesichertes Soll“, welches „in höchst verschiedenen Graden der Stärke und Bestimmtheit“ denkbar seyn soll? Kommen wir nicht damit auf eine bloss Uebersetzung des Wesens, auf eine bloss Uebersetzung der römischen Intentions-

¹⁵⁾ Hartmann S. 155—163.

¹⁶⁾ Hartmann S. 37.

¹⁷⁾ Hartmann S. 161. 162.

formel *dare facere oportet* hinaus? Endigt folglich Hartmann nicht mit seinem ganzen Aufwand da, wo bisher alle Constructionsbasisarbeit begann? Gibt er nicht zugleich den Grundbegriff des subjektiven Rechts als einer rechtlichen Macht oder Herrschaft, wovon er selbst so oft redet, grundsätzlich preis? Zieht er uns nicht damit den Boden unversehens unter den Füßen weg und hält uns in der Schwebe zwischen Himmel und Erde? Freilich ein Spannungsverhältniss, aber nicht die Obligatio, die lebendige, starke, durch den ganzen Verkehr verbreitete, nachdrucksvoll wirksame und überall eingreifende Potenz im Privatrecht. — So bleibt es denn wahr, was Ziebarth¹⁸⁾ sagt, dass keine andere Grundfrage gegenwärtig so streitig ist, als die: was eigentlich eine Obligatio, und dass neuerdings jedes einzelne Element der Begriffsbestimmung wieder streitig geworden sei.

§ 22.

II. Die Basis der Construction.

I. Die ernsthafte Construction, zu welcher wir uns jetzt wenden, kann einen doppelten Ausgang nehmen: entweder von der römischen Processformel oder von dem Begriff des subjectiven Privatrechts (enger: des Vermögensrechts). Wir wollen beide, den historischen und den dogmatischen Ausgangspunkt, ins Auge fassen und werden finden, dass sie übereinstimmen und sich gegenseitig unterstützen. —

Der römische Formularprocess charakterisirt sich als der Eintritt des Rechtsverhältnisses (*res*) in den Streitzustand (*lis*). Der Rechtsstreit (*justa lis*) ist hiernach ein Erlebniss des Rechtsverhältnisses und eine Metamorphose, die sich an diesem selbst vollzieht. Der Process ist das Rechtsverhältniss im Kriegszustand, d. h. in seiner Selbstbehauptung wider den Angriff. Darum enthüllt es in der Formula seinen Kern, seine Substanz, sein eigenstes Wesen, und die Intentio hat die Aufgabe, die Substanz auszudrücken, d. h. das Recht selbst zu nennen, während in der *Condemnatio* der Anspruch seinen Ausdruck findet.¹⁾

Was nun erblicken wir in der petitorischen Intentio? Subjekt und Objekt: *rem Titii esse*. Das Eigenthum ist ein Verhältniss von Person zu Sache, die unmittelbare rechtliche Herrschaft des Subjekts über das sinnliche Objekt, eine Herrschaft, welche das Objekt in dem

¹⁸⁾ Die Realexekution und die Obligation (1866). S. 23.

¹⁾ s. oben § 17 und § 20 ganz am Ende.

Willen, mithin in der Person aufgehen macht; diese Zugehörigkeit wird durch den Genitiv treffend und kurz ausgedrückt. Nichts weiter als Subjekt, Objekt und rechtliche Abhängigkeit des einen von dem anderen wird ausgedrückt, von anderen Personen ist daneben in der Intentio keine Rede; den Römern ward also das Eigenthum nicht erst dadurch, dass andere Personen gebunden erscheinen, zum Recht; dass die übrige Welt gebunden ist, jene Zugehörigkeit anzuerkennen (besser: nicht entgegen zu handeln), ist nur logische Folgerung aus dem Recht des Eigenthümers an der Sache.

In der obligatorischen Intentio dagegen heisst es: *Negidium Agerio dare (facere) oportet*. Hier sehen wir neben dem Subjekt des Rechts eine zweite Person genannt; sie nimmt die Stelle der *res* (der petitorischen Formel) ein; in ihr haben wir also das Objekt zu suchen, um welches es sich bei der Obligatio handelt, und das *dare oportet*, welches ein Handeln oder Leistensollen enthält, drückt die Art der Gebundenheit, d. h. der Objektsqualität der Person aus. Der handelnde Schuldner nicht schlechthin, sondern der Schuldner in seinem Verpflichtetseyn zu einem bestimmten Thun dem Rechts-subjekt gegenüber ist das in der Intentio gekennzeichnete Rechts-objekt. Dies ist jedenfalls die nächstliegende Auffassung der obligatorischen Intentio für den, welcher von der einfachen und nicht misszuverstehenden petitorischen Formel herkommt, und so wird wohl diese Auffassung bis zum deutlichen Nachweis eines Anderen der gegebene Ausgangspunkt für die Construction der Obligatio im Geiste der Römer seyn.

II. Ich wende mich zu dem anderen, spekulativen Ausgangspunkt. Das Recht ist ein Reich übersinnlicher Beziehungen, denn Niemand hat je ein Rechtsverhältniss mit Augen gesehen, mit Händen gegriffen. Darum wenn ich sage: die Rechtsfrage sei eine Machtfrage, so kann das nicht bedeuten, dass das Recht auf dem Boden physischer Gewalt erwachse²⁾, sondern nur dies, dass das objektive Recht (der geltende Rechtssatz) die Macht, rechtliche Wirkungen zu äussern, anerkenne, gewähre und schütze, dass also das subjektive Recht eine rechtliche Macht, m. a. W. die Zuständigkeit eines Willens mit rechtlichen Wirkungen sei. Dieser Satz kann nicht bezweifelt werden.

Zweifelt man aber etwa daran, dass subjektives Recht Macht sei? Wenn es diese nicht wäre, was soll es denn seyn? Jeder Be-

²⁾ Vergl. oben § 6. I.

rechtigte hat, psychologisch angesehen, das Bewusstseyn, dass er Träger einer Macht sei; gerade in solchem Bewusstseyn empfindet er Genüge, er freut sich dessen, und er gerirt sich demgemäss in den einzelnen Lebensakten, die wir Rechtsausübung nennen. Das ist vor Allem auch römische Auffassung, und die Römer trugen das Wesen des Rechts als eine lebendige Kraft in sich, wenn sie auch darüber weniger, wie wir, reflektirten. Noch heute aber hält sich, wie bei den Römern, wer viele Rechte hat, für einen vermögenden Mann, und Andere ebenso halten ihn dafür; er wird als Herr eines grossen Gebiets geachtet, und dieses Gebiet ist eben die Welt oder Summe der Objekte seines Wollens und Handelns.

Wir gehen weiter. Eigenthumsrecht ist die Macht, das rechtliche Schicksal einer Sache zu bestimmen, d. h. auf deren rechtliche Situation und Qualität maassgebend einzuwirken. Obligatio ist die Macht, auf einen fremden Willen, welcher zu einem dem Gläubiger werthvollen Erfolg diesem gebunden ist, rechtlich bestimmend einzuwirken. Jegliche Macht also setzt einen Gegenstand voraus, auf welchen sie sich bezieht, trifft und wirken will. Sie setzt ein Objekt voraus, wie sie auch ein Subjekt voraussetzt.

Ein Subjekt? Manche meinen freilich, der Gedanke, dass ein Rechtsverhältniss nicht ohne berechtigtes Subjekt existiren könne, sei ein reines Vorurtheil; ich finde hier aber nur Mangel an Logik, denn wie kann man eine Macht denken ohne ein Subjekt, welchem sie zusteht? Oder wenn Recht rechtlich geschütztes Interesse ist, wie kann man ein Interesse denken ohne den Interessenten? Macht ist Kraft, die von einem Kraftcentrum ausgeht, ohne dieses Centrum ist sie ein Nichts. Gerade ebenso aber müssen wir, wenn wir den Machtbegriff denken, ein Objekt mitdenken: die Macht als reale Existenz muss sich an einem Objekt erweisen. Eine gegenstandslose Macht ist keine Macht, mithin eine Person, zu welcher wir keinen Gegenstand hinzudenken, ist ein machtloses, ohnmächtiges, unvermögendes, vermögensloses Individuum.

Dies ist noch genauer zu bestimmen. Es gibt Rechte, die nicht Rechtsverhältnisse sind; Ihering³⁾ nennt solche beziehungslose Rechte Intransitiva, weil sie den Berechtigten nicht in Beziehung zur Aussenwelt setzen. Das sind die natürlichen Elemente, in welche die Persönlichkeit zerlegt gedacht werden kann: das Recht auf Integrität des Leibes, des freien Aufenthalts, der Ehre, des Namens.⁴⁾

³⁾ Jahrb. f. d. Dogmatik, X. S. 393.

⁴⁾ Vergl. Kuntze Excurse üb. R. R. S. 11.

Sie zeigen uns das Rechtssubjekt in seiner rechtlich anerkannten (und geschützten) Rückbeziehung auf sich selbst, man könnte sie daher allenfalls als Rechte an der eignen Person bezeichnen;⁵⁾ sie entsprechen der Hegel'schen Definition der Person als eines Subjekt-Objekts, denn die Person erscheint hier in der That zugleich als Subjekt und Objekt. Die übrigen (Privat-) Rechte sind transitiver Natur, denn sie greifen über den natürlichen (kreatürlichen) Lebenskreis der Person hinaus, zeigen dieselbe in ihrem Verhältniss zu Anderem und ziehen einen weiteren Kreis um die berechnigte Person. Es sind Verhältnisse zwischen Subjekt und Objekt als an sich getrennten Realitäten, sie gewähren dem Subjekt eine Macht nach Aussen. Die Frage nach dem Objekt gewinnt hier eine besondere Wichtigkeit, denn es gibt sehr verschiedenartige Objekte um uns herum, und die Art des Objekts ist maassgebend für die Art des Rechts. Grundverschiedene Objekte verlangen eine verschiedene Art der Beherrschung, und demgemäss ist die Structur der Rechte an ihnen eine grundverschiedene. Das Objekt und seine Art ist eines der wichtigsten Momente für die juristische Construction.⁶⁾ Wir wissen, dass körperliche Sachen Objekt der dinglichen Rechte sind; was ist das Objekt der Obligationen? Dies ist die Kardinalfrage, wenn wir an's Construiren der Obligatio gehen, denn im Subjekt kann innerhalb des (Allen gleichen) Vermögensrechts der Unterschied nicht liegen.

Ein Recht ohne Objekt gibt es also nicht,⁷⁾ auch die Obligatio muss ihr Objekt haben; wir müssen es suchen und constatiren. Nur wenn wir es finden, vermögen wir die Obligatio zu construiren. Ein Rechtsbegriff ohne den Objektsbegriff gleicht einem Leibe ohne Rückgrat, welcher nicht aufrecht zu stehen und nichts zu tragen vermag.

⁵⁾ Der wahre Kern des monströsen Vangerow'schen Gedankens eines Eigenthumsrechts an sich selbst.

⁶⁾ Wie zu diesem Gedanken Ziebarth d. Realexecution u. die Obligation S. 38 sich verhält, ist mir nicht ganz klar.

⁷⁾ Sobald man in der Betrachtung der Rechtswelt das Objekt preisgibt, verliert man die Constructionsbasis; so lange man nicht das Objekt sucht und findet, hat man die Constructionsbasis nicht gewonnen. So in der Staatsrechtswissenschaft, wo man ohne den Objektsbegriff operirt und daher noch kein festes Land unter den Füssen hat. Ich nenne das staatsrechtliche Herrschaftsobjekt das Staatsgebiet im ideellen Sinne, unterscheide ein Real- und Personalgebiet und meine, dass von da aus die Erscheinungen des Staatsrechts, und nur von da aus wirklich, zu construiren sind. Vergl. Kuntze Excuse über Röm. R. Einleitung S. 13.

Wer eine objektlose Obligatio annimmt, verzichtet von vorn herein, wenn nicht auf die Arbeit des Construirens, so doch auf den Erfolg derselben.

§ 23.

III. Das Obligationsobjekt.

I. Ich habe oben¹⁾ die Frage nach dem Objekt der Obligatio mehr historisch, als dogmatisch beleuchtet, und folglich nur gestreift, keineswegs erschöpft. Nun haben wir gesehen, dass neuerdings die Frage nach dem Objekt als solche angefochten worden ist; um so sorgfältiger haben wir uns mit dem Objekt zu beschäftigen und müssen die Frage dogmatisch vertiefen. Die Frage, welche ehemals eine ganz müssige war, ist jetzt zu einer Principfrage geworden. Wenn es wahr ist, dass ein Rechtsverhältniss ein Machtverhältniss ist, und dass eine Macht ebenso, wie ein Subjekt, welchem sie zusteht, auch ein Objekt, an welchem sie zusteht, begrifflich voraussetzt: so brauchen wir die Vorstellung eines Obligationsobjekts, um uns eine Obligatio deutlich vorzustellen und diese plastische Gestalt der antiken Welt aus unklarem Fernennebel in das volle Tageslicht der Nähe zu rücken. Was den römischen Juristen der juristische Takt leistete, das muss uns das juristische Nachdenken ersetzen.

Ich stecke von vorn herein die Signalstangen für die folgende Betrachtung auf, um dem Blicke die erforderliche Grundrichtung zu geben, indem ich bemerke, dass ich an der Obligatio drei Momente unterscheide, welche ich das Obligationsobjekt, den Obligationsinhalt und den Leistungsgegenstand nennen will.²⁾ Es darf uns nicht Wunder nehmen, dass bei der Obligatio das Verhältniss nicht so einfach liegt, wie beim dinglichen Recht, denn die Obligatio ist eine Schöpfung höheren Styls, ein feineres Gebilde, ein kunstvollerer Organismus; ihre Leistungen sind grössere im Verkehr, wie wir sahen, sie ist eine beweglichere und biegsamere Gestalt: so muss denn auch ihre Structur complicirter in ihren Elementen seyn. Vor Allem haben wir nach dem Obligationsobjekt zu fragen,

¹⁾ § 5—7.

²⁾ Vergl. Kuntze Excuse über R. R. (ed. 2) S. 531. Anm. 1. Derselbe Wechselrecht (in Endemann's Handb. d. Handelsrechts, B. 4, 1884), S. 63. 64. Mit der Aufstellung obiger Ausdrücke hoffe ich einem im Windscheid'schen Pandektenlehrbuche § 252. Anm. 1. ausgesprochenen Wunsche nachgekommen zu seyn.

denn wir müssen wissen, worauf sich unmittelbar die rechtliche Herrschaft des Gläubigers richtet, und wie diese Herrschaft zu denken ist. Aber es wird sich zeigen, dass der Wille (des Schuldners), welchen wir als das Obligationsobjekt erkennen, in seiner Objektqualität genauer zu bestimmen ist; er empfängt die erforderliche Bestimmtheit durch dasjenige Moment, welches ich den Obligationsinhalt nenne. Den Schluss endlich in der begrifflichen Evolution bildet ein drittes Moment: es ist diejenige Gestalt, welche die obligatio im Augenblick ihrer Erfüllung annimmt, und mit welcher sie gewissermaßen in die sinnliche Welt hereinragt; ich nenne dieses dritte den Leistungsgegenstand; er darf nicht verwechselt werden mit dem Obligationsinhalt, wie denn, so scheint mir, viele der mit dem Obligationsbegriffe zusammenhängenden Probleme und Controversen darum so fortwuchern, weil obige drei Momente bis jetzt nicht genügend auseinander gehalten sind.

II. Wo also haben wir das Obligationsobjekt zu suchen? In der Welt des lebendigen menschlichen Willens. Unser suchender Blick muss sich über die Sachwelt, auf welche er ja immer zuerst fällt, erheben und sich vergeistigen, um eine Welt von Realitäten zu gewahren, die nicht sichtbar und doch vorhanden ist, die uns in der menschlichen Gesellschaft allenthalben umgibt, umspielt, umflutet. Der Wille des Menschen ist ein lebendiges Agens, ein mächtiges, fruchtbares, reiches Element, welches tausend Verbindungen eingehen, einen gewaltigen Druck hier und dort ausüben, weitesten Interessen dienen kann. Der menschliche Wille ist eine Realität — freilich eine psychische, aber doch eine Realität —; das zeigt sich nicht bloss darin, dass er augenblickliche Wirkungen in der Aussenwelt, indem er in Handlungen sich umsetzt, erzeugt, sondern auch darin, dass er als andauernder Zustand der Selbstbestimmung im eignen wie im fremden Interesse auftreten kann. Ein solcher constanter Selbstbestimmungszustand zeigt sich im Schuldner.³⁾ Derselbe empfindet die Schuld als eine Fessel, welche ihn gebunden hält,⁴⁾ als einen Druck, als eine Last,⁵⁾ welche er mit sich herum-

³⁾ Der Vertragsschluss (der ein Binden der Willen ist) ist nicht eine vorübergehende Handlung, sondern der Anfang eines dauernden Wollens, einer Willenspermanenz.

⁴⁾ *Vinculum*; dass dies auch quellenmässige Auffassung ist, darüber s. unten Nr. III.

⁵⁾ *Onus obligationis* sagt Papinian in fr. 48. *de fidejussor.* (46, 1) und in fr. 67. *de procurat.* (3, 3). Vergl. auch Gaius in fr. 26. *de fidejuss.* (46, 1),

trägt, weil er seinen Willen als gebunden anerkennt, gebunden seyn will. Er schüttelt die Fessel oder Last nicht ab, wenigstens thut nur der Leichtsinrige, der Gewissen- und Ehrlose das. Er weiss nicht bloss, dass er nicht frei ist, er will nicht frei seyn; er wird diese Fessel oder Last nicht los, bis er dem Gläubiger genugthut, er trägt diese Unfreiheit wie ein Stück seiner Seele in sich, und die Fessel kann ihm so lästig, die Last so schwer werden, dass er sie unerträglich findet und vielleicht zum Aeussersten, zum Selbstmord, schreitet, um — nicht die Last von der Seele, sondern — die Seele von der Last zu trennen.⁶⁾ Beweis genug, dass nicht bloss ein Gedanke, sondern eine Realität vorhanden ist.

Was ich hier sagte, war so recht in dem Wesen des Römerthums gelegen, denn die Römer waren ein Volk voll Willenskraft, Energie war ihr Element, das Handeln ihre Freude, und ich sagte schon, dass darum auch die obligatio ihre eigenste und vollkommenste Schöpfung ist. Die obligatio eine Herrschaft des Willens über den Willen, des Wollenden über den Wollenden.⁷⁾ Und den Römern ist es auch gelungen, in klassischer Weise diese Herrschaft abzugrenzen gegen ähnliche Gebilde, alles Verschwommene fern zu halten und die Herrschaft des Gläubigers so ab- und einzugrenzen, dass die ätherische Gestalt der obligatio ihre festen Umrisslinien hat.⁸⁾ Was es damit auf sich hat, dass der römische Rechtssinn jene zweite Welt von Rechtsobjekten in der menschlichen Willenssphäre entdeckte, erschloss und gestaltete, das lernt man am Besten würdigen, wenn man daneben den so wenig durch- und ausgearbeiteten germanischen Begriff der „Schuld“ stellt, welcher gestaltlos sich wie ein Nebel durch germanischen Urwald zieht, nirgends recht greifbar

in fr. 54. eod. (*onerare*), Julian in fr. 3. *de cond. s. c.* (12, 7): *exonerare*; Ulp. in fr. 2. § 14. 16. *de her. vend.* (18, 4): *onus stipulationis — hereditaria onera*; dazu fr. 2. cit. § 3. Terentius Clemens: *onus aeris alieni* in fr. 52. *pr. de leg. II.* Ulp. fr. 8. § 2 *ad Sct. Vell.* (16, 1); fr. 20. § 3. 5. 8. *fam. herc.* (10, 2).

⁶⁾ Paul. fr. 45. § 2. *de jure fisci* (49, 14): *manus sibi intulit . . . taedio vitae aut pudore aeris alieni.*

⁷⁾ Vergl. oben § 7. III.

⁸⁾ Die obligatio steht vor den Augen der römischen Juristen wie eine kompakte und fast greifbare Gestalt, sie gehen mit ihr um, wie mit einer consistenten Sache. Man denke an die *condictio obligationis* (fr. 1. *pr. de cond. s. c.* 12, 7; fr. 76. *de jure dot.* 23, 3), an das *se reponere in obligationem* und *redintegrare obligationem* (bei Gai. fr. 10. *quod met. c.* 4, 2), an die *obligationes cum capite ambulantes* (Paul. fr. 7. § 1. *de cap. min.* 4, 5).

ist und sich bald rechts, bald links mit häuslichen Subjektionsverhältnissen, mit publicistisch-vasallitischen Treuebeziehungen, mit Frohdiensten und Gesindediensten, mit seerechtlichen und genossenschaftlichen Gewaltverhältnissen aller Art berührt und mengt. Wie scharf umrissen steht diesen Gebilden gegenüber die römisch geborene Obligatio mit ihrer Concentrirung auf einen festen Punkt in der Willenssphäre des Schuldners, dessen Persönlichkeit im Uebrigen intakt bleibt,⁹⁾ und dessen Freiheit gewahrt ist so gewiss, wie die Herausnahme eines Punktes aus der Unendlichkeit die Unendlichkeit nicht aufhebt.

III. Dieser Punkt ist der dem Gläubigerwillen unterworfenen Schuldnerwille, das Rechtsobjekt der Obligatio. An diesem (einzelnen) Punkte seines Wollens hat der Schuldner aufgehört frei zu seyn, an diesem Punkte hat er sich wieder zu lösen.¹⁰⁾ Aber welcher Art ist diese Herrschaft? Selbstverständlich: rechtlicher Art, d. h. der Gläubiger ist berechtigt, an diesem Punkte den Schuldner zu halten, oder freizugeben, wie er will, und der Schuldner muss, will er nicht Unrecht thun, sich dem Gläubigerwillen fügen.¹¹⁾ Rechtlich betrachtet fehlt ihm die Freiheit an diesem Punkte;¹²⁾ er muss handeln, sein Wollen ist hier ein Wollenmüssen, die *voluntas* eine rechtliche *necessitas*, er darf nicht nicht wollen.

Diese Vorstellung hat ihre constante Formel in dem *dare facere oportere* der prätorischen Processformel gefunden, ausserdem aber liegt sie in zahlreichen Anwendungen des Wortes *necessitas* vor. Diese Anwendung des Wortes *necessitas* (obligatorische Gebundenheit) ist die herrschende¹³⁾ in den Quellen, und sie ist da-

⁹⁾ Man denke an die Verbindlichkeit meines Schneiders, mir den bestellten Rock zu liefern, an die Verbindlichkeit des Depositars, mir die anvertraute Sache zurückzugeben; hier ist ein einzelner Punkt aus der Freiheit des Schuldners herausgenommen, welcher doch ganz der freie, unabhängige, seinen Neigungen, Launen, Passionen, seiner Denk- und Lebensweise überlassene Mensch bleibt.

¹⁰⁾ *A nexu absolutio*: Modest. in fr. 1. de acceptil. (46, 4).

¹¹⁾ *Debitor intelligitur, a quo invito exigi pecunia potest*. Mod. fr. 108. de V. S.

¹²⁾ Eine merkwürdige Konsequenz hiervon zieht Pomponius in fr. 34. § 1. de auro legato (34, 2).

¹³⁾ Allerdings kommt das Wort auch in Anwendung auf andere Arten rechtlicher Nothwendigkeit (z. B. im *publicum jus*) vor; z. B. in fr. 6. § 9; fr. 9. de off. Praes. 1, 17; fr. 3. § 1. de receptis (4, 8); fr. 40. 46. de judic. (5, 1); fr. 30. de jurej. (12, 2); fr. 25. de pec. const. (13, 5); fr. 5. § 7. judic. solvi (46, 7); fr. 19. § 4. de furtis (47, 2). Gar nicht im rechtlichen, son-

so häufig, dass man behaupten kann, sie sei der alte civilrechtliche Ausdruck für das obligatorische Band und drücke recht eigentlich das innerste Wesen und die nationalrömische Wesensauffassung der Obligatio aus. Es bedarf kaum noch der Bemerkung, dass hier *necessitas* nicht eine äussere, physische, sondern eine innere, ethische Nothwendigkeit, Gebundenheit oder Abhängigkeit, also nichts Anderes bedeutet, als was auch durch die Worte *alium obstringere* oder *fidem suam adstringere* oder *actione teneri*¹⁴⁾ bezeichnet wird. Man vergleiche folgende Stellen.

dem im rein natürlichen Sinne braucht Ulpian *necessitas* in fr. 1. § 1. *nautae* (4, 9) und fr. 11. § 12. *de legal.* III.

¹⁴⁾ Brinz (Pand. 2. Aufl. § 206 ff.) geht von einem Begriffe „Haftung“ aus, welcher an sich kein Müssen enthalte, die Gebundenheit von Sachen mit begreife, also die *obligatio personae* und die *obligatio rei* (Pfandverhältniss) zusammenfasse; Haftung sei das Dienen einer Person oder Sache zur Satisfaction für etwas. — Ich räume ein, dass dieser Begriff den römischen Juristen nicht fremd war, und finde, dass ihm der Ausdruck *teneri ad* oder *de* oder *ut* (nicht *vinculum*, *nexus*) am meisten entspricht; ich räume auch ein, dass in den Worten *obligatio*, *obstringere*, (fr. 11. § 3 *de pign. act.* 13, 7) *contrahere* und *solvere* derselbe Begriff anklängt, denn die römische Rechtsterminologie wendete sie auch auf das Pfandverhältniss an. Allein man braucht nur an den Fall eines vorläufigen Pfandcontracts für eine *future* oder *conditionalis* *obligatio* zu denken, um das Verbindungsglied in der persönlichen Willensbindung rein und klar zu erkennen; und schon der von Brinz selbst bemerkte Umstand, dass es auch eine völkerrechtliche Haftung (der Geisseln) gibt, belehrt uns, dass der Haftungsbegriff ein zu weiter und vager ist, als dass er die Basis einer civilistischen Construction abzugeben vermöchte, und dass seine Verwerthung hierzu eher die Aufgabe verdunkelt als klärt. Vergl. Exner Pfandrechtsbegriff S. 50. Unvermerkt schiebt Brinz an Stelle des Rechtsobjekts den Begriff des Satisfactionsmittels, indem er in § 208 ablehnt, den (schuldnerischen) Willen als den Gegenstand der Obligatio zu denken. Was aber erreicht Brinz mit dieser Substituierung? Er verlegt die Construction des Grundbegriffs Obligatio wesentlich in die Exekutionsinstanz — wie aus der Ausführung in § 209 („die Gebundenheit hat erst für den Fall der Nichtleistung ihre Mission“) deutlich hervorgeht und durch die Ausführung in § 212 nicht widerlegt, sondern recht aufgedeckt wird; er bleibt mithin an der Oberfläche haften; er handelt bloss von den praktischen Mitteln der Ausübung und zwangsweisen Durchsetzung des Rechts, wo es sich zu allererst um Structur und Elemente des Rechts handelt; er muss nun, wo er zur Obligatio im eigentlichen Sinne übergeht, ein zweites Begriffsmoment aufstellen. „Die obligirte Person haftet mit ihrer Person (nur) für ihre Person, und das Product solchen Haftens ist ein Müssen (§ 214). Erst hier mündet die Betrachtung ein in das, was ich für den constructiven Kernpunkt der Obligationslehre halte, und was nun Brinz anzuerkennen

Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur¹⁵⁾ alicujus solvendae rei. Pr. J. de oblig. (3, 13).

Julianus: Oneratus heres intelligitur, ut necesse habeat, alteri actionem suam dare. Fr. 76. de leg. I.

Julianus: Eam conditionem heredis sui constituit, ut is necesse habeat, alteri actiones suas, alteri litis aestimationem praestare. Fr. 82. eod.

Maecianus: Gaii Cassii non est recepta sententia existimantis, et heredi et legatario remittendam interdum proprii servi manumittendi necessitatem. Fr. 35. de fideic. lib. (40, 5).

Ulpianus: Pedius ait, aequum fuisse . . . ; et ex eo inquit, quod procurator commisit, solum actionum praestandarum necessitatem ei injungi. Fr. 25. § 4. de aedil. ed. (21, 1).

Pomponius: Ita ut creditor necessitatem habeat ostendere rem pigneratam. Fr. 6. pr. de pign. act. (13, 7).

Scaevola: Quaero, an fideicommissa (Anspruch auf Freiheit) competere potest. Respondit: non necessitatem heredibus impositam, sed arbitrium permissum. Fr. 41. § 6. de fideic. lib. (40, 5).

Marcianus: Dona proprie sunt, quae nulla necessitate juris, officii, sed sponte praestantur. Fr. 214. de V. S.

Aburius Valens: (Minori legatario) necessitas manumittendi remittitur. Fr. 33. de minor. (4, 4).

Marcellus: ubi alienatio non est voluntaria, sed necessitas alienandi ex causa testatoris pendeat. Fr. 9. de fideic. lib. (40, 5).

Ulpianus: Hac actione tenetur non solum is, qui sponte et nulla necessitate cogente immiscuit se negotiis alienis et ea gessit, verum et is, qui aliqua necessitate urgente vel necessitatis suspicione gessit. Fr. 3. § 10. de neg. gest. (3, 5).

selbst sich gedrängt sieht, wenn er in § 214 (S. 21) erklärt, das Müssen sei keine bloße Folge der Haftung, sondern die Haftung selbst. Endlich kann Brinz seinem Theorem nur dadurch aufhelfen, dass er in § 216 jeden dinglichen Anspruch (durch Condemnation) in eine Obligatio verwandelt werden lässt (noch heute?).

¹⁵⁾ Diese Wendung ist sicherlich nicht von Justinian erfunden, sondern aus der klassischen Literatur entlehnt. Vergl. Papinian in fr. 67. de procur. (3, 3): *vinculum obligationis suscepit* (dazu fr. 52. § 2. de fidej. 46, 1, fr. 59. de cond. indeb. 12, 6 und *Fragm. Vatic.* § 332) u. *Modestin* in fr. 54. de O. et A. (44, 7). Besonders häufig findet sich der Ausdruck: *fidem suam adstringere* oder *obligare* (z. B. in fr. 52. § 2; fr. 54. de fidej. (46, 1), welcher sehr deutlich die ethische *necessitas* bezeichnet.

Ulpianus: Si cui respublica necessitatem imposuerit statutarum Principi ponendarum, qui non promisit: non esse ei necesse, obtemperare, rescriptis . . . continetur. Fr. 6. § 3. de pollicit. (50, 12).

Ulpianus: Haec verba . . . licet non satis exprimunt fideicommissum, sed magis consilium, quam necessitatem relinquendi, tamen etc. Fr. 11. § 9. de legat. III.

Ulpianus: Qui vendidit, necesse non habet, fundum emptoris facere. Fr. 25. de contr. emt. (18, 1).

Paulus: Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliud quod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum etc. Fr. 1. de O. et A. (44, 7).

Paulus: Voluntatis et officii magis, quam necessitatis est, commodare . . . apparet, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles . . . voluntatis est enim, suscipere mandatum, necessitatis, consummare. Fr. 17. commod. (13, 6).

Paulus: Sicut liberum est, mandatum non suscipere, ita susceptum consummari oportet. Fr. 22. § 11. mandati (17, 1).

Paulus: Locat artifex operam suam, id est, faciendi necessitatem. Fr. 22. locati (19, 2).

Paulus: Aes alienum ei solvitur, quod facere necesse est; credere autem non est necesse. Fr. 24. § 4. de minor. (4, 4).

Paulus: Si negotia administrare coepi, nova inchoare necesse mihi non est, vetera explicare ac conservare necessarium est. Fr. 21. § 2. de neg. gest. (3, 5).

Diocletianus: Vim majorem pignorum creditor praestare non habet necesse. C. 19. de pignor. (7, 14).

Dem oportet also steht das *liberum est*, der *necessitas* die *voluntas* gegenüber.

IV. Fassen wir das Gesagte zusammen. Wir können einen allgemeinen und einen besonderen Gegenstand der Obligatio unterscheiden. Der allgemeine Gegenstand ist kein anderer, als die Person, der persönliche, lebendige Wille des Schuldners, was in der obligatorischen Intentio des Formularprocesses deutlich ausgedrückt ist. Aber es ist nicht die Person schlechthin, nicht der persönliche Wille überhaupt, denn dann wäre *servitus* (Sklaverei), nicht *obligatio* (Schuldverbindlichkeit) gesetzt, sondern dieser Wille in seiner auf einen bestimmten (dem Gläubiger werthvollen) Erfolg beschränkten Richtung. Der Schuldner wird demnach nur an einem der un-

zähligen Punkte seines Wollens gebunden, und dieser eine Punkt rechtlich aus seiner persönlichen Freiheit herausgenommen. Der Wille des Schuldners an diesem einen Punkte, m. a. W., die schuldnerische Verbindlichkeit ist der besondere Gegenstand der Obligatio, und weil dieser Punkt in der den Erfolg verwirklichenden Erfüllungshandlung jeweilig zur Erscheinung kommt — aber auch nur insofern —, lässt sich allenfalls sagen: die auf diesen Erfolg abzielende Handlung des Schuldners sei das Obligationsobjekt.¹⁶⁾

Es wird im VII. Kapitel auszuführen seyn, dass man bei dem Contrahiren den verpflichtenden und den verpflichteten Willen des Schuldners zu unterscheiden hat; aber hier schon sei darauf aufmerksam gemacht, dass, wenn man sich sträubt, den Willen (des Schuldners) als das Rechtsobjekt zu denken, dies mit darin seinen Grund haben mag, dass man mit dem Willen als Objekt den Willen als Agens vermengt.

§ 24.

IV. Der Obligationsinhalt.

I. Ich habe bisher von dem Punkte in der Freiheitsphäre des Schuldners gesprochen, wo dessen *voluntas* in *necessitas* gewandelt wird; es ist aber nicht genug, dass die begrifflichen Merkmale dieses Punktes klar gestellt sind, denn das Recht bewegt sich in einem Gebiet sinnlicher Erkennbarkeit und verlangt sinnlich wahrnehmbare Kriterien. Wir kommen daher vor die Frage, wie jener Punkt erkennbar wird, und wie er sich von anderen möglicher Weise gleichfalls in Frage kommenden Punkten derselben Freiheitssphäre unterscheidet. Bei dem Eigenthumsobjekt ist die Unterscheidbarkeit durch den natürlichen individuellen sinnlichen Bestand der Sache ohne Weiteres gegeben, bei der geistigen, übersinnlichen Realität des Personwillens nicht.¹⁾ Hier muss ein Moment hinzukommen, wo-

¹⁶⁾ So formulirt lässt sich dagegen, meine ich, der Einwand Ziebarths (d. Realexec. und d. Oblig. S. 38) nicht vorbringen. Auch findet sich dieselbe Redeweise in den Quellen, z. B. *factum alienum promittere* bei *Hermogenian* in fr. 65. *de fidej.* (46, 1) und sonst.

¹⁾ Die Sache mit ihrer sinnlich-objektiven Begrenztheit und Bestimmtheit genügt, um das concrete Eigenthumsrecht zu individualisiren, zu unterscheiden, wieder zu erkennen; nicht so der Schuldnerwille, welcher unsinnlich und subjektiv ist und nur durch thatsächliche, temporale Momente individualisierbar und recognoscibel wird.

durch das, was ich das Obligationsobjekt genannt habe, individuell erkennbar, gleichsam greifbar, und das Verschwimmen in dem unterschiedslosen Element des Willens verhütet wird. Ich nenne dieses Moment den Obligationsinhalt. In welchem begrifflichen Zusammenhang steht dieses mit dem Obligationsobjekt?

Machen wir uns das Bedürfniss, um welches es sich hier handelt, recht klar. Setzen wir z. B. eine gegen Titius gehende Obligatio auf 100 Mark. Erfüllt Titius diese Verbindlichkeit, so erscheint das Obligationsobjekt in der Gestalt des Hingebens von 100 Markstücken, aber nicht die hier übergebenen Stücke gehörten eigentlich in die Obligatio, sie bilden bloss den Leistungsgegenstand; es konnten ebenso gut irgend welche andere 100 Stücke geleistet werden. Also von diesen wirklich geleisteten Stücken muss ganz abgesehen werden, wenn es sich um die Substanz der Obligatio handelt. Was ist es also, wodurch die einzelne Obligatio, hier die auf 100 M. gehende Obligatio, sich individualisirt? Machen wir uns die Frage noch deutlicher.

Sejus hat zwei Forderungsrechte gegen Titius auf je 100 M. Wie unterscheiden sich dieselben? Man hat ein Interesse, sie nicht zu verwechseln, denn die eine ist verzinslich, die andere nicht; für die eine ist Pfand oder Bürge gestellt, für die andere nicht; bei der einen gilt das *beneficium competentiae* oder das *privilegium exigendi*, bei der anderen nicht. Aber wie und woran lassen sie sich unterscheiden? Der Gläubiger ist dieselbe Person, ebenso der Schuldner; der Betrag ist der gleiche; der Leistungsgegenstand ist nicht unterscheidbar, und doch sind es verschiedene *species obligationis*, zwei selbständige, besondere, einander gar nichts angehende Obligationsindividuen. Wir reichen mithin mit den zwei Begriffen Obligationsobjekt und Leistungsgegenstand nicht aus, wir bedürfen eines dritten Moments, welches sich gewissermaassen als Mittelglied zwischen jene zwei einschiebt.

Dieses Mittelglied muss sinnliche Merkmale an sich tragen, denn nur dadurch kann es individualisirende Kraft haben. Wo aber tritt der Schuldnerwille, welcher gebunden seyn soll, in die Sinnlichkeit? Im Augenblick der Entstehung der Obligatio; da auf alle Fälle. In ihrem Entstehungsgrund, in der Ursprungsthatsache also individualisirt sich die Obligatio.²⁾ Auf diese Thatsache müssen wir zurück-

²⁾ Alles kommt ja auf den schöpferischen individualisirenden Willen der Subjekte an, sie schaffen das, was ich nachher die von der bestimmten

greifen, wenn wir die Obligatio als ein von allen etwa benachbarten, gleichartigen, ähnlichen Erscheinungen unterscheidbares Individuum sistiren wollen. Diese Ursprungs- oder Generativbestimmtheit ist es, welcher wir bedürfen, um das Obligationsobjekt concret erkennbar zu machen, und welche ich den Obligationsinhalt nenne, weil der Schuldwille im Augenblick der Obligation sich mit ihm erfüllt oder sich zu seinem Träger macht.

Jede Obligatio nimmt in dem Vermögen des Gläubigers, wie des Schuldners einen bestimmten Platz ein, welcher nur eben ihr gehört; dieser Platz, diese Werthstelle markirt sich durch die aus der Ursprungsthatsache, und in letzter Instanz nur aus dieser, sich ergebenden Merkmale. Haben wir diese, so kennen wir das Obligationsobjekt und damit auch die Obligatio, und wir sind vor ihrem Verwechseln mit anderen Obligationen, so ähnlich und gleichartig diese auch seyn mögen, bewahrt. Der Obligationsinhalt also in diesem Sinne gibt dem Obligationsobjekt seine individuelle Bestimmtheit und Erkennbarkeit; an ihrem Obligationsinhalt lässt sich stets und schlechterdings die Obligatio identificiren.³⁾ Zahlt nun der Schuldner 100 Mk., so ersieht man nicht aus diesen Geldstücken, welche in die Hand des Gläubigers wandern, sondern nur aus dem (irgendwie erklärten) Willen der Parteien, welcher sich auf den einen oder anderen Obligationsinhalt, d. h. die eine oder andere Ursprungsthatsache bezieht, welche Obligation erfüllt werden sollte.

II. Hier ist auch der Platz, wo der Unterschied der s. g. Formal- und Materialverträge, oder — wie ich lieber sage — der abstracten und discreten Obligationen offenbar wird. Jede Obligatio ist Ausdruck eines individuellen concreten Verkehrsbedürfnisses, aus welchem sie gleichsam geboren wird, und welchem sie dient: wir nennen es den Geschäfts- oder Vertragsgrund.⁴⁾ Dieses Bedürfniss kann ethischer oder ökonomischer Art seyn; eine Obligatio ohne solches Bedürfniss wäre ein unvernünftiges Rechtsverhältniss. Es gibt also keine Obligatio ohne eine sie menschlich oder verkehrs-

Obligatio eingenommene Werthstelle nenne. Das *id quod actum est* ist hier maassgebend. Vergl. z. B. Pomponius in fr. 7. *de nov.* (46, 2) u. Ulp. in fr. 8. § 1. eod.

³⁾ Irre ich nicht, so hat v. Savigny (System, V. § 231) bei der Betrachtung des Begriffs der Klagenconcurrentz, wo er von dem juristischen Gegenstand im Gegensatz zum materiellen (d. h. Leistungsgegenstand) spricht, den gleichen Gesichtspunkt.

⁴⁾ *causa promittendi* (Jul. fr. 3. *de cond. s. c.* 12, 7; Ulp. fr. 1. § 2. eod.).

mässig rechtfertigende Beziehung, oder soll es wenigstens nicht geben.⁵⁾

Aber es ist ein Unterschied, ob diese Beziehung als rechtliches Element in die Obligatio aufgenommen ist oder davon rechtlich ferngehalten bleiben soll. Ob das Eine oder das Andere, das hängt von dem Willen der Parteien ab, welcher bei der Begründung der Obligatio irgend wie erklärt ist. Ist ein Kauf gewollt und geschlossen, so rechtfertigt sich durch die beiderseitige übereinstimmende und beiderseits erklärte Absicht der Entgeltlichkeit, durch das aus dem Austauschbedürfniss resultirende Gegenüberstellen von Waare und Preis die Obligatio, und mit diesem Thatbestand ist regelmässig zugleich das für die individuelle Obligatio entscheidende Merkmal gesetzt.

Anders wenn von solcher rechtfertigenden Beziehung formell abstrahirt, der s. g. Geschäftsgrund nicht bloss nicht accentuirt, sondern absichtlich aus dem Begründungsakt weggelassen und unterdrückt worden ist — gleichviel, aus welchem Beweggrunde. — Hier ist der Obligationensakt künstlich aus dem Lebenszusammenhange herausgelöst und isolirt; es kann aus dem Geschäftsgrunde, weil er nicht genannt ist, also formell fehlt, nicht das individualisirende Merkmal entnommen werden; dasselbe muss daher durch ein anderes ersetzt werden, und dieses andere kann nur die Form der obligatorischen Willenserklärung seyn, die bestimmte, vielleicht ausgezeichnete, besonders markirte, solenne Form. Statt an der Entstehungsursache erkennen wir hier an dem Entstehungsakte jene der Obligatio eignende Werthstelle im Vermögen der Beteiligten.⁶⁾

III. Entspricht das, was ich von dem „Obligationsinhalt“ gesagt habe, der Auffassung der römischen Juristen? Kommt in den Quellen ein Ausdruck vor, welcher jenem Begriffe entspricht? Diese Fragen drängen sich jetzt auf.

1. Der geläufigste Ausdruck ⁷⁾ für das die Obligatio individualisirende Moment (Obligationsinhalt) ist *causa*: wie man sieht, ein

⁵⁾ Daher: *si quidem nullam causam promittendi habuit, incerti conditione consequitur, ut tota stipulatio accepto fiat.* Jul. fr. 3. *de cond. s. c.* (12, 7).

⁶⁾ Vergl. hierzu Kuntze das Wechselrecht (in Endemann's Handb. d. deutsch. Handelsrechts, 1884) S. 63—66.

⁷⁾ Es kann hier auch auf den Ausdruck *eadem quaestio* hingewiesen werden, der in Anwendung auf persönliche Klagen eben die Identität der materiellen *causa* bedeutet; vergl. fr. 28. § 3. 4. 7. *de jurej.* (12, 2); fr. 7. § 3. *de exc. rei jud.* (44, 2).

Wort, welches auf die Entstehung der Obligatio zurückweist und von da das entscheidende Merkmal entnimmt. *Causa* ist kein *terminus technicus* bei den römischen Juristen; sie bedeutet bald den Zweck, bald den Grund des Rechtsgeschäfts, aber beide Begriffe greifen im Leben in einander, denn aus dem Grund ergibt sich meist auch der Zweck. *Causa ex numeratione*⁸⁾ (*mutui*) ist im Willen des Ausleihens begründet, und der Zweck ist die Hülfe: aus Beidem folgt das Darlehn mit der Restitutionsverbindlichkeit. *Causa onerosa* ist das Austauschbedürfniss, welches zum Austauschgeschäft führt und zugleich den Zweck des gegenseitigen Verpflichtens setzt; *causa liberalitatis* ist das Bedürfniss der Wohlthaterweise, welches zu einseitiger Bereicherung des Anderen auf eigne Kosten des Schenkers führt und zugleich den Zweck der Vermögensminderung setzt; *causa fidejussoria*⁹⁾ ist das Bedürfniss der Sicherung, welches zur Intercession führt und zugleich den Zweck des *suscipere alienam obligationem* enthält; die *causa transactionis* hat die *lis* zum Grunde und als Zweck: *quod a lite disceditur*.¹⁰⁾ Hier liegen specielle Geschäftsgründe, discrete Obligationen vor. Aber auch die abstracte *stipulatio*, welche schlechthin auf ein *dare oportere* geht, enthält eine *causa*, wenigstens eine formelle; hier wird die Obligatio einfach durch den bestimmten Stipulationsakt individualisirt: Maevius macht diejenige Obligatio auf 100 gegen Titius geltend, welche an dem und dem Tage unter den und den charakteristischen Umständen stipulationsmässig geschaffen ward. Ebenso enthält das abstracte Wechselsversprechen im Papier die *causa* der *obligatio cambialis* und unterscheidet diese von anderen vielleicht sehr ähnlichen Obligationen zwischen demselben Gläubiger und Schuldner. Ulpian¹¹⁾ unterscheidet eine *famosa* und *non famosa causa*, eine *causa, quae ex infitiatione crescit*, eine *poenalis causa* und deutet damit lauter Individualisierungs-momente an, welche an der Entstehung der Obligatio hangen. Noch deutlicher weist Paulus auf den vitalen Zusammenhang zwischen *causa* und *obligatio* hin, wenn er sagt: *singulas obligationes singulae causae sequuntur*, d. h. jeder Obligatio eignet (regelmässig) ein bestimmter und sie bestimmender Obligationsinhalt.¹²⁾

⁸⁾ *fidejussor in omnem causam acceptus videtur, quae ex ea numeratione nasci potest.* Paul. in fr. 56. § 2. *de fidej.* (46, 1).

⁹⁾ Tryphonin in fr. 69. *de fidej.* (46, 1).

¹⁰⁾ Paul. in fr. 65. § 1. *de cond. ind.* (12, 6).

¹¹⁾ fr. 7. *de solut.* (46, 3). Vergl. Papinian in fr. 97. eod.

¹²⁾ fr. 14. § 2. *de exc. rei jud.* (44, 2).

2. Ein zweiter Ausdruck für das die Obligatio individualisirende Moment (Obligationsinhalt) ist *debitum*, was schon daraus hervorgeht, dass *deberi ex causa* eine sehr gewöhnliche Wendung in den Quellen ist.¹³⁾ Ulpian¹⁴⁾ spricht von Zahlung dessen, *quod ex famosa causa debetur*, und von einem¹⁵⁾ Schuldner, *qui ex pluribus causis*¹⁶⁾ *unum debitum* (d. h. auf eine von mehreren Obligationen) *solvit*, und in der bekannten Definition der Novation identificirt er geradezu *debitum* und *causa*, wenn er, was er erst *prius debitum* nennt, dann als *praecedens causa* bezeichnet.¹⁷⁾ Dem entsprechend ist der Ausdruck *duo rei ejusdem debiti*.¹⁸⁾

3. Ein dritter Ausdruck ist *pecunia*, worunter im obligatorischen Zusammenhange sehr oft nicht eine bestimmte *pecunia numerata*, sondern der in der Obligatio gesetzte Schuldinhalt gemeint ist: so wenn die *rei promittendi*, die oft auch *rei ejusdem debiti* heissen, als *rei ejusdem pecuniae* bezeichnet werden. *Pecunia* drückt hier den bestimmten Vermögenswerth aus, welcher in der Obligatio für den Gläubiger individualisirt ist.¹⁹⁾ Hierüber wird unten bei der Korrealobligation weiter zu handeln seyn; übrigens kommt statt *eadem pecunia* auch die kürzere Wendung *idem* vor.²⁰⁾

4. Endlich ein vierter Ausdruck ist das Wort Obligatio selbst: ein Gebrauch des Wortes, welcher zu denken gibt. Wir treffen das Wort in diesem Sinne oftmals, so bei der *condictio sine*

¹³⁾ fr. 20. *de judic.* (5, 1); fr. 69. *de fidej.* (46, 1).

¹⁴⁾ l. c.

¹⁵⁾ fr. 1. eod.

¹⁶⁾ Vergl. fr. 97. *de solut.* (46, 3).

¹⁷⁾ fr. 1. *de novat.* (46, 2): *debiti in obligationem transfusio-ex causa nova (obligatio) constituitur.*

¹⁸⁾ z. B. bei Paulus in fr. 71. *de fidej.* (46, 1) abwechselnd mit *rei ejusdem pecuniae* und *rei promittendi*.

¹⁹⁾ So, wenn Papinian in fr. 52. § 3. *de fidej.* (46, 1) von *plures ejusdem pecuniae credendae mandatores* spricht; freilich nennt er gleich darauf *pecunia soluta* und meint damit die in dem Zahlungsakt erscheinende Baarsumme, braucht also hier *pecunia* im Sinne des folgenden Paragraphen. Paulus in fr. 55. eod. braucht das Wort *summa* für Obligationsinhalt. So auch Tryphonin in fr. 12. § 12. *de captivis* (49, 15); diese Stelle ist noch insofern besonders bemerkenswerth, als hier *causa, debitum* und *summa* zusammen auftreten; es heisst da: *habet obligationem (eine doppelte), et in propriam debiti causam et in eam summam qua...*

²⁰⁾ Vergl. Pomp. fr. 18. *de V. O.* (45, 1): *qui bis idem promittit, is eo jure amplius quam semel non tenetur.*

causa, wo von *omnis* und *major obligatio* die Rede ist,²¹⁾ — bei der *actio rationibus distrahendis* gegen den Vormund²²⁾ —, bei der Intercession, wenn dieselbe als *alienam obligationem suscipere* —, bei der Novation, wenn dieselbe als *obligationem transferre* —, bei den Korrealobligationen, wenn diese als *eadem obligatio* bezeichnet werden. Ich lasse das Letztere, als bestritten, vorläufig bei Seite, aber unbestritten übernimmt der Intercedent nicht die fremde Obligatio selbst, sondern eine eigene Obligatio, und nur den fremden Obligationsinhalt kann man in dieser wiederfinden; ebenso unbestritten überträgt der Novirende nicht seine Obligatio, sondern er tilgt die eigne und schafft eine neue (fremde), in welche aber der alte Obligationsinhalt (*prius debitum, praecedens causa*) übergeht. Das beweist unwiderleglich, dass in solchem Zusammenhange Obligatio nicht die Obligatio selbst,²³⁾ sondern etwas Anderes bezeichnet, und ich wüsste nicht, was Anderes, als das, was von mir Obligationsinhalt genannt wird.²⁴⁾

Wir sehen also, dass die römischen Juristen den Begriff Obligationsinhalt hatten und verwertheten, dass sie ihn bei einer Reihe wichtiger Erscheinungen zur Geltung brachten, und dass ihnen auch Ausdrücke dafür zu Gebote standen. Wenn sie in den Ausdrücken wechselten, und wenn sie sich sogar des Wortes Obligatio dafür bedienten, so wird diese Flüssigkeit einerseits und Unbehülflichkeit andererseits Niemanden Wunder nehmen, der die unspeculative Naivetät der römischen Juristen in Anschlag bringt.

²¹⁾ Julian (fr. 3. de cond. s. c. 12, 7) sagt: *nec refert, omnem quis obligationem sine causa suscipiat, an majorem, quam suscipere eum oportuerit*, und meint den durch die *causa* gesetzten Obligationsinhalt. In ähnlicher Weise spricht Paulus (in fr. 56. § 2. de fidej. 46, 1) von *omnis causa* und *omnis conductio* (fr. 68. eod.).

²²⁾ Ulp. fr. 1. § 22. de tutel. (27, 3): *ex una obligatione duae actiones*. Vergl. auch fr. 62. § 1. de evict. (21, 2).

²³⁾ Nicht immer bedeutet *obligatio* die Obligatio selbst, z. B. auch nicht in der Wendung *obligationem praestare* bei Ulpian in fr. 64. § 4. sol. matr. (24, 3), wo es statt *actio* (Geltendmachungsbefugniss) gesagt ist.

²⁴⁾ Wie kommt es, dass das Wort *obligatio* in diesem Sinne gebraucht ist? Ich meine, dass dieser Gebrauch auf den unter Nr. 1 besprochenen Begriff der *causa* zurückzuführen ist. Im oder am Ursprunge der Obligatio wird der Obligationsinhalt fixirt und erkannt, *obligatio* aber kann an sich ebensogut den Obligationsakt, wie das Obligationsverhältniss bedeuten, und bei der Korrealobligation ward in der That Gemeinschaft oder Einheit des Begründungsaktes vorausgesetzt.

§ 25.

V. Das Leistungsobjekt.

I. Wir erkannten, dass der Obligationsinhalt, indem er die concrete Bestimmtheit des Obligationsobjekts begründet, in innerer causalser Beziehung zu diesem und mithin — ich möchte sagen — in organischem Zusammenhang mit der Obligatio selbst, welche eben die Macht über das obligatorische Rechtsobjekt ist, steht: woraus auch sich erklärt, dass der Obligationsinhalt in den Quellen nicht selten geradezu Obligatio genannt ist. Anders verhält es sich mit dem von mir als Leistungsobjekt bezeichneten (dritten) Moment. Dieses gehört nur äusserlich zur Obligatio und hat nur für deren Erfüllung Werth. Es ist das Medium der Erfüllung; es ist die Form, welche die Obligatio in einem einzigen Augenblicke, im Augenblicke der Erfüllung annimmt; es ist der Aufwand, welchen der Schuldner behufs seiner Lösung oder Entlastung macht, und welcher mehr oder weniger von seiner Willkür, vom Zufall, von für die Obligatio unwesentlichen Umständen¹⁾ abhängig ist.

Sehr oft freilich sind Willkür und Zufall dabei in sehr enge Grenzen eingeehgt, so namentlich, wenn die Obligatio auf *dare certam rem* geht.²⁾ Hier decken sich äusserlich Obligationsinhalt und Leistungsobjekt, und daher ist es erklärlich, dass die Quellen für das Leistungsobjekt Ausdrücke haben, welche an die Bezeichnung des Obligationsinhalts anklingen. Ich denke namentlich an die Bemerkung des Gaius:³⁾ *id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia*; es ist klar, dass hier *pecunia* nicht in dem oben markirten Sinne (wie in dem Terminus: *ejusdem pecuniae debitores*), sondern als *pecunia numerata*, als Summe baaren, aufgezählten Geldes verstanden ist, das man concret sehen und greifen kann. Ich denke an die Bemerkung des Pomponius:⁴⁾ *si creditor fundum pignericium vendiderit, et quantum ei debebatur, receperit, debitor liberabitur* — an die Bemerkung Ulpian's:⁵⁾ *possumus certam legem dicere ei, quod sol-*

¹⁾ Vergl. z. B. fr. 5. 12. § 2; fr. 59. de solut. (46, 3).

²⁾ *Subest res (sc. certa)*, sagt von einem solchen Falle Ulpian in fr. 14. pr. de nov. (46, 2).

³⁾ fr. 1. § 1. de rer. div. (1, 8).

⁴⁾ fr. 26. de solut. (46, 3).

⁵⁾ fr. 1. eod.

vimus — an die Bemerkung Javolen's: ⁶⁾ *pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem, si in conspectu meo ponere te jubeam, efficitur, ut tu statim libereris* — an die Bemerkung Marcian's: ⁷⁾ *Solutam pecuniam intelligimus utique naturaliter, si numerata sit creditori.* In letzter Stelle erst tritt der Unterschied dessen, was ich Leistungsobjekt nenne, von dem Obligationsinhalt zu Tage; Marcian unterscheidet die *pecunia* im naturalen Sinne von der *pecunia* im ideellen Sinne, welche dem Begriffe des Obligationsinhalts entspricht. ⁸⁾ Die *pecunia* im naturalen Sinne oder *pecunia numerata* ist ein äusseres Ding und ein Moment des sinnlichen Vorgangs, den wir Erfüllungsakt nennen; ob die *translatio nummorum* die Bedeutung und Wirkung der Erfüllung und mithin der Aufhebung der Obligatio hat, hängt von allerlei objektiven und subjektiven Momenten ab, und Paulus ⁹⁾ macht daher die gar nicht überflüssige Bemerkung: (*solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam*); *magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem*; was ich so verstehe: ob der Zahlungsakt die Obligatio selbst trifft und aufhebt, ¹⁰⁾ entscheidet sich nicht ohne Weiteres aus dem Zahlungsakt selbst, sondern aus dem Obligationsinhalt, d. h. daraus, ob in dem Zahlungsakt genau das, was den Obligationsinhalt ausmacht, zu finden ist; nur dann wird der Schuldner frei. African ¹¹⁾ macht von diesem Gedanken Anwendung auf Mitbürgen, indem er von der Wirkung des Zahlungsaktes des Hauptschuldners sagt: *eadem pecunia in plures causas* (das sind hier die mehreren accessorigen Verbindlichkeiten) *solvi possunt*; und Marcellus ¹²⁾ stellt unter demselben Gesichtspunkt *obligatio* und *solutio* als Zweierlei neben einander.

II. An den Begriff des Obligationsinhalts, als organisches Element der Obligatio, sind verschiedene Complicationen anzuknüpfen,

⁶⁾ fr. 79. eod.

⁷⁾ fr. 49. eod.

⁸⁾ Ebenso Papinian in fr. 52. § 3. *de fidej.* (46, 1): *eadem pecunia* (Obligationsinhalt) und *pecunia soluta* (Leistungsobjekt): s. § 24. Anm. 19. Paulus in fr. 159. *de R. J.* braucht *idem* im naturalen Sinne: *Non ut ex pluribus causis deberi nobis idem potest, ita et ex pluribus causis idem possit nostrum esse.*

⁹⁾ fr. 54. eod.

¹⁰⁾ *expleta est numeratione substantia obligationis*: sagt Scaevola in fr. 6. *de Scto Mac.* (14, 6).

¹¹⁾ fr. 38. § 2. *de solut.* (46, 3).

¹²⁾ fr. 72. § 4. eod.

in welchen die Obligatio auftreten kann, und welche so hohes Interesse darbieten, dass sie unten eine abgesonderte Betrachtung finden sollen; dahin gehören namentlich die Novation und Korrealobligation. Das Leistungsobjekt dagegen ist, wie wir sahen, nur ein äusserliches Element der Obligatio und in keinem vitalen Zusammenhang mit ihr. Hieraus ergeben sich folgende Erscheinungen.

1) Die Obligatio ist möglicherweise nur Eine, auch wenn ihr Leistungsobjekt ein mehrfaches (z. B. Ankauf eines Wagenzugs aus vier Hengsten bestehend oder *emptio fundi instructi*), oder ein alternatives oder generisch bestimmtes (*obligatio alternativa, generis*) oder in Terminen sich wiederholendes ist (*stipulatio in singulos annos*). ¹³⁾

2) Die Obligatio bleibt dieselbe, auch wenn das Leistungsobjekt wechselt oder sich verändert, z. B. durch Eintritt der *aestimatio rei* an Stelle des ursprünglich gewollten Objekts, oder durch Ausübung des Wahlrechts eingeschränkt wird, ¹⁴⁾ oder wenn es eine Erweiterung erfährt, z. B. durch Litiscrecenz, oder durch Hinzukommen von Verzugszinsen oder von Regressspesen (zur Wechselsumme) oder durch Steigerung des zu ersetzenden Werthes. ¹⁵⁾

3) Andererseits kann es eine Mehrheit von Obligationen geben, welche sämmtlich auf dasselbe Leistungsobjekt gerichtet sind; z. B. wenn dieselbe Person oder verschiedene Personen getrennt zu verschiedenen Zeiten dieselbe Sache verkauft haben, ist jene Person mehrmals, sind diese Personen sämmtlich jede für sich *in solidum* verpflichtet, die verkaufte Sache zu leisten. Fr. 14. § 2; fr. 30. *de exc. rei jud.* (44, 2); fr. 159. *de R. J.* ¹⁶⁾

4) Ist das Leistungsobjekt theilbar, so wird zwar auch die (darauf gerichtete) Obligatio als theilbar behandelt; allein diese Behandlung ist nicht eine Sache juristischer Consequenz, sondern praktischer Zweckmässigkeit. Untheilbarkeit des Leistungsobjekts bewirkt, dass die Obligatio, wenn sie z. B. durch Erbfolge auf Mehrere (als Gläubiger oder Schuldner) übergeht, der Korrealobligation ähnlich behandelt wird, aber doch nur ähnlich, nicht gleich, und unterscheidet

¹³⁾ fr. 16. § 1. *de V. O.* (45, 1); Gai. 4, 131. Dazu fr. 29. 86. *de V. O.* (45, 1); fr. 4. 11. *de ann. leg.* (33, 1).

¹⁴⁾ fr. 112. *pr. de V. O.* (45, 1).

¹⁵⁾ *creciscit, major fit obligatio*: sagt Paulus in fr. 21. § 3. *de act. empti* (19, 1).

¹⁶⁾ Paulus: *Non ut ex pluribus causis deberi nobis idem potest, ita ex pluribus causis idem potest nostrum esse.*

sich dieser Fall durch eine Besonderheit. a) Die mehreren Gläubiger können jeder die Forderung ganz (*in solidum*) geltend machen, doch mit der Besonderheit, dass der in Anspruch genommene Schuldner Sicherstellung gegen die Forderung der Anderen verlangen kann.¹⁷⁾ b) Die mehreren Schuldner haften jeder ganz (*in solidum*),¹⁸⁾ jedoch mit der Besonderheit, dass, welcher das Ganze leistet, dann gegen die anderen Regress, d. h. Anspruch auf Ersatz *pro rata* hat.¹⁹⁾

III. Ich habe bereits früher, vor nunmehr 30 Jahren, auf die Unterscheidung der zwei Begriffe Obligationsobjekt und Obligationsinhalt hingewiesen, letzteren auch als den obligatorischen „Vermögensstoff“ — Bähr (d. Anerkennung, ed. 2. § 13. S. 50) bedient sich des Ausdrucks „Rechtsstoff“ — bezeichnet,²⁰⁾ und ich habe von da aus das Wesen der Novation und der Korrealobligation zu ergründen gesucht, ohne dass meine Theorie²¹⁾ grossen Anklang gefunden hätte. Der Grund davon liegt sicherlich mit darin, dass ich damals noch nicht bewusstermaassen zwischen Obligationsinhalt und Leistungsobjekt unterschied. In der Aufzählung der „Beziehungen des Vermögensstoffes“²²⁾ fanden sich jene Begriffe durch einander geworfen; hier also ist es, wo ich meine vormaligen Untersuchungen weiter zu führen und zu läutern hatte. Ich denke nun Klarheit in diese obligatorische Begriffswelt gebracht zu haben und für die civilistische Construction der Novation und der Korrealobligation einen soliden Ausgangspunkt zu besitzen. Die oben sub II. 1.—4 aufgeführten Gestaltungen sind scharf zu scheiden von den Gebilden der Novation und Korrealobligation; während jene aus dem Begriffe des Leistungsobjekts (*res*) zu verstehen sind, ist mit diesen in dem Begriffe des Obligationsinhalts (*causa*) einzusetzen.

Neben diesen zwei Grundbegriffen steht der oben entwickelte Begriff des Anspruchs. Er ist, wie wir sahen, eine Frage der Geltendmachung, nicht der Struktur der Obligatio. Er ist zunächst mit dem Begriffe des Obligationsinhalts in Zusammenhang zu bringen, denn aus der *causa obligationis* ist zu ermitteln, worauf des Gläubigers Anspruch geht; diese Ermittlung ist einfach bei der *obligatio certi*, schwieriger und umständlicher, wenn es sich um ein *incertum* han-

¹⁷⁾ fr. 25. § 9. *fam. herc.* (10, 2).

¹⁸⁾ fr. 85. § 2. *de V. O.* (45, 1).

¹⁹⁾ fr. 2. § 2. *de V. O.* (45, 1); fr. 85. § 3. *eod.*

²⁰⁾ Kuntze: Die Obligation und die Singularsuccession (1856) S. 139.

²¹⁾ Trotz der wachsenden Verlegenheit und Verwirrung der Doctrin.

²²⁾ a. a. O. S. 143—146.

delt;²³⁾ sodann aber kann er wichtig werden für den Leistungsgegenstand, denn in diesem tritt er in concrete sinnliche Erscheinung.

§ 26.

VI. Die Obligatio in der Zwangsvollstreckung.

* I. Die Zwangsvollstreckung ist, civilistisch betrachtet, Selbstbehauptung, Selbstdurchsetzung des Rechtsverhältnisses, m. a. W. der aus dem Recht resultierende Anspruch, welcher den durch das objektive Recht verstatteten Apparat in Bewegung setzt, um den äusseren Stand der Dinge mit sich in Einklang zu setzen, also den Ansprechenden zu befriedigen. Verfäht der Gesetzgeber nicht willkürlich und künstlich, so entnimmt er den Zwangsapparat aus dem Wesen des Rechtsverhältnisses,¹⁾ eröffnet also dem Vindicanten einen Weg zur Erlangung des Sachbesitzes, erzwingt den Akt des Gebens in der Person des besiegtten Beklagten, oder ersetzt diesen Akt durch Wegnehmenlassen oder Wegnahme. Analog eröffnet das Recht dem siegreichen Gläubiger einen Weg der Erzwingung des Schuldnerwillens, d. h. Herbeiführung desjenigen Handelns, welches dem Anspruch des Gläubigers entspricht. Welcher Apparat hierzu in Bewegung zu setzen ist, ergibt sich aus dem processualen Exekutionsmodus, welcher verschieden seyn kann.

Wo es der allgemeinen Rechtsanschauung im Volke entspricht, die Herrschaft des Gläubigers als eine den Schuldner unmittelbar, d. h. in seiner sinnlichen Existenz ergreifende Rechtsmacht, also als ein Recht über Leib und Leben des Schuldners zu behandeln,²⁾ da scheut die Processordnung nicht vor dem Aeussersten zurück und gewährt dem Gläubiger das Recht der *manus injectio*, der Haftanlegung und Fesselung, der Miteinsperrung der Familie, der *corporis sectio*, der *venditio trans Tiberim*, der Beschlagnahme allen Vermögens. Der stärkste und nachhaltigste Druck, welcher auf den Willen des säumigen, starr- oder leichtsinnigen Schuldners geübt werden kann, wird dem unbefriedigten Gläubiger zu Gebote gestellt. Wie aus dem Wesen des dinglichen Rechts eine *in rem* gehende

²³⁾ s. oben § 20. I.

¹⁾ m. a. W. der Exekutionsmodus ergibt sich streng genommen aus der Natur des zu erzwingenden Rechtes. Also wie die Intentio bei den Sachenrechten in *rem*, bei den Obligationen in *personam* geht, so auch die Exekution. Vergl. Ziebarth Realexekut. S. 55. 56.

²⁾ s. oben § 5.

Exekution, so folgt aus dem Wesen der Obligatio eine *in personam* gehende, und bei einem urwüchsigen, energievollen, starksinnigen Volke wird diese Konsequenz ohne Aengstlichkeit gezogen. Wer das Vertrauen Dritter in Anspruch nimmt und täuscht, darf sich nicht beklagen, wenn er mit seiner Person die Folgen tragen muss. Der Schuldner hat seine Person eingesetzt, also steht seine Person auf dem Spiel; die Schuld haftet an seiner Person, er muss sie mit seiner Person büßen, wenn er seine Person nicht zu lösen vermag oder bereit ist.

II. Aber die Humanität tritt dem mildernd in den Weg und beschneidet hier die strenge Konsequenz, wie sie das auch sonst so oft thut. Das Recht wird rücksichtsvoller; endlich tritt ein Gesetz, wie die *lex Poetelia*,³⁾ dazwischen und verweist den Gläubiger in erster Linie an das Vermögen (des Schuldners, bez. der Bürgen). Die Art freilich, wie die Vermögensexekution gestaltet ist, zeigt noch als herrschenden Gedanken Pressure auf den Willen des Schuldners: sein Handeln soll ja herbeigeführt werden, denn darauf geht die Obligatio ihrer Substanz nach.⁴⁾ Der Schuldner muss wollen, auf sein Handeln ist es abgesehen; dies ist es, was der Gläubiger fordern kann: der Zweck der Befriedigung steht erst in zweiter Linie. Nicht der materielle Zweck ökonomischen Erfolgs, sondern der ideelle Zweck, des Gläubigers Macht über den Willen des Schuldners zu verwirklichen, regiert den Zwangsapparat. Darum ist die Zwangsvollstreckung Universalexekution, d. h. es erfasst des Gläubigers Recht das Vermögensganze, zieht damit dem Schuldner die pecuniäre Haut vom Leibe und versetzt ihn in Infamie, eine mildere Varietät der *capitis diminutio*. Der wirthschaftliche Ruin, welcher hier dem Widerspenstigen droht, bricht vielleicht seinen Willen, macht ihn bereitwillig zu dem geforderten Handeln, und der Gläubiger bedient sich dieses Mittels darum auch da, wo wenig Aussicht ist, dadurch materielle Befriedigung zu erlangen.⁵⁾

Auch dieser Modus ist der Milderung noch fähig. Das *beneficium cedendorum bonorum* kann dem Schuldner gewährt und damit Infamie erspart werden: so in Rom seit Augustus. Ja es kann die Exekution in das Vermögensganze bei Seite geschoben und für den Fall des Concurses aufgespart werden. Was bleibt dann übrig? Die Processordnung gewährt nun entweder 1) die Möglichkeit ge-

³⁾ s. oben § 7.

⁴⁾ Vergl. Ziebarth: Die Realexekution u. die Oblig. (1866) S. 33.

⁵⁾ Vergl. Ziebarth a. a. O. S. 29. 30. 35—37.

steigerter Strafaufgaben für den Fall fortgesetzter Weigerung des Schuldners und übt also einen pecuniären Druck auf denselben,⁶⁾ oder gewährt 2) einen Anspruch auf entehrende Veröffentlichung des Namens des Schuldners, oder 3) bedroht denselben mit Entziehung gewisser öffentlicher Ehren und Rechte, oder 4) gewährt einen Anspruch auf zeitweilige Personalhaft, welcher der Schuldner unterworfen werden kann,⁷⁾ oder bestimmt 5) dass, wo es sich um Abgabe von Willenserklärungen handelt, die Erklärung als vom Schuldner (im Augenblick der Rechtskraft des Urtheils) abgegeben gelten soll.⁸⁾ Man sieht, dass es dem Gesetzgeber, welcher ernstlich beflissen ist, seine Hand über dem Gläubigerrecht zu halten, an Mitteln und Maassregeln nicht fehlt, welche darauf abzielen, die *necessitas faciendi* praktisch zu verwirklichen und den entgegengesetzten Naturwillen des Schuldners rechtlich zu überwinden. Man denke an den Maler, welcher sich verpflichtet hat, ein Portrait zu fertigen, aber zu träge oder chikanös oder leichtsinnig ist, um seiner Verbindlichkeit nachzukommen, während der Gläubiger vielleicht ein lebhaftes Interesse hat, gerade das Portrait von der Hand dieses Meisters zu besitzen und der Ueberzeugung ist, dass es eben nur eines tüchtigen Compelle bedarf, um die *voluntas faciendi* im Verpflichteten hinreichend zu beleben.

III. Ein neuer Gedanke tritt in das Exekutionssystem, sobald die s. g. Spezialexekution eingeführt wird.⁹⁾ Hier wird von der Person, wie es scheint, ganz abgesehen, der Gläubiger oder der Staat (durch die Vollstreckungsbehörde) greift mit Umgehung der Person des Schuldners unmittelbar in dessen Vermögen, — um nicht zu sagen: in seine Tasche — und holt ein einzelnes Exekutionsobjekt, welches für den Gläubiger mit Beschlagnahme belegt, versiegelt, sequestrirt, abgepfändet, in Gerichtsaufsicht genommen, verkauft wird. Dies ist, wie gesagt, eine Maassregel ganz neuen Styls, die Römer fanden sich in sie erst während der Kaiserzeit,¹⁰⁾ sie fällt aus dem Rahmen des *jus ordinarium* und gehört in das System des *extraordinarium*.

⁶⁾ Dem römischen Jurisdictionsmagistrat war dieses Mittel ganz geläufig; vergl. z. B. fr. 32. § 12. *de receptis* (4, 8). Reichscivilprocessordnung § 774. 775.

⁷⁾ Reichscivilprocessordnung § 774—776. 791—794.

⁸⁾ Reichscivilprocessordnung § 779.

⁹⁾ Vergl. oben § 8. III.

¹⁰⁾ Die alte *legis actio per pignoris capionem* war eine Singularität, bedeutete wohl eine Wohlthat für den Schuldner und sollte zunächst den Anspruch erst begründen (nicht exequieren).

Zwar kann auch diese Maassregel so zugespitzt werden, dass in ihr der alte Gedanke fortpulsirt: Pression auf den Willen des Schuldners; denn man pfände nur dem Sportsmann sein schönes Jagdrevier, dem leidenschaftlichen Reiter sein Leibpferd, dem Kunstliebhaber seine Gemäldesammlung ab, so wird sein spröder Wille weich werden; viele Menschen haben eine schwache Seite in ihren Neigungen, wo sie gepackt werden können, und die Specialexécution noch den alten Dienst eines Willenszwanges zu leisten vermag. Und warum sollte das praktische Recht sich diesen Dienst versagen?

Allein der regelmässige Gedanke ist im System der Specialexécution ein anderer. Der Befriedigungszweck tritt hier in erste Linie. Der Gläubiger nimmt Umgang von dem Wollen und Handeln seines Schuldners, weil er darauf schlechterdings keinen Werth legt; er lässt den Schuldner — so zu sagen — laufen und begnügt sich, Vermögensstücke sich zu verschaffen, aus deren Werth er materielle Befriedigung zu gewinnen im Stande ist.

Dann ist es ihm gleichgültig, welcherlei Sachen abgepfändet werden, nur ihr verkehrsmässiger Werth wird in Betracht gezogen; sie sollen die Mittel zur Gewährung pecuniären Ersatzes reichen. Die Herrschaft über die Person ist damit im letzten Zipfelchen preisgegeben, und aller Accent auf den ökonomischen, durch Geld repräsentablen Werth gelegt.¹¹⁾

Heutzutage ist das der herrschende Gesichtspunkt. Der persönliche Ehrenpunkt tritt zurück, die Forderungsfrage ist eine Geldfrage. Die Obligationen, welche in früheren Zeiten Etwas von der Natur der Nonfungibilien an sich trugen, sind jetzt den Fungibilien immer ähnlicher geworden, und das ist ein Zeichen desjenigen Entwicklungsstadiums im Kulturleben, welches sich durch fortschreitende Mobilisirung, Tauschbarkeit und Flüssigkeit der Güterwelt charakterisirt.

¹¹⁾ In diesem Zusammenhange erklärt sich dann auch die Einschränkung der *condemnatio in id quod facere potest* als persönliches Privileg, und dass in unserer Reichsprocessordnung § 715 gewisse Sachen aus Rücksichten menschlicher Schonung und öffentlicher Berufswürde von der Zwangsvollstreckung eximirt worden sind.

§ 27.

VII. Schlussbetrachtung und Nutzenanwendung.

I. Vor Ziebarth und Hartmann konnte man zwei Haupttheorien über die Obligatio unterscheiden. 1) Nach der einen, welche namentlich von v. Savigny und Puchta vertreten wurde, ist Obligatio die Macht über eine fremde Handlung, welche einzeln genommen und aus der Freiheitssphäre des Schuldners abgelöst als selbständiges Objekt der Herrschaft des Gläubigers behandelt wird; hier erscheint die Handlung des Schuldners als der eigentliche Gegenstand und nächste Zweck, der in Geld ausgedrückte Werth für den Gläubiger nur als Surrogat und entfernter Zweck. Man hat dagegen eingewendet, dass die flüssige, transitorische Natur der menschlichen Handlung die Möglichkeit einer Beherrschung ausschliesse.

2) Nach der anderen Theorie, welche von Köppen,¹⁾ Demelius²⁾ und Brinz³⁾ vertreten wird, ist die Obligatio Macht über einen im fremden Vermögen befindlichen Sachwerth; hier erscheint der Geldwerth als der Gegenstand und Zweck, und die Handlung schlechterdings nur als Mittel zum Zweck. Man hat dagegen eingewendet, dass Geldwerth an sich ohne reale Existenz und nur ein wirtschaftliches Abstractum sei, welches nicht ein Objekt der Herrschaft abgeben könne.

Was gegen diese Theorien eingewendet worden ist, das hat wohl auch Ziebarth und Hartmann vermocht, andere Wege des Construierens einzuschlagen. Ziebarth⁴⁾ sagt, Obligationen seien nicht Rechte auf Werthe, sondern auf Handlungen, seien aber auch nicht Herrschaft über Handlungen: es gäbe bei den Rechten auf Handlungen kein selbständiges, von den Personen losgelöstes Objekt, und es sei der Fehler der herrschenden Ansicht,⁵⁾ dass sie einen solchen abgesonderten Gegenstand künstlich (?) schaffen wolle. Auch Hartmann⁶⁾ verzichtet ganz auf den Begriff eines Herrschaftsobjekts als Constructionsbasis, indem er nur eine normativ geschützte Macht des Gläubigers, einen bestimmten Erfolg durch fremde Hand-

¹⁾ Die Erbschaft (1856) S. 14.

²⁾ Untersuch. aus d. röm. Civilrecht I. (1856). S. 158 ff.

³⁾ Kritische Blätter III. S. 3.

⁴⁾ Die Realexec. u. d. Obl. S. 37. 38.

⁵⁾ Die von v. Savigny und Puchta ist gemeint.

⁶⁾ Die Obligation. S. 31. 117. 161. 272.

lung zu erzwingen annimmt. Wir sehen also, wie Ziebarth sich der Savigny'schen, Hartmann der Köppen'schen Ansicht annähert, aber beide das Objektsmoment preisgeben und damit der soliden Constructionsbasis verlustig gehen.⁷⁾ Diese war in den älteren Theorien gegeben, und wir dürfen sie nicht aufgeben. Aber es gilt, das Rechtsobjekt genauer zu bestimmen. Ich habe es versucht, indem ich das Objekt der Obligatio in der Person des Schuldners suchte, da das einzelne Willensmoment, welches gebannt wird, zu fassen unternahm, und weiterhin angab, wie Obligationsobjekt, Obligationsinhalt und Leistungsobjekt zu unterscheiden sind, wie das zweite zum ersten und das dritte zum zweiten sich begrifflich verhält. Ich denke, dass dieser Begriff des Obligationsobjekts der Art ist, dass der gegen die Savigny'sche Theorie erhobene Einwand hier nicht Platz greifen kann, und dass der andere Begriff des Obligationsinhalts der Art ist, dass der gegen die Köppen'sche Theorie erhobene Einwand darin seine Erledigung findet. Man gestatte mir hinzuzufügen, dass auch das, was gegen meine frühere Theorie vom Vermögensstoff einwendbar erschien, in meiner neueren Unterscheidung des Leistungsobjekts vom Obligationsinhalt überwunden ist.

II. Das Resultat unserer Untersuchung muss sich auch für praktische Einzelfragen fruchtbar erweisen. Ich greife hier zwei heraus, von denen die eine in der Theorie, die andere in der Praxis neuerdings mehrfach erwogen worden ist.

1) Gehört es zum Wesen der Obligatio, dass sie ein Geldinteresse repräsentirt?⁸⁾ Ich sage mit Ziebarth,⁹⁾ dass es nicht gerechtfertigt ist, die Obligationen *a priori* auf die geldwerthen Handlungen zu beschränken,¹⁰⁾ denn in der Obligatio soll eine partielle Herrschaft über den fremden Willen aufgerichtet werden, über den Willen in seiner Richtung und Beschränkung auf einen be-

⁷⁾ Vergl. oben § 22. a. E.

⁸⁾ Ihering Rechtsgutachten in Sachen der Gäubahn (1878) S. 49. Windscheid Pand. § 251. S. 3; § 314. Anm. 8. Bruns in Holtzendorffs Encycl. I. S. 384. Abweichend: von Savigny Obl.-R. I. S. 4; Puchta Cursus II. S. 3; Keller Pand. § 223.

⁹⁾ S. 38.

¹⁰⁾ Manche sind dieser Ansicht; Rocholl z. B. meint, es liege ein innerer Widerspruch vor, wenn Etwas Gegenstand des Vermögensrechts seyn solle, was keinen Vermögenswerth hat; es würde sonst eine unmittelbare Herrschaftsbefugnis zugelassen und eine Art von Sklaverei inaugurirt. Busch's Zeitschr. f. deut. Civilprocess VIII. (1884), S. 348.

stimmten durch Handeln erzielbaren Erfolg. Wenn nur dieser Erfolg irgendwelches vernünftiges Interesse für den Gläubiger hat, so erscheint die ihm ertheilte Herrschaft als vernünftig, und das Recht kann ihm Schutz verheissen: es kommt da nicht mit seiner Grundidee in Widerspruch.

Allein es ist denkbar, dass dieser höhere Gesichtspunkt einer Volksanschauung nicht entsprechend ist, dass eine engere Umzirkung des Gebiets der Objekte angemessen erscheint, und es ist, meine ich, dies dem Geiste des klassischen Rechts conform. In den Rahmen eines *jus certum ac definitum* konnte es nicht passen, dass der individuellen Laune, Spielerei und Passion Raum gewährt und Rechnung getragen und z. B. ein Forderungsrecht auf Hutabnehmen¹¹⁾ oder Spazierbegleitung oder Anmalung schlechter Witzbilder an die Pforte, anerkannt werde. Das schien dem antiken Römer des Rechtes nicht würdig. Wie eine Servitut nicht individueller Laune dienen sollte, so auch die Obligatio nicht.¹²⁾ Welch' anderes allgemeines Kriterium aber bot sich dar, als die Reducirbarkeit auf Geld, den allgemeinen Werthrepräsentanten? Darum meine ich, dass in dem bekannten Satze Ulpian's:¹³⁾ *ea in obligatione consistunt, quae pecunia lui praestarique possunt*, wirklich das Grundprincip des klassischen Rechts ausgesprochen worden ist;¹⁴⁾ was ganz entschieden auch bestätigt wird durch die vielen Stellen, in welchen das *aliquid interesse debet* proclamirt wird,¹⁵⁾ denn im Munde der römischen Juristen bedeutet das zweifellos ein abschätzbares Interesse.¹⁶⁾ Es ist ein sehr praktischer Gedanke, Obligationen mit rein ideellem, subjektivem Interesse für bedenklich zu erachten, weil dann eine klar bestimmbare Grenze für das Obligationengebiet fehlen

¹¹⁾ s. Ziebarth S. 39.

¹²⁾ Servituten und Obligationen erschienen den Römern als *incorporales res*, daher bei ihnen das besondere Bedürfniss besonderer Maasshaltung und Beschränkung.

¹³⁾ in fr. 9. § 2. *de statu lib.* (40, 7).

¹⁴⁾ Fr. 17. *mandati* (17, 1) ist keineswegs dagegen, denn da ist sehr wohl ein (recht erhebliches) pecuniäres Interesse denkbar.

¹⁵⁾ Ulpian: *Mandati actio tunc competit, cum coepit interesse ejus, qui mandavit; caeterum si nihil interest, cessat mandati actio, et eatenus competit, quatenus interest... si intererat mea, teneberis... si nihil... cessat actio: fr. 8. § 6. *mand.* (17, 1).*

¹⁶⁾ z. B. fr. 55. *de fidej.* (46, 1); fr. 27. § 2. *mand.* (17, 1); fr. 22. § 4. und fr. 26. § 2 *eod.*; fr. 21. § 2. *ad legem Aquil.* (9, 2). Vergl. auch *Servius Sulpicius de dotibus* (bei Gell. 44): *vitam pecunia aestimabat, quantum interfuerat eam uxorem accipi condemnabat.*

würde, der den Anspruch Erhebende immer irgend ein individuelles Interesse behaupten, und solches Interesse sich oft aller Berechnung und Controle, selbst derjenigen eines *bonus vir*, entziehen könnte. Diesen Standpunkt, dieses klassische Metrum hat der römische Rechtssinn bis in die Kaiserzeit eingehalten; ihm entspricht ganz das processuale System der *pecuniaria condemnatio* und die dem Römerthum eigne Auffassung des ganzen Privatrechts unter dem herrschenden Gesichtspunkt des Vermögensinteresse.¹⁷⁾ Dieser Grundsatz: keine Obligatio ohne Vermögensinteresse, ist in der Kaiserzeit, welche überall aus dem alten Rahmen heraustrat, mehrfach durchbrochen worden;¹⁸⁾ allein man blieb weit davon entfernt, nun das entgegengesetzte Princip zu proclamiren, ein solches ist in den Quellen nicht nachweisbar;¹⁹⁾ die Abweichungen blieben Ausnahmen.

Eine andere Frage ist die, ob unser germanischer, bez. moderner Rechtssinn nicht dem Princip unbegrenzter Obligationsmöglichkeit zuneigt; ich meine allerdings, dass diese Neigung in einem Recht anzunehmen sei, welches z. B. auch die Stellung des Kaufpreises in das Ermessen einer Partei zulässt.²⁰⁾

2) Gibt es unkündbare Obligationen, bez. Obligationen auf Lebenszeit? Eine solche ist die emphyteutische Verbindlichkeit zum Canon, aber sie ist an den Genuss eines Grundstücks geknüpft; sie beweist die Construirbarkeit solcher Obligationen, aber sie ist eine Singularität im römischen Recht. Sonst hat dieses Recht jene Frage in Anwendung auf die *societas*²¹⁾ wenigstens für positive

¹⁷⁾ Man denke an die Vormundschaft (*quasi contractus*), Ehe (*dos*), väterliche Gewalt (*peculium, bona adventicia*).

¹⁸⁾ Namentlich verwandtschaftliche Pietät (fr. 71. *de civit.* 21, 2; fr. 14. § 1. *de serv. corr.* 11, 3; fr. 1. § 2. *de tutelae act.* 27, 3), Pietät gegen den Erblasser (fr. 12. § 17. *mand.* 17, 1; fr. 7. *de ann. leg.* 33, 1), Ehre des Erblassers (fr. 1. § 4. 6. *de injur.* 47, 10), *mandatum aliena gratia* (fr. 6. § 4. *mand.* 17, 1; fr. 8. § 4. eod.), *dolose alienatio* (fr. 3. § 4. *de alien. jud. mut. c.* 4, 7), *propter aliquam incommoditatem; sepulcrum violatum* (fr. 8. § 3. *de sep. viol.* 47, 12), Entwendung öffentlicher Statuen (fr. 11. § 1. *quod vi* 43, 27).

¹⁹⁾ Den (oben mitgetheilten) gar nicht misszuverstehenden principiellen Aussprüchen Ulpian's können keine Principaussprüche entgegengestellt werden.

²⁰⁾ Ziebarth (die Realexecut. u. d. Obl. S. 39) meint, solche incommensurable Obligationen verdienen Schutz, wenn der Gläubiger Geld dafür geleistet habe. Das wäre eine greifbare Schranke.

²¹⁾ fr. 14—16; fr. 59. 63. § 8; fr. 65. § 3. 6. *pro socio* (17, 2). Das *pactum, ut heres succedat societati* bindet nicht; die Societät auf Lebens-

Leistungen verneint. Wichtig wird die Frage für Omissivobligationen. Ich meine, dass man hier zu unterscheiden hat. Es gibt solche Selbstbeschränkungen, welche die menschliche Freiheit nicht an der Wurzel angreifen, z. B. die Verpflichtung, *altius non aedificandi*, denn eine solche trifft weniger die Person, als das Grundstück und kann diesem selbst als *lex* (Servitut) auferlegt werden. Ungebührlich aber und *contra bonos mores* sind solche Selbstbeschränkungen, welche den Schuldner in ein Subjektionsverhältniss bringen und seine allgemeine Actionsfreiheit beschneiden würden, z. B. die kaufmännische Vertragsverpflichtung des Commis, nie ein (eignes) Concurrentzgeschäft irgendwo errichten zu dürfen;²²⁾ dann wäre der Schuldner nicht mehr an einem einzelnen Punkte, sondern auf der ganzen Linie seines Berufslebens gebunden und abhängig.²³⁾

V. Kapitel.

Einige Configurationen der Obligatio.

Novation und Korrealität.

§ 28.

I. Allgemeines.

I. Ich stelle Novation und Korrealobligation unter Einen Gesichtspunkt und fasse sie daher in diesem Kapitel zusammen. Dass sie innerlich verwandte Rechtsgebilde sind, lässt sich aus zahlreichen Quellenäusserungen entnehmen; ich führe hier nur eine Stelle Ulpian's¹⁾ an, welcher bemerkt, derselbe Rechtsakt, äusserlich angesehen, könne als Novation und als Erzeugung zweier coexistenten Obligationen

zeit kann ebenso, wie die auf bestimmte Zeit, vorher durch *tempeste renunciatio* erlöschen, freilich nur aus gewichtigen Gründen, aber sie bindet eben nicht schlechthin.

²²⁾ Die Verpflichtung muss zeitlich und bez. örtlich eingeschränkt seyn.

²³⁾ Im ersten Falle würde ich sagen: dem Vogel sei nur eine Feder ausgezogen; es kann ihm eine neue Feder wachsen, und der Mangel hindert ihn nicht am Fliegen. Im zweiten Falle würde der Gläubiger den Vogel an einem um's Bein gebundenen Faden festhalten, und der Vogel wäre unfrei, er könnte nur flattern.

¹⁾ fr. 2. *de novat.* (46, 2).

verstanden werden, indem unter letzterem Falle offenbar auch die Korrealobligation mitenthaltend gedacht ist;²⁾ es komme eben auf das *id quod actum est* an. Auf diese innere Verwandtschaft weist auch der Umstand hin, dass nicht selten die Novation als Uebergang der Obligatio auf ein anderes Subjekt, die Korrealobligation als Eine Obligatio mehrerer Subjekte bezeichnet wird.³⁾

Worin liegt diese innere Verwandtschaft? Ich denke: in dem Moment, welches ich Identität des Obligationsinhalts der mehreren Obligationen genannt habe. Dies ist es, was beiden Rechtsfiguren gleicher Weise charakteristisch ist und ihr innerstes Wesen ausmacht. Mehrheit der Obligationen! Die Novation setzt mehrere Obligationen begrifflich voraus, eine *prior* und eine *nova*; ebenso die Korrealität, nämlich mehrere coexistente *species obligationis*. Dort liegt successive, hier simultane Mehrheit vor. Die *nova obligatio* entnimmt ihren Obligationsinhalt aus der *prior*: so bei der Novation; die coexistenten Obligationsindividuen hängen zusammen, das Band, welches sie vereint, ist der allen gemeinsame Obligationsinhalt. Von diesem Constructionspunkte aus rechtfertigt sich die zusammenhängende Darstellung der beiden Gebilde, und die Untersuchung wird zeigen, dass die Aufhellung des einen der des anderen dienlich ist.

II. Es gibt Fälle, wo zwei Thatfachen vorliegen, deren jede eigentlich eine *causa obligationis* enthält, wenigstens der Erscheinung nach, wo aber der Wille der Parteien es nur auf Eine Obligatio abgesehen hat; auch hier entscheidet das *id quod actum est*: daher wird hier weder Novation, noch eine Mehrheit coexistenter Obligationen angenommen.

Pomponius: *Cum pecunia mutua data stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci et deinde eam stipulatione novari, quia id agitur, ut sola stipulatio teneat; et magis implendae stipulationis gratia numeratio intelligenda est fieri.* Fr. 7. de nov. (46, 2).

Ulpianus: *Cum pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione, et ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est. Idem erit dicendum, et si ante stipulatio facta (est), mox pecunia numerata sit.* Fr. 6. eod.

²⁾ Vergl. fr. 8. § 5. und fr. 16. eod.; namentlich auch fr. 3. pr. de duob. reis (45, 2).

³⁾ Wovon unten ausführlicher die Rede seyn wird.

Also weder Novation, noch Doppelobligation, d. h. weder nach einander, noch gleichzeitig ein Plural von Obligationen; sondern der ganze combinirte Vorgang erzeugt nur Eine Obligatio, wir haben es in keinem Falle und in keiner Weise mit einer Mehrheit von Obligationen zu thun.

Denken wir uns den bezeichneten Thatbestand mit einer kleinen Modification, nämlich so, dass A gezahlt, aber B stipulirt hat, so träte neben die Möglichkeit der Novationsabsicht die der Korrealobligationsabsicht, denn Zahlender und Stipulant könnten mit dem Empfänger in der letzteren Absicht übereinstimmen. Auch an solchem Falle werden wir die begriffliche Nähe von Novation und Korrealität gewahr.

III. Beiden ist ferner gemeinsam, dass sie in doppelter Gestalt auftreten können: 1) mit Verschiedenheit (bez. Wechsel) der Subjekte, nämlich die Novation, wenn sie auf Grund von Delegation oder Expromission geschieht, die Korrealobligation aber, wenn, was die Regel ist, eine Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern gegeben ist; 2) mit Identität der Subjekte, nämlich die Novation, wenn sie mit dem *animus novandi* (nochmals) contrahiren, die Korrealobligation aber, wenn Jemand zwei *correi* beerbt, indem dann *confusio* unterbleibt, und folglich beide Obligationen neben einander im Erben fort dauern.⁴⁾

IV. Abgesehen von dem vorhergenannten Falle (sub III. 2. a. E.) kann es auch sonst vorkommen, dass mehrere Obligationen in Einer Person entstehen oder zusammentreffen:⁵⁾ Fälle, welche nicht als Korrealität bezeichnet werden können, aber eine Aehnlichkeit mit ihr haben.⁶⁾

1) Man kann sich zweimal für dieselbe Obligatio verbürgen und begründet *duae obligationes ejusdem pecuniae nomine*, falls zuerst *in diem*, dann *pure* verbürgt wurde.⁷⁾

2) Ein Sklave, welchem Geld von einem Dritten geliehen wurde, contrahirte dadurch eine *naturalis obligatio*, wurde freigelassen und

⁴⁾ fr. 13. de duob. reis (45, 2); fr. 5. 21. § 1. de fidej. (46, 1). Bekanntlich confundiren sie sich nicht, weil sie *ejusdem potestatis* sind, und das kann praktisch wichtig seyn, wenn sie verschiedene Accessionen haben oder sonst verschiedenen Grundsätzen unterliegen.

⁵⁾ Vergl. Kuntze d. Oblig. u. Singularsucc. S. 145 u. Bähr d. Anerkennung § 13. (S. 50. 51. d. 2. Aufl.).

⁶⁾ Vergl. Liebe d. Stipulation. S. 173.

⁷⁾ Afric. fr. 21. § 1. de fidej. (46, 1).

beerbt dann den, welcher sich für ihn verbürgt hatte: solchenfalls treffen in dem Sklaven eine *obligatio naturalis* und eine *civitis (fidejussoria)* zusammen. Ebenso, wenn der Bürge umgekehrt den Freigelassenen beerbt.⁸⁾

3) Der Vormund, welcher der *actio rationibus distrahendis* ausgesetzt war, haftete doppelt, weil auch die (jüngere) *actio tutelae* gegen ihn begründet war; es waren also zwei Actionen, d. h. zwei Obligationen (aus derselben *causa*) gegen ihn,⁹⁾ welche in gleichem Verhältniss zu einander standen, wie die Verbindlichkeiten zweier *correi*.

4) Der Herr, mit dessen Wissen der Sklave einem Dritten einen Vermögensschaden zugefügt hatte, haftete doppelt: *in solidum* und ausserdem *servi nomine* mit *noxae deditio*; aber so, dass mit Erlangung der *poena* durch die eine Klage die andere consumirt wurde.¹⁰⁾

5) Wenn ein Gläubiger sich die Schuld *confirmandi gratia* nochmals stipulirte oder heutzutage Jemand sich über eine Schuld einen Deposito-Wechsel¹¹⁾ geben lässt (also ohne dass Novation beabsichtigt ist): so treffen zwei Obligationen, die eine aus der ursprünglichen *causa* und die andere aus der an jene sich anschliessenden formalen *causa*, im Gläubiger (und Schuldner) zusammen.¹²⁾ Aehnlich verhält es sich, so meine ich, mit dem *constitutum debiti proprii*, welches mit doppelter Absicht und Wirkung eingegangen werden kann: entweder so, dass die alte *Obligatio*¹³⁾ unversehrt bleibt und folglich zwei auf *eadem pecunia*¹⁴⁾ neben einander be-

⁸⁾ fr. 21. § 1. *cit.*

⁹⁾ Ulpian (fr. 1. § 21. 22. *de tutelae act.* 27, 7) sagt von diesem Falle: *ex una obligatione* (d. h. *causa*) *duas esse actiones* (d. h. *obligationes*) *constat... eadem est obligatio*; Wahl der einen beseitige die andere; vergl. Modest. fr. 53. *pr. de O. et A.* (44, 7). Anders im Fall des *furtum*, denn dann könnten *actio furti* und *actio tutelae* beide angestellt werden, ohne sich zu consumiren: *plures obligationes*. Vergl. oben § 24. III. 4. (Fr. 1. § 19. *si is qui test.* 47, 4).

¹⁰⁾ Paul. fr. 4. § 2 *de nox. act.* (9, 3). Hier ist also die Solidarobligation zu vergleichen, während zu Nr. 3 die strenge Korrealobligation.

¹¹⁾ Ueber Deposito- u. Garantiewechsel s. Kuntze Wechselrecht (in Endemann's Handbuch, 1884), S. 113.

¹²⁾ Paul. Sent. Rec. V, 7, 1. Ulp. in fr. 2. *de nov.* (46, 2); Paul. in fr. 28. § 4. *de jurejur.* (12, 2).

¹³⁾ *sortis obligatio*, wie die Quellen die *prior obligatio* nennen; s. fr. 6. *de jurej.* (12, 2); fr. 18. § 3 u. fr. 22. *de pec. const.* (13, 5).

¹⁴⁾ Freilich kann im Constitut *aliud pro alio* versprochen, d. h. ein anderes Leistungsobjekt substituirt werden.

stehen, jede geltend gemacht werden kann, aber die eine durch Erfüllung¹⁵⁾ der anderen erlischt, oder so, dass die alte entkräftet wird, wie durch ein *pactum de non petendo*, welches (stillschweigend) in dem Constitut enthalten ist.¹⁶⁾ Der erstere Fall ähnelt der Solidarobligation, wie der zweite der Novation.

6) Wenn auf Grund einer Societät Sachen gemeinsam geworden sind, so kann wegen auf sie gemachten Aufwandes der eine Gesellschafter gegen den anderen klagen, sowohl mit der *actio pro socio*, als mit der *actio communi dividundo*, welche Klagen Ausdruck zweier auf *eadem pecunia* gerichteten Obligationen sind.¹⁷⁾

§ 29.

II. Die Novation.¹⁾

1. Das Wesen derselben.

I. Man streitet darüber, worin das Wesen der Novation bestehe, und ebenso darüber, ob die Novation noch für uns ein praktischer Begriff sei. Windscheid²⁾ erklärt die zweite Frage für „noch nicht spruchreif“. Sehen wir zu!

Was die erste Frage anlangt, so schwankt die Doctrin zwischen dem Gedanken, dass die alte und die neue *Obligatio* Eine *Obligatio* sei,³⁾ und dem anderen Gedanken, dass die neue *Obligatio* auch der

¹⁵⁾ fr. 18. § 3. *de pec. constit.* (13, 5): *Vetus fuit dubitatio, an qui hac actione egit, sortis obligationem consumat. Et tutius est dicere, solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione, quoniam solutio ad utramque obligationem proficit.* Der analoge Fall, wenn *confirmandi gratia* stipulirt ist, unterscheidet sich, indem hier Klageanstellung die andere *actio* consumirt; s. fr. 28. § 4. *de jurejur.* (12, 2).

¹⁶⁾ Auf diese doppelte Möglichkeit des *animus paciscentium* ist in meiner früheren Ausführung (Kuntze d. Obl. u. Singularsucc. S. 200—205) nicht genügend Rücksicht genommen worden.

¹⁷⁾ *Vel pro socio vel communi dividundo me consecuturum, et altera actione alteram consumi.* Paul. fr. 38. *pro soc.* (17, 2). Bähr (d. Anerkennung S. 51. Anm. 2.) findet sich hier in Verlegenheit, aber die römischen Juristen wendeten nach Billigkeitsrücksicht bald das strenge Korrealitäts-, bald das günstigere Solidaritätsprincip an. S. oben fr. 18. § *cit.*

¹⁾ Der Ausdruck *novatio* kommt, wie *cessio*, in den Quellen bald für den (novirenden) Rechtsakt, bald für die (novatorische) Rechtswirkung vor, letzteres z. B. in fr. 8. § 1. und fr. 14. *de novat.* (46, 2).

²⁾ Lehrb. d. Pandektenrechts § 353. Anm. 2. a. E. (S. 345. d. 5. Aufl.).

³⁾ Einem bei Liebe (Die Stipulation) auftauchenden Gedanken.

Substanz nach eine andere als die alte sei und rein auf dem Begründungswillen beruhe.⁴⁾ Aehnlich streitet man betreffs der Korrealität über Einheit und Mehrheit der Obligationen. Was die zweite Frage anlangt, so behaupten Bähr,⁵⁾ Karlowa⁶⁾ u. A. die praktische Geltung im vollen Umfange, indem auch der formlose Vertrag zum Noviren benutzt werden könne, während Gneist,⁷⁾ Adickes^{7a)} u. A. den Novationsbegriff aus dem heutigen Recht ausmerzen. — Natürlich hängt die zweite Frage von der ersten ab. Zu dieser wende ich mich jetzt.

II. Wir müssen die Beantwortung der Frage, worin das Wesen der Novation bestehe, nicht bloss dogmatisch, sondern auch historisch vorbereiten.

Ganz richtig sagt Windscheid⁸⁾: „Novation ist Aufhebung eines Forderungsrechtes durch Begründung eines neuen. Die Novation ist ein einheitlicher Akt; sie ist nicht Aufhebung mit gleichzeitiger Begründung, auch nicht Aufhebung um der Begründung willen, sondern eben Aufhebung durch Begründung“. Es ist derselbe Gedanke, welcher immer schon von der herrschenden Theorie ausgedrückt wurde, indem sie die Novation als *modus tollendarum obligationum* im System placirte. Zwar sind Aufhebung und Neubegründung, rein logisch betrachtet, paritätische Elemente des Novationsbegriffs, allein das eigentlich juristische Interesse gehört dem ersteren Element. Die Novation ist nicht eine besondere Art der Begründungen, sondern der Aufhebungen von Obligationen.

Man kann die Novation unter verschiedenen Gesichtspunkten betrachten,⁹⁾ auch unter dem des Zwecks. Zweck der Novation kann gesteigerte Sicherheit und Bequemlichkeit des Gläubigers, Substituierung eines neuen Gläubigers oder Schuldners — Surrogat für die Cession oder Schuldübernahme — seyn. Allein die Aufklärung über den Zweck ist noch keine Aufklärung über das Wesen.

⁴⁾ So Windscheid I. c. § 353. Anm. 3b.

⁵⁾ Anerkennung § 12.

⁶⁾ Rechtsgeschäft S. 260 ff.

⁷⁾ Formelle Verträge S. 229.

^{7a)} Zur Lehre v. d. Bedingungen S. 140 ff.

⁸⁾ I. c. § 353. z. A. u. Anm. 1.

⁹⁾ Diese Unterscheidung unbeachtet gelassen oder nicht richtig durchgeführt zu haben, ist m. A. n. der Grundfehler der neuesten Schrift über Novation: Danz: Die Forderungsüberweisung etc. (1886), worin behauptet wird, die Novation mit Personenwechsel sei quellenmässig Uebertragung der Obligatio (S. 6—12).

Das juristisch Charakteristische tritt vielmehr hervor, wenn wir die Novation als eine besondere Aufhebungsart ins Auge fassen. Warum?

Weil hier von den Römern angenommen wurde, dass die *prior obligatio ipso jure* untergehe, ohne dass ein solenner *actus contrarius* (*acceptilatio*) oder wirkliche *solutio* stattfindet. Das war im römischen System etwas Besonderes. *Nexi obligatio* ward durch *liberatio per aes et libram*, Literalobligation durch Literalakt, Verbalobligation durch Verbalakt, Consensualobligation durch *contrarius consensus ipso jure* aufgehoben. Auch der *solutio* räumte man diese civilrechtliche Kraft ein.¹⁰⁾ Aber dass der Aufhebungswille in anderen Fällen, bloss weil er sich mit einem Begründungswillen verband, *ipso jure* die *prior obligatio* tilgen könne, war eine Besonderheit und musste als ein eigner Rechtssatz positiv (durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht) anerkannt seyn.¹¹⁾ Für den Aufhebungswillen war keine Solennität gegeben, die angewendete Solennität war die Expensilation oder Stipulation, also eine für Begründung erschaffene: dennoch sollte dem Aufhebungswillen, wenn er in Begleitung des solennen Begründungswillens aufträte, Tilgungskraft beigelegt seyn. Ohne dass gezahlt oder acceptoferirt wird, soll die Obligatio *ipso jure* erlöschen.¹²⁾ Das ist das juristisch Charakteristische Angesichts des Systems der Aufhebungsgründe im römischen Obligationenrecht.

III. Wie aber kam der römische Rechtssinn dazu, diese Besonderheit aufzustellen? Ich sagte vorhin: der Aufhebungswille träte in Begleitung des Begründungswillens auf: das muss präcisirt werden. Eine bloss äusserliche Begleitung wäre nicht genügender Berechtigungsgrund für eine solche Besonderheit. Das Zusammenerklären beider Willen muss innerlich durch einen Kausalnexus motivirt seyn, und dieser innere Nexus muss deutlich gemacht werden, um das Wesen der Novation dogmatisch festzustellen.

Windscheid¹³⁾ sagt: „Das die bestehende Obligatio in der

¹⁰⁾ Vergl. dazu Kuntze Lehre v. d. Inhaberpap. (1857) § 75.

¹¹⁾ Der Fall ist anders geartet, als bei dem jüngeren Testament, durch welches das frühere *ipso jure* aufgehoben wird, denn hier kommt gar nichts auf den Willen des Testators an, die Aufhebung des älteren ist ein Satz juristischer Konsequenz, sie folgt aus dem Wesen des Testaments als eines exklusiven Generalwillens.

¹²⁾ Ulpian sagt: *Omnes res transire in novationem possunt, quodcumque enim sive verbis contractum est, sive non verbis, novari potest et transire in verborum obligationem ex quacunque obligatione* (fr. 2. de novat. 46, 2).

¹³⁾ I. c. S. 344. Anm. 2.

Novation Aufhebende ist das Daseyn der neuen Obligation, nicht die Befriedigung,¹⁴⁾ welche der Gläubiger in dieser letzteren hat. Gewiss! Aber warum entscheidet die neue Obligatio durch ihr blosses Daseyn das Nichtdaseyn der alten Obligatio? Der Begründungswille und der Aufhebungswille sind doch zwei verschiedene Willen, verschieden sowohl im Inhalt, als auch in der Beziehung auf verschiedene Obligationen. Also wie kann die solenne Form des Begründungswillens rationeller Weise zugleich den (unsolemn erklärten) Aufhebungswillen decken und mit der Kraft des Wirkens *ipso jure* begaben? Windscheid¹⁵⁾ fährt fort zu sagen: „Der Begründungswille schafft eine Obligation eben statt einer anderen, und, wenn man will, auf Grund einer anderen, aber deswegen nicht aus einer anderen“. Aber ich frage von Neuem, wie kann ein solcher Rechtsakt auf Grund einer Obligatio diese vernichten? Die innere Berechtigung kann doch unmöglich in etwas Anderem liegen, als dass durch Entnahme des Stoffs der alten in die neue Obligatio jene entseelt wird und stirbt. Es findet also gerade das Statt, was von Windscheid verneint wird: Der Begründungswille schafft aus der alten eine neue Obligatio, nimmt in der That eine Verwandlung vor und thut das, was nicht bloss in dem Worte *novatio* ausgedrückt, sondern auch in der bekannten Legaldefinition¹⁶⁾ derselben mit drastischer und unmissverständlicher Handgreiflichkeit dargelegt wird. Windscheid¹⁷⁾ erklärt die Vorstellung einer blossen Umwandlung des Forderungsrechts für ungenau, daher auch jene Legaldefinition und die von ihr ausgehende Auffassung für unzutreffend; allein wir kommen nicht los davon: das *prius debitum* wird in die neue Obligatio transfundirt und transferirt, wie aus einem Gefäss in das andere, und jenes schrumpft damit in Nichts zusammen, einem Ballon vergleichbar, welchem der Luftinhalt ausgepumpt ist. Weil der alten Obligatio ihre *causa* geraubt ist, um sie für die neue zu verwenden, darum bewirkt der Novationswille die Tilgung der alten Obligatio, und deckt die Form des Begründungswillens zugleich den unsolemn Tilgungswillen, so dass er civilrechtlich wirken kann.

¹⁴⁾ Ueber diesen Gedanken s. unten § 30. II.

¹⁵⁾ I. c. S. 345. Anm. 3b.

¹⁶⁾ Ulpian fr. 1. de *novat.* 46, 2): *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio; hoc est, cum ex praecedenti causa ita nova constituitur, ut prior perimatur.*

¹⁷⁾ S. 345 im Text und in Anm. 3b.

Freilich ist der Vorgang, welcher von mir als Verwendung bezeichnet wurde, kein einfacher, denn es lässt sich eine *causa* nicht ohne Weiteres übertragen, weil jede Obligatio ihre *causa* hat, aber sie lässt sich in der Weise ein- und umschmelzen, dass sie in die neue formale *causa* aufgenommen wird und in dieser fortwirkt. Nur ein abstrakter Contrahierungsakt ist vermögend, eine alte *causa* herüberzunehmen und gleichsam aufzufangen; unzweifelhaft ist das die Vorstellung Ulpians in der Legaldefinition. Freilich entscheidet der Wille der Contrahenten, der *animus novandi* muss vorhanden (und irgendwie erklärt) seyn, aber die Subjekte der Obligatio haben die Verfügungsgewalt über die (alte) Obligatio, über die *causa* oder den Obligationsinhalt derselben und transferiren ihn in die *causa obligans* der neuen, wo er nun *implicite* seine Erledigung in dem Schicksal eben der neuen Obligatio findet.¹⁸⁾

IV. An dem gefundenen Resultat dürfen wir nicht irre werden dadurch, dass wir in den Quellen einen Wechsel in den Ausdrücken finden, was den Anschein gibt, als ob die Römer in der Auffassung des Wesens der Novation unsicher gewesen wären. Das ist nicht der Fall, denn dass durch die Novation die alte Obligatio *ipso jure* getilgt werde, ist ihnen nie zweifelhaft gewesen.¹⁹⁾ Aber es gebrach ihnen an einem festen Terminus für das Element, welches von mir als „Obligationsinhalt“ bezeichnet worden ist.²⁰⁾ Wir sahen, dass dasselbe bald *causa*, bald *debitum*, bald *pecunia*, bald auch *obligatio* genannt wurde, und können uns folglich nicht wundern, dass wir auch bei der Nennung der Novation bald den einen, bald einen der anderen Ausdrücke antreffen.

Ganz correct, wenn auch etwas umständlich sagt Papinian²¹⁾ von einem Novationsakte: *servus in aliud nomen aliumque statum obligationis transfertur*; er hat dabei eine *novatio per delegationem*

¹⁸⁾ Ich habe keine Veranlassung, hier auf die Fragen einzugehen, 1) welche Bedeutung das Nichtentstehen eines neuen Forderungsrechts oder ein bedingtes oder ein anfechtbares neues Forderungsrecht habe; 2) welche Bedeutung der Novationsvertrag in Ermangelung eines zu tilgenden Forderungsrechtes habe, und 3) ob der Novationsvertrag eine abstracte oder discrete (materiell individualisirte) Obligatio begründe; vergl. darüber die sorgfältigen Auseinandersetzungen bei Windscheid § 354. 355.

¹⁹⁾ Vergl. Jul. fr. 58. de *V. O.* (45, 1): *nisi novandi animo specialiter expresserit, tunc enim priore obligatione expirante ex secunda introducitur petitio.*

²⁰⁾ S. oben § 24.

²¹⁾ fr. 17. de *cond. furt.* (13, 1).

vor Augen. Sonst bedienen sich die römischen Juristen, wenn sie bei der Novation mehr die Verkehrsbewegung des obligatorischen Werthes, als den Untergang der *prior obligatio* im Auge haben, gern und harmlos der Wendung: *obligatio transfertur* oder *transit* (*sc. in novum creditorem vel debitorem*). So sagt Gaius: *si ab idoneo debitore ad inopem novandi causa transtulerit obligationem*²²⁾; aber auch correctere Juristen, wie Scaevola und Ulpian, haben kein Bedenken, ebenso zu sagen: *genere novationis transit obligatio*²³⁾ — *manumissus non patitur, obligationem in se transferri*²⁴⁾ (*sc. expromissione*). Offenbar soll damit nicht die Wirkung des Novationsaktes, dass die *prior obligatio* untergeht, geleugnet werden, sondern es ist an dasjenige obligatorische Element, welches wirklich übergeht, gedacht: die *causa obligationis*, das *debitum* (oder *nomen*), was ich den Obligationsinhalt genannt habe. Nur in dem Falle der Universalsuccession kann von wirklichem Uebergang der *obligatio* geredet werden,²⁵⁾ weil hier kein Personwechsel eintritt und Alles *in statu quo* bleibt. Wir haben also den Ausdruck *obligatio transfertur* von der Novation nicht streng zu nehmen, und hier unter *obligatio* nicht die *Obligatio* selbst, sondern lediglich den Obligationsinhalt im Sinne des § 28 (oben) zu verstehen, wie wir das noch ganz deutlich aus der harmlosen Aeusserung des Gaius entnehmen können: *nova nascitur obligatio, et prima tollitur translata in posteriorem*,²⁶⁾ für welche Conglutination zweier Gesichtspunkte indess dem Gaius selbst die Verantwortung überlassen werden muss.²⁷⁾

§ 30.

2. Unterscheidung der Novation von ähnlichen Erscheinungen.

I. Eine Novation ist es nicht, wenn eine neue *Obligatio*, welche discreter Natur ist, der alten substituirt wird. Hier lässt sich nicht

²²⁾ fr. 27. *de minor.* (4, 4).

²³⁾ fr. 60. *de fidejuss.* (46, 1).

²⁴⁾ fr. 7. § 8. *de dolo malo* (4, 3).

²⁵⁾ *Transit obligatio in heredes*. Paul. fr. 76. *de V. O.* (45, 1). *Non solet stipulatio* (d. h. *obligatio ex stipulatu*) *semel cui quaesita ad alium transire, nisi ad heredem vel arrogatorem*. Ulp. fr. 25. § 2. *de usufr.* (7, 1). Dazu Gai. 2, 38.

²⁶⁾ Gai. 3, 176.

²⁷⁾ Vergl. Kuntze: Der Provinzialjurist Gaius (Decanatsprogramm, 1883) S. 17. Anders v. Salpius *Novation* S. 359 u. Danz I. c.

sagen, dass die neue *Obligatio* die alte *causa* in sich herüber und aufgenommen habe, denn sie hat ihre eigene spezifische *causa*. Nur der Formalvertrag hat diejenige Receptionsfähigkeit, welche für Novation erforderlich ist. Wie unterscheidet sich nun aber der Fall faktischer Substituierung einer neuen (discreten) *Obligatio* von der Novation?

Man wähle als Beispiel den in den Quellen so häufig erwähnten Fall, dass einem *depositum* ein *mutuum* substituirt wird,¹⁾ sei es dass diese Wandelung gleich *initio contractus* vorgesehen²⁾ oder erst nachträglich verabredet ist.³⁾ Wie ist diese Wandelung vorzustellen? Hier geht die *prior obligatio* nicht einfach durch die Willenserklärung, welche auf die Begründung der *nova obligatio* gerichtet ist, unter, sondern es muss noch ein vermittelnder Thatbestand hinzugedacht werden, d. h. ein Vorgang, welcher sich eigentlich aus Rückgabe der deponirten Summe (Aufhebung des *depositum*) und Hingabe der gleichen Summe zum Darlehn zusammensetzt. Freilich braucht dieser Doppelakt nicht wirklich vorgenommen zu werden, weil das hier ganz überflüssig wäre, denn diese Summe kann gleich in der Hand des nunmehrigen Darlehnschuldners verbleiben, und so der Zustand eintreten, wie wenn Hin- und Herzahlung erfolgt wäre. Was also zwischen dem *Depositum* und Darlehn innewohnt, ist die Verwandlung der *detentio alieno nomine* (des bisherigen Depositors) in Besitz und Eigenthum (des nunmehrigen Darlehnschuldners). Diese erfolgt entweder durch *contractatio* mit Consens des Gebers (*rem movere, re uti*) im ersteren Falle, oder durch *traditio brevi manu* im zweiten Falle. Dies ist es, was sowohl die Aufhebung der *obligatio ex deposito*, als die Begründung der *obligatio ex mutuo* bedingt und vermittelt.

Einfacher liegt die Sache, wenn eine *Obligatio* aus Consensualcontract an die Stelle einer anderen solchen gesetzt, z. B. aus einem Miethverhältniss ein Kaufgeschäft gemacht wird oder umgekehrt, denn dann genügt einfache Willenserklärung der Parteien, welche ein Doppelpertes enthält: einen *mutuus dissensus* betreffs der alten und

¹⁾ Analog ist der Fall in fr. 15. *de reb. cr.* (12, 1) a. E.

²⁾ *si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut, si voluisses, utereris; priusquam utaris, depositi teneberis*. Ulp. fr. 1. § 34. *depos.* (16, 3); ebenso fr. 10. *de reb. cr.* (12, 1).

³⁾ *Deposui apud te decem, postea permisi tibi, uti. Nerva, Proculus, etiam antequam moveatur, me condicere quasi mutua tibi haec posse, ajunt*. Ulp. fr. 9. eod.

einen *consensus* betreffs der neuen *Obligatio*; und nur wenn aus der alten *Obligatio* von einer Seite (z. B. vom Vermiether) bereits geleistet war, muss zu der (entscheidenden) Willenserklärung eine *traditio brevi manu* oder ein *constitutum possessorium* hinzugedacht werden. Auch hier aber ist überall nicht einfach Aufhebung durch Neubegründung, sondern selbständige Aufhebung und darauf folgende (wenn auch vielleicht unmittelbar sich anschliessende) Neubegründung, nicht also ein einziger, sondern ein zwiefacher Rechtsakt gegeben, und es ist nur Schein, wenn der zwiefache Rechtsakt sich äusserlich nicht als solcher darstellt, und was in einem Athem erklärt ist, dem Laienblick als Einheit erscheint.

Auch das ist möglich gewesen, dass eine abstrakte *Obligatio* in eine discrete umgewandelt wurde; z. B. Titius hatte (*donandi causa*) eine Villa zu leisten versprochen und miethet nun dieselbe, oder Titius war durch *expensilatio* dem Maevius 1000 *aurei* zu zahlen schuldig, und behält die Summe nun als Darlehn. Diese Fälle sind den vorigen gleich, denn auch bei ihnen ist der Aufhebungsakt innerlich getrennt von dem Begründungsakte zu denken, und vermittelt wird Beides durch unsichtbare Hin- und Rückgabe.

II. Eine Novation ist es ferner nicht, wenn Etwas an Zahlungsstatt geleistet wird, und ebensowenig ist umgekehrt die Novation eine Hingabe an Zahlungsstatt.⁴⁾ Eine solche Annahme wird schon dadurch widerlegt, dass die Römer von jeher unzweifelhaft der Novation die Kraft des Tilgens *ipso jure* zuschrieben, aber noch in der Kaiserzeit darüber stritten, ob die *in solutum datio ipso jure* oder nur *ope exceptionis* die *Obligatio* beseitigte.

In *solutum datio* ist Befriedigung des Gläubigers durch ein Surrogat: die Auffassung der *novatio* als *datio in solutum* (Gewährung einer neuen *Obligatio* als Ersatz) würde daher den Satz verlangen, dass schlechterdings die alte *Obligatio* nur, wenn die neue entsteht und unanfechtbar ist, aufgehoben werde, was nicht ohne Weiteres zuzugeben ist. Ferner in der *in solutum datio* liegt Hingabe von etwas schon Bestehendem, für dessen *Eviction* zu haften ist, während bei der Novation das zu Leistende in diesem Augenblicke erst zur Entstehung kommt. Endlich würde es schwer seyn, die Novation, durch welche ein neuer Gläubiger substituirt wird,

⁴⁾ s. Windscheid § 353. Anm. 2. Anders v. Savigny *Obligationenrecht* I. S. 165.

als Befriedigung des alten zu fassen.⁵⁾ Nicht juristisch also, sondern nur ökonomisch lässt sich in manchen Fällen sagen, der Gläubiger habe in der neuen *Obligatio* ein Aequivalent empfangen, und dieser Empfang sei einer Befriedigung vergleichbar, besonders wenn die neue *Obligatio* mehr Sicherheit gewährt, als die alte.⁶⁾ Anders liegt die Sache, wenn Jemand, welcher sich zu Contrahirung einer bestimmten (z. B. Darlehns- oder Wechsel-) *Obligation* verpflichtet hat, seiner Verpflichtung nachkommt; indem er die beabsichtigte *Obligatio* begründet, erfüllt er seine erste Verbindlichkeit, zahlt also: auch hier liegt nicht *in solutum datio*, sondern ein wirklicher *Solutionsakt* vor. Von Novation kann hier gleichfalls nicht die Rede seyn. Andererseits aber kann, wie hier eine *solutio* vorliegt, die Novation mit der *solutio* verglichen werden, und das ist oft in den Quellen geschehen, worauf unten bei der Betrachtung der *Korrealobligation* zurückzukommen seyn wird.

Eine Aehnlichkeit mit der Novation liegt dann vor, wenn eine Forderung *in solutum* gegeben, d. h. cedirt wird, so dass der Cedent durch erfolgende *denuntiatio* befreit wird, denn hier erlischt die Forderung des *Cessionars*, und erwirbt er dafür die Forderung gegen den *debitor cessus*; es ist gewissermaassen ein Tausch von Forderungen, vermittelt durch *Cession*.

III. Von der *in solutum datio* liegt es nicht weit ab, an den formlosen Erlassvertrag und das *constitutum debiti* zu denken. Auch da kann nicht von Novation die Rede seyn. Der Erlassvertrag kann z. B. mit Neubegründung einer *Obligatio* so verbunden seyn, dass faktisch die neue *Obligatio* ein Ersatz für die erlassene Schuld ist; allein die alte *Obligatio* ist hier nicht *ipso jure*, sondern *ope exceptionis* beseitigt. Auch das *constitutum* kann so gemeint seyn, dass aus der alten *Obligatio* nicht mehr geklagt werden,⁷⁾ sondern nur die *actio de pecunia constituta* statthaft seyn soll;⁸⁾ hier besteht die

⁵⁾ Vergl. Hellmann, Die novator. Function der Wechselbegebung, Seite 11.

⁶⁾ Eine verwandte Frage ist die, ob die *confusio* als Compensation zu verstehen sei; sie kann ökonomisch so aufgefasst werden, aber juristisch nicht, schon deswegen nicht, weil die *confusio ipso jure*, die Compensation *ope exceptionis* wirkt. Vergl. Windscheid § 352. Anm. 4.

⁷⁾ Vergl. oben § 28. IV. 5.

⁸⁾ Beispiel in fr. 25. *pr. de pec. const.* (13, 5) und wohl auch in fr. 5. *pr. u. fr. 1. § 5. eod.*

alte Obligatio gleichfalls *ipso jure* fort; mit dem *constitutum* hat sich eben ein *pactum de non petendo* verbunden.⁹⁾

IV. Bemerkenswerth endlich ist, dass Papinian den Fall der *purgatio morae* durch Obligation des Geschuldeten mit einer *novatio per delegationem* vergleicht;¹⁰⁾ er meint damit, die Obligation seitens des mit der *condictio furtiva* haftenden Diebes bewirke Aufhebung der Conditionshaftung und mache die Restitutionsverbindlichkeit zu einer einfachen Obligatio, gleich als wenn sie, wie er sagt, *in aliud nomen aliumque statum obligationis transferatur*. Ein anderer der Novation vergleichbarer Fall ist der Ausschluss des *commodum separationis* dadurch, dass der Erbschaftsgläubiger durch Zinsenerhebung oder Pfandannahme vom Erben sein Forderungsrecht mit dessen Person verknüpft.¹¹⁾

§ 31.

3. Die Novation im heutigen Recht.

I. Ich wende mich jetzt zu der oben (§ 29. z. A.) bezeichneten zweiten Frage. Zweifelsohne können auch heutzutage Rechtsgeschäfte vorkommen, welche durchaus gleichartig sind den Novationsfällen des römischen Rechts. Das übliche Beispiel dafür wird dem Wechselgeschäft entnommen.¹⁾ Man kann auf Grund eines Schenkungsverprechens einen Eigenwechsel ausstellen, oder über den Betrag einer Kaufsumme eine Tratte auf Jemand ziehen und dem Verkäufer geben, oder eine Bürgschaft, die man übernommen, durch ein Indossament bekräftigen: Alles mit der erklärten Absicht,²⁾ die alte Obligatio zu noviren. Es kommt eben hier, wie schon im römischen Rechte, auf den *animus novandi* an,³⁾ und der Vorgang, auf sein

⁹⁾ Ulpian verweist dafür auf die in *solutum datio* in fr. 1. § 5 eod.

¹⁰⁾ fr. 17. *de cond. furt.* (13, 1).

¹¹⁾ *heredis personam elegit, secutus est*. Ulp. fr. 1. § 10. 15. 16. *de separat.* (42, 6).

¹⁾ Vergl. Sammlung wechselrechtl. Entscheid. d. Reichsoberhandelsgerichts. Stuttg. 1876. I. Nr. 75. 86. 118. II. No. 155. 184. 192.

²⁾ Diese Absicht ist Erforderniss. Man sagt dann, der Wechsel sei an Zahlungsstatt gegeben, im Unterschied von dem gewöhnlichen Falle, da nur die Suspendirung der alten Schuld (bis fest steht, dass trotz Beobachtung der wechselfässigen Erfordernisse Zahlung aus dem Wechsel nicht erlangt wird) gewollt ist, m. a. W. der Wechsel Zahlungshalber gegeben ist.

³⁾ Vergl. Kuntze, d. Wechselrecht (1884) S. 113. 114. und Windscheid, Pand. § 354. Anm. 15. a. f.

juristisches Wesen angesehen, unterscheidet sich dann in nichts von einer *novatio per stipulationem*. Ebensowenig hat es Bedenken heutzutage von einer qualificirten Novation zu sprechen, wenn Gläubiger oder Schuldner (*per delegationem, expromissionem*) wechselt, denn es können hier genau die nämlichen Elemente verwirklicht seyn, wie im römischen Recht, wodurch der Fall sich von der Cession oder der Schuldübernahme genau so unterscheidet, wie die Novation von diesen Rechtsakten. Es ist mithin nicht einzusehen, warum der Novationsbegriff unserem heutigen Recht fremd seyn sollte; alle Gegenargumente beruhen auf einer Verkennung des Wesens der Novation.⁴⁾ Novation ist Tilgung der alten Obligatio durch Verwendung ihres Obligationsinhaltes für die neue Obligatio, indem diese sich mit jenem Inhalt erfüllt und eben dadurch der alten ihren Inhalt entzieht; dies kann bei uns ebensogut wie bei den Römern vorkommen.

II. Eine andere Frage ist, ob es sich verlohnt, dieses Phänomen noch ebenso, wie innerhalb des römischen Systems, zu accentuiren. Diese Frage verneine ich, aus dem Grunde, weil wir in Gemässheit des richtig verstandenen Grundsatzes: *pacta sunt servanda*, weder für obligatorische, noch für liberatorische Rechtsgeschäfte das principielle Erforderniss der Solennisirung haben. Jeder auch unsolenne Vertrag bindet und wirkt, und der Novationsakt bindet und wirkt gleichfalls ohne *verborum* oder *scripturae proprietatis*: dies können selbst diejenigen zugeben, welche für Begründung abstrakter Obligationen einen solennen Formalakt erfordern, denn der Novationsakt ist nicht ein bezugsloser, sondern ein bezugnehmender Formalakt; der *animus novandi* legt die Causalbeziehung in die neue Obligatio, so dass dieselbe nicht eine einfach abstrakte Obligatio ist.

Mithin hat der Novationsakt für uns nichts Besonderes mehr; er fällt unter den allgemeinen Grundsatz, dass wir formlos Obligationen begründen und aufheben können, auch so dass die Aufhebung völlig und absolut (*ipso jure*) erfolgt. Es bleibt freilich wahr, dass diese Fälle sich unterscheiden: 1) in dem einen Falle geschehen Aufhebung und Neubegründung selbständig (wie in § 30. unter I.); 2) in dem anderen Falle verschlingen sich und fallen Aufhebung und Neubegründung in einander, indem die erstere eben nur durch die zweite geschieht (wie in § 29. unter III.). Aber ebenso gewiss ist, dass wir kein erhebliches Interesse mehr haben,

⁴⁾ Vergl. z. B. Windscheid (in Pand. § 353. Anm. 3. a. E.) über Hellmann's Ansicht.

diesen zweiten Fall ausführlich zu behandeln.⁵⁾ Auch wenn wir davon ausgehen, dass der Aufhebungswille durch die Neubegründung bedingt ist oder seyn kann,⁶⁾ müssen wir sagen, dass derselbe subjektive Nexus in dem Falle *sub* 1) stattfinden und folglich jedes praktische Interesse der Unterscheidung fehlen kann. Alles wird Interpretationsfrage.

III. Für die Römer hatte die Novation eine besondere praktische Bedeutung, wenn es galt, Generaldecharge zu ertheilen, was seit Aquilius Gallus durch die s. g. *stipulatio Aquiliana* vermittelt wurde. Deren Formular⁷⁾ war so eingerichtet, dass sie ein ganzes Conglomerat oder Conto von Obligationen und Ansprüchen, die möglicher Weise zwischen demselben Gläubiger und Schuldner bestanden, mit Einem Male *novationis jure* in Eine Gesamtoobligation verwandeln konnte, um einfach so dem Ganzen durch Acceptilation den Garaus zu machen.⁸⁾ Wir stellen uns heutzutage solchen Vorgang, noch einfacher, als unmittelbar tilgende Generalwillenserklärung des Gläubigers vor, welcher mit liberirender Absicht seinen Schuldner ein für allemal entlasten will: es ist ein *ipso jure* wirkender Erlassvertrag.

Eine ähnliche Erscheinung, wie die *stipulatio Aquiliana*, bietet die kaufmännische Anerkennung des Saldovortrags dar, durch welche gleichfalls das Zurückkommen auf frühere Geschäftsbeziehungen und Rechnungsperioden abgeschnitten und *tabula rasa* gemacht werden soll. Der Saldovortrag bildet den Inhalt einer neuen Obligatio, welche gewissermaassen den Inhalt sämtlicher bisherigen *credita* und *debita* in sich aufnimmt, insoweit sie nicht durch Compensation und bez. Zahlung getilgt sind.⁹⁾ Auch für die Anerkennung des Saldo besteht kein Solemnitätserforderniss.

Eine besondere Betrachtung verdient noch die qualificirte No-

⁵⁾ Dasselbe meint wohl Windscheid Pand. § 353. Anm. 3. a. E. (vor der letzten Parenthese).

⁶⁾ Vergl. Windscheid § 355. z. A.

⁷⁾ Florentin in fr. 18. *de acceptil.* (46, 4) und fast gleichlautend § 2. *J. qu. mod. obl. toll.* (3, 29). Vergl. Kuntze *Cursus d. R. R.* § 658.

⁸⁾ Vergl. Windscheid § 353. Anm. 7.

⁹⁾ Vergl. Windscheid § 354. Anm. 15 a. E. Wann Zahlung und Compensation als erfolgt zu betrachten sind, bildet eine Frage für sich, bei welcher zu beachten ist, dass im Contocorrent die Credit und Debetposten bis zum Saldirungszeitpunkt in ihrer individuellen Existenz gewahrt bleiben, bis dahin also nicht Tilgung durch Zahlung oder Compensation anzunehmen ist.

vation, d. h. mit Personwechsel, oder wie gewöhnlich gesagt wird, die Novation *per delegatōnem* und *per expromissionem*. Bei ihr tritt eine besondere Function der Novation im Verkehr hervor, denn sie wird zum Medium der commerciellen Bewegung der obligatorischen Vermögensstoffe. In diesem Sinne steht sie neben der Cession und Schuldübernahme. In manchen Fällen ist Novation, in anderen Cession und Schuldübernahme am Platze; jede hat ihre Schwächen und Stärken, der Verkehr kann keiner entbehren, und es liegt daher nahe, gerade unter dem Gesichtspunkte der Verkehrsbewegung der Obligationen von der Novation im heutigen Rechtssystem zu handeln. Dieser Gesichtspunkt ist ungleich wichtiger, als der des (*ipso jure* wirkenden) Tilgungsgrundes. In dem von der negociablen Obligatio und obligatorischen Singularsuccession handelnden Kapitel werde ich auf dieses Thema zurückkommen.

§ 32.

III. Die Korrealobligation.

1. Die neuere Doctrin.

(Ribbentrop und Keller.)

I. Die Harmlosigkeit der älteren Korrealitäts-Doctrin, welche uns jetzt fast wie ein Kindermärchen aus der Zeit der Träume erscheint, ist längst gebrochen. Im Verlauf eines halben Jahrhunderts ist aus dem Märchen ein ernster Gedankenkampf geworden, in welchem scharfe und stumpfe Waffen durcheinander rasseln, und die Helden, einer wider den andern, losschlagen, wie wenn die bekannten mythischen Steine des Kadmos unter die geharnischten Drachensöhne geschleudert würden. Alle denkbaren und undenkbaren Formeln sind proclamirt worden, von Hasse bis Hölder; man möchte verzweifeln, nur Verzweiflung scheint übrig zu seyn, und in der That hat auch der Schritt der Verzweiflung noch die Gestalt einer Theorie angenommen. In der jüngsten, der Hölder'schen, Theorie ist dieser Schritt gethan, denn sie findet, indem sie die Einheit der *plures obligationes* fingirt wissen will, in einer Fiction „den einzigen Schlüssel“ zur Erklärung des mysteriösen Phänomens. Ist das Erklärung? Ist das nicht vielmehr Verzicht auf Erklärung? Die Wissenschaft verzichtet offenbar auf Erklärung, wenn sie auf das positive Recht verweist, welches die Fiction aufgestellt, eingeführt, befohlen habe. „Es ist so, weil es der Gesetzgeber so will!“

Das heisst doch nicht den Rechtssatz erklären, sondern nachsprechen und wiederholen.

Freilich hat auch die Lage der Quellen etwas Ver zweifeltes. Nicht bloss verschiedene Juristen sprechen von *obligatio* und *obligationes*, sondern ein und derselbe Jurist nimmt bald den Singular, bald den Plural in den Mund, ja mancher thut das gleichsam in Einem Athem, in derselben Stelle, in demselben Satze, z. B. Ulpian in fr. 3. pr. und § 1. *de duob. reis.* (45, 2). So scheint der Streit schon die antike Juristenwelt in zwei Lager getheilt, oder richtiger die Seele der Einzelnen selbst entzweit zu haben. Gibt es da Aussicht auf Entscheidung, Versöhnung und Frieden? Trotz dieser Ungewissheit oder eben darum richten sich die Augen der deutschen und ausländischen Doctrin immer von Neuem auf die Korrealobligation; man will sich mit dem Dämmerlicht nicht begnügen; es widerfährt sogar neuerdings dieser „problematischen Natur“ nicht bloss viel Aufmerksamkeit, sondern auch viel Ehre, ich meine die Vergleichung der römischen *correi* mit den römischen *Consules*, welche ein gefeierter Kenner Roms beliebt hat. Jenes Labyrinth der civilistischen Doctrin und dieses Comparativbild als Krönung darauf soll jetzt in kurzen Zügen dargestellt werden.

II. Bekanntlich ging die alte Doctrin vor der Wiederauffindung des Institutionentextes des Gaius von der Annahme einer *una plurium obligatio* aus; das neue Streiflicht, welches Hasse auf das Problem fallen liess, blieb ohne Einfluss. Zuerst Keller¹⁾ hatte mit seiner Unterscheidung zwischen dem „objektiven Bestand“ und der „subjektiven Beziehung“ der *Obligatio* einen bedeutenden Erfolg, seitdem Ribbentrop²⁾ dieses neue Theorem zum Ausgangspunkt für seine die Solidarobligation von der eigentlichen Korrealobligation unterscheidenden Lehre nahm. Die Keller'sche Distinctivformel wollte die Unitätstheorie, indem sie sie modificirte, retten, und es ist ihr dies insofern gelungen, als die nun herrschende Doctrin sich bei ihr beruhigt. Trotz immer mehr sich häufender Angriffe ist sie noch immer die Lehre, in welcher sich die relativ meisten Theoretiker zusammenfinden; keine der Gegenlehren hat eine auch nur annähernd gleiche Zahl von Anhängern aufzuweisen. Aber wachsend ist die Zahl der Angriffe und der Gegenlehren. Kurz vor der Ribbentrop'schen Schrift konnte, worauf von Windscheid aufmerk-

¹⁾ Ueber Litiscontest. u. Urtheil (1827) S. 446 ff.

²⁾ Zur Lehre v. d. Correal-Obligationen (1831) S. 23.

sam gemacht wird, Guyet sagen: „Es ist nicht leicht über irgend einen Hauptpunkt des römischen Rechts die Literatur so dürftig, wie über diesen“ — und heutzutage stimmen Manche laute Klage- lieder an über die Häufung der Korrealitätsliteratur. Das Problem reizt nun einmal, weil es mit dem begrifflichen Wesen der *Obligatio*, dieser privatrechtlichen Hauptfigur, engstens zusammenhängt, und der diplomatische Coup Kellers, welcher den Organismus der *Obligatio* spaltet, unmöglich auf die Dauer befriedigen kann. Welche wichtige Rolle spielt die Korrealobligation in Praxis und Theorie der Römer, und wo in aller Welt findet sich auch nur die leiseste Andeutung einer solchen Spaltung in den Quellen? Sie ist ganz erfunden; sie ist lediglich für den bestimmten doctrinären Zweck erfunden. Sie ist ein Nothbehelf, so gut wie eine Fiction, die man wie eine *Dea ex machina* zu Hülfe ruft, wo man sich nicht mehr mit freigebornen Gedanken zu helfen weiss. Ribbentrop⁴⁾ hat die diplomatische Formel Kellers brauchen können, um seiner Distinction der Solidarobligation eine Unterlage zu verschaffen, und das unantastbare Resultat der Ribbentrop'schen Unterscheidung ist dann jener Unterlage zu Gute gekommen, indem diese seitdem theilnimmt an dem Verklärungsglanze des anderen Gewinns. Als ob die Unterscheidung in Frage gestellt würde, wenn jene Unterlage fällt!

Aber die Unitätstheorie und jene Keller'sche Formel sind unrettbar. 1) Beides widerspricht nicht nur logisch dem Wesen des Rechtsverhältnisses überhaupt, welches nicht ein Verhältniss mehrerer Subjekte zugleich seyn kann, ohne dass diese Mehreren zu Einer Person, zu Einem Subjekt werden; es widerspricht ganz besonders der Natur der *Obligatio*, welche ein ganz und gar auf bestimmte Personen angelegtes Daseyn hat, und es widerspricht noch weit mehr der specifisch römischen Auffassung und Behandlung der *Obligatio*, welche, wie sie keine Singularsuccession (neben *Novation* und *Cession*) ertrug, so auch keiner simultanen Verknüpfung mit mehreren Gläubigern oder Schuldnern zugänglich seyn konnte. Ich sage es trotz Keller und Ribbentrop, dass kaum ein unrömischerer Gedanke gedacht werden kann, als eine mehrere Gläubiger oder Schuldner umfassende *Obligatio*.

2) Die „gesammtzerstörliche“ Wirkung der *Litiscontestatio* bildet

³⁾ Ueber d. Verhältniss Ribbentrop's zu Keller s. Fitting Natur d. Correalobl. (1859) S. 12. 36. 38.

die Hauptstütze der Unitätstheorie, aber gerade in der Hauptstelle Ulpian's (fr. 5. *de fidei*. 46, 1) wird jene Wirkung nicht durch Obligationeneinheit begründet, sondern das Gegentheil gesagt.

3) Wäre das wirklich römische Ansicht, dass Eine Obligatio der Mehreren bestände, so müsste jedem der *correi credendi* ein Intercessionsrecht gegenüber den Anderen zustehen, denn in *pari causa melior est conditio prohibentis*. So ist es bei den Consuln gewesen, welche Träger Einer *potestas*, Eines *imperium* waren, und den Römern ist das als eine logische Konsequenz erschienen; bei den *correi* fehlt sie, sie können also nicht als Subjekte Einer Obligatio gegolten haben.

4) Der Unitätstheorie steht ferner die Möglichkeit verschiedener Obligationsmodalitäten entgegen: es kann unmöglich eine und dieselbe Obligatio zugleich bedingt und unbedingt, betagt und unbetagt seyn; ⁴⁾ es kann ebensowenig eine und dieselbe Obligatio betreffs der *ratio temporis* einmal so und dann wieder anders behandelt werden; ⁵⁾ es kann endlich auch unmöglich eine und dieselbe Obligatio zu verschiedenen Zeitpunkten entstehen.⁶⁾

5) Gäbe es eine Obligatio, die sich in verschiedene subjektive Beziehungen spaltete oder gliederte, so müsste dieses Phänomen doch jedenfalls dann wegfallen, wenn beide Beziehungen (infolge Erbgangs) in derselben Person zusammentreffen, und dennoch wird ausdrücklich auch hier die Verschiedenheit oder Pluralität anerkannt.⁷⁾

6) Bürge ist, wer für eine *aliena obligatio* einsteht; da nun wechselseitige Verbürgung der *rei* für statthaft erklärt ist, (fr. 6. § 1; fr. 11. *pr. de duob. reis*; fr. 21. § 4. *de fidej.* (46, 1) so muss die Obligatio eines jeden als eine dem anderen fremde gedacht seyn.

7) Zwar könnte man es verstehen, wenn Jemand der Ansicht ist, dass die Quellenausdrücke *una obligatio* und *duae obligationes* — Singular und Plural — sich gegenseitig compensiren und das Gewicht aufheben; allein Ausdrücke, wie: *in cuiusque persona propria singulorum sustinet obligatio* ⁸⁾ — *duas species obligationis sustinet* ⁹⁾ bezeichnen doch so unmissverständlich und schlagend den Plural, dass ich nicht wüsste, mit welchen besseren

⁴⁾ fr. 7. *de duob. reis*.

⁵⁾ fr. 9. § 2. eod.

⁶⁾ fr. 3. *pr.*; fr. 6. § 3 eod.

⁷⁾ Venulej. fr. 13. eod.; Ulp. fr. 5. *de fidej.* (46, 1).

⁸⁾ Papin. fr. 9. i. f. *de duob. reis*.

⁹⁾ Venulej. fr. 13. cit.; Ulp. fr. 5. *de fidej.* (46, 1).

Ausdrücken in dem Munde römischer Juristen das Pluralitätsprincip gefasst und anerkannt werden könnte.

§ 33.

Fortsetzung. (v. Savigny, Brinz, Fitting, Hasse, Siebenhaar, Landucci).

I. Andere haben, vielleicht mit der nur halb bewussten Tendenz, sich nicht logisch zu compromittiren, den Schwerpunkt der Behandlung des spröden Themas aus der Construction in die teleologische Betrachtung oder „practische Bedeutung“ der Korrealobligation verlegt. Ich nenne hier zunächst von Savigny und Brinz. Der Erstere sagt, ohne sich über den Gedanken, dass „eine und dieselbe Obligatio sich auf jeden Einzelnen unter mehrern Gläubigern oder Schuldern ganz und ungetheilt bezieht“, ¹⁾ den Kopf zu zerbrechen: die wahre Bedeutung des Instituts liege in den beiden Zwecken und nur allein in diesen: Sicherheit und Bequemlichkeit in der Rechtsverfolgung. ²⁾ Es scheint mir nun kein wesentlich anderer Gedanke zu seyn, wenn Brinz, ³⁾ von der „natürlichen Einheit“ der Obligatio ausgehend die neben dem einen *reus* stehenden Mitgläubiger oder Mitschuldner nur als Stellvertreter auffasst; Vertretung sei der Stoff, aus welchem die künstliche Mehrheit von Gläubigern und Schuldern einer und derselben Obligatio gebildet werde. Mag seyn, dass das Vertretungsbedürfniss den Korrealitätsgedanken geboren hat; allein wie man da von Einer (natürlichen) Obligatio reden könne, warum die mehreren Forderungen oder Schulden eine Künstlichkeit zu nennen seien, und wie das ganze Verhältniss zu construiren sei, darüber erfahren wir nichts; praktischer Zweck und juris-

¹⁾ Obl.-R. (1851) I. S. 138. 144.

²⁾ S. 218.

³⁾ Kritische Blätter Nr. 4. (1853) S. 28. Dazu Kuntze d. Obl. u. d. Sing.-Succ. S. 126—130. Brinz hat sein Theorem unentwegt festgehalten (s. Lehrb. d. Pand. 2. Aufl. § 253). Wenn er (§ 252. S. 162) ausführt, „der Interveniens bei Korrealobligationen“ erwerbe oder übernehme die Obligatio stets bis auf ein Gewisses in fremdem Namen, es zeige sich aus dem Verfolge seiner Obligatio, dass diese im eigenen oder fremden Namen zugleich übernommen sei, und solches Verhältniss könne das Füreinander des Effectes genannt werden: so ist der erste Punkt ganz unerröthlich, und der letzte Punkt zeigt handgreiflich, dass wirtschaftliches Ziel und juristisches Wesen der Korrealität nicht auseinander gehalten sind.

tische Struktur ist eben zweierlei, und nicht bloss über jenen, sondern ganz besonders über diese wollen wir aufgeklärt seyn.

Der wirtschaftliche „Zweck“ des Instituts ist für die Construction etwas Aeusserliches. Ebenso verlegt aber Fitting, der vornehmste Vertreter der Electionstheorie, welcher Girtanner zum Vorgänger, Koch und Stintzing zu Nachfolgern hat, das Kriterium in eine Aeusserlichkeit, wenn er das Gesamtverhältniss als ein vorläufig schwebendes, als zwar Eine, aber noch unentschiedene Obligatio auffasst, die erst durch Wahl (*electio*) entschieden und fixirt werde. Man erkennt nicht, warum der zufällige Umstand der Prävention oder Election entscheiden soll, oder wie der Gläubiger klagen kann, bevor die Obligatio entschieden ist,⁴⁾ und wie man das eine Wahl nennen kann, wenn der eine der Gläubiger dem anderen zuvorkommt.

II. Eine wunderliche Gruppe bilden diejenigen Juristen, welche zwar von der Annahme einer Obligationenmehrheit ausgehen, aber für diese eine so unklare, mysteriöse Formel aufstellen, dass sie das Problem verhüllen, statt es zu lösen. Ihr Ausgangspunkt ist der Quellen-Ausdruck: *duae obligationes ejusdem potestatis* im Gegensatz einer *impar obligatio*.⁵⁾ Hasse⁶⁾ sagt demgemäss, sowohl bei der aktiven, als auch passiven Korrealobligation seien die Rechtsverhältnisse der Mehreren nur gleich, nicht eins. Siebenhaar⁷⁾ bezeichnet die mehreren Obligationen als Exemplare Einer Obligatio; es seien die mehreren Obligationen äqual und daher (?), trotz ihrer numerischen Mehrheit, doch nur eine einzige Obligation. Umgekehrt setzt Landucci⁸⁾ den Unterschied der Korrealobligation von der „blossen“ Solidarobligation gerade darein, dass jene ein identisches, diese aber ein besonderes, allen gleiches Objekt (*oggetto eguale*) habe; letztere sei also ein Conglomerat von Obligationen, deren jede ein den Objekten der anderen gleiches Objekt habe.

Diese Gruppe ist freilich in sich nicht eins, denn 1) Hasse und Landucci gehen von der Obligationenmehrheit, Siebenhaar

⁴⁾ Die Quellen sprechen doch in zahlreichen Stellen von Gläubiger und Schuldner, bevor *electio* eingetreten ist.

⁵⁾ fr. 9. § 1; fr. *de duob. reis*; fr. 5. *de fidej.* (46, 1).

⁶⁾ S. 47.

⁷⁾ Korrealobligationen I. (1867) S. 26—29.

⁸⁾ *Le obbligazioni in solido secondo il diritto romano*. I. (1880). cf. Schneider in d. krit. Vierteljahrsschrift f. Gesetzgeb. u. R. W. Bd. 26. (1884) S. 455. 457.

aber im Grunde von der Obligationseinheit aus; 2) Hasse und Siebenhaar operiren für die Korrealobligation, Landucci für die Solidarobligation mit dem Gleichheitsbegriffe. In keiner dieser Anwendungen ist der Constructionsgedanke klar. Die „Parität“ ist im Munde der römischen Juristen nur eine der Voraussetzungen der Korrealität, erklärt aber den Nexus nicht; bei keinem der eben genannten Juristen erkennt man, was mit dem Gleichheits- oder Aequalitätsgedanken für die Construction gewonnen sei. Auch Landucci kommt bei der Solidarobligation nicht mit der Objektivgleichheit aus, sondern fügt als weiteres Moment hinzu, dass der gemeinsame Gläubiger nur eines der Objekte verlangen könne, damit er sich nicht durch Leistung mehrerer grundlos bereichere; er bleibt aber schuldig zu sagen, warum die gleichen Objekte nicht sämmtlich, sondern nur eines zu leisten sei, m. a. W. warum durch mehrmalige Leistung eine grundlose Bereicherung herbeigeführt werde. Es ist nun gewiss, dass die Beschränkung auf einmalige Leistung dem Parteiwillen entspringt, aber die Frage der Wissenschaft ist eben, wie diese Einmaligkeit der Leistung bei Coexistenz mehrerer Obligationen zu construiren sei.

§ 34.

Fortsetzung. (Fritz, Bekker, Unger, Hölder).

I. Neben den energischen Versuchen einer wirklichen Lösung des Constructionproblems erscheint die vorige Gruppe wie eine Erlahmung der Doctrin; noch entschiedener aber tritt dieselbe den Rückzug an, indem sie allerhand Compromisstheorien emporwuchern lässt. Schon bei Girtanner und Fitting ist die Compromisstendenz im Keim, wenn sie die Frage nach der Einheit oder Mehrheit der Obligationen dadurch umgehen, dass sie einen Zustand der Ungewissheit setzen: vorläufig sei keine Obligatio, nur die Möglichkeit; in Wirklichkeit aber komme, indem die Ungewissheit zur Entscheidung gelange, nur Eine Obligatio zum Daseyn. Fitting fragt demgemäss, ob wir es da mit Einer Obligatio von bestimmtem Daseyn (aber unbestimmter objektiver oder subjektiver Beschaffenheit), oder aber mit mehreren Obligationen von bestimmter Beschaffenheit (aber noch unbestimmtem Daseyn) zu thun haben, und er meint nicht bloss, beide Formeln seien gleich sehr möglich, sondern die Frage sei auch eine ziemlich müssige, weil praktisch nichts darauf ankomme, und die Römer selbst schon zwischen beiden Auffassungen

geschwankt hätten.¹⁾ Das ist doch nichts als ein dialektischer Versuch, den Schritt zu rechtfertigen, mit welchem die Frage, ob Einheit oder Mehrheit, umgangen wird; die Wissenschaft soll kein Interesse haben, sich für Einheit oder Mehrheit zu entscheiden! Das ist wohl auch der tiefere Grund, warum der unentschlossene und wenig scharfsichtige Arndts²⁾ einmal die Keller'sche Einheitstheorie adoptirt und dann auch die Korrealobligation eine subjektiv-alternative im Sinne der Fitting'schen Theorie nennt: was doch weiter nichts bedeutet, als sich zwischen zwei Stühle setzen.

II. Fritz, Bekker und Unger nennen die Korrealobligation einen Complex von Obligationen, womit gar nichts gewonnen ist; daher findet jeder sich noch auf besondere Weise mit den scheinbar sich entgegenstehenden Quellenausdrücken ab. Fritz³⁾ führt die Einheitsformeln auf einen vulgären Sprachgebrauch unter den Römern zurück; Bekker⁴⁾ nimmt Einheit der Obligation oder des Anspruchs bei Mehrheit der Actionen an; Unger proclamirt eine „Collectivobligation“,⁵⁾ mit welchem Kunstwort die Constructionsfrage nur hinausgeschoben wird.

Unter den Vermittelungstheorien ist auch die Baron'sche zu nennen, sie ist das Gegenstück zu der Unger'schen. Baron⁶⁾ nimmt eine Gesamttobligation und zugleich Sonderobligationen an und bezeichnet diese als das nothwendige Product jener, die Gesamttobligation als ein Durchgangstadium, die Sonderobligationen als das Ziel. Wenn er aber weiterhin behauptet, dass die Summe, welche die Addition der Sonderobligationen ergibt, die Gesamttobligation sei, so hält ihm Unger⁷⁾ mit Recht ein, es könne nicht eine Grösse zugleich Urquell und Summe seyn, und man fragt billig, wie denn⁸⁾ einmal „zunächst sämtliche Correi als Einheit gedacht werden“ können, und „ferner jeder Correi ein selbständiges Rechtssubjekt“ sei; jener Satz ist weder im Sinne der römischen Juristen, noch auch mit dem zweiten Satze vereinbar. Aber bringt uns denn nun Unger

¹⁾ Fitting § 23.

²⁾ Pand. § 213. Abs. 2.

³⁾ Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 17. S. 165. Bd. 18. S. 389 ff.

⁴⁾ Process. Consumtion § 17. Actionen, II. S. 316 ff.

⁵⁾ Passive Korrealität und Solidarität (1884) S. 15. (Jahrb. f. d. Dogmatik, Bd. 22. S. 221).

⁶⁾ Gesamtrechtsverhältnisse (1864) S. 232 ff. 244. 312. 364.

⁷⁾ a. a. O.

⁸⁾ Baron Pandekten § 247. II. 3.

weiter, wenn er in der Korrealobligation Einheit und Mehrheit zugleich findet, sie eine combinirte Obligation oder Verbandobligation nennt,⁹⁾ und als eine „mehrgliedrige Obligation“ bezeichnet,¹⁰⁾ d. h. eine Collectivobligation, welche sich aus den mehreren Einzelobligationen zusammensetzt, so dass diese ihre Glieder bilden? Wir finden uns auch nicht gefördert, wenn Unger¹¹⁾ das Korrealverhältniss als ein Schuldeconsortium (im Sinne einer Personeneinheit) bezeichnet und mit der germanischen Gesammthand (*conjuncta manus*) identificirt denn diese lässt keinen Raum für Sonderobligationen, entspricht auch schlechterdings nicht römischer Art und Anschauung, und noch weniger kommen wir zu klarer Vorstellung, wenn Unger, was doch in der logischen Konsequenz seiner Theorie liegt, ausdrücklich abweist,¹²⁾ nämlich: dass die mehreren Subjekte, welche mit einander Eine Person ausmachen, als ein neues, von den Einzelnen verschiedenes und über ihnen schwebendes Rechtssubjekt (somit als eine juristische Person) angesehen werden.

Wo solche „zwiespältige“, verzwickte, geschraubte, verwickelte und nebelhafte Constructions auftauchen, wie sie in diesem § betrachtet worden sind, offenbart sich ein Zustand der Verzweiflung, und man darf sich nicht wundern, wenn der Verfasser des Artikels in v. Holtendorffs Rechtslexicon¹³⁾ an die Möglichkeit eines principiellen Gesichtspunktes überhaupt nicht glauben will und sich einer stillen Verzweiflung hingibt.

III. Was in jenem anonymen Artikel direct ausgesprochen ist, wird von Waldner und Hölder indirect ausgesprochen und mit einer Fiction verbrämt. Stellt die Wissenschaft eine Fiction auf,¹⁴⁾ so erklärt sie nicht, sondern sie begnügt sich mit formeller Zusammenfassung oder Subsumtion und verzichtet auf Erklärung; verweist aber die Wissenschaft auf eine durch das positive Recht sanctionirte Fiction, so muss sie den Nachweis der Fiction führen. Dies nun vermag die Wissenschaft in unserem Falle nicht, denn

⁹⁾ a. a. O., S. 9.

¹⁰⁾ a. a. O., S. 15.

¹¹⁾ a. a. O., S. 17. 20.

¹²⁾ a. a. O., S. 22.

¹³⁾ Ueber Solidar- u. Correalobligation. Bd. 3. (3. Aufl.) S. 694. 695.

¹⁴⁾ Etwas Anderes ist es, wenn das positive Recht eine Fiction aufstellt, z. B. die Fiction der *lex Cornelia* für den Fall des Sterbens in Gefangenschaft oder die Fiction des *nasciturus pro superstite*. Vergl. Kuntze d. Obl. u. Sing.-Succ. S. 379.

nirgends findet sich in den Quellen hier der Gedanke einer Fiction ausgesprochen; vielmehr verwirft sogar Ulpian ausdrücklich die Auffassung, als ob die mit Einem contrahirte *acceptilatio* zugleich als mit den Anderen contrahirt anzusehen sei.¹⁵⁾ Ruft aber die Wissenschaft selbst eine Fiction zu Hülfe, beschwört sie eine solche aus dem Schattenreiche, so erklärt sie ihren Bankerott. Was nützt uns das, wenn Waldner¹⁶⁾ erklärt, dass die Korrealität nur durch Zuhilfenahme einer Fiction constructiv dargestellt und „versinnlicht“ werden könne, den Korrealschuldner als „einen (zum Theil) fingirten Eigenschuldner“ erklärt und von einer complexen Mitberechtigung und Mitverpflichtung theils neben, theils für einander spricht, oder wenn Hölder¹⁷⁾ von einer künstlichen Identificirung der *plures obligationes* redet, welche eben nur durch eine Fiction erreichbar sei? Letzterer sagt ganz richtig, dass die Identität der Obligatio eine Identität des Gläubigers und Schuldners voraussetze, aber er sagt uns nicht, woher diese Fiction kommt, warum sie statuiert, und wie sie vorzustellen sei. Sollen die *plures rei* als Eine Person gelten? soll das eine juristische Person seyn? soll es eine von den *rei* selbst verschiedene fingirte Person seyn? soll wechselseitig jeder als identisch mit dem anderen gelten? sollen, wenn drei *correi* sind, A als identisch mit B und C, B als identisch mit A und C, C als identisch mit A und B gelten? Das gäbe einen wahren Knäuel von Fictionsen, Angesichts dessen man sich kaum einer Anwendung von Schwindel erwehren kann und Sehnsucht nach einem gesunderen Theorem bekommt.¹⁸⁾

IV. Unger¹⁹⁾ zieht unter den vielen Analogien, durch welche er das Korreal- oder Solidarverhältniss illustriren will, auch die *conjunctio castrorum* unter dem Oberbefehl beider Consuln herbei, und dann deutet er an, dass der im römischen Staatsrecht wichtige Begriff der Collegialität und die Mitvormundschaft mit der Korrealität

¹⁵⁾ fr. 16. *pr. de acc.* (46, 4).

¹⁶⁾ Die Lehre v. d. Processkosten (1883), S. 167. Die *correale* Solidarität (1885).

¹⁷⁾ In der Jubiläumsschrift von Brinz und Hölder: Zwei Abhandlungen aus dem röm. Recht (1884), S. 44. 48. 65. Neuerdings hat sich Hölder (Archiv für civil. Prax., Bd. 69. 1885, S. 203 ff.) noch weiter gegenüber Unger ausgesprochen.

¹⁸⁾ Unger sucht die Hölder'sche These unter anderem Gesichtspunkt zurückzuweisen, in seiner Replik in den Jahrb. für die Dogmatik XXIII. S. 115 ff.

¹⁹⁾ a. a. O., S. 32. 44. Anm. 92.

vergleichbar seien. Vielleicht ist es diese Vergleichung, welche Hölder²⁰⁾ zu einer kurzen Digression auf das Staatsrechtsgebiet der Römer und „die zwei Formen der Amtsgemeinschaft“, die uns da begegnen, veranlasst; Hölder bemerkt mit Recht, die consularischen Amtshandlungen seien zwar nicht durch die positive Zustimmung des Collegen (wie die censorischen Handlungen), aber doch dadurch bedingt, dass er nicht gegen dieselben intercedirt, während der einzelne Mitgläubiger nicht ein College, sondern ein Concurrent des anderen ist, welcher durch seine Prävention diesen ausschliesst.

Es ist hier der Ort, diesen Punkt klar zu stellen, da Mommsen,²¹⁾ wo er das staatsrechtliche Princip der Collegialität im römischen Sinne erörtert, sagt: „Die civilrechtliche Correalität, das Verhältniss der *duo rei credendi* oder *debendi*, von denen auf jeden der Inhalt einer und derselben Obligatio activ oder passiv vollständig bezogen wird, bietet zu dieser Collegialität des Staatsrechts die vollständige Analogie, und ist denn auch unserem heutigen Privatrecht nicht minder abhanden gekommen, wie jene unserem öffentlichen Recht“. Dies ist m. A. n. ganz verfehlt, denn weder ist die Collegialität eine der Korrealität gleichartige verwandte Figur, noch ist uns die Korrealität abhanden gekommen, denn wir besitzen und handhaben sie noch im Handels- und Wechselrecht, und auch dem bürgerlichen Recht ist sie nicht fremd.²²⁾

Ich habe schon früher,²³⁾ wie auch jetzt Hölder thut, auf das Veto hingewiesen, welches dem Consul eignete, dem *correus* aber mangelt, und habe bemerkt,²⁴⁾ dass ein anderes bürgerliches Rechtsverhältniss, die *contutela*, und nur dieses, mit dem Consulat vergleichbar sei.²⁵⁾ Das magistratische Intercessionsrecht ist keine äussere Zuthat und nicht durch eine besondere Vorschrift eingeführt,²⁶⁾ vielmehr logischer Consequenzsatz aus dem Princip der Collegialität, vermittelt durch das allgemeine logische Gesetz des Gleichgewichts

²⁰⁾ a. a. O., S. 34.

²¹⁾ Röm. Staatsrecht, I. (2. Aufl. 1876) S. 29. Anm. 6.

²²⁾ Vergl. unten § 40. II. über das heutige Recht.

²³⁾ Kuntze Excursus über Röm. R. S. 89. Anm. 2.

²⁴⁾ Kuntze Prolegomena z. Geschichte Roms (1882) S. 219.

²⁵⁾ Wobei ich dahingestellt seyn lasse, ob eigentliche Korrealität oder blosser Solidarität; ich selbst mache ja in der Construction beider keinen principiellen Unterschied.

²⁶⁾ Dies übersieht Unger in seiner Replik in den Jahrb. f. d. Dogmatik XXIII. S. 111. Aus dem Volkstribunat u. der Stellung der *minores magistratus* kann hier unmöglich argumentirt werden.

der Kräfte, juristisch ausgedrückt in dem Satze: *in pari causa melior est conditio prohibentis*. Ein Verhältniss aus welchem *per consequentias* sich jenes Veto ableiten lässt, muss folglich eine ganz andere organische Structur haben, als die Korrealität, welcher das Veto mangelt.²⁷⁾ Dieser Mangel zeigt, dass die *correi* nicht Träger Einer Macht, nicht Subjekte Einer Obligatio sind, dass jeder *correus* es mit seiner eignen Machtsphäre und Obligatio zu thun hat, und dass keiner in die des anderen hineinzureden, oder zu intercediren das Recht hat. Näher läge die Vergleichung mit dem *condominium* oder noch mehr mit der *cohereditas*; indess trifft auch dieser Vergleich nicht zu, theils wegen der principiellen Getheiltheit der *nomina hereditaria*, theils wegen des *judicium divisorium*. Es bleibt nur die *contutela* übrig. Diese ist wirklich ganz analog, denn die Stellung der *contutores* gibt jedem das volle Vertretungsrecht, jedem aber auch ein Veto, und hier ist gleichfalls neben der *contutela indivisa* eine *contutela divisa* — entsprechend dem *imperium divisum* des *Praetor* als *minor collega consulum* — anerkannt.

Ich habe meinerseits gar nichts gegen eine Parallelisirung von Instituten des *jus publicum* und *privatum* einzuwenden; ich bin sogar der Ansicht, dass eine solche recht oft nahegelegt und fördernd ist. Allein sie muss mit Vorsicht und genauer Kenntniss beider Gebiete geschehen. Mommsen hat sich gerade das einzig ganz zutreffende Verhältniss entgehen lassen, welches um so näher liegt, da es auf der Grenze zwischen *publicum* und *privatum jus* liegt.²⁸⁾ Mit Recht hat übrigens Hölder angedeutet, dass das Verhältniss des Censorenpaars noch weiter abliegt; der Censoren Machtsphäre ist engstens verschlungen und in gegenseitiger Abhängigkeit; ihr Verhältniss findet ihr Abbild in der *Collectivprocura* unseres Handelsrechts, es nähert sich der germanischen Gesammthand (*juncta manus*).²⁹⁾

²⁷⁾ Es ist überdies zu berücksichtigen, dass die *Coss.* nicht bloss berechtigt, sondern auch verpflichtet — nicht bloss verpflichtet, sondern auch berechtigt waren, während *correi* nur entweder berechtigt oder verpflichtet sind.

²⁸⁾ *tutela quasi publicum munus.*

²⁹⁾ Vergl. unten § 38. I.

§ 35.

2. Das Wesen der Korrealobligation.

I. Auf die sonstigen Arbeiten über die Korrealobligation¹⁾ brauche ich nicht einzugehen, weil sie nicht eigene Principien aufgestellt haben, dagegen habe ich nun meine Theorie aus einander zu setzen, welche von der Position ausgeht: Mehrheit der Obligationen, Identität ihres Inhalts (im Sinne von § 24 und 28); das die Obligationen einende Band ist der allen gemeinsame Obligationensinhalt. Es sind verschiedene *species obligationis*, aber man kann von *una* oder *communis obligatio* reden, wenn unter *obligatio* der Obligationensinhalt verstanden wird, wie so oft in den Quellen.²⁾

Ich habe schon früher denselben Gedanken ausgesprochen und finde ihn in mancher Schrift Anderer angedeutet oder gestreift;³⁾ allein es hat bis jetzt an einer genaueren Analyse des Obligationensbegriffs gefehlt. Nachdem ich dieselbe im IV. Kapitel unternommen habe, ist es nun hier meine Aufgabe, damit das Quellenmaterial über die Korrealobligation zu vergleichen, und vor allen Dingen gilt es, diejenigen Aussprüche, in welchen ein principieller Gedanke niedergelegt ist, ins Auge zu fassen.

1) Ulpian: *Si reus stipulandi extiterit heres rei stipulandi, duas species obligationis sustinebit. Plane si ex altera earum egerit, utramque consumet; videlicet quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut, cum altera earum in judicium deduceretur, altera consumeretur. Lib. 46. ad Sabinum. Fr. 5. de fidej. (46, 1).*

¹⁾ s. noch unten § 39.

²⁾ s. oben § 24. III. 4.

³⁾ Z. B. von Bähr (d. Anerkennung, S. 50): „Da die verschiedenen Obligationen ihren Inhalt aus einem und demselben Rechtsstoffe entnehmen, so kann der Gegenstand derselben nur einmal begehrt werden.“ Aehnlich Hölder (2 Abhandl. S. 36): „Wenn es einen Punkt gibt, welcher unbestreitbar den verschiedenen *obligationes* der *plures rei* gemein ist, indem Kraft jeder der mehreren Obligationen eine und dieselbe Leistung geschuldet wird, so erhebt sich die Frage: berechtigt nicht schon diese Identität der Leistung in einem gewissen Sinne von *una obligatio* zu reden?“ Dann aber lässt Hölder sich durch die Sirenenstimme Unger's verleiten, auf seinen Holzweg „Fiction“ zu flüchten (s. S. 44). Czyhlarz (in Grünhut's Zeitschr. III. S. 65): „Nothwendige Identität des Inhalts auf Grund der Einheit der *causa*.“ Dazu S. 72. 113.

2) Ulpian: *Ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti. Hoc est enim duorum reorum, ut unusquisque eorum in solidum sit obligatus, possitque ab alterutro peti . . . Utique enim, cum una sit obligatio, una et summa⁴⁾ est: ut, sive unus solvat, omnes liberantur, sive solvatur ab altero, liberatio contingat. Lib. 47. ad Sabinum. Fr. 3. §. 1. de duob. reis (45, 2).*

3) Pomponius: *Cum duo eandem pecuniam debent, si unus capitibus deminutione exemptus est obligatione, alter non liberatur; multum enim interest, utrum res ipsa solvatur, an persona liberatur. Lib. 3. ad Q. Mucium. Fr. 19. de duob. reis.*

4) Venulejus: *Fere convenit, et uni recte solvi, et unum (judicium) petentem totam rem in litem deducere. Lib. 3. Stipulationum. Fr. 31. § 1. de novat. (46, 2).*

Hier ist deutlich ausgesprochen, dass (processuale) *consumtio* und (reale) *solutio* das Gesamtband ergreifen und beseitigen, und dass diese Wirkung aus der Natur der Korrealobligation abzuleiten ist. Ob hier ein innerer Zusammenhang vorliegt, werden wir sehen; zunächst soll noch eine Uebersicht einschlagender Stellen hinzugefügt werden, welche das Bild des Instituts quellenmässig vervollständigen.

5) Ulpian: *Si ex pluribus uni acceptoferatur, non ipse solus liberatur, sed et hi, qui secum obligantur . . . non quoniam ipsi accepto latum est, sed quoniam velut solvisse videtur⁵⁾ is, qui acceptilatione solutus est. Fr. 16. pr. de accept. (46, 4).*

6) Venulejus: *Si duo rei stipulandi sint, an alter jus novandi habeat, quaeritur, et quid juris unusquisque sibi acquisierit? . . . Si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare eum ab altero poterit, cum id specialiter agit;⁶⁾ eo magis, cum eam stipu-*

⁴⁾ Da nur eine und dieselbe Obligatio, d. h. ein und derselbe Obligationsinhalt, so handelt es sich auch nur um Eine Summe. Vergl. Ulpian in fr. 10. § 3. de appell. (49, 1): *quasi plures in unam summam rei sint promittendi, ut unusquisque eorum in solidum teneatur. Lib. 8. disputationum.*

⁵⁾ *Acceptilatio est veluti imaginaria solutio* (Gai. 3, 169). *Solutionis exemplo acceptilatio solet liberare* (Ulp. fr. 5. de acc. 46, 4). (*Actio acceptilatione soluta est* (Venulej. fr. 21 eod.). *Acceptilatio solutioni comparatur* (Jul. fr. 7. § 1. de lib. leg. 34, 3). Vergl. Kuntze d. Obl. u. Sing.-Succ. S. 178. 188.

⁶⁾ D. h. wenn wirklich mit dem *animus novandi* stipulirt wird. Vergl. Kuntze a. a. O., S. 189. Anm. 3.

lationem similem esse solutioni⁷⁾ existimemus. Fr. 31. § 1. de nov. (46, 2).

7) Paulus: *Si „mihi aut Titio“ constitueris te soluturum, mihi competit actio. Quodsi posteaquam soli mihi te soluturum constitueris, solveris Titio, nihilominus mihi teneberis. Idem est,⁸⁾ et si ex duobus reis stipulandi post alteri constitutum, alteri postea solutum est, quia loco ejus, cui jam solutum est, haberi debet is, cui constituitur. Fr. 8. 10. de pec. const. (13, 5).*

8) Paulus: *In duobus reis stipulandi ab altero delatum jusjurandum etiam alteri nocebit. Quod reus juravit, etiam fidejussori proficit. A fidejussore exactum jusjurandum prodesse etiam reo Cassius et Julianus ajunt; nam quia in locum solutionis succedit,⁹⁾ hic quoque eodem loco habendum est; si modo ideo interpositum est jusjurandum, ut de ipso contractu et de re, non de persona jurantis ageretur. Ex duobus reis promittendi ejusdem pecuniae alter juravit: alteri quoque prodesse debebit. Fr. 28. de jurej. (12, 2).*

9) Paulus: *Ubi successit creditor debitori, veluti solutionis jure liberabitur . . . Sed cum duo rei promittendi sint, et alteri heres exstitit creditor: justa dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, acsi soluta fuisset pecunia, an persona tantum exempta confusa obligatione.¹⁰⁾ Et puto, aditione hereditatis, confusione obligationis, eximi personam. Igitur alterum reum ejusdem pecuniae non liberari, et per hoc nec fidejussorem vel mandatorem ejus . . . Quodsi creditor fidejussori heres fuerit, vel fidejussor creditori, puto*

⁷⁾ *Per novationem solutae* (Scaev. fr. 21. § 3. de ann. leg. 33, 1). *Solvit, qui reum delegat* (Ulp. fr. 8. § 3. ad Set. Vell. 16, 1). *Solutionis vicem continet delegatio* (Paul fr. 37. § 4. de op. lib. 38, 1). *Qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intelligitur* (Jul. fr. 18. de fid. 46, 1).

⁸⁾ Vergl. Papinian: *Illud aut illud debuit et constituit alterum; an vel alterum, quod non constituit, solvere possit, quaesitum est. Dixi, non esse audiendum, si velit hodie fidem rei constitutae frangere. Fr. 25. de pec. const.* Aehnlich Paulus in fr. 27. § 6. de pact. (2, 14).

⁹⁾ *Jusjurandum loco solutionis cedit.* Gai. fr. 27. de jurej. (12, 2).

¹⁰⁾ Vergl. Papinianus: *Debitori creditor pro parte heres exstitit, accepto coherede fidejussore; quod ad ipsius quidem portionem attinet, obligatio ratione confusionis intercedit, aut quod est verius, solutionis potestate* (fr. 50. de fidej. 46, 1). Papinianus: *Aditio hereditatis nonnumquam jure confundit obligationem, veluti si creditor debitoris vel contra debitorum creditoris adierit hereditatem. Aliquando pro solutione cedit, si forte creditor, qui pupillo sine tutoris auctoritate nummos crediderat, heres ei exstitit* (fr. 95. § 2. de sol. 46, 3).

*convenire, confusione obligationis non liberari reum.*¹¹⁾ Fr. 71. *de fidej.* (46, 1).

II. Diese neun Stellen sind als die grundlegenden Ausprüche anzusehen, auf welche das System der Korrealobligation wissenschaftlich zu gründen ist. Sie betreffen die *litiscontestatio* (1 und 4), *solutio* (2 und 4), *capitis deminutio* (3), *acceptilatio* (5), *novatio* (6), *jusjurandum liberatorium* (7), *constitutum debiti* (8) und *confusio per aditionem hereditatis* (9). Fünf dieser Fälle gehören dem Civilrecht, zwei (*jusjur.* und *const.*) dem Ediktrecht, die *litiscontestatio* beiden Rechten¹²⁾ an. Andere Aufhebungs- oder Liberationsgründe¹³⁾ sind in Bezug auf die Korrealobligation in den Quellen nicht mit gleicher Klarheit behandelt, wir sind also im Wesentlichen auf obige angewiesen und beschränkt.

Vor Allem muss hier bei unbefangener Betrachtung bedeutend ins Gewicht fallen, dass in allen Stellen, mit einziger Ausnahme der ersten, die *solutio* als maassgebender Gesichtspunkt, als prototypischer Aufhebungsgrund angeführt wird. Nirgends ist als Grund der Gesamtwirkung die Keller'sche Spaltungsformel angeführt oder auch nur angedeutet; fast immer ist als Kriterium die Allgemeinerwirkung des Zahlungsaktes aufgestellt. In der zweiten Stelle (von Ulpian) wird gerade darein das Wesen der Korrealobligation gesetzt, dass durch Eine Zahlung sämmtliche verbundenen Obligationen erlöschen. Es kann daher kein Zweifel seyn, dass die römischen Juristen von der *solutio* als *naturalis resolutio obligationis* ausgehend das Korrealitätssystem durchgebildet haben, und dass jeder andere Ausgangspunkt ein willkürlicher ist. Auch ist dieser Ausgangspunkt ein ganz rationeller, denn in der *solutio* gelangt das *id quod debetur* (Obligationsinhalt) an sein Ziel, das *aes alienum* in das Vermögen, wohin es gehört, und die *Obligatio*, die ihre Aufgabe erfüllt hat, wird somit gegenstandslos und gleichsam ausgeschöpft,¹⁴⁾ entleert oder entseelt. Was aber Entseelung der einen, ist zugleich Entseelung der verbundenen Obligationen, weil sie sämmtlich einen identischen Inhalt, Eine Seele haben.

¹¹⁾ Vergl. Afric. fr. 21. § 4. *de fidej.* Dazu Pompon. (fr. 107. *de sol.* 46, 3): *verborum obligatio aut naturaliter resolvitur aut civiliter. Naturaliter veluti solutione; civiliter, veluti acceptilatione vel cum in eandem personam jus stipulantis promittentisve devenit.*

¹²⁾ Gai. 4. 106. 107.

¹³⁾ Auch von dem *pactum de non petendo*, das unten berührt werden soll, handeln einige Stellen.

¹⁴⁾ *Expleta est numeratione substantia obligationis*, sagt Scaevola in fr. 6. *de Scto Mac.* (14, 6).

§ 36.

3. Die einzelnen Tilgungsgründe (*solutio, acceptilatio, novatio, constitutum, jusjurandum*).

I. Wir müssen uns, meine ich, gewöhnen, die Rolle, welche die *solutio* und zwar speciell für die Korrealobligation spielt, nicht bloss dogmatisch, sondern historisch aufzufassen.¹⁾ Der Begriff der Erfüllung (der *Obligatio*) bedarf einer Läuterung. Einmal ist es falsch zu sagen, die *Obligatio* strebe nach Tilgung; nein, nach Tilgung strebt sie nicht, denn es ist ein Missgedanke, als Zweck einer lebendigen Potenz Tod oder Selbstmord hinzustellen;²⁾ sie strebt nicht nach Tilgung, sondern nach Erfüllung, und ob die Erfüllung Tilgung wirkt, ist eine zweite, für sich zu beantwortende Frage. Sodann ist nun eben diese zweite Frage aufzuwerfen.

Sie kann von verschiedenen Völkern, zu verschiedenen Zeiten, in verschiedenen Gebieten recht wohl verschieden beantwortet werden. In alter Zeit scheinen die Römer die Frage unter dem Gesichtspunkt eines Princip, welches auch im modernen Handelsrecht³⁾ Anwendung findet, beantwortet zu haben: sie verlangten einen *contrarius actus*, und abgesehen von der praktischen Seite dieses Princip muss man sagen, dass es der einfachsten Logik entspricht. Das Princip sagt aus, dass die Kräfte des Begründens und des Aufhebens gleichartig, congruent, gleich stark seyn müssen. Pomponius thut den Ausspruch: *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet*;⁴⁾ Gaius bestätigt das: *Omnia, quae jure contrahuntur, contrario jure pereunt*,⁵⁾ und Ulpian betont es als logisches

¹⁾ Die *solutio* als obligatorischer Tilgungsgrund hat ihre Geschichte gehabt. Auch die Korrealobligation hat sich erst nach und nach in das System des Obligationenrechts eingefügt und an dessen Schicksalen theilgenommen. Wäre es anders gewesen, so wäre es zum Verwundern.

²⁾ So, wenn Sohm (Grünhut's Zeitschr. IV. S. 474) sagt: „Die Befriedigung des Forderungsrechts ist zugleich sein Untergang... Um dieser seiner Vernichtung willen ist das Forderungsrecht da.“ Erstens kenne ich nur eine Befriedigung des Gläubigers, nicht der Forderung; zweitens fallen Befriedigung und Untergang nicht nothwendig und nicht immer zusammen; drittens kann nicht der Tod der Zweck des Lebens seyn.

³⁾ Beim Wechsel. Nicht Zahlung, sondern Cassation der Wechselurkunde (literalen Conträrakt) tilgt die *obligatio cambialis*.

⁴⁾ fr. 80. *de sol.* (46, 3).

⁵⁾ fr. 100. *de R. J.*

und praktisches Princip: *Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est.*⁶⁾

Jene Stelle des Pomponius rührt aus seinem Mucius-Commentar her und enthält sicherlich ein altes traditionelles Princip.⁷⁾ Auf die alte Zeit angewendet ergibt es folgende Sätze: 1) Das *nexum* ward aufgehoben (nicht durch Abarbeitung der Schuld, sondern) durch *liberatio per aes et libram*.⁸⁾ 2) Die *sponsio* oder *stipulatio* ward aufgehoben, gelöst durch *acceptilatio*, denn das war der verbale Conträrakt.⁹⁾ 3) Die *expensilatio* ward jedenfalls nur durch schriftliche *acceptilatio* in den *codices* aufgehoben, gelöst. 4) Das *mutuum*, welches auch noch dem System des *strictum jus* angehört, ward durch *renumeratio summae* aufgehoben, gelöst. Damit dürfte das älteste Civilrecht der Römer erschöpft seyn.

Im späteren, freieren, d. h. unter dem Einfluss des *jus gentium* und der *bona fides* stehenden Civilrecht kommen weiter die *contractus bonae fidei* in Frage. Für sie entspricht der *mutuus dissensus* obigem Princip, aber es kommt der Erfüllungs- oder Zahlungsakt hinzu, denn dieser, indem er sich aus Hingabe und Annahme zusammensetzt, enthält ja zugleich die übereinstimmende Absicht der Lösung des Obligationsnexus.

Dieser Eintritt der freien Civilcontracte in das Civilrechtsgebiet musste das römische Anschauungssystem umgestalten, denn 1) sie sind die wichtigsten und häufigsten im Leben, die Hauptträger des obligatorischen Verkehrs,¹⁰⁾ und 2) sie gerade führen darauf hin, dass der praktische oder teleologische Gesichtspunkt der Erfüllung an die Stelle des logischen oder constructiven Gesichtspunktes des Conträraktes tritt. Der Accent fällt nun auf die Erfüllung: mit dieser hat die Obligatio ihren Lebenszweck erreicht, darum kann sie sterben, sie ist unnütz, und warum soll dieser Gedanke nicht auch zur Herrschaft über die Obligationen *ex stipulatu*¹¹⁾ kommen? Die Stipulation ward zu einer sehr wenig feierlichen Verbalfigur abgeflacht, und dem entsprach es ganz, dass man auch ihr gegenüber die Zahlung (*numeratio*) als Lösung (*solutio*) erklärte, und *solutio* nun den

⁶⁾ fr. 35. eod.

⁷⁾ Vergl. Kuntze d. Lehre v. d. Inhaberpapieren § 75. S. 318—324.

⁸⁾ Gai. 3, 173.

⁹⁾ Gai. 3, 169. Dazu Kuntze d. Obl. u. Sing.-Succ. S. 178.

¹⁰⁾ Cic. de offic. 3, 17: *contractus, quibus vitae societas continebatur.*

¹¹⁾ Von *nexum* und *expensilatio* wird in der späteren Zeit nicht mehr gesprochen.

Sinn der Zahlung oder Erfüllung erhielt. Man nannte die Wirkung statt der Ursache, und konnte endlich auch von da aus leicht den letzten Schritt thun, dass man den natürlichen Erfüllungsakt als den wichtigsten und darum vorbildlichen, normalen Tilgungsvorgang hinstellte. Diese Anschauung trägt derselbe oben genannte Pomponius, offenbar als Bekenntniss seiner Zeit, in seinem Enchiridion vor: *Verborum obligatio aut naturaliter resolvitur, aut civiliter; naturaliter veluti solutione, . . . civiliter veluti acceptilatione.*¹²⁾ und Paulus drückt es ebenso deutlich aus, dass *solutio* zwar speciell die naturale Erfüllung bedeute, aber dann auch alle den Obligationsinhalt treffenden Tilgungsgründe begreife, wenn er sagt: *Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam, magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem*; d. h. *solutio* kann zwar für jede Tilgungsart gesagt werden, andererseits auch in einem engsten Sinne natürliche Erfüllung bedeuten, aber mehr wird das Wort gebraucht zur Bezeichnung (aller) der Tilgungsgründe, welche nicht in einer *exemptio personae*¹³⁾ sondern in einer Consumption der *substantia obligationis* bestehen.

II. Auf die Substanz, den Obligationsinhalt beziehen sich die *acceptilatio* und *novatio* unbestreitbar; sie stehen insofern auf derselben Linie mit der naturalen *solutio* und können, wie von mir früher gethan ist,¹⁴⁾ als Solutionssurrogate bezeichnet werden.¹⁵⁾ Es war nur eine einfache Konsequenz, wenn dieser Gedanke, dann auch für die Korrealobligation verwerthet, zu dem Satze führte, dass *acceptilatio* und *novatio* den Gesamtnexus aufheben. Was vor allen die *acceptilatio* anlangt, so ist diese ja ganz zu einer Imitation oder Copie des Solutionsaktes gestaltet, als eine *verbaliter* fingirte Zahlung (*imaginaria solutio*) behandelt worden und hat um so mehr die Wirkung der *solutio* für den Korrealnexus erhalten müssen. Darüber ist kein Wort weiter zu verlieren.

Eine solche Imitation ist die Novation zwar nicht, man kann

¹²⁾ fr. 107. de solut. (46, 3). Vergl. Marcian in fr. 49. eod.: *solutam pecuniam intelligimus utique naturaliter, si numerata sit creditori.*

¹³⁾ s. fr. 19. de duob. reis (vergl. oben die 3. Stelle).

¹⁴⁾ Kuntze d. Obl. u. Sing.-Succ., S. 173 ff. u. S. 187 ff.

¹⁵⁾ Ulpian verweist für die *acceptilatio* auf *solutionis exemplum*. Fr. 5. de acc. (46, 4). Gegen diesen Gedanken (der übrigens im Folgenden eine deutlichere Begründung erhält, als meine frühere war) haben sich u. A. erklärt: Windscheid krit. Ueberschau VI. S. 214, Fitting Corr.-Obl. S. 59, Unger a. a. O., S. 59. s. dazu Ryk d. Oblig. S. 69 ff.

dafür sagen, dass in ihr der Gläubiger eine neue Obligatio als Aequivalent empfängt; allein dies ist nicht das Entscheidende, denn nicht als Befriedigungsmodus kommt die Novation in Betracht, auch kann ja dieser Gesichtspunkt nur sehr *cum grano salis* acceptirt werden.¹⁶⁾ Entscheidend ist vielmehr, dass durch Substituierung der neuen Obligatio der alten ihr Inhalt entzogen und diese dadurch wie durch *solutio* getilgt wird. Dies ist es, was die Quellen meinen, wenn sie die Novation als eine Art Solution bezeichnen, als einen der *solutio* gleichartigen und gleichwirkenden Akt auffassen. Man zog auch hiervon ohne Umschweif die Konsequenz für die Korrealobligation, woran gar nichts zu verwundern ist.

III. Ich komme zu den zwei Tilgungsgründen des prätorischen Rechts: *constitutum* und *jusjurandum liberatorium*. Das *constitutum* kann nicht im eigentlichen Sinne novirend wirken, weil es nicht civilrechtlich ist, aber es kann eine ähnliche Wirkung erzeugen.¹⁷⁾ Ich sage: es kann; denn wir müssen zwischen einfach bestätigendem und abänderndem *constitutum* unterscheiden: jenes tritt neben die confirmatorische, dieses neben die novirende Stipulation als vergleichbares Seitenstück. Ein *constitutum* letzterer Art liegt z. B. in fr. 25. *de pec. const.* (13, 5)¹⁸⁾ vor. In solchem Falle lässt sich in der That sagen, die *sortis obligatio* sei consumirt; auf sie kann nicht zurückgegriffen werden, sie ist *ope exceptionis* beseitigt, und mithin ähnelt dies der Wirkung einer Novationsstipulation. Demgemäss war es auch eine alte Streitfrage in Rom (*vetus dubitatio*), ob nicht überhaupt¹⁹⁾ durch Anstellung der *actio de pecunia constituta* die *sortis obligatio* consumirt werde. Jedenfalls aber lag dort der Gedanke vor, dass die *obligatio ex constituto* einen mit der *sortis obligatio* identischen oder sie vertretenden Inhalt habe in demselben Sinne, wie in *solutum datio* die Stelle der Zahlung vertritt; nimmt also die *obligatio ex constituto* den Inhalt der *sortis obligatio* in sich auf, so dass sie diese vertritt und zurückdrängt, so ist der Vorgang und die Wirkung nicht nur der Novation, son-

¹⁶⁾ Vergl. z. B. fr. 10. *de pign. act.* (13, 7).

¹⁷⁾ Vergl. Kuntze d. Obl. u. Sing.-Succ. S. 196 ff.

¹⁸⁾ *Illud aut illud debuit et constituit alterum: an vel alterum, quod non constituit, solvere possit, quaesitum est; dixi, non esse audiendum, si velit hodie fidem constitutae rei frangere* (Papinian). Aehnlich Paulus in fr. 26. § 6. *de pact.* (2, 14).

¹⁹⁾ Bei einfach bestätigendem Constitut.

dern auch der Zahlung vergleichbar.²⁰⁾ Und man zog davon eben unerschrocken, wie es die Art römischer Juristen war, die Konsequenz. So that Paulus in obiger Stelle (No. 7.), wo gerade der Fall so lag, dass das *constitutum* mit der *novatio* verglichen werden kann und insofern auch mit der *solutio*.

Betreffs des *jusjurandum liberatorium* unterscheidet Paulus, ob *de ipso contractu et de re* oder aber bloss *de persona jurantis* geschworen sei, d. h. ob über den durch den Contrahierungsakt gegebenen Obligationsinhalt, der allen *correi* gilt, oder aber bloss über die Betheiligung des schwörenden *reus*. Das ist die gleiche Unterscheidung, wie die von Pomponius in fr. 19. *de duob. reis* (im Hinblick auf die *capitis deminutio*) gemachte. Liegt der erstere Fall vor, so wirkt der Schwur auf den Gesamtnexus der *correi*: *quia jusjurandum in locum solutionis cedit*.²¹⁾ Der Schwur wird nicht bloss mit *acceptilatio*, *novatio*, *delegatio* zusammengestellt,²²⁾ sondern von Pomponius, in Uebereinstimmung mit Gaius, mit der *solutio* selbst verglichen. Er ergreift den Obligationsinhalt und erledigt denselben, wie das die *solutio* und *acceptilatio* thun, freilich nicht *ipso jure*, sondern nur *ope exceptionis*, aber das gilt gleich, wenn die *exceptio* eine *perpetua* ist.²³⁾ Dieser Fall gleicht mithin dem obigen Falle des *constitutum*.

§ 37.

Fortsetzung (*litiscontestatio* und *confusio*),

I. Das *jusjurandum* ist *instar judicii*, daher wird, wie Paulus¹⁾ sagt, durch dasselbe ebenso, wie durch Klaganstellung (*Litiscontestatio*), die Popularklage consumirt. Diese Gleichartigkeit führt uns auf die *Litiscontestatio*, von deren Wirkung auf den Korrealnexus der oben an erster Stelle aufgeführte Ausspruch Ulpian's handelt. Die *Litiscontestatio* wird oft mit der Novation²⁾ und

²⁰⁾ Vergl. oben § 28. IV. 5. und § 30. III. Ich meine, durch diese Formulierung mich mit Bruns (Zeitschr. f. Rechtsgesch. I. S. 80—83. 98—100) in Einklang zu setzen.

²¹⁾ fr. 28. *de jurej.* (12, 2).

²²⁾ s. Kuntze d. Obl. u. Sing.-Succ. S. 187.

²³⁾ *Jusjurandum a debitore exactum efficit, ut pignus liberetur; est enim hoc acceptilationi simile, perpetuam certe exceptionem parit*. Julian. fr. 40. *de jurej.* (12, 2). Vergl. unten § 39. I. 3.

¹⁾ fr. 30. § 3. eod.: *consumit publicam actionem*.

²⁾ fr. 65. *pr. pro soc.* (17, 2); fr. 11. § 1. *de nov.* (46, 2); fr. 2. § 8. *de her. vend.* (18, 4); fr. Vatic. 263.

acceptilatio verglichen, mit der *solutio*, *acceptilatio* und dem *jusjurandum* zusammengestellt; ³⁾ das *jusjurandum* wird geradezu mit der *solutio* verglichen und zugleich als Abbild des *judicium* behandelt. So liegt es denn nahe genug, die *litiscontestatio*, welche die geltend gemachte *obligatio* oder *actio* consumirt, mit der *solutio* zu vergleichen, ⁴⁾ und ich zweifle nicht, dass dieser Gesichtspunkt, der natürlich im Justinianischen Recht fehlt, den römischen Juristen der klassischen Zeit ganz vertraut war. Wie die *solutio* den Obligationsinhalt erledigt und consumirt, so erledigt und consumirt (abgesehen von der Frage der s. g. Naturalobligation ⁵⁾ die *litiscontestatio* den Obligationsinhalt und setzt an die Stelle der geltend gemachten *obligatio* die *Processobligation*. ⁶⁾ Recht deutlich tritt diese Gleichartigkeit in dem Ausspruche des Pomponius ⁷⁾ hervor: *Solutione vel iudicium pro nobis accipiendo et inviti et ignorantes liberari possumus*, und Paulus ⁸⁾ macht davon Anwendung auf die alternative *Obligatio*.

Ihren tieferen Grund hat diese Solutionsartigkeit und Solutionswirkung der *litiscontestatio* darin, dass sie die *res in litem deducta* ergreift und der ursprünglichen *obligatio* entzieht. Es kommt für die *exceptio rei in litem deductae* auf die Identität nicht der *actio*, sondern der *res* an; die *res* ist es, welche consumirt wird, und dies ist eben der Obligationsinhalt in seiner durch den Entstehungsgrund gesetzten Bestimmtheit. Ob dieser Obligationsinhalt durch *solutio* oder *novatio*, *jusjurandum in rem* oder *litiscontestatio* ergriffen und erschöpft wird, ist gleichgültig und daher für den Korrealnexus gleich wirksam, sei es, dass die Consumtion *ipso jure* oder *ope exceptionis* erfolgt.

Zur völligen Klarstellung möge über das Erforderniss der

³⁾ Vergl. Kuntze die Obl. u. Sing.-Succ. S. 182. und Excursus üb. d. röm. R. (ed. 2.) S. 395.

⁴⁾ In fr. 11. *pr. de pign. act.* (13, 1) stellt Ulpian die *litiscontestatio* nur in demselben Sinne der *solutio* gegenüber, wie das Gaius in fr. 10. *eod.* mit der *expromissio* gethan hat. Vergl. dazu fr. 9. § 3. *eod.*

⁵⁾ Vergl. Kuntze a. a. O.

⁶⁾ *Plane si ex altera earum egerit, utramque consumet.* Ulp. fr. 5. *de fidej.* (46, 1).

⁷⁾ fr. 23. *de solut.* (46, 3).

⁸⁾ fr. 27. § 6. *de pact.* (2, 14): *Si stipulatus „Decem aut Stichum“, „decem“ pactus sim, et petam Stichum aut decem: exceptionem pacti conventi in totum abstaturam; nam ut solutione et petitione et acceptilatione unius rei tota obligatio solveretur, ita pacto quoque convento de una re non petenda interposito totam obligationem summoveri.*

Identität der *res* noch Folgendes bemerkt werden. Die römische Jurisprudenz bedient sich der Ausdrücke *eadem quaestio* ⁹⁾ und *eadem res*, ¹⁰⁾ wo es sich um die Voraussetzungen der exceptivischen Consumtionskraft des *jusjurandum* und der *litiscontestatio* handelt. Julian, auf welchen sich die Späteren gern beziehen, liebt den Ausdruck *eadem quaestio*, — in fr. 25. § 2. *eod.* findet sich jedoch der Ausdruck *alia res* — aber er fügt hinzu, die *eadem quaestio* müsse *inter easdem personas* spielen; zwei Mal führt Ulpian in seinem Edictswerke den Satz Julian's an: *exceptio rei judicatae obstat, quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur.* ¹¹⁾ Ausführlicher sprechen sich darüber Neratius und Paulus aus. Jener sagt: *Cum de hoc, an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum, de quo agitur, causa proxima actionis.* ¹²⁾ Bei *personae* scheint er die Identität der Parteien zu meinen; *id ipsum, de quo agitur* soll den Inhalt des Anspruchs bedeuten; *causa actionis* will wohl nichts Anderes sagen, als was von Paulus in der folgenden Stelle eben mit dem sonst üblichen Worte *quaestio* bezeichnet wird. Wir können aus dieser Ausführung keinen erheblichen Gewinn ziehen; deutlicher ist Paulus, wenn er sagt: *Si cum uno herede depositi actum sit, tamen et cum ceteris heredibus recte agatur, nec exceptio rei judicatae eis proderit; nam et si eadem quaestio in omnibus iudiciis vertitur, tamen personarum mutatio, cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit.* ¹³⁾ Das Depositum ist die *quaestio*, aber die Verschiedenheit der Parteien verhindert (infolge der erbrechtlichen Getheiltheit der *nomina hereditaria*) hier, dass *eadem quaestio* auch *eadem res* ist. Paulus unterscheidet also zwischen *quaestio* und *res*, und *res* hat bei ihm einen engeren Sinn, offenbar denselben Sinn, wie in § 1. *J. de duob. reis* (3, 17) ¹⁴⁾ „*una res*“ und in der üblichen Bezeichnung der Korrealität mit *eadem pecunia.* ¹⁵⁾ Das Charakteristische

⁹⁾ Marcellus in fr. 19. *de exc. rei jud.* (44, 2), Paul. in fr. 28. § 4. 7. *de jurejur.* (12, 2).

¹⁰⁾ Neratius in fr. 27. *de exc. rei jud.* (44, 2), Ulpian in fr. 5. 7. § 1. *eod.*

¹¹⁾ fr. 3. 7. § 4. *eod.*

¹²⁾ fr. 27. *eod.*

¹³⁾ fr. 22. *eod.* Vergl. *pr. J. de duob. reis* (3, 17): *alia atque alia obligatio erit, nec credentur duo rei stipulandi esse.*

¹⁴⁾ *In utraque obligatione una res vertitur.*

¹⁵⁾ *plures rei ejusdem pecuniae.*

der Korrealität ist eben, dass *eadem res* trotz Mehrheit der Parteien ist, und Paulus selbst deutet mit den Worten *singulis suo nomine* an, dass es Fälle gibt, wo trotz Mehrheit der Parteien Identität der *res* vorliegt.¹⁶⁾ Bei der Korrealität fallen die mehreren Obligationen ganz in ihrem gemeinsamen ungetheilten Inhalt in einander; hier ist *eadem res* in dem verlangten Sinne, und folglich consumirt der eine Process alle Obligationen. —

Was hat das nun für eine Bedeutung, wenn in den Quellen mehrfach sowohl für das Bürgschafts-, als für das reine Korrealverhältniss *electio* statt *litiscontestatio*¹⁷⁾ genannt wird? Fitting hat sich vergeblich bemüht, in der *electio* als solcher einen juristischen Gesichtspunkt, ein schöpferisches Princip zu entdecken; indem ich aber ein solches in Abrede stelle,¹⁸⁾ bin ich doch weit entfernt, dem Electionsgedanken der römischen Juristen allen und jeden Werth abzustreiten. Ich meine, er drückt aus, dass die tilgende Wirkung der Litiscontestatio damit gegen das Bedenken verwahrt wird, als ob jene Wirkung *contra aequum et bonum* verstiesse.¹⁹⁾ Er soll diese Wirkung nicht rechtlich begründen, sondern die in der juristischen Konsequenz begründete Wirkung praktisch vertheidigen.

II. Was endlich die *confusio* als Tilgungsgrund anlangt, so meine ich mich, unter Bezugnahme auf meine frühere Ausführung,²⁰⁾ kurz fassen zu können. Paulus²¹⁾ sagt es ganz deutlich, dass die in der *aditio hereditatis* begründete *confusio obligationum* bald der *solutio* vergleichbar sei, bald aber nur eine *exemptio personae* bedeute, so dass sie (ähnlich der *capitis deminutio*) nur persönlich

¹⁶⁾ Hier ist der Punkt, wo ich, wenn ich richtig sehe, von Czychlarz (in Grünhut's Zeitschr. III. S. 125 ff.) abweiche, obgleich unsere Ansichten sich berühren. Dass hier Abweichungen sind, ergibt sich auch bei der Gegenüberstellung der sogen. blossen Solidarobligation.

¹⁷⁾ Ob das Wort auch, wie Fitting d. Natur d. Korr.-Obl. S. 191 meint, für andere rechtliche Thatsachen gesagt wird, kann hier ganz dahingestellt bleiben. Ich will dies nicht unbedingt bestreiten.

¹⁸⁾ Vergl. z. B. die *electio heredis* bei der *separatio bonorum*: fr. 1. § 10. 15. 16. *de separat.* (42, 6).

¹⁹⁾ Aehnlich, wenn man das Usucapionsinstitut darauf gründen wollte, dass der Eigenthümer die Geltendmachung vernachlässigt habe; es ist vielmehr auf einen positiven Grund zu stützen und der Umstand, dass der Eigenthümer Zeit genug zu vindiciren hatte, zur Abwehr des Unbilligkeitsvorwurfs anzuführen. Vergl. Kuntze Decanatsprogramm: Der Provinzialjurist Gaius (1883) S. 19.

²⁰⁾ Kuntze d. Obl. u. Sing.-Succ. S. 217—222.

²¹⁾ fr. 71. *de fidej.* (46, 1).

wirke. Die Worte des Paulus sind: *Ubi successit creditor debitori, veluti solutionis jure*²²⁾ *sublata obligatione etiam mandator liberatur. Sed cum duo rei promittendi sint, et alteri heres existit creditor, justa dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, an persona tantum exempta, confusa obligatione? Et puto, aditione hereditatis confusione obligationis eximi personam*²³⁾ . . . *Quodsi creditor fidejussori heres fuerit, vel fidejussor creditori, puto convenire, confusione obligationis non liberari reum.* Man sieht: der Jurist spricht sich recht vorsichtig aus,²⁴⁾ aber er bekennt sich zu der Unterscheidung oder Gegenüberstellung, welche Pomponius²⁵⁾ vertritt: *solutionis exemplum* und *personae exemptio*. In gewissen Fällen sei jenes, in anderen dieses anzunehmen, m. a. W. die *confusio* sei nicht schlechthin, sondern nur unter Umständen der *solutio* vergleichbar, und danach auch zu entscheiden, ob die *confusio* den ganzen Korrealnexus tilge.

Diese Unterscheidung bringt also keinen neuen Gedanken in die Korrealitätstheorie herein, und sie entspricht völlig denjenigen Grundsätzen, welche oben aufgestellt worden sind. Auch hier bestätigt es sich, dass die *solutio* prototypisch ist, und dass wir keinen Grund haben, auf unser Kardinalprincip zu verzichten: Alles, was *solutio* ist oder ihr gleich geachtet wird, m. a. W. was gleich der *solutio rem ipsam* ergreift und aufhebt, zerstört den ganzen Korrealnexus. Wir sind damit wieder bei dem ersten der oben (S. 153) aufgeführten Quellenaussprüche angelangt.

Ich bin von dem Gedanken: Identität des Obligationeninhalts, auf die *solutio* als Musterfall, von dieser auf Befriedigungs- und Consumtionsfälle *ad exemplum solutionis* gekommen und habe dieses Gedankensystem als eine geschichtlich-dogmatische Folge logischer Konsequenzen hingestellt. Dass diese Logik aber nicht unbillig sei, spricht der allgemeine Satz des Gaius aus: *Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur.*²⁶⁾ Man wird mir einräumen müssen, dass das Ergebniss meiner Theorie den römischen Juristen nicht ins Ge-

²²⁾ Denn hier erledigt sich die Obligatio, gleich als ob der Erbe als Schuldner an sich selbst als Gläubiger zahlt.

²³⁾ Da hier noch eine Person dem erbenden Gläubiger gegenübersteht, kann der Billigkeit Rechnung getragen werden, indem auf die *personae exemptio* der Accent gelegt wird.

²⁴⁾ *justa dubitatio — puto eximi — puto convenire.*

²⁵⁾ In fr. 19. *de duob. reis* (45, 2).

²⁶⁾ fr. 57. *de R. J.*

sicht schlägt, und dass diese Theorie einfacher und minder gekünstelt ist, als alle Spaltungs-, Alternativitäts-, Fiktions- und Kompromisstheorien; sie hat aber zugleich das Gute, dass sie die Klärung des Verhältnisses zur s. g. einfachen Solidarobligation vorbereitet und erleichtert.

§ 38.

4. Die Gesammthand und die sogen. einfache Solidarobligation.

I. Ich sagte oben (§ 33. II.), die Unitätstheorie sei logisch nur dadurch zu retten, dass die mehreren *correi* für Ein Subjekt erklärt würden. Diese Unificirung der Personen wäre ein denkbarer Ausweg, und in der That finden wir schon bei römischen Juristen Aussprüche, welche eine Andeutung solchen Auswegs zu verrathen scheinen. Ich meine namentlich Paulus,¹⁾ welcher in seinem Ediktscommentar sagt: *Si plures sint, qui eandem actionem habent, unius loco habentur. Utpote plures sunt rei stipulandi, vel plures argentarii, quorum nomina simul facta sunt: unius loco numerantur, quia unum debitum est.*²⁾ Also weil *unum debitum*, so *plures rei unius loco numerantur*. Paulus³⁾ geht hier von der Identität der *actio* aus: ein ganz ungewöhnlicher Gedanke, welcher sich sonst bei römischen Juristen nicht findet; selbst neben der *una obligatio* wird nirgends von *una actio* gesprochen. Dies macht die Tragweite der Stelle zweifelhaft; offenbar bewegt sich Paulus hier ausserhalb der geebneten Bahn;⁴⁾ er sagt das selbst, wenn er hinzufügt: *difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat*; vielleicht hatte er einen processualen Gesichtspunkt, wie in fr. 4. § 7. *fin. reg.* (10, 1); jedenfalls stellt er da noch weiter sehr verschieden geartete Fälle zusammen. Ulpian bedient sich einmal eines ähnlichen Ausdrucks für die erbrechtlichen *conjuncti*.⁵⁾ Dem sei, wie ihm wolle;

¹⁾ Unger in den Jahrb. für die Dogmatik XXII. S. 227 zieht noch andere Stellen herbei, die m. A. n. abseits liegen.

²⁾ fr. 9. *pr. de pactis* (2, 14).

³⁾ Man darf diesen Juristen nicht immer beim Wort nehmen; in fr. 14. *ratam rem* (46, 8) bezeichnet er die *plures rei* als *eiusdem obligationis socii*. Vergl. auch fr. 4. § 7. *fin. reg.* (10, 1) und Kuntze Excuse über röm. R. S. 532.

⁴⁾ Vergl. Kuntze Excuse üb. röm. Recht S. 532.

⁵⁾ fr. 34. *pr. de leg. I.*: *Conjuncti unius personae potestate funguntur.*

der principielle Gedanke, dass mehrere für Eine Person gelten, ist sonst der römischen Jurisprudenz fremd geblieben und passt überhaupt nicht in ihr Anschauungssystem.

Anders im germanischen Recht, welches viel mehr sich der Verkettung, Einigung und Zusammenschmelzung der Individuen zu neigt und diese Neigung in zahllosen Gebilden der Genossenschaft, Körperschaft und Gesammthand gezeigt hat: von dem Eheband bis hinauf zu den kolossalsten korporativen Verbänden. Gleichwie die Körperschaft Eine Person ist und als solche Ein Vermögen, Eine Rechtssphäre hat, so ist die Gläubiger- oder Schuldnermehrheit in der *juncta manus* Ein Rechtssubjekt, Träger Einer *Obligatio*. Letzternfalls liegt Einheit in Bezug auf eine *Obligatio*, also nicht in Bezug auf eine (ganze) Rechtssphäre, sondern nur ein (einzelnes) Rechtsverhältniss vor; aber der germanische Rechtssinn schreckte eben nicht vor solcher Gestaltung zurück, sondern liebte organische Einigungen oder Kollektiveinheiten und wusste sie praktisch zu verwerthen. Man könnte die Gesammthand eine Miniaturperson, geschaffen behufs eines einzelnen Rechtsverhältnisses, nennen, wobei noch bemerkt zu werden verdient, dass jene Gestaltung wesentlich nach Aussen ihre Wirkung richtet: jeder kann klagen und vertritt immer zugleich seine Genossen, jeder kann verklagt werden, ist aber als Beklagter zugleich Vertreter der Genossen; was man mit dem Einen zu thun hat und thut, gilt immer von selbst für Alle, weil Alle (nach Aussen) Eins sind. Wie sie sich unter einander stellen und aus einander setzen, ist eine interne Frage.⁶⁾

Manche Neuere, wie Bekker, Huschke und besonders Unger,⁷⁾ nähern sich dem Gesammthandsgedanken, und Letzterer nennt die Korrealobligation eine Kollektivobligation. Allein eine solche liegt hier nicht vor; sie würde bedeuten, dass immer nur Alle zusammen handeln und klagen könnten, wie die Kollektivprocuristen,⁸⁾ oder die römischen Censoren,⁹⁾ und bez. dass sie immer nur zusammen in Anspruch genommen und verklagt werden könnten.¹⁰⁾ Eine

⁶⁾ Vergl. Stobbe Zur Geschichte d. deutsch. Vertragsrechts (1855) S. 159 ff.; Platner d. Bürgschaft (1857) S. 36 ff. 45 ff. 145 ff.; Samhaber Z. Lehre v. d. Korrealobl. S. 56 ff.

⁷⁾ Passive Korrealität u. Solidarität (1884) S. 9. 20. (Anm. 46).

⁸⁾ Handelsgesetzbuch Art. 44.

⁹⁾ s. oben § 34. a. f.

¹⁰⁾ Vergl. Unger a. a. O. S. 25. Anm. 55.

solche Organisation wäre recht wohl denkbar¹¹⁾ und könnte praktisch zweckmässig seyn, ist auch im nordischen Recht vorgekommen, aber den Römern¹²⁾ völlig unbekannt und ganz und gar nicht congenial. In der rechtlichen Nöthigung zur gemeinsamen Belangung der gemeinsamen Schuldner findet also die Korrealität nicht, wie Unger sagt, ihren schärfsten und prägnantesten Ausdruck, sondern vielmehr einen charakteristischen Gegensatz, welcher den tief gegründeten Unterschied römischer und germanischer Art offenbart.

II. Die Römer hatten, wie wir gesehen haben, in Wahrheit nicht *una atque eadem obligatio plurium*, sondern *plures obligationes* mit identischem Inhalt (*ejusdem pecuniae, ejusdem debiti*); ja sie kamen dazu, in gewissen Fällen die Selbständigkeit der durch *eadem pecunia* verbundenen Obligationen noch zu steigern, indem sie nicht alle Konsequenzen aus der Identität der *pecunia (res)* zogen, sondern den Gläubiger gegen die nachtheilige Wirkung der mit dem einen Solidarschuldner contestirten *lis* in Schutz nahmen, durch Aufstellung des Satzes: *reus non litiscontestatione, sed solutione liberatur.*¹³⁾

Dieser Satz galt für solche Fälle, wo die Billigkeit eine Ausnahme von der strengen Konsequenz empfahl: wenn die Solidarschuld auf *dolus* oder *culpa* beruhte. Hier schien es unbillig, die übrigen Schuldner schon durch Litiscontestation frei werden und den Gläubiger infolge dessen vielleicht leer ausgehen zu lassen. Mir scheint diese billigere Solidarobligation neben der strengen Korrealobligation die gleiche Rolle zu haben, wie die humanere und freiere *habitatio*, welche eine Lebensversorgung bezweckte, neben dem strengen *usus (aedium)*. Letztere Personalservitut ging durch *capitis minutio* unter, das lag nun einmal in der strengen Konsequenz des Begriffs; aber um dem Leben Rechnung zu tragen, stellte man in der *habitatio* eine Gestalt der *aequitas* daneben, welche über die strenge Konsequenz hinweghalf. Eine solche Gestalt ist auch die s. g. einfache Solidarobligation. Man fehlt, wenn man sich darauf steift, sie als das Regelmässige und die Korrealität als die Ausnahme zu denken; nein, das

¹¹⁾ Und ist theilweise im preuss. Landrecht angenommen (Thl. I. Tit. 5. § 450). Vergl. Samhaber Zur Lehre v. d. Korr.-Obl. S. 213 ff. und Dernburg preuss. Privatr. II. § 47—57.

¹²⁾ Die stets auf Auseinanderhaltung der persönlichen Rechtssphären und scharfe Grenzziehung bedacht waren.

¹³⁾ fr. 1. § 43. *depos.* (16, 3); fr. 7. § 4. *quod falso tutore* (27, 6). Dazu fr. 2—4. *de his qui effuderint* (9, 3).

Verhältniss ist das umgekehrte,¹⁴⁾ denn die Korrealobligation ist das Resultat strenger Konsequenz, die Solidarität eine Abweichung davon, wie sie denn auch im Leben Ausnahme war, nur auf der passiven Seite vorkam¹⁵⁾ und nur unter Voraussetzung von *mala fides*, d. h. ungebührlicher Gesinnung, unverantwortlicher Handlungsweise. Wie die Römer nicht zwischen *duo rei* und *in solidum* unterschieden, so haben auch wir schlechterdings festzuhalten, dass Korrealobligation und Solidarobligation auf Einem Grundgedanken (*eadem pecunia*) beruhen, die gleiche Grundstruktur haben, und nur in einem einzelnen durch positives Recht *propter aequitatem* gesetzten Punkte sich unterscheiden.¹⁶⁾ Ich habe schon früher auf eine gleichartige Stelle hingewiesen, welche uns den hier maassgebenden Gesichtspunkt deutlich macht:¹⁷⁾ es verhält sich mit der (einfachen) Solidarobligation, wie in dem Falle des fr. 32. *pr. de peculio* (15, 1), wo Julian Korrealität annahm, Ulpian aber hinzufügt:

Si plures sint fructuarii vel bonae fidei possessores, unus conventus ceteros liberat; quamvis non majoris peculii, quam penes se est, condemnari debeat. Sed licet hoc jure contingat, tamen aequitas dictat, iudicium in eos dari, qui occasione juris¹⁸⁾ liberantur, ut magis eos perceptio, quam intentio liberet: nam qui cum servo contrahit, universum peculium ejus, quod, ubicunque est, velut patrimonium intuetur.

Die *actio de peculio* geht gegen die mehreren Usufructuare eines mit *peculium* ausgestatteten Sklaven *in solidum*; Marcellus und

¹⁴⁾ Vergl. Kuntze d. Obl. u. d. Sing.-Succ. S. 220. Die Freude über den Ribbentrop'schen Fund einer feinen Distinction hat die strukturelle Bedeutung des Unterschieds weit überschätzen gemacht. Der Fund war ja ganz schön und sinnig und von besonderem, prototypischem und anregendem Werth zu einer Zeit, welche nicht viele ähnliche Entdeckungen und Finessen aufzuweisen hatte. Seitdem ist unsere Jurisprudenz in der feineren Distinction und Eleganz allseitig fortgeschritten, und man beurtheilt die einzelne Novität ruhiger. Möchte nun auch die Unterscheidung von Korrealität und Solidarität auf ein nüchternes Maass der Accentuirung zurückgeführt und erkannt werden, dass die Römer hier nimmermehr einen principiellen Unterschied statuirt haben.

¹⁵⁾ Vergl. Czyhlarz Beitr. z. Lehre v. d. Korrealobl. in Grünhut's Zeitschr. III. (1876) S. 64.

¹⁶⁾ Auch Mitteis die Individualisirung der Obligation (1886) S. 54. scheint mir auf ähnliche Gedanken hinauszukommen. Seine geschichtliche Analyse der Korrealität als eines „Rudimentes des älteren, weiteren Identitätsbegriffs“ (S. 66.) ist dagegen meiner Theorie fremd.

¹⁷⁾ Kuntze Cursus des Röm. Rechts § 601. a. E.

¹⁸⁾ Dazu fr. 1. § 1. *de doli exc.* (44, 4); *Coll. leg. Mos.* 16, 9, 2.

Scaevola¹⁹⁾ aber führten die Begünstigung des Gläubigers ein, dass er trotz der mit dem einen Usufructuar contestirten *lis* noch die anderen Usufructuare belangen könne, und Ulpian stimmt dieser Abweichung von der Rechtskonsequenz bei.²⁰⁾ Die Motivirung der Abweichung bei der Solidarobligation gibt derselbe Ulpian, wenn er betreffs der Solidarhaftung mehrerer *contutores* sagt²¹⁾: *nec immerito, cum unusquisque doli sui poenam sufferat.*

Es ergibt sich hieraus, dass der Ribbentropsche Ausdruck „blosse solidarische Obligation“ irreleitend, besser der Savigny'sche Ausdruck „unächte Korrealität“ ist; ich finde Ausdrücke wie „unregelmässige, unvollkommene, beschränkte, modificirte, abgeschwächte Korrealität“ treffend, denn dieser Fall ist die Ausnahme, und die römische Vorstellung stimmt damit überein, wie die Wendungen mit *quasi, ut, quodammodo (duo rei ejusdem debiti)* deutlich genug anzeigen.²²⁾

Halten wir aber fest, dass die s. g. einfache Solidarobligation nicht mehr und nicht weniger, als eine durch positive Satzung abgeschwächte Korrealobligation ist, so haben wir hier eine Art Seitenstück zu den in der Lehre von der Klagenconcurrentz zu unterscheidenden zwei Gruppen von Klagen, deren eine solche Klagen enthält, welche sich schon durch Klagenstellung in Konsequenz des Consumtionsprincips ausschliessen, und deren andere die Fälle der Klagenconcurrentz im engeren Sinne enthält, Fälle, in welchen nach positiver Rechtsregel erst Befriedigung die concurrirende Klage beseitigt.

§ 39.

5. Vertheidigung der aufgestellten Pluralitätstheorie gegenüber Windscheid und Brinz.

I. Der vornehmste unter den neueren Vertretern der Keller-Ribbentrop'schen Theorie ist Windscheid;¹⁾ es wird daher wesentlich zur Befestigung der von mir entgegengestellten Theorie beitragen, wenn die grundlegenden Gedanken der Windscheid'schen Darstellung beleuchtet werden. 1) Es heisst darin: „Es ist nur

¹⁹⁾ Vergl. fr. 19. § 1. eod.

²⁰⁾ Vergl. fr. 34. *pr. de O. et A.* (44, 7).

²¹⁾ fr. 15. *de tutor.* (27, 3). Dazu fr. 1. § 43. *depositi* (16, 3); fr. 5 *de nox. act.* (9, 4); fr. 3. *pr. si mentor* (11, 6).

²²⁾ fr. 38. 45. *de adm. tutor.* (26, 7); fr. 5. § 15. *commod.* (13, 6).

¹⁾ Er steigert gewissermaassen noch den Grundgedanken der Unitätstheorie, indem er den Ausdruck „objektiver Bestand der Obligation“ vermeidet und die Korrealobligation schlechthin eine einige Obligation (mit einer Mehrheit der subjektiven Beziehungen) nennt.

Eine Obligation vorhanden, aber für mehrere Gläubiger oder Schuldner, und zwar für jeden Einzelnen so, als wenn er der alleinige Gläubiger, der alleinige Schuldner wäre.“²⁾ Wie soll man sich das denken? Die Forderung, Schuld des Einen, wie kann sie zugleich die Forderung, Schuld des Anderen seyn? Der eine *correus* ist berechtigt, verpflichtet ohne jedwede Rücksicht auf den anderen, der andere *correus* ebenso, und doch soll das also getrennte Verhältniss Beider eine und dieselbe Obligation seyn? Wie ist das logisch zu rechtfertigen? Ich finde: nur dann, wenn eine Fiktion, welche die Identität beider Subjekte setzt,³⁾ oder aber die Idee der Gesamthand, welche die beiden Träger der Obligation zu Organen einer Gesamtheit nach Art einer juristischen Person macht, zu Hülfe genommen wird. Hierüber ist oben⁴⁾ gehandelt worden. Obligation ist Forderung des Einen, Schuld des Anderen; ohne dass Einer Gläubiger, ein Anderer Schuldner ist, kann daher keine Obligation vorhanden seyn; Ablösung der Obligation vom Gläubiger oder Schuldner ist daher Vernichtung; insofern eine Obligation auf den Einen (als dessen Forderung, Schuld) bezogen wird, erscheint sie dem Anderen entzogen und umgekehrt.⁵⁾ M. a. W.: die Einheitstheorie macht den objektiven Bestand der Obligation unabhängig von ihrer subjektiven Beziehung, denn sie erklärt die letztere als indifferent für den ersteren, indem sie annimmt, eine und dieselbe Obligation könne auf eine oder zwei oder drei Subjekte bezogen werden, und es sei immer dieselbe und bleibe dieselbe Obligation, auch wenn ein Subjekt unbedingter, das andere nur bedingter *reus* ist, oder auch wenn eines oder mehrere der Subjekte wieder wegfallen; die logische Konsequenz dieser Gleichgültigkeit würde seyn, anzunehmen, dass es auch

²⁾ Windscheid Pand. § 293. Abs. 1. (5. Aufl.).

³⁾ Hierauf kommt in der That Windscheid schliesslich doch hinaus, wie er in § 298. Anm. 3 (gegenüber Brinz) ausführt; wenigstens vermag ich nur unter diesem Gesichtspunkt mir das Verhältniss logisch klar zu machen.

⁴⁾ S. 167.

⁵⁾ Ich leugne damit nicht die logische Möglichkeit einer Singularsuccession in Obligationen, dieselbe ist ebenso möglich (wenn auch den Römern fremd), wie die Singularsuccession in dingliche Rechte; aber es muss auch gesagt werden, dass, wie es nicht ein *unum dominium plurium (in solidum)* gibt, so auch nicht *una obligatio plurium*. Ob wir das *dominium* des Singularsuccessor im streng logischen Sinne als identisch mit dem des *auctor* zu denken haben, zu denken vermögen, oder die Translation als Transformation vorstellen müssen, kann hier dahingestellt bleiben; jedenfalls schliesst das Eigenthum des *successor* dasjenige des *auctor* absolut aus. Vergl. dazu Kuntze die Obl. u. die Sing.-Succ. S. 42. 43. 55.

Obligationen ohne Gläubiger oder Schuldner, ja ohne Gläubiger und Schuldner geben könne. M. a. W.: Jene Theorie erklärt die Macht, die Pflicht, als welche sich die Obligatio für den Gläubiger, Schuldner erweist, als eine subjektiv getrennte, aber die Wirkung des Aufhebungsaktes für eine gemeinsame, sie trennt also Ursache (Macht) und Wirkung (Ausübung des Rechts); wie die getrennte Macht gemeinsam wirken, der getrennte Zahlungs-Akt des Einen Allen zugute kommen soll, bleibt völlig unerklärt und ungerechtfertigt; der Ausdruck: Einheit des objektiven Bestandes, gibt keine Erklärung, verhüllt sie bloss, und ist eine leere Formel, hinter welcher nichts Greif- und Vorstellbares aufzufinden ist.

2) Windscheid fügt hinzu: „Die Einheitstheorie wird, wenn sie nicht mit der Identität des Subjekts auch die Identität der Leistung aufgeben will, nicht umhin können, die Korrealobligation aufzufassen als gerichtet auf eine Leistung mit alternativ bestimmtem Inhalt — Leistung durch A oder B, an A oder B.“⁶⁾ Mit dieser Bemerkung meint Windscheid sich der Fitting'schen Theorie anzunähern; formell ja, aber sachlich nähert er sich damit, scheint mir, der diesseitigen Theorie an, denn er gesteht zu, dass Leistungsinhalt und Subjekt untrennbare Momente des Obligationsbegriffs sind. Aber freilich die Art der Aushilfe ist unannehmbar, denn sie besteht darin, dass das Obligationssubjekt zu einem Bestandtheil des Obligationseinhalts degradirt wird: der, welchem oder gegen welchen die Forderung zusteht, soll ein Moment in dem Forderungsinhalt bilden. Wir sehen: da schwebt wieder die Obligatio wie eine objektive Realität gewissermaassen über ihren Subjekten, und diese erscheinen nicht als ständige Träger, sondern als wandelbare Eigenschaften der Obligatio; das ist aber eine Anschauung, nach welcher nicht die Obligatio dem Subjekt, sondern das Subjekt der Obligatio beigelegt und zustehend erscheint, also eine Anschauung, welche das richtige Verhältniss geradezu umkehrt.

3) Noch in einem anderen Punkte nähert sich Windscheid der diesseitigen Theorie an, indem er zugibt, dass die objektive Wirkung weder der *novatio*, noch der *acceptilatio* einen Beweis für die Einheit der Korrealobligation abgebe,⁷⁾ nur ist sein Gesichtspunkt ein von dem unsrigen verschiedener, denn er betrachtet die Novation (auch die Acceptilation?) als Erfüllungssurrogat, während

⁶⁾ Windscheid a. a. O. Anm. 1. (S. 137).

⁷⁾ Windscheid a. a. O. § 295. Anm. 3. 4.

diesseitig die Consumtionskraft der Novation betont wird.⁸⁾ Anders, meint Windscheid, liege die Sache in Ansehung des *pactum de non petendo (in rem)*, dessen objektive Wirkung⁹⁾ als ein Beweis für die Einheit der Korrealobligation gelten müsse. Ich sehe aber nicht ein, warum hier die Sache anders liegen soll, als bei der Acceptilation, denn beide ergreifen und tilgen die Obligatio, freilich die eine bloss *ope exceptionis*, die andere *ipso jure*; allein dieser Unterschied berührt in keiner Weise die Frage der stärkeren oder schwächeren Wirkung für die Interessenten.¹⁰⁾ *Pactum in rem* bedeutet eben, dass die Obligatio selbst in ihrem Rechtsinhalt ergriffen, nicht bloss eine einzelne Person eximirt werden soll, und eine durch *exceptio (perpetua nec ab aequitate naturali abhorrens*¹¹⁾) beseitigte Obligatio steht in allen Folgen einer *jure perempta* gleich; in beiden Fällen ist aus dem *debitum* ein *indebitum* geworden.¹²⁾

4) Es ist — früher wenigstens¹³⁾ — von Windscheid der Einwand gegen die diesseitige Theorie erhoben und von Samhaber¹⁴⁾ unterstützt worden, dass die bloss formelle, äusserliche Gleichstellung der *novatio* und *acceptilatio* mit der *solutio* nur ein Ausdruck für die weiter gehende Wirkung (auf *tota obligatio*), aber nicht eine Erklärung derselben sei. Ich denke aber, dass dieser Einwand durch die Darlegung in § 36. I. entkräftet ist, und dass aus der Darlegung in § 36. II. und § 37 I. deutlich genug hervorgeht, wie die Bezeichnung jener Tilgungsgründe als formaler Lösungsweisen nicht eine bloss äusserliche Gleichstellung bedeutet, sondern eine tiefere Begründung hat. Uebrigens darf nicht übersehen werden, dass die römischen Juristen die *acceptilatio*, *novatio* und das *jusjurandum liberatorium* nicht bloss beiläufig mit der *solutio* vergleichen, sondern gerade die Gleichartigkeit als Grund der gleichen

⁸⁾ S. oben § 36. II.

⁹⁾ Fr. 27. *pr. de pactis* (2, 14) lasse ich als zweifelhaft in Lesart und Sinn ausser Spiel; jedenfalls gilt das *nec novare alium posse* nicht von den Korrealgläubigern.

¹⁰⁾ Aehnlich in fr. 27. § 6. *de pactis* bei alternativer Obligation: *ut solutione et petitione et acceptilatione unius rei tota obligatio solveretur, ita pacto quoque convento de una re non petenda interposito totam obligationem summoveri.*

¹¹⁾ Fr. 66. *de R. J.*

¹²⁾ Fr. 3. § 1. *de pecun. const.* (13, 5); fr. 14. *de comp.* (16, 2); fr. 14. *pr. quod met. c.* (4, 2); fr. 26. § 3. *de cond. ind.* (12, 6); fr. 19. 40. *ead.* Vergl. oben § 36. a. E.

¹³⁾ Krit. Ueberschau VI. S. 214. 215.

¹⁴⁾ Zur Lehre v. d. Korr.-Obl. S. 90. 94.

Wirkungskraft anführen¹⁵⁾ und folglich ihr erklärende Kraft zuschreiben.

5) Gegen die Windscheid'sche Auffassung der s. g. „einfachen Solidarität“ habe ich Folgendes einzuwenden. a) Für die Aufstellung, dass die „einfache Solidarität“ auch auf der Gläubigerseite vorkomme,¹⁶⁾ wird Ulpian in fr. 14. *pr. de noxal. act.* (9, 4) angeführt. Allein der Fall der Noxalklage ist ein besonderer deswegen, weil die Verpflichtung zur Entschädigung bedingt ist durch das Recht der *noxae deditio*, welche im Exekutionsstadium, also erst nach dem Urtheil in Frage kommt.¹⁷⁾ Diese besondere Struktur der *noxalis actio* verbietet uns, ihre Behandlung für die Solidaritätsfrage ohne Weiteres zu verwerthen; es liegt da weder Korrealität noch Solidarität im einfachen Sinne vor.¹⁸⁾

b) Windscheid findet in der „blossen Solidarität“ für jeden Gläubiger und jeden Schuldner ein besonderes Forderungsrecht im Gegensatz zur Korrealität, aber die Frage, warum dieser Unterschied und Gegensatz vorliege, bleibt unberührt. Er sagt zwar weiterhin, die Entstehung des bloss solidarischen Rechtsverhältnisses setze eine Mehrheit von Thatsachen voraus, allein weder in dem in Anm. 1. angeführten Falle der *noxal. actio*, noch in dem in Anm. 17. angeführten Falle des *quasi delictum (effusio et dejectio)* liegt eine Mehrheit von Thatsachen, vielmehr eine einzige (deliktartige) Handlung vor. Noch dringlicher wird die Frage nach dem Warum, wenn Windscheid das einfache Solidarverhältniss auch durch Vertrag entstehen lässt. Korrealität durch Vertrag und Solidarität durch Vertrag; warum in jenem Falle Eine Obligatio, in diesem mehrere Obligationen? Können das die Parteien machen, wie sie wollen? Geht wirklich der *animus*

¹⁵⁾ *quoniam velut solvisse videtur* (Ulp. fr. 16. *pr. de accept.* 46, 4) — *cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus* (Venulej. fr. 31. § 1. *de nov.* 46, 1) — *quia in locum solutionis succedit* (Paul. fr. 28. *de iurejur.* 12, 2).

¹⁶⁾ In neuester Zeit hat Ihering, indem er die Windscheid'schen Argumente ablehnt, doch andere Fälle aktiver Solidarität ausfindig zu machen gemeint (in s. Jahrb. Bd. 24. 1886. S. 129 ff.), allein er sagt selbst, dass diese Fälle von den römischen Juristen selbst nicht als Solidarobligation charakterisirt seien.

¹⁷⁾ *Noxales actiones . . . quarum vis ac potestas haec est, ut, si damnati fuerimus, liceat nobis deditioe evitare litis aestimationem.*

¹⁸⁾ Diese Besonderheit zeigt sich auch auf der Schuldnerseite in fr. 5. 8. *de nox. act.* (9, 4); welchen Fall Windscheid (§ 297. Anm. 7.) gleichfalls einfach unter die Korrealität stellt.

contrahentium bald auf die eine, bald auf die andere theoretische Gedankenformel? Wo liegt das Kriterium?

Im Unterschied hiervon ist in meiner Theorie ein klares und einfaches Kriterium gegeben: da wo die Billigkeit fordert, dass nur reelle Befriedigung *totam obligationem* tilgt, ist unvollkommene Solidarität. Dieser Gesichtspunkt greift überall Platz, wo die Verbindlichkeit auf Delikt oder deliktartigem Verhalten des Schuldners entspringt, und derselbe Gesichtspunkt ist auch der *effusio* und *dejectio*, sowie dem *mandatum qualificatum* mehrerer *mandatores* nicht fremd.¹⁹⁾

Uebrigens bemerke ich, dass Windscheid noch insofern die „einfache Solidarität“ der Korrealität annähert, als er auch der Novation und Acceptilation (dem Quittungsvertrag) die Kraft zuschreibt, die mehreren Solidarobligationen auf ein Mal zu vernichten; er sieht in jenen Akten eine Art Erfüllung der Obligation: hierüber ist oben bereits gehandelt.

II. Ich habe im Bisherigen mehrfach von einer Annäherung der Unitätstheorie an die Pluralitätstheorie gesprochen; Mancher möchte da fragen, ob nicht anderseits die Pluralitätstheorie, wie sie von mir auf das nunmehr klar herausgestellte Begriffsmoment des „Obligationsinhalts“ gegründet worden ist, der Unitätstheorie in Etwas näher gekommen ist: denn was ich Obligationsinhalt nenne, ist das nicht etwa dasselbe, was jenseitig objektiver Bestand²⁰⁾ genannt wird? und ist es nicht etwa ein blosser Wortstreit, wenn ich das, was objektiver Bestand genannt worden, als Obligationsinhalt bezeichne, und was subjektive Beziehung genannt worden, als die Obligatio selbst bezeichne? Indess schon der Umstand muss bedenklich gegen die Bejahung machen, dass Windscheid dem „objektiven Bestand“ die Obligatio selbst substituirt, während in meiner Theorie an der Stelle der „subjektiven Beziehung“ die Obligatio selbst figurirt. Aber sehen wir weiter zu. Wenn ich die Obligatio selbst nenne, so meine ich die Obligatio im ganzen und

¹⁹⁾ fr. 52. § 3. *de fidej.* (46, 1), s. Windscheid Anm. 16. Die Haftung hier entspringt auch nicht eigentlich aus Vertrag, sondern das *judicium contrarium* beruht auf dem Gedanken, dass im Zusammenhange mit dem Vertrag eine die Entschädigungspflicht billigerweise begründende Thatsache hinzugetreten ist, und das Quasidelictische liegt hier darin, dass, wenn die Empfehlung ganz zutreffend gewesen wäre, es einer Entschädigung nicht bedurft haben würde.

²⁰⁾ s. oben § 32. II.

vollen Sinne, d. h. so, wie sie als concretē rechtliche Individualität erscheint und von den römischen Juristen immer als selbständige Grösse in Rechnung gebracht wird, — und während die Gegner die Einheit des objektiven Bestandes bei der unvollkommenen Korrealobligation (sogen. einfachen Solidarobligation) verwerfen, spreche ich von der Identität des Obligationsinhalts auch bei diesem Verhältniss. Man ersieht hieraus deutlich, dass die Grundvorstellung in der einen und der anderen Theorie eine principiell verschiedene bleibt — trotz aller Annäherung in einzelnen Punkten, — und dass danach das Verhältniss der vollkommenen und der unvollkommenen Korrealität in beiden Theorien ein grundverschiedenes ist. Während Windscheid²¹⁾ beide „nur wegen der Gleichheit der ökonomischen Bedeutung“ zusammenstellt und die unvollkommene Korrealität eigentlich einem anderen Orte im System zuweisen zu müssen erklärt, kann ich meinerseits nicht genug betonen, dass vollkommene und unvollkommene Korrealität principiell dieselbe Struktur haben, und nur *aequitatis ratione* durch das positive Recht eine (principiell bedeutungslose und nur praktisch wichtige) Differenz begründet ist.

Unser Gegensatz ist also noch erheblich genug, auch was die unvollkommene Korrealität oder einfache Solidarität anlangt. Eher lässt sich an diesem Punkte eine gewisse Verwandtschaft mit der Gestalt finden, welche neuerdings von Brinz²²⁾ seiner Korrealitätstheorie gegeben worden ist. Ueber diese muss daher noch ein Wort hinzugefügt werden. Brinz sagt: „Ueberwiegende Gründe sprechen dafür, dass schon die Solidarität Unität, die Korrealität aber ein Mehreres sei, in beiden Fällen volkswirtschaftlich trotz aller Mehrheit der Buchungen doch nur Eine Schuld da sei, dem Gegenstande und der Zahlung nach nur Eine Schuld vorliege“ (was auch für den Fall der Mehrheit auf aktiver Seite gelte). Sowohl bei Korrealität, als einfacher Solidarität bedeute *obligatio* — namentlich wenn von Mehrheit der Obligationen gesprochen wird — die „Haftung“, während die Eine „Schuld“ mit *debitum* ausgedrückt werde.²³⁾ Ich kann hier²⁴⁾ nicht von Neuem auf die Brinz'sche Haftungstheorie eingehen und will nur bemerken, dass die Stelle, welche in meiner Theorie die Begriffe *Obligatio* und Obligationsinhalt einnehmen, in jener die Begriffe „Haftung“ und „Schuld“ haben. Das, worauf es mir an-

²¹⁾ § 292. a. E.

²²⁾ Pand. (2. Aufl.) § 235. (Bd. 2. S. 80 ff.).

²³⁾ Dazu Brinz § 253. (S. 172).

²⁴⁾ Vergl. oben § 23. III. Anm. 14.

kommt, ist, dass in beiden Theorien die Grundstruktur der Korrealität und einfachen Solidarität die nämliche ist, und die letztere sich von der ersteren nur durch ein für unsere Frage unwesentliches Minus unterscheidet.

Wenn Brinz weiter sagt, dieses Minus, nämlich die Beschränktheit der Wirkung der *Litiscontestatio* bei den einfachen Solidarobligationen, sei kein Gegenargument gegen die Einheit, weil es an Identität der Parteien (*eadem persona*) fehle, so kann ich mir diesen Gedanken freilich nicht aneignen, denn er würde nur im Zusammenhange der Brinz'schen Auffassung der Korrealität das Verlangte leisten, und diese Auffassung geht dahin, dass die *correi*, deren Einer den Anderen vertritt, eine Personeneinheit bilden.²⁵⁾ Wer, wie ich, diese Auffassung verwirft,²⁶⁾ hat keine andere Wahl, als die: entweder mit der alten Theorie die Korrealität durch Identität der *Obligatio* von der einfachen Solidarität zu unterscheiden, oder aber die diesseitige Theorie zu acceptiren, welche in beiden Fällen Mehrheit der Obligationen aufstellt und das Kriterium des Unterschieds beider Figuren in eine positive Satzung verlegt, welche an sich nichts mit dem Obligationsbegriffe zu thun hat. Brinz, welcher in dem gegenseitigen Vertretungsverhältniss und der darauf gegründeten Personen-Identität das Charakteristische der Korrealität und jenes Plus derselben vor der einfachen Solidarität erblickt, kommt, wenn er nicht bei wirtschaftlicher Betrachtung stehen bleibt²⁷⁾ und mit seinem Satze juristisch Ernst macht, unvermeidlich auf die nämliche Fiktion hinaus, welche auch Windscheid vergeblich von sich abwehrt²⁸⁾ und Hölder geradezu proklamirt.²⁹⁾

§ 40.

5. Das Solidar- oder Korrealverhältniss im heutigen Recht.

I. Die Frage nach dem heutigen Recht war bei der *Novation* wesentlich eine spekulativ-dogmatische,¹⁾ bei der Solidarität ist sie

²⁵⁾ Brinz Pand. § 253 (2. Aufl. Bd. 2. S. 167).

²⁶⁾ S. oben § 33. I. Vergl. dazu oben § 37. I. (S. 163).

²⁷⁾ „Gläubiger, Schuldner in eigenem und fremdem Namen zugleich... jedenfalls der Wirkung nach“ in Beitreibung, *Satisfacirung*, *Bestreitung* der Forderung (S. 168).

²⁸⁾ s. oben § 39. I. (S. 171).

²⁹⁾ s. oben § 34. III.

¹⁾ s. oben § 31.

wesentlich eine praktische. Wir müssen hier fragen, ob noch heute ein praktisches Bedürfniss seyn kann, Solidarverhältnisse zu setzen, ob es einen praktischen Vortheil gewährt, Solidarverhältnisse in's Leben zu rufen.

1. Knüpfen wir an v. Savigny's Darstellung der Korrealobligation an, so leuchtet uns deren Lichtseite deutlich genug. Wir finden da die Sicherheit und die Bequemlichkeit des Gläubigers als Hauptzwecke des Korrealverhältnisses angegeben, und mit Recht; Zwecke, die unserem heutigen Rechtsleben ebenso wenig fremd sind, wie dem antiken. Wir haben dasselbe Bedürfniss, wie die Römer; soll uns ihr Befriedigungsmittel genommen seyn? Sehen wir uns also nach Anwendungsfällen um.

A) Vor Allem muss bemerkt werden, dass Nichts im Wege steht, Korrealverhältnisse durch Vertrag oder letzten Willen²⁾ entstehen zu lassen; wir besitzen ja sprachlich in den herkömmlichen Wendungen „sammt und sonders“ — „Einer für Alle, Alle für Einen“ deutliche Ausdrücke für die betreffende Intention der Urheber des Rechtsverhältnisses.³⁾ Selbstverständlich entscheidet sich die Formfrage einfach nach den Grundsätzen unseres gemeinen Rechts über Vertragsschluss und Errichtung letzter Willen; die Natur der Korrealität gibt keinen Grund oder Anlass zu Ausnahmen, wenn man nicht eine Ausnahme darauf gründen will, dass der formlose Vertrag nicht ausreiche, abstrakte Obligationen zu erzeugen;⁴⁾ denn wer dies annimmt, muss für Begründung des Korrealverhältnisses einen solennisirten Vertrag verlangen, wofern die Korrealobligation eine selbständige ist, also der *specialis causa debendi* (formell) ermangelt, und nur ein zum Depositum oder Kommodatum hinzugefügter Korrealitätsnebenvertrag würde ohne Weiteres (ohne Formalität) das Korrealverhältniss erzeugen.⁵⁾

Wenn es richtig ist, was von Vielen behauptet wird, dass bei den Römern die korreale Stipulation nur als gemeinschaftlicher Akt der *plures rei* in Gebrauch war,⁶⁾ so würde an diesem Punkte zwei-

²⁾ Ueber das richterliche Urtheil als Entstehungsgrund s. Samhaber Z. Lehre v. d. Korrealobl. S. 169.

³⁾ Es interessirt hier nicht, auf diese nicht principielle Frage näher einzugehen. Vergl. übrigens Unger in d. Jahrb. f. d. Dogmatik XXII. S. 245. 246. u. besonders Samhaber S. 164.

⁴⁾ Was bekanntlich für das gemeine Recht bestritten ist.

⁵⁾ Vergl. Kuntze d. Obl. u. d. Sing.-Succ. S. 171. 254.

⁶⁾ Vergl. Kuntze a. a. O. S. 166 ff.

felsohne eine Abweichung vom römischen Recht anzunehmen seyn, denn entweder verlangen wir überhaupt keine Solennität — und damit fällt auch das sinnliche Kongruenzmoment als ein Solennitätsmoment — oder wir begnügen uns jedenfalls mit deutlichem (irgendwie solennem) Ausdruck der Korrealitätsabsicht („sammt und sonders“).

Zu der vertragsmässigen und bez. letztwilligen Korrealität ist auch das Verhältniss mehrerer Mitbürgen (*confidejussores*) zu rechnen. Da das gemeine Recht solche kennt, liegt kein Grund vor, die Korrealität hier abzuweisen.⁷⁾ Neue Anwendungen bietet 1) das Versicherungswesen in dem Falle einer mehrfachen Versicherung auf dieselbe Zeit und gegen dieselbe Gefahr bei mehreren Versicherungsgesellschaften, indem hier nur einmaliger Schadensersatz beansprucht werden kann:⁸⁾ ein Fall, welcher freilich nur in unseren Zusammenhang gehört, sofern nicht ein Verbot gegen den Abschluss mehrerer Versicherungsverträge über denselben Werth besteht, um die Versicherung gegen Nachtheil nicht zu einer Quelle von Vortheil und Gewinn werden zu lassen;⁹⁾ 2) die Praxis des sogen. Garantievertrags, welcher entweder gleich im Abschlusse mit mehreren Garanten solidarisch gestellt, oder selbständig mit verschiedenen Garanten, aber mit solidarischer Wirkung, auf dieselbe Gefahr abgeschlossen werden kann.¹⁰⁾

„Ein reiches Feld der Bethätigung findet der Gedanke der Samtverbindlichkeit im heutigen Handelsrecht“, sagt mit Recht Samhaber,¹¹⁾ und, fügen wir hiezu, in verschiedenen dem Handelsrecht benachbarten Gebieten, von welchen das Assekuranzrecht so eben bereits genannt wurde.

a) Während im Civilrecht die Präsuumtion für Partialschuld besteht, ist, entsprechend dem Zuge der bisherigen kaufmännischen Praxis, im deutschen Handelsgesetzbuch der Satz zur Anerkennung gelangt, dass im Zweifelsfalle, wenn Mehrere sich durch ein gemein-

⁷⁾ Vergl. Dedekind *De except. divisionis* (Gott. 1853) § 7.; Samhaber S. 171. 172.

⁸⁾ Samhaber S. 179. Anm. 64. stellt diesen Fall ohne Weiteres unter die sog. einfache Solidarität; die Ausführung über den Grund fehlt. Vergl. Unger Jahrb. f. d. Dogmatik XXII. S. 297.

⁹⁾ Ueber diese sog. Doppelversicherung s. H. G. B. Art. 792.

¹⁰⁾ S. Stammer D. Garantievertrag (Arch. f. d. civ. Prax. Bd. 69), Abdruck, S. 131. 132.

¹¹⁾ S. 181.

schaftliches Handelsgeschäft verpflichtet haben, sie als Solidarschuldner zu betrachten sind.¹²⁾

b) Für alle Fälle handelsgesellschaftlicher Verpflichtung ist im Handelsgesetzbuch ein für alle Mal das Solidaritätsprincip aufgestellt, selbst was die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung anbelangt;¹³⁾ letzterenfalls allerdings nur bei gemeinsamem Kontrahiren, dann aber zugleich auch mit der Wirkung solidarischer Berechtigung. Hierzu kommt die Stellung der Mitglieder in den Wirthschafts- und Erwerbsgesellschaften zufolge des Reichsgesetzes vom 4. Juli 1868, wonach deren Mitglieder nicht bloss unter einander, sondern auch neben der Gesellschaft (als juristischer Person) solidarisch haften, in letzterer Beziehung freilich nur subsidiär.¹⁴⁾

c) Wie durch Vertrag, so kann auch durch einseitiges Rechtsgeschäft, wo dieses nach dem Kurationsprincip im Gebiet der modernen Cirkulationspapiere anerkannt ist, Solidarverpflichtung begründet werden. Dies zeigt sich gemeinrechtlich im Wechselrechtsgebiet¹⁵⁾ und partikularrechtlich im Gebiet der indossablen kaufmännischen Anweisung.¹⁶⁾ Vor Allem ist der Avalgeber als wirklicher Solidarschuldner ohne Rückhalt aufzufassen; aber auch das Verhältniss der Indossanten sowohl unter sich als zum Trassanten (Urheber des gezogenen Wechsels) ist seinem Grundgedanken nach Solidarität.¹⁷⁾ Nicht so einfach liegt die Frage des Verhältnisses zwischen Acceptant und Aussteller eines Eigenwechsels einerseits und Indossant andererseits, denn nicht bloss haftet der Indossant nur subsidiär und nur unter Voraussetzung erhobenen Protestes, sondern in der Regresssumme, für die er haftet, steckt zwar die Wechselsumme mit, aber die Regresspflicht weist ein Plus auf, welches in der jedesmaligen Retourrechnung specificirt wird.¹⁸⁾

B. Eine ganze Reihe von Fällen solidarischer Haftung ergibt sich aus dem in der neuen Reichsgesetzgebung begründeten Bussen-

¹²⁾ H. G. B. § 280. Dazu Samhaber S. 270.

¹³⁾ H. G. B. § 112. 113. 165. 269.

¹⁴⁾ Vergl. Mandry d. civilr. Inhalt d. Reichsgesetze, § 27. Gesetz v. 4. Juli 1868. § 5. (Nr. 12). 12. 42. Die Solidarhaft ist hier zwingender Rechtssatz.

¹⁵⁾ W. O. Art. 8. 14. 23. 81.

¹⁶⁾ Vergl. Bluntschli die allg. d. W.-O. S. 143—157. Unger Inhaberpapiere S. 83 ff. Du Chesne i. Arch. f. deut. W.-R. I. S. 357 ff.

¹⁷⁾ Vergl. Kuntze deutsch. Wechselrecht (1862) S. 317 ff.

¹⁸⁾ Hierüber s. unten sub 3.

system, in welchem ein besonderes Verfahren im Strafprocesswege behufs Durchsetzung eines Entschädigungsanspruchs¹⁹⁾ gewährleistet ist. Dieser Anspruch kann begründet seyn durch Beleidigung, Körperverletzung, Verletzung des Urheberrechts an Schrift- und Kunstwerken, Photographien, Mustern und Modellen, sowie durch widerrechtliche Benutzung von Waarenzeichen und patentirten Erfindungen.²⁰⁾ Anstifter und Urheber des Schadens haften hiernach solidarisch, und zwar nicht bloss, wenn Busse, sondern ebenso, wenn gewöhnliche civilrechtliche Entschädigung (im bürgerlichen Processwege) beansprucht wird.

C. Durch die Reichsstrafprocessordnung § 498 und 503 ist festgesetzt, dass, wenn Mehrere für die Kosten desselben Strafprocesses einzustehen haben, ihre Haftung solidarisch ist.²¹⁾

2. Es ist mit dem Princip der Solidarität nicht unverträglich, dass die Haftung des Einen bedingt ist, während der Andere unbedingt haftet. Aus diesem Grunde widerspricht Subsidiarität der Haftung, welche seit Justinians Gesetz²²⁾ civilrechtliches Princip der Bürgschaft ist, nicht dem Solidaritätsgedanken, und ist folglich der Bürge²³⁾ als Solidarschuldner zu bezeichnen.²⁴⁾ Ebenso haftet der Indossant nur subsidiär neben dem Acceptanten und Aussteller eines Eigenwechsels, aber das ist ebensowenig ein Hinderniss für die Annahme der Solidarhaftung. Auch die Haftung der Wirthschaftsgenossen neben der Genossenschaft selbst ist bürgschaftliche, weil subsidiäre Solidarhaftung, aber die Subsidiarität ist in dem Gesetze v. 4. Juli 1868. § 12. und Konkursordnung § 197 in besonderer Weise geregelt.²⁵⁾ Dabei ist freilich zu beachten, dass der Bürgschaftsgedanke im Handelsgesetzbuch (§ 281) durch den Ausschluss der Einrede der Theilung und der Vorausklage, im Gesetz v. 4. Juli 1868 wenigstens durch den Ausschluss der Theilungseinrede (gegen-

¹⁹⁾ Dochow Die Busse 1875. Dernburg Preuss. Privatr. II. § 79. Mandry D. civilr. Inhalt § 36. Anm. 3.

²⁰⁾ R. Strafg. B. § 188. 231. Reichsgesetze v. 11. Juni 1870, 30. Nov. 1874, 9., 10., 11. Januar 1876 und 25. Mai 1877. Dazu Mandry a. a. O. § 27. 36.

²¹⁾ Während die Civilprocessordnung § 95. den Grundsatz der Theilhaftung hat.

²²⁾ Nov. 4. c. 1. (*beneficium excussionis*).

²³⁾ Ich meine den Bürgen im engsten Sinne, nicht den Constituenten und Mandator.

²⁴⁾ Vergl. Samhaber S. 172.

²⁵⁾ Mandry S. 291.

über dem Civilrecht) modificirt und der reinen Solidarität angenähert erscheint. Offenbar liegt in dieser Annäherung der Trieb des Handelsverkehrs vor, zu Gunsten des Credits die Mehrheitshaftung möglichst straff zu spannen,²⁶⁾ ein Trieb, welcher schon im altrömischen Recht die Solidarhaftung der *sponsores* und *fidepromissores* bestimmte.

Im Bürgschaftsbegriff des Civilrechts ist ausserdem der Gedanke der Accessionsqualität enthalten. Hiernach haftet der Bürge nur, wofern eine Hauptschuld besteht. Diese Existenzabhängigkeit war das alleinige Kriterium der römischen Bürgschaftsidee bis auf Justinian, ist neben der (seitdem aufgestellten) Subsidiarität noch im Princip der civilrechtlichen Bürgschaft enthalten und unterscheidet allein noch die handelsrechtliche Bürgschaft von der reinen Solidarität.²⁷⁾ Auch das Gesetz v. 4. Juli 1868 versteht die Haftung der Genossen in diesem Sinne: die Genossen also als Bürgen neben oder hinter der Genossenschaft selbst. Dagegen ist das wechselrechtliche Aval reine Solidarität, keine Bürgschaft, denn der Avalist haftet, auch wenn der Acceptant, Indossant, Aussteller des Eigenwechsels wegen eines persönlichen Grundes nicht haften sollte.

3. Endlich ist die besondere Natur der wechsellässigen Regresspflicht in's Auge zu fassen. Weil der Indossant und Trassant regelmässig für die Regresssumme haftet, ist behauptet worden, dass es hier an Identität des Inhalts der Obligationen fehle und aus diesem Grunde der Indossant oder Trassant nicht als Solidarschuldner neben Acceptant oder Aussteller eines Eigenwechsels angesehen werden könne.²⁸⁾ Richtig ist nun, dass, insoweit es an Identität des Obligationsinhalts fehlt, von Solidarität keine Rede seyn kann; allein in Ansehung der Wechselsumme besteht in der That Identität. Die Wechselsumme verschwindet nur arithmetisch, nicht juristisch in der Gesamtregresssumme; sie figurirt als Wechselsumme in der Retourrechnung, bildet einen Bestandtheil, ja den Hauptbestandtheil der Regresssumme, und es ist kein Grund abzusehen, warum das Plus derselben verhindern sollte, rücksichtlich des Minus (Hauptbestandtheil) Solidarität anzunehmen.²⁹⁾ Nur so kommt principielle Einheit in das wechselrechtliche Haftungssystem, und es steht damit im Einklang, dass unter Umständen, nämlich im

Falle unterlassener rechtzeitiger Benachrichtigung des Vormannes, die Regresspflicht auf die Wechselsumme (als ihren Grundstock) herabsinkt, m. a. W. dann die Regresssumme eben einfach die Wechselsumme ist. Die Differenz zwischen Wechselsumme und Regresssumme ist also keine nothwendige, und dazu kommt, dass, wenn eine Betragsdifferenz die Solidarität ausschliesse, auch die Indossanten unter einander nicht Solidarschuldner wären, denn beim Rücklauf des Wechsels steigert sich der Betrag der Retourrechnung nach dem Princip des Rückwechsels auf Sicht.³⁰⁾ Ebenso wenig kann die Verschiedenheit der Erlöschungsfristen (3 Jahre, 3 Monate u. s. w.) der Annahme der Solidarität entgegenstehen, denn wie durch Bedingtheit, so können die Solidarschuldner auch durch Befristung der Obligation verschieden obligirt seyn.

II. Wir sehen, in wie zahlreichen Anwendungen der Solidaritätsgedanke sich auf der Bodenfläche unseres Privatrechts erhalten, bez. neue Wurzeln getrieben hat. Es bleibt übrig, von der Frage zu handeln, ob der Gesamtnexus vollkommene oder unvollkommene Korrealität sei, oder wie die ältere Doktrin sagt, ob Korrealität oder einfache Solidarität im einzelnen Anwendungsfalle vorliege. Während nach der herrschenden Meinung vollkommene, ächte Korrealität durch Vertrag oder letzten Willen begründet werden kann,³¹⁾ unbestritten oder doch fast unbestritten die Haftung der *confidejussores*, der offenen Gesellschafter und des Avalisten korreale Natur haben, ist betreffs der meisten anderen Anwendungsfälle die Alternative in der Doktrin schwebend, bei Manchen sogar vielleicht eine gewisse Neigung vorhanden, der unvollkommenen vor der vollkommenen Korrealität den Vorzug zu geben.³²⁾ Von der Gesetzgebung bemerkt Samhaber,³³⁾ es sei eine offene Frage, inwieweit da dem Unterschiede der bloss solidarischen Verbindlichkeit und der (vollkommenen) Korrealobligation ausdrücklich Raum zu geben sei; die Nürnberger Kommission für das Handelsgesetzbuch lehnte es durch Mehrheitsbeschluss ab, die rechtliche Natur der Gesellschafterobligation ausdrücklich als die eine oder andere Solidaritätsart zu präcisiren;³⁴⁾ für das allgemeine preussische Landrecht, österreichische und rheinische

²⁶⁾ Vergl. Samhaber S. 181.

²⁷⁾ Das HGB. (§ 281) hat diesen Unterschied nicht beseitigt.

²⁸⁾ Samhaber S. 188—190.

²⁹⁾ Anderer Fall: der *filiusfamilias* haftet in *solidum*, sein *paterfamilias* nur *peculiotenus*. Vergl. Samhaber S. 176.

³⁰⁾ W. O. Art. 50. 53.

³¹⁾ Dazu Samhaber S. 180.

³²⁾ Vergl. z. B. Samhaber S. 178. Anm. 64. Windscheid Pand. § 298. a. E. Anders Unger Jahrb. f. d. Dogmatik XXII. S. 244.

³³⁾ S. 179. Dazu Arndts Pand. § 214. Anm. 2. a. E.

³⁴⁾ Samhaber S. 271. 272.

Recht entbehrt diese Frage überhaupt des Interesses,³⁵⁾ und auch im Züricher Gesetzbuch ist ein Unterschied der Fälle im Sinne des römischen Rechts nicht nachweisbar.³⁶⁾ Ebenso wenig kennt das königl. sächsische bürgerliche Gesetzbuch³⁷⁾ einen Unterschied, es hat nur allgemeine „Gesamtschuldverhältnisse“.

Vergeblich hat man sich abgemüht,³⁸⁾ in unserer Praxis und Gesetzgebung die Fälle der Gesamtschuld nach der doktrinen Alternative, ob eine einrige Obligatio oder eine Obligationenmehrheit vorliege, zu scheiden. Eine solche Scheidung fehlt, wie sie schon der römischen Jurisprudenz fehlte, durchaus unserem (heutigen) Bewusstseyn. Die Grundstruktur erweist sich in allen anerkannten Fällen der Gesamtschuld als die gleiche; nur in einzelnen Punkten treten hier und da Abweichungen, aus praktischen Erwägungen entsprungen, hervor.³⁹⁾ Im Grunde entspricht dieser Zustand unserer heutigen Praxis und Gesetzgebung dem Ergebniss unserer diesseitigen Untersuchung des römischen Rechts.

Es hat sich nämlich durch unsere vorherigen Untersuchungen herausgestellt, 1) dass die römischen Juristen von der natürlichen *solutio* ausgehend allen unter dem Solutionsgesichtspunkt stehenden Befreiungsgründen die gesamtzerstörliche Wirkungskraft im Korrealverband zuschrieben, indem sie einfach die logische Konsequenz zogen und das Ergebniss nicht geradezu der Billigkeit widersprechend (*electio!*) fanden; 2) dass diese Konsequenz ihren tieferen Grund in der Consumtionskraft hatte, welche der natürlichen *solutio* inwohnend auch in den übrigen Befreiungsgründen, sofern sie nicht in einer blossen *personae exemptio* bestanden, erkannt und anerkannt wurde; 3) dass die unvollkommene oder blossen Solidarität eine Ausnahme bildete, beruhend auf dem Gedanken, es sei nicht billig, solche Mitschuldner, denen Verschuldung oder eine Art Verschuldung zur Last fällt, befreit werden zu lassen, ohne dass oder bevor der Gläubiger reelle Befriedigung erlangt hat, was ausser durch *solutio*, auch durch

³⁵⁾ Samhaber S. 213. 223. 232. 237. 244. Unger Jahrb. für die Dogmatik XXII. S. 208.

³⁶⁾ Samhaber S. 253.

³⁷⁾ § 1019—1036.

³⁸⁾ Auch der neueste Versuch Unger's, der hauptsächlich mit doktrinen Formeln operirt und die Unterscheidung zweier Arten ohne Beweis als bewiesen annimmt (a. a. O. S. 240—243), ist ein vergeblicher.

³⁹⁾ Womit sich namentlich die französische Jurisprudenz mehrfach beschäftigt hat.

in *solutum datio*, gerichtliche Deposition und *compensatio*, nicht aber durch *acceptilatio*, *novatio*, *constitutum*, *jusjurandum*, *pactum de non petendo* oder Urtheil geschieht.

Handelt es sich nun um Quellenbeweise, so können wir, streng genommen, hier nur mit der *Litiscontestatio* operiren,⁴⁰⁾ denn nur von dieser finden wir ausdrücklich gesagt, dass, während ihr im Korrealverband gesamtzerstörliche Wirkung zukommt, diese Wirkung ihr in den Fällen der unvollkommenen Solidarität entzogen ist. Wir wissen aber von der *Litiscontestatio*, dass ihr mit dem alten Formularprocess zusammenhangender Formalkarakter unter der Herrschaft des späteren Cognitionalprocesses bald der Destruktion verfiel⁴¹⁾ und im Justinianischen,⁴²⁾ jedenfalls in unserem gemeinen Recht abhanden gekommen ist.⁴³⁾ Von civilistischer Consumtionskraft des Civilprocesses kann nicht mehr die Rede seyn, und damit fällt auch das allein quellenmässig bezeugte Kriterium der unvollkommenen Solidarität; unsere *Litiscontestatio*, mögen wir sie nun in diesen oder jenen Zeitpunkt des Processgangs verlegen, hat keine Consumtionskraft und kann daher nicht mehr, auch nicht formell, der *solutio* vergleichbar und gleichartig genannt werden. Die principielle Schranke zwischen vollkommener und unvollkommener Korrealität ist mithin beseitigt, die zweifelhaften anderen Befreiungsgründe⁴⁴⁾ aber können unmöglich als Kriterien geltend gemacht, bez. aufrecht erhalten werden; denn bei ihnen ebenso, wie bei der *Litiscontestatio*, fehlt uns die auf Consumtionskraft hinauslaufende und die Gleichartigkeit mit der *solutio* betonende Rechtsanschauung;⁴⁵⁾ von *jusjurandum liberatorium* im römischen Sinne kann ohnedies

⁴⁰⁾ Vergl. Ribbentrop Z. Lehre v. d. Korrealobl. § 28. S. 259.

⁴¹⁾ Theodos. II. in *l. un. c. Th. de act. certo tempore finiendis* 4, 14 (c. 9. *de praeser.* XXX ann. 7, 39). Dazu Windscheid die *actio* S. 66.

⁴²⁾ Windscheid a. a. O. S. 65—67 u. Pand. § 124. Anm. 1. a. E.

⁴³⁾ Auch abgesehen von c. 28. *de fidejuss.* (8, 41).

⁴⁴⁾ Ich bemerkte schon, dass Windscheid auch betreffs der *acceptilatio* und *novatio* keinen Unterschied zwischen beiden Arten der Solidarität behauptet; es würden dann nur *Constitut*, *Vergleich* (*Eid*) und *Urtheil* übrig bleiben.

⁴⁵⁾ Man möge das *desuetudo* nennen, bewiesen durch den absoluten Mangel jeder an die römische Rechtsanschauung erinnernden Aeusserung in Praxis und Gesetzgebung. Für richtiger halte ich es freilich, zu sagen, dass das römische System der solutionsartigen Consumtion, welches schon im Justinianischen Recht wurzellos war, bei uns überhaupt gar nicht recipirt worden, und mit dem Grundsatz auch die Folgesätze gefallen seien.

nicht mehr die Rede seyn. M. a. W. die Fälle der im römischen Sinne vollkommenen Korrealität sind auf das Niveau der unvollkommenen Korrealität (einfachen Solidarität) herabgesunken, es gibt nur noch Eine Art korrealer Solidarhaftung, und alle Bemühung, in unserer heutigen Rechtsanschauung, Praxis oder Gesetzgebung eine bewusste oder unbewusste Unterscheidung von zwei Arten der Solidarhaftung — mit und ohne Identität der Obligation — zu finden, ist unfruchtbar und aussichtslos. Es kann sich nur noch darum handeln, ob *aequitatis* oder *utilitatis ratione* für einzelne Anwendungsfälle etwa diese oder jene Ausnahme im Einzelnen durch positive Rechtsvorschriften beliebt worden sei: was aber nicht eine Frage der theoretischen Konstruktion oder Definition, sondern der Gesetzesauslegung ist. Im Allgemeinen wird festzuhalten seyn, dass im Falle der Solidar- oder Korrealhaftung nur dem natürlichen Zahlungsakte und den reellen Zahlungssurrogaten (*in solutum datio*, *depositio* und *compensatio*) gesamtzerstörliche Rechtswirkung eigen ist: ein Resultat, welches ebenso einfach, verständlich und nüchtern ist, wie unsere ganze Auffassung der römischen Solidaritätstheorie.

VI. Kapitel.

Die extraordinäre Obligatio.

§ 41.

I. Die obligatio cognitionalis.

I. Im zweiten Kapitel ist die Verbreitung der Obligatio durch das ganze System des römischen Rechts, ihr Vordringen in immer weitere Gebiete des Rechtslebens während der Kaiserzeit geschildert worden. Angesichts dieses rechtsgeschichtlichen Bildes muss die Frage entstehen, ob nicht die Obligatio auch Theil hatte an dem allmählichen Umschwunge, welcher während der Kaiserzeit in der wirtschaftlichen Werthschätzung und humanitären Behandlung der Sklaven stattfand. Eine sociale Wandelung in dem so überaus wichtigen Lebensverhältniss des Sklavenstandes konnte nicht ohne Rückschlag auf die Obligatio bleiben, und in der That finden wir, wie dieser Rechtstypus auch in dieser Hinsicht seine gewaltige Lebenskraft bewährte.

Sklaven hellenistischen, asiatischen Ursprungs und Talents lieferten Werke von künstlerischem und literarischem Werth.¹⁾ Die Achtung und der Preis solcher Werke stiegen. Sklaven und Freigelassene von Begabung spielten als Günstlinge, Offizianten, Erzieher,²⁾ Aerzte und Dichter eine Rolle in den Häusern des Kaisers und der Vornehmen; ihr Einfluss blieb selbst dem Staatswesen nicht ganz fremd. Neue philosophische Theorien, in welchen sich der nivellirende und milde Geist der Zeit systematischen Ausdruck schuf, griffen um sich und beeinflussten die Gesetzgebung ebenso, wie die Rechtswissenschaft. Die Römer, welche nun schon längst gewöhnt waren, im *jus gentium* ein Bürger und Peregrinen umschlingendes Rechtsband zu haben, konnten sich nicht auf die Dauer dem Gedanken verschliessen, dass die Menschheit ein Barbaren und Römer, Freie und Sklaven einschliessendes Geschlecht sei, dass, wie Barbaren Reichsunterthanen seyn könnten, auch Sklaven unter den Unterthanen zählten, dass sie als Menschen doch irgendwie an der Ordnung und Sicherheit des Rechtslebens theilnehmen, nicht bloss als Rechtsobjekte, sondern auch als Rechtssubjekte anerkannt werden müssten, dass mithin neben dem *jus civile* und *gentium* ein Rechtsboden zu schaffen sei, auf welchem auch der Sklave sich sicher, geschützt und anerkannt fühle. Als Ein Rechtsboden dieser Art, unvermeidliches Ergebniss der ganzen Entwicklung der socialen Verhältnisse der Kaiserzeit, erscheint das *jus naturale* Ulpian's. *Jus naturale* in diesem Sinne war das Freie und Unfreie umschlingende Rechtsband. Ein solches forderte nicht bloss der Geist der Zeit und die Konsequenz der Entwicklung des Gesellschaftswesens, sondern wir müssen es auch als ein wissenschaftliches Postulat hinstellen, ohne welches für eine grosse Anzahl neuer, der Kaiserzeit angehöriger Erscheinungen einfach die juristische Konstruktionsbasis mangeln würde.

Wir müssen aber noch weiter gehen. Das *jus naturale* war der Hauptsache nach ein Elaborat der Jurisprudenz, und in ihm

¹⁾ Modestin (fr. 12. *de fid. lib.* 40, 5) erzählt: *Imperator Antoninus, cum Firmus Titiano tragoedos tres legasset et adjecisset: „quos tibi commendo, ne cui alii serviant“, publicatis bonis Titiani rescripsit, debere eos publice manumitti.*

²⁾ *Gaii Cassii non est recepta sententia existimantis, et heredi et legatario remittendam interdum proprii servi manumittendi necessitatem: si vel usus tam necessarius esset, ut eo carere non expediret, veluti dispensatoris paedagogive liberorum.* Marcianus: fr. 35. *de fid. lib.* (40, 5).

war nur ein Theil der neuen Lebenserscheinungen zusammengefasst, viele andere Erscheinungen bedurften gleichfalls einer Placirung im System. Gehörten sie zum *jus civile*, oder waren sie dem *jus honorarium* einzuverleiben? Weder das Eine, noch das Andere. So verschiedenartig auch der Inhalt und Zweck dieser neuen Erscheinungen war, sie hatten alle ein bestimmtes Gepräge gemeinsam: die Abweichung von der römischen Tradition, das Heraustreten aus dem Rahmen der Nationalanschauung, die Erhebung zu einem neuen Gesichtskreis. Wenn man das Erzeugniss des römischen Geistes als den *ordo juris* bezeichnen und von einem *ordinarium jus* reden konnte, liess sich das Neue als *extraordinarium jus* gegenüberstellen. Das *naturale* und das *extraordinarium jus* erschien der neuen Zeit als das ihr Entsprechende und Charakteristische, und wie wir heutzutage das Neue, in welchem der Bruch mit dem Mittelalter zu Tage tritt, als das Moderne bezeichnen, so fasste man in der römischen Kaiserzeit den ganzen Zug der Entwicklung, welcher mit der römischen Vergangenheit brach, in dem *novum jus* zusammen. Zu betrachten aber, was diese dritte Schicht für die *Obligatio* bedeutete, ist jetzt unsere besondere Aufgabe.

Zwei Stufen sind hier rechtsgeschichtlich zu unterscheiden: die Zeiten vor und seit Hadrian, denn wie in fast allen Kulturbeziehungen mit Trajan das letzte Aufflammen des nationalrömischen Geistes, und mit Hadrian die Erstarkung hellenistisch-internationaler Neigungen sich vollzieht, so sehen wir auch das *jus novum* sich seit dieser Zeit in rascherem Tempo zur Blüte entwickeln, und namentlich tritt seit Hadrian die menschlichere Behandlung des Sklavenstandes in Gesetzgebung³⁾ und Rechtswissenschaft⁴⁾ bedeutsam hervor. Hadrian stellte nicht bloss die Städte Italiens den Provinzialstädten in der Verfassung nahezu gleich und gab an der Stelle des Libertinenregiments dem Ritterstande und damit dem Provinzialenthum einen geordneten Einfluss auf die Staatsverwaltung; sondern er sorgte auch dafür, dass der Sklavenstand an der allgemeinen Rechtsordnung einen gewissen Antheil erhielt. Er verbot das Foltern, die willkürliche Tödtung und Misshandlung, den Verkauf an Fechter-

³⁾ Marcian (fr. 53. *de fideic. lib.* 40, 5) beruft sich auf kaiserliche Konstitutionen und fügt hinzu: *libertas non privata, sed publica res est.*

⁴⁾ Aeusserungen des Javolen, Julian und Gaius (fr. 20. § 3; fr. 28. *pr. de statu lib.* 40, 7; fr. 30. *de lib. causa* 40, 12; fr. 122. *de R. J.*) über den *favor libertatis* beweisen die Sympathie dieser Zeit zu Gunsten des Sklaven.

schulen und Kuppler, die Kettengefängnisse auf dem platten Lande (*ergastula*) und begünstigte in manchen Beziehungen die Freilassung und Freiwerdung.⁵⁾

II. In diesen Zusammenhang gehören folgende Erscheinungen:

1) Das *fideicommissum libertatis* machte den Bedachten nicht unmittelbar frei, wie eine *manumissio testamento*, sondern wies den Bedachten an den Belasteten. Die Rechtswirkung bestand darin, dass der Bedachte, obwohl noch Sklave, den Staatsschutz anrufen und in Process mit dem Belasteten treten konnte, um den Freilassungsakt zu erzwingen. Der Sklave also processirte mit einem Römer und machte ein Recht geltend. Welches Recht? Ein Forderungsrecht auf Freiwerdung. Wir können hier den Gedanken nicht ablehnen, dass der Sklave Gläubiger eines Römers ward und sein Recht gerichtlich verfolgen konnte. Was ist das anderes, als eine *Obligatio*?⁶⁾ es ist eine *obligatio jure extraordinario*.⁷⁾ Hartmann⁸⁾ weiss sich hier nicht zu helfen, aber Marcian hilft sich mit der Formel: *liberi quodammodo loco est* und trägt kein Bedenken, zu sagen: *libertas servo debetur*;⁹⁾ *libertas debetur* wird dann der technische Ausdruck,¹⁰⁾ und schon zu Trajan's und Hadrian's Zeit begünstigsten Senatskonsulte dieses Verhältniss;¹¹⁾ schon das *Scutum Dasumianum* bedient sich hier des Ausdrucks *oportet*.¹²⁾ Dass hier nicht eine blosse einfache *spes libertatis*, wie man den Status wohl nannte,¹³⁾ vorlag, ersieht man aus der Anerkennung processualen Zwanges, womit das Geschenk der *indirecta libertas* ausgestattet war. Das Verfahren spielte vor dem Prätor ab nach den Regeln der *extraordinaria cognitio*;¹⁴⁾ *peti potest libertas*,¹⁵⁾ *libertatis petitio*, *competit*

⁵⁾ Spartian. Hadrian. c. 18. Gai. 1, 53. Fr. 1. § 28. *de Scto Silan.* (29, 5); fr. 1. § 1. *de quaest.* (48, 18); fr. 2. *de his qui sui j.* (1, 6); fr. 35. *de poen.* (48, 19); fr. 4. § 17; fr. 20. § 4; fr. 24. § 10; fr. 37. *de fideic. lib.* 40, 5).

⁶⁾ Scaevola stellt in diesem Sinne *necessitas* und *arbitrium* einander gegenüber. Fr. 40. § 6. eod.; vergl. fr. 35. und fr. 45. § 1 eod.

⁷⁾ Eine solche ist z. B. in fr. 3. § 3. *de pollic.* (50, 12) in Frage.

⁸⁾ D. *Obligation* (1875) S. 144.

⁹⁾ fr. 51. § 3; fr. 53. § 1. eod.

¹⁰⁾ fr. 1. 5. 10. 19. *pr.*; fr. 24. § 11; fr. 26. § 8; fr. 30. § 15; fr. 43. 53. *pr.* eod.

¹¹⁾ fr. 5; fr. 24. § 21. eod.

¹²⁾ fr. 51. § 6. eod.

¹³⁾ fr. 4. § 5; fr. 24. § 4. eod.; fr. 2. *pr. de statu lib.* (40, 7).

¹⁴⁾ fr. 5. 19. *pr.*; fr. 20. 26. § 7. *de fid. lib.* (40, 5).

¹⁵⁾ fr. 10. *pr.*; fr. 21; fr. 24. § 3. 10. 14. 19. eod.

libertas, cogendus est libertatem praestare, sind abwechselnde Ausdrücke sonst dafür;¹⁶⁾ eine *pronuntiatio* durch den Prätor entschied (*libertatem fideicommissariam competere*);¹⁷⁾ bis dahin galt der Sklave als *quasi statu liber*.¹⁸⁾ Aus der Wendung bei Pomponius:¹⁹⁾ *de libertate fideicommissaria praestanda servus cum domino recte contendit*, ersehen wir, dass in dem Verfahren Herr und Sklave wirklich als die Parteien gedacht wurden. Es kann also kein Zweifel seyn: auf Grund der Anschauung, dass auch ein Sklave gewissermaßen Rechtssubjekt seyn könne, ward er als Subjekt einer exquirbaren Obligatio anerkannt, in *favorem libertatis*,²⁰⁾ und Marcellus trägt kein Bedenken, die Pflicht des Belasteten mit *necessitas* zu bezeichnen,²¹⁾ was wir oben als charakteristische Bezeichnung der Obligatio kennen gelernt haben.

Aehnlich gestaltete sich das Verhältniss im Falle der *addictio bonorum libertatum tuendarum causa*, indem hier, zufolge einer Konstitution des Marc Aurel, der fideicommissarisch mit Freiheit beschenkte Sklave entweder gegen den Fiskus oder den sonstigen Uebernehmer der ledigen Erbschaft auf Freilassung dringen, bez. sogar sich selbst die Erbschaft addiciren lassen konnte.²²⁾

2) Die *redemptio suis nummis* (oder *sua pecunia*), welche durch eine *Epistola* der *Divi Fratres* anerkannt ward, war eine *imaginaria emtio*, bei welcher ein Mittelsmann als Käufer figurirte, aber der Sklave, indem er das Lösegeld aus seinen Mitteln leistete,²³⁾ sich Anspruch auf Freiheit erwarb. Dass er selbst und nicht der Mittelsmann als der eigentliche Kontrahent (Käufer) gegenüber dem bisherigen Herrn (Verkäufer) galt, erhellt aus der Zulassung von Unmündigen und Sklaven zu Mittelspersonen.²⁴⁾ Das Abkommen

¹⁶⁾ fr. 22. § 2; fr. 23. § 1; fr. 24. § 8; fr. 26. § 10; fr. 46. § 3; fr. 51. § 4. eod.

¹⁷⁾ fr. 19. 20. 22. eod.

¹⁸⁾ fr. 21. 51. § 3. eod. Man zog sogar zu Gunsten der Freiheit eine Konsequenz, als ob der Freizulassende schon frei sei: *statim ex quo libertas deberi coepit, ingenuus (ex ancilla) nascitur*. Marcian in fr. 53. *de fideic. lib.* (40, 5).

¹⁹⁾ fr. 44. eod.

²⁰⁾ Kuntze *Cursus d. röm. R.* (ed. 2.) § 369. 385. und Excursus über röm. R. (ed. 2.) S. 377.

²¹⁾ fr. 50. *de ritu nuptiar.* (23, 2).

²²⁾ fr. 1—4. 10. *de fideic. lib.* (40, 5.); § 1. *J. de eo cui libertatis* (3, 11). Kuntze *Cursus* § 840.

²³⁾ Vergl. dazu fr. 4. § 1. 10. *de manumiss.* (40, 1).

²⁴⁾ fr. 4. 5. eod.

zwischen dem Sklaven und dem Mittelsmann nannte man *contractus*,²⁵⁾ vom *redemptus* sagte man: *competit ei libertas*,²⁶⁾ und der Mittelsmann galt als verpflichtet, den Freilassungsakt vorzunehmen, als verpflichtet gegenüber dem Freizulassenden. Ulpian bemerkt ausdrücklich, dass die ganze Idee dabei auf juristischer Konnivenz beruhe,²⁷⁾ und vom Mittelsmann sagt er: *aequum est, eum fidem implere*.²⁸⁾ Wie anders nun kann dieses Rechtsverhältniss zwischen dem *servus* und seinem *emtor imaginarius* aufgefasst werden, wenn nicht als eine *obligatio*? Es ist in der That eine *obligatio juris extraordinarii*, welche von Marcian²⁹⁾ so beschrieben wird: *Si quis dicat, se suis nummis emtum, potest consistere³⁰⁾ cum domino suo, cujus in fidem confugit, et queri, quod ab eo non manumittatur: Romae quidem apud Praefectum urbi, in provinciis vero apud Praesides ex sacris constitutionibus Divorum Fratrum*. Hier ist der noch Unfreie, welchem aber *libertas competit*, als Partei gegenüber seinem dormaligen Herrn in der *extraordinaria cognitio*³¹⁾ anerkannt, er kann mit ihm processiren,³²⁾ und diese Handlung wird zwar nicht *actio* genannt, aber mit einem Ausdrücke (*queri*) bezeichnet, welcher sonst auch für Klagen gebraucht wird.

Der Ausdruck *de dominis queri*³³⁾ scheint technisch gewesen zu seyn. Er wurde auch von anderen Fällen³⁴⁾ der Beschwerde gegen den Herrn gebraucht: wenn diese durch Härte oder Missbrauch ihrer Gewalt Anlass dazu gegeben hatten. Ulpian bemerkt hierüber:³⁵⁾ *Quod dictum est, ut servos de dominis querentes Praefectus audiat, sic accipiemus: non accusantes dominos — hoc enim nequaquam servo permittendum est, nisi ex causis receptis — sed si verecunde expostulent*. Diese *querela de domino*, oder *accusatio suppressi*

²⁵⁾ fr. 4. § 2. 6. eod.

²⁶⁾ fr. 4. § 6. 10. eod.

²⁷⁾ fr. 4. § 1. eod.

²⁸⁾ fr. 4. § 8. eod.

²⁹⁾ fr. 5. eod.

³⁰⁾ Vergl. die Antoninische Constitution in c. 2. *de evict.* (8, 45): *potes adversus coheredes tuos ex causa stipulationis consistere ob evictionem*.

³¹⁾ *Praetor causa cognita pronunciare debet — Jurisdictione ejus, qui de fideicommissa libertate cognoscit*. Fr. 20. 36. § 1. eod.

³²⁾ Vergl. Kuntze *Cursus d. röm. R.* § 369. 385.

³³⁾ fr. 5. cit. (Marcian) und fr. 1. § 1. *de off. Praef. Urbi* (1, 12: Ulpian).

³⁴⁾ Vergl. ferner die *querela* in fr. 31. *de minor.* (4, 4).

³⁵⁾ fr. 1. § 8. *de off. Pr. U.* (1, 12).

testamenti, wie sie von Marcian³⁶⁾ in einer besonderen Anwendung genannt worden ist, erinnert an die *querela inofficiosi testamenti*, welche gleichfalls ein ausserordentliches, auf den *color insaniae* gegründetes, Rechtsmittel war und als *accusatio testamenti* bezeichnet wurde, aber auch keine eigentliche *accusatio* war.

Wir sind zu dem Ergebniss gelangt, dass in den genannten Fällen der Sklave ein Recht auf Freiheit erworben hat, welches, entsprechend dem aus einem *peculiarium fideicommissum*³⁷⁾ erworbenen Recht, eben nur als eine *Obligatio* gegen den Belasteten aufgefasst, und folglich, weil der Rechtsschutz im Wege der *extraordinaria cognitio* verwirklicht ist, als *cognitionalis obligatio* (wie in der Ueberschrift) bezeichnet werden kann, da auch sonst die Worte *cognitio*, *cognitionale certamen*, *cognitionaliter* gern in diesem speciellen Sinne gebraucht werden.³⁸⁾

§ 42.

II. Die obligatio naturalis.

1. Die Grundlage des Begriffs.

I. Neben der von mir als *cognitionalis obligatio* bezeichneten Erscheinung steht diejenige, welche technisch *naturalis* heisst. Sie ist insofern von geringerer Kraft, als sie der processualen Angriffswaffe entbehrt; aber sie spielte im Verkehrsleben der römischen Kaiserzeit eine weit grössere Rolle, als die *cognitionalis obligatio* und ist in jeder Beziehung, auch dogmatisch, interessanter als diese.)

Die Naturalobligation der Römer hat, wie es scheint, eine lange Geschichte, denn sie hing mit grossen Umgestaltungen in der socialen Weltanschauung des Alterthums zusammen. Zur Zeit der Republik kann sie noch nicht zum Bewusstseyn der Juristen gekommen gewesen seyn,²⁾ und es hat 2—3 Jahrhunderte gewährt, ehe mit der Anerkennung der Kompensabilitätskraft die oberste Konsequenz ge-

³⁶⁾ fr. 7. *de lege Corn. de fals.* (48, 10).

³⁷⁾ fr. 24; fr. 39. § 1; fr. 45. *pr.* § 1. *de fid. lib.* (40, 5).

³⁸⁾ Z. B. Cognitionssachen, Cognitionsverfahren: v. Bethmann-Hollweg d. Röm. Civilprocess III. S. 1. 231. 234. 252. Vergl. z. B. c. 8. § 3. *de praeser.* XXX ann. (7, 39); c. 3. *de quaest.* (9, 41); c. 12. *de legib.* (1, 14).

¹⁾ Kuntze Excursus üb. röm. R. S. 372—374. 394.

²⁾ Labeo scheint der Bahnbrecher gewesen zu seyn, vielleicht auf Grund Ciceronianischer Gedanken. Kuntze Excursus S. 41—42. 373.

zogen wurde. Der dogmatischen Jurisprudenz war hier kein geringes Problem gestellt. Die Naturalobligation schien keine *Obligatio* zu seyn,³⁾ und forderte doch auch wieder Betrachtungen heraus, welche zur Annahme einer *Obligatio* drängten. Eine *Obligatio* schien sie nicht zu seyn, weil sie aktionslos und man gewöhnt war, im Alltagsstyl juristischer Anschauung *Obligatio* und *actio* fast als identisch zu behandeln. Eine *Obligatio* schien sie anderseits zu seyn, weil sie in immer mehreren anerkannten Fällen rechtliche Wirkungen äusserte, in vielen Fällen einer vollkommenen *Obligatio* gleich zu achten war, und ihrem Inhalte nach (Leistung von Vermögenswerth) von einer solchen sich als absolut ununterscheidbar erweisen musste. Julian⁴⁾ spricht es ausdrücklich aus, dass der Begriff der *Obligatio* nicht an der *actio* hange, aber nur zögernd fügt er die Anerkennung der Naturalobligation als einer Art *Obligation* hinzu; sie ist ihm eine *Abusivobligation*. Noch Ulpian sagt: *Quodsi natura debeatur, non sunt loco creditorum*, und übereinstimmend damit: *in personam servilem nulla cadit obligatio*.⁵⁾ Mit dem Satze Papinians:⁶⁾ *obligatio naturalis solo vinculo aequitatis sustinetur*, war die Frage nicht entschieden. Und doch operirte man namentlich seit Julian⁷⁾ immer häufiger mit der Naturalobligation, und es ward anerkannt, dass sie auch im Processe eine Grösse seyn könne, mit welcher zu rechnen sei; gerade Ulpian, welcher doch mit dem Wort sehr vorsichtig, ja ängstlich war, ging in der Ziehung der äussersten Konsequenzen ganz tapfer vor. Es ist kein Zweifel, dass die Naturalobligation in der letzten Phase der klassischen Jurisprudenz ein durchgearbeiteter und nicht mehr irgendwie beanstandeter Begriff war; sie ist eine der letzten und bedeutendsten Schöpfungen des juristischen Genius im Alterthum, eine der zartesten und grossartigsten Erscheinungen auf der Weltbühne des antiken Rechtslebens, eines der interessantesten Elaborate der römischen Jurisprudenz.

II. Der Terminus *technicus* ist, wie so oft auf dem Boden des

³⁾ Man sprach sogar von einem *naturaliter obligari ad remunerandum*. Ulp. fr. 25. § 11. *de her. pet.* (5, 3).

⁴⁾ fr. 16. § 4. *de fidej.* (46, 1): *Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest. Nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intelligi possunt debitores, et qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse.*

⁵⁾ fr. 10. *de V. S.* und fr. 22. *de R. J.*

⁶⁾ fr. 95. § 4. *de sol.* (46, 3).

⁷⁾ Schwanert D. Naturaloblig. S. 3.

Römerrechts, der beste Wegweiser zum Verständniss. Was will das Wort *naturalis obligatio*, *naturalis debitor*, *natura debetur* sagen? Wir treffen in den Quellen auf eine *naturalis cognatio*: es ist das lediglich auf Blutsgemeinschaft gegründete, leibliche Abstammungsband, im Gegensatz zur *civilis cognatio* oder *agnatio*, welche auf der Grundlage der römischen *patria potestas* beruht. Modestin bezeichnet die *naturalis cognatio per se* (*sine civili cognatione*) als diejenige, *quae per feminam descendit, quae vulgo liberos peperit.*⁸⁾ Die *civilis* ist den Römern spezifisch, die *naturalis* haben die Römer mit allen Nichtrömern, Freien wie Sklaven, gemeinsam. Die *naturalis cognatio* also betrifft auch den Sklavenstand, und wenn Paulus dieses Blutsband ein *naturale nomen* nennt,⁹⁾ so denkt er offenbar dabei an den Kreis des *jus naturale*, welchem der Begriff angehöre, denn *jus naturale* ist das den Römern mit den Sklaven gemeinsame Recht, und Paulus schreitet in jener Stelle sofort zu der Bemerkung weiter: *non parcimus his nominibus, id est cognatorum, etiam in servis; itaque parentes et filios fratresque servorum dicimus; sed ad leges serviles cognationes non pertinent.*

Auch der Ausdruck *liberi naturales* hat eine technische Bedeutung erhalten, im Zusammenhange mit dem *concupinatus* des kaiserlichen Rechtes. *Naturalis pater*, *filius* bedeutet vorzugsweise das durch Konkubinat begründete Descendenzverhältniss, welches weder im Civil-, noch Ediktrecht anerkannt war, sondern einer neuen Schicht angehörte und in gewisser Hinsicht an die sociale Rolle unserer Missheirat erinnert.¹⁰⁾ Da das Konkubinat vorzüglich im Hinblick auf *libertinae* geregelt worden war, so weist uns indirekt auch der Begriff der *progenies naturalis* hin auf den Sklavenstand. Demgemäss kommt für die Sklavenehe (*contubernium*) die *cognatio* in Betracht; wie der Vater seine *naturalis filia* nicht ehelichen konnte, ebenso auch der Sklave nicht seine Tochter, denn, sagt Paulus¹¹⁾: *in contrahendis matrimoniis naturale jus et pudor inspiciendus est*; und er fährt fort: *Idem, quod in servilibus cognationibus constitutum*

⁸⁾ fr. 4. de gradibus (38, 10).

⁹⁾ fr. 10. § 4. 5. eod. Vergl. Paulus in fr. 4. si tabulae testamenti (38, 6): *Si naturales emancipati et adoptati, iterum emancipati sunt, habent jus naturale liberorum.*

¹⁰⁾ Vergl. fr. 16. 23. 24. 27—29. de ritu nupt. (23, 2). Paul. Sent. 2, 20. Kuntze Cursus d. R. R. § 794.

¹¹⁾ fr. 14. § 2. 3. eod.

est, etiam in servilibus affinitatibus servandum est. Wir sehen, wie enge Beziehung das *nomen naturale* zu dem *status servitutis* hat.

Mit dem Sklavenstande hängt überhaupt der Ulpian'sche Begriff des *jus naturale* zusammen. Zwar greift Ulpian bei der Begriffsbestimmung des *jus naturale*¹²⁾ — ungeschickter, oder richtiger wohl gesagt: traditioneller¹³⁾ Weise — auf das Thierreich hinüber, man sieht aber sofort, wie diese Begriffsbestimmung im Grunde gemeint ist, denn Ulpian führt als Beispiel das *matrimonium* an, stellt das *jus naturale* als ein Rechtsband neben das *jus gentium*, und sagt, dass *jure naturali omnes liberi nascuntur*, und dass also *uno naturali nomine „homines“ appellantur*,¹⁴⁾ was Florentin mit den Worten ausführt: *cum inter nos cognationem quandam natura constituit.*¹⁵⁾ Es ist also deutlich, dass das *jus naturale* noch jenseits des *jus gentium* liegt, eine höhere, ideale und gleichsam übergeschichtliche Region ist, welcher Sklaven und Freie gleichermaassen angehören, und wo die Sklaven ein *caput* haben.¹⁶⁾ Dieser Region ist auch die *obligatio naturalis* zuzutheilen; es ist nicht zufällig, dass die aktionslose *Obligatio* als *naturalis* benannt worden ist. Wie der Sklave keine oder nur beschränkte *persona standi in jure* (*judicio*) hatte, so ist auch die *obligatio naturalis* nur von beschränkter Exquirbarkeit im Prozesse, — aber nicht bloss dies, sondern die *obligatio naturalis* war ganz vorzugsweise für den Sklavenstand ein Verkehrsbedürfniss und ganz vorzugsweise für ihn ausgebildet worden. Das *jus naturale* der Klassiker ist kein vorübergehender Einfall, sondern Ausdruck und Konsequenz der neuen Verkehrsrolle der Sklaven im römischen Weltreiche.

III. Wie nach streng römischer Anschauung ursprünglich streng Gattin, Kinder und Sklaven fast unterschiedslos dem Gewalthaber gegenüber als *personae alieni juris* galten und also sich in der häuslichen Unterordnung und vermögensrechtlichen Passivität gleich-

¹²⁾ fr. 1. § 3. de J. et J. (1, 1): *jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit.*

¹³⁾ Man denke an die *actio de pauperie* nach der Analogie der *actio noxalis*.

¹⁴⁾ fr. 4. eod.

¹⁵⁾ fr. 3. eod.

¹⁶⁾ Kuntze Cursus d. röm. R. § 43. 368. 382. Excursus S. 41—43. 372—374. 430—432. Die Ausdrücke *naturalis* und *civilis possessio* (fr. 12. de acq. poss. 41, 2), *acquisitio* (fr. 53. de acq. dom. 41, 1) und *resolutio obligationis* (fr. 107. de sol. 46, 3) sind für unsere Betrachtung nicht ohne Weiteres fruchtbar zu machen.

standen, gemeinsamem Recht des *jussus* und der *noxæ* unterworfen waren, so konnten nun anderseits auch die Unfreien an der Verkehrsfähigkeit der freien Gewaltunterthänigen Theil haben. Die Sklaven, welche, eine Rolle im Verkehr spielen zu lassen, im Interesse ihrer erwerbssüchtigen Herren lag, wurden zu Erwerbsorganen dieser. Man lernte die Sklaven beachten und gebrauchen nicht mehr bloss als Eigenthumsobjekte und physische Kraftwerkzeuge, sondern auch als Geschäftsorgane und Interessenvertreter. Die Idee der *potestas* bot dazu die juristische Handhabe. Man sprach nun neben dem *dominium* auch von einer *potestas domini* am Sklaven, man entwickelte sogar neben dieser und aus ihr heraus eine *potestas* des Usufruktuars am Sklaven.¹⁷⁾ Diese *potestas domini* und bez. *usufructuarii* war der *patria potestas* nachgebildet, der Sklave nahm Theil an der Verkehrsfähigkeit der Hauskinder, und wie diese Obligationen kontrahiren konnten, so auch die Sklaven in Vertretung ihrer Herren — zu deren Nutzen, auf deren Geheiss. Aber dabei konnten, insoweit die Person des Sklaven selbst in Frage war, nicht vollkommene, klagbare Obligationen herauskommen, sondern nur des direkten Staatsschutzes ermangelnde, gewissermaassen ausserstaatliche, nicht ausgerüstete, sondern nur tolerirte Obligationen, die ihr Leben mehr hinter den Koulissen, als auf offener Bühne abspielten.

Es waren Obligationen, welche im häuslichen Abrechnungswesen figurirten, oder für den Fall der Freilassung des Sklaven eine selbständige Bedeutung gewinnen konnten und im öffentlichen Prozesse nur dann als Rechtsfragen auftraten, wenn es sich um eine *condictio indebiti* oder Kompensation oder die Unterlage für ein accessorisches Recht handelte.

Zwei Stellen, welche beide auf Labeo zurückweisen, und den Keim einer Theorie der Naturalobligationen verrathen, zeigen einen Zusammenhang mit der Sklaverei. Für den einen Fall hatte schon das Edikt gesorgt: es gewährte, wenn ein letztwillig mit Freiheit bedachter Sklave vor der Perfektion des Testaments Etwas aus der Erbschaft bei Seite geschafft hatte, dem Erben eine *dupli actio (honoraria)* gegen den Freigewordenen:¹⁸⁾ was offenbar zur gedankemässigen Voraussetzung die Annahme hatte, dass der zur Zeit der That noch Unfreie eine Obligatio verursache, welche dann mit der

¹⁷⁾ Kuntze Cursus § 749. Excursus S. 386.

¹⁸⁾ fr. 1. § 1. *si is qui testamento* (47, 4). Die Klage galt auch als anwendbar auf den Fall der *fideicommissaria libertas*; fr. 1. § 7 eod.

Freiwerdung zu voller Kraft erwachen konnte. Labeo stellt darüber die Betrachtung an: *haec actio naturalem potius in se, quam civilem habet aequitatem, siquidem civilis deficit actio; sed natura aequum est, non esse impunitum eum, qui hac spe audacior factus est.* Man sieht: der ostensible Gesichtspunkt ist ein pönaler; allein wenn das Verhältniss konstruirt werden soll, ist der Gedanke nicht abzuweisen, dass der noch nicht Freie durch seine That eine Verbindlichkeit auf sich ladet, welche er in die Freiheit hinübernimmt, so dass sie dann sogar klagbar wird;¹⁹⁾ Labeo verweist dafür auf die *naturalis aequitas*, also dasjenige Princip, auf welchem dann das ganze System der Naturobligationen aufgebaut wurde.

Analog ist die Verantwortlichkeit des Sklaven für injuriöse Handlungen. Für diesen Fall stellte Labeo den Satz auf, dass mit der Freilassung des Thäters eine *actio injuriarum* gegen ihn entstehe, und er motivirte dies mit Hinweis auf den Grundsatz: *noxæ caput sequitur.*²⁰⁾ Ganz deutlich tritt uns hier also der Gedanke entgegen, dass der Grund zur Obligatio in dem Zustande der Sklaverei gelegt, und die Obligatio in den Zustand der Freiheit mitgebracht werde.²¹⁾

Es ist natürlich, dass der Gedanke der naturalen Obligirung von Sklaven namentlich im Zusammenhange mit dem *peculium* ausgedehnte Anwendung finden musste,²²⁾ und entsprechend auch die obligatorische Berechtigungsfähigkeit der Sklaven anerkannt wurde. Ganz besonders war dazu bei den zu Handelszwecken verliehenen Pekulien Bedürfniss, daher die Annahme nahe liegt, dass das Institut der *merx peculiaris*, welches den Gewalthaber *velut extraneum* gegenüber dem Gewaltunterthänigen erscheinen liess, zur weiteren Ausbildung der Naturalobligation beitrug; und die *merx peculiaris* kam namentlich in Sklavenverhältnissen vor.

¹⁹⁾ Es ist die umgekehrte Umwandlung, wie im Falle der *capitis diminutio minima*, durch welche Civilobligationen zu Naturalobligationen werden. Fr. 2. § 2. *de cap. min.* (4, 5). Beide Umwandlungen kommen auch bei der *noxæ* vor: der *actio directa* in eine *noxalis* und der *actio noxalis* in eine *directa*. Gai. 4, 77. Anders in dem Falle bei Gai. 4, 78 und in fr. 17. § 1. *de furtis* (47, 2).

²⁰⁾ fr. 17. § 7. *de inj.* (47, 10). Im Grunde enthält schon die *actio noxalis* den Gedanken einer Haftung des Sklaven; entsprechend der Ulpian'schen Definition des *jus naturale* ward jener Gedanke auf Thiere ausgedehnt.

²¹⁾ Vergl. Kuntze Excursus, S. 372.

²²⁾ fr. 11. § 2. *de pecul.* (15, 1).

§ 43.

2. Die obligatio servilis.

I. Nach dem Obigen muss, wenn über die Arten der Naturalobligation Heerschau gehalten wird, die *servilis obligatio*¹⁾ in erster Linie aufgeführt werden. 1) Dass der Sklave *extranei* gegenüber verpflichtet werden könne, war, wie wir sahen, keimartig schon im Civil- und Ediktrecht enthalten, nämlich in dem Grundsatz: *noxa caput sequitur*, welcher, im alten Civilrecht sanktionirt, dann auch vom Prätor für die honorarischen Fälle der *actio noxalis* selbstverständlich angenommen²⁾ und endlich auf den Sklaven, *qui liber esse jussus post mortem domini hereditati damnum dedit*,³⁾ angewendet worden war. Wie wir gleichfalls sahen, führte Labeo denselben Satz in einem besonderen Falle der *actio injuriarum* durch.⁴⁾ Damit war das Grundprincip für Deliktobligationen befestigt, und man zweifelte nicht, dass die latente Obligatio mit der Freilassung in eine vollkommene, die *noxalis* in die direkte überging.⁵⁾

2) Für Kontraktobligationen bet der Pekuliarverkehr mit den Sätzen des prätorischen Edikts die Grundlage. Die Obligatio des Gewalthabers ruhte hier gewissermaassen auf derjenigen des kontrahirenden Gewaltunterthänigen; der *filiusfamilias* kontrahirte eine klagbare,⁶⁾ der *servus* eine klaglose Obligatio. Zwar sagt noch Ulpian (im Sabinuscommentar): *Nec servus quidquam debere potest, nec servo potest deberi*, allein er fügt hinzu: *Sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus, quam ad jus civile referimus obligationem; itaque quod servo debetur, ab extraneis dominus recte petet; quod servus ipse debet, eo nomine . . . in dominum actio datur.*⁷⁾ Es ist dieselbe Anschauung, welche von Julian allgemein für Naturalobligationen ausgesprochen worden ist.⁸⁾

3) Ohne Umschweif erkennt Ulpian, was er im Sabinuscommentar nur mit Reservation vortrug, in seinem Disputationen-

¹⁾ *Servilis persona — cognatio — affinitas — obligatio!*

²⁾ Gai. 4, 76.

³⁾ fr. 1. *si is qui test.* (47, 4). S. oben § 42. III.

⁴⁾ fr. 17. § 7. *de inj.* (47, 10).

⁵⁾ Gai. 4, 77; fr. 1. *cit.*; fr. 15. *de cond. furt.* (13, 1).

⁶⁾ fr. 44. *de pecul.* (15, 1).

⁷⁾ fr. 41. *eod.*

⁸⁾ fr. 16. § 4. *de fidej.* (46, 1).

werke⁹⁾ die Fähigkeit des Sklaven, Obligationssubjekt zu seyn, an. Er sagt in dieser vielumstrittenen Stelle:¹⁰⁾ *Servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent; ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant.*¹¹⁾ Welches ist wohl der Gegensatz, in welchen der erste Theil der Stelle zu dem zweiten gesetzt ist? Das von Schmidt darüber Bemerkte genügt darum nicht, weil daraus nicht recht deutlich wird, wie eine *civilis obligatio* eine klaglose Obligatio seyn könne. Es muss, meine ich, weiter ausgeholt werden, um die Stelle wirklich zu erklären, und zwar so, dass auch die *obligatio honoraria*, die doch nicht umgangen werden kann, ihre Stelle findet. Ich meine so. Ulpian hat im Sinne, dass sowohl nach Civil-, als Ediktrecht Sklaven durch Delikt verpflichtungsfähig sind, was freilich nicht mit den Worten *naturalis obligatio* ausgedrückt zu werden pflegte; auf dieser Verpflichtungsfähigkeit ruhte der Satz: *noxa caput sequitur*, sowie die positive Regel, dass der haftende Sklave nach seiner Freilassung verklagt werden konnte.¹²⁾ Die Fähigkeit des Sklaven zur kontraktlichen Verpflichtung und Berechtigung beruht auf prätorischem Recht, daher kann hier von einer *civilis obligatio* nicht die Rede seyn. Dann tritt der Begriff der *naturalis obligatio* im Sinn der Kaiserzeit hinzu, und die Naturalobligationen folgen dem Sklaven auch in die Freiheit.¹³⁾

Von Bedeutung ist, wie Papinian sich über diese *servilis obligatio* ausspricht: *Etiam postquam dominus de peculio conventus est, fidejussor pro servo accipi potest. Et ideo qua ratione, si post actionem dictatam servus pecuniam exsolverit, non magis repetere potest, quam si iudicium dictatum non fuisset, eadem ratione fidejussor*

⁹⁾ Ich lege hierauf Gewicht. Im Sabinuscommentar war Ulpian's Blick auf das Civilrecht, in den Disputationen auf das neue kaiserliche Recht gerichtet.

¹⁰⁾ Ad. Schmidt Von der Delictsfähigkeit der Sklaven (Programm 1873) S. 9.

¹¹⁾ fr. 14. *de O. et A.* (44, 7).

¹²⁾ Wir haben ja gesehen, wie der Prätor u. Labeo davon Gebrauch machten.

¹³⁾ Denn fr. 14. *cit.* spricht allgemein; wir haben kein Recht, die Schlussworte *et obligant* (mit Savigny) im Sinne einzuschränken; fr. 53. *de pecul.* (15, 1), Paul. II, 13, 9 und c. 12. *an servus* (4, 14) verneinen nur die Klagbarkeit, und was Schulden anlangt, bestätigen Obiges noch ausdrücklich fr. 19. § 4. *de don.* (39, 5) und fr. 13. *pr. de cond. ind.* (12, 6). Ueber die letzte Stelle s. v. Savigny System II. S. 425.

*quoque utiliter acceptus videbitur, quia naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videtur, in litem translata non est.*¹⁴⁾ Der Jurist zieht hier alle Konsequenzen aus dem Gedanken, dass der Sklave *naturaliter* obligirt sei: er könne die *Obligatio* erfüllen, es könne ein Bürge speciell für diese *Obligatio* eintreten, dieselbe werde nicht durch den mit dem Herrn begonnenen *Process consumirt*, sondern bleibe intakt und könne daher auch nachher noch durch Bürgschaft befestigt, vom Sklaven erfüllt werden.

II. Bisher ist nur von dem Verhältniss des Sklaven zu *extranei* die Rede gewesen, auch das *Ulpian'sche Dogma* in fr. 14. *de O. et A.* ist in erster Linie von diesem Verhältniss zu verstehen, denn die Worte von der deliktischen Verpflichtung im Anfang der Stelle können überhaupt nur darauf bezogen werden. Wie steht es aber mit *Obligationen* zwischen dem Herrn selbst und seinem Sklaven?

1) Sprechen wir zunächst von *Deliktobligationen*. Entsteht eine solche zwischen Herrn und Sklaven, wenn Letzterer dem Ersteren Schaden zugefügt hat? Die Quellen verneinen es, und *Ulpian* führt als Grund den Mangel eines praktischen Bedürfnisses an, während *Paulus* aus der Natur der Sache argumentirt.¹⁵⁾ *Schmidt*¹⁶⁾ meint, *Paulus* habe Recht; allein, dessen Argumentation trifft unsere Frage nicht, weil wir nach der *Obligatio* fragen, während *Paulus* nur von der *actio* handelt, und was *Ulpian*¹⁷⁾ sonst bemerkt, ist darum nicht zutreffend, weil es doch in der That Fälle gibt, wo eine anfangs nicht statthafte Klage dann (mit der Freilassung) entsteht.¹⁸⁾ Ich meine daher, dass gerade der von *Ulpian* in fr. 17. *pr. cit.* angeführte Grund der richtige ist; das *Civilrecht* zog aus dem Grundsatz: *noxa caput nocentis sequitur*,¹⁹⁾ Konsequenzen nur zu Gunsten der *extranei*, nicht zu Gunsten des Herrn selbst, weil hier kein Bedürfniss vorlag. Der Herr konnte *disciplinär* gegen den Thäter vorgehen; weder *Obligatio* noch *Aktio* brauchte gewährt zu werden; das *Civilrecht* erliess sich also, ein *obligatorisches Rechtsverhältniss* zwischen Herrn und Sklaven *ex noxa* zu poniren.²⁰⁾

¹⁴⁾ fr. 50. § 2. eod.

¹⁵⁾ fr. 16. 17. *pr. de furtis* (47, 2).

¹⁶⁾ a. a. O. S. 13.

¹⁷⁾ In fr. 17. § 1. eod.

¹⁸⁾ s. oben sub I. 1.

¹⁹⁾ fr. 18. eod.

²⁰⁾ *Si servus domino noxam commiserit, nulla actio nascitur; nulla enim omnino inter me et eum, qui in potestate mea est, obligatio nascitur.* Gai. 4, 78.

2) Wir wenden uns zu den *Kontraktobligationen*. Der Gedanke an solche (zwischen Herrn und Sklaven) ward noch von *Servius Sulpicius* abgelehnt und zwar bei einer *letztwilligen Anordnung*, welche doch sonst von den römischen Juristen gern in Schutz genommen wurde; *Servius* respondirte schlechthin: *dominus servo nihil debere potest.*²¹⁾ Die Vermuthung liegt nahe, dass der Jurist den Gedanken an die *Nichtobligirbarkeit* des Sklaven durch *Delikt* im Hintergrunde hatte. Allein das *Ediktrecht* musste zur Annahme einer Art von *Obligationen* drängen, sobald mit dem *Rechtsinstitut* des *peculium* Ernst gemacht, es als ein *quasi patrimonium servi*²²⁾ anerkannt, und das Bedürfniss, die Interessen der *extranei* im *Pekuliarverkehr* zu schützen, dringend ward. *Javolenus* stellt demgemäss dem *Servius* den Satz entgegen: *Ego puto, secundum mentem testatoris naturale magis, quam civile debitum spectandum esse*, und er fügt hinzu: *et eo jure utimur*. Die *Jurisprudenz* seit *Labeo* hatte den Gedanken, welcher schon zu *Servius' Zeit* populär gewesen seyn muss,²³⁾ zu dem rechtlichen Begriffe einer *naturalis obligatio* konsolidirt und die Praxis befestigt, dass *Kontraktobligationen* auf Grund des *peculium* zwischen Herrn und Sklaven entstehen könnten, *klaglose Obligationen* zwar selbstverständlich, aber doch *Obligationen*, welche (als *Naturalobligationen*) auch in die *Freiheit* übergingen.²⁴⁾ So war hier, während im *Deliktbereiche* ein Gegensatz bestand und bestehen blieb, *Einklang* erzielt: *Sklaven* konnten *Obligationssubjekte* im *Kontraktbereiche* seyn, sowohl ihrem Herrn, als auch *Dritten* gegenüber. Die Frage aber, wie der Sklave *Gläubiger* oder *Schuldner* seines Herrn werden könne, richtete sich natürlich nach den *allgemeinen Grundsätzen*.²⁵⁾

²¹⁾ fr. 40. § 3. *de condit.* (35, 1).

²²⁾ fr. 19. § 1.; fr. 32. *pr. de pecul.* (15, 1).

²³⁾ Der Testator hatte angeordnet: *Sticho servo meo, quem testamento liberum esse jussi, aureos quinque, quos in tabulis debeo, dato.* Fr. 40. cit.

²⁴⁾ fr. 64. *de cond. ind.* (12, 6).

²⁵⁾ Nach den Grundsätzen des *jus civile, honorarium* und *extraordinarium*. *Schwanert* D. *Naturalobl.* S. 156. spricht hier zu eng ausschliesslich vom *Civilrecht*. *Pomponius* in fr. 49. § 2. *de peculio* nennt (beispielsweise) das *Civilrecht*. *Ut debitor vel servus domino vel dominus servo intelligatur, ex causa civili computandum est; ideoque si dominus in rationes suas referat, se debere servo suo, cum omnino neque mutuum acceperit neque ulla causa praecesserat debendi, nuda ratio non facit eum debitorem.*

III. Dem *servus* ging der *filiusfamilias* parallel. Zwar den *extranei* gegenüber konnte die *naturalis obligatio* nicht in Frage kommen, weil, mit Einer Ausnahme, durch Kontrakte wie Delikte der *filiusfamilias* klagbar obligirt ward,²⁶⁾ aber im Verhältniss zwischen dem Gewalthaber und seinem Hauskinde konnten Naturalobligationen entstehen nach denselben Grundsätzen, wie im Verhältniss zum Sklaven.²⁷⁾

Auch darin standen Hauskinder und Sklaven einander gleich, dass ihrer Mehrere in derselben Hausgewalt befindlich unter einander Naturalobligationen kontrahiren konnten,²⁸⁾ während Delikte nur im Disciplinarwege Erledigung fanden.²⁹⁾

Die oben angedeutete Ausnahme ist der Fall des Gelddarlehns, welches den Haussohn nur *naturaliter* verpflichtet.³⁰⁾

§ 44.

3. Die theoretischen Naturalobligationen. Heutiges Recht.

I. Wir müssen, um das Bild der Fälle praktischer Naturalobligationen vollständig zu machen, die Fälle noch erwähnen, wo eine Naturalobligation durch Verkümmern einer bisher klagbaren Obligatio entstand, m. a. W. eine klagbare Obligatio zur klaglosen herabsank. Dies geschah 1) wenn der Gläubiger sein Klagrecht zur Strafe einbüsste;¹⁾ 2) wenn der Schuldner eine *capitis minutio* erlitt;²⁾ 3) wenn der Schuldner im Prozesse ungerechter Weise freigesprochen wurde.³⁾ Es liegt auf der Hand, dass diese Fälle im Leben keine grosse Rolle spielten.⁴⁾ Wichtiger ist, dass in einer Reihe von Fällen die Theorie sich zur Annahme einer Naturalobligation veranlasst fand.

²⁶⁾ fr. 39. *de O. et A.* (44, 7); fr. 57. *de judic.* (5, 1).

²⁷⁾ fr. 11. § 2. *eod.*

²⁸⁾ Ein besonderes Verhältniss war noch das des *servus ordinarius* zu seinem *vicarius*: fr. 17. *de pecul.* (15, 1).

²⁹⁾ Gai. 4, 78.

³⁰⁾ fr. 10. 18. 20. *de Seto Mac.* (14, 6).

¹⁾ fr. 19. *pr. de cond. ind.* (12, 6), z. B. im Fall der Selbsthilfe.

²⁾ fr. 2. § 2. *de cap. min.* (4, 5).

³⁾ fr. 28. *de cond. ind.* (12, 6). Dazu Schwanert S. 444.

⁴⁾ Dass die Klagenverjährung keine Naturalobligation übrig lässt, ist mir ebenso unzweifelhaft, wie dass durch *nudum pactum* keine Naturalobligation entstand. Vergl. oben § 19. V.

II. Ich nenne diese Gruppe — die dritte in meiner Aufzählung — theoretische Naturalobligationen, weil sie lediglich als Mittel zum Zweck erscheinen und von der juristischen Doktrin beliebt wurden, um eine formale Basis für die Befriedigung eines praktischen Bedürfnisses anderer Art zu gewinnen.

1) Durch *confusio* von Forderung und Schuld würde das Pfand erlöschen; um dasselbe aufrecht zu erhalten, wurde der Fortbestand einer Naturalobligation, welche die Basis des Pfandrechts abgab, angenommen.⁵⁾

2) Das Kontrahiren des Pupillen ohne Mitwirkung des Vormundes verpflichtet jenen nicht; um aber Intercession eines Dritten zu ermöglichen und dadurch den Geschäftszweck indirekt (doch ohne Gefahr für den Pupillen) erreicht werden zu lassen, half man durch Supposition einer Naturalobligation; diese besteht nicht für sich und kann nicht selbständig irgendwie geltend gemacht werden, sondern dient nur als Unterlage für den Rechtsakt des Intercedenten oder den späteren Anerkennungsakt des Vormunds oder des Mündig gewordenen.⁶⁾

3) Durch Litiskontestation galt die geltend gemachte Obligatio als consumirt, so dass sie nur als Naturalobligation übrig blieb, während eine neue vollkommene, die Processobligation, neben sie trat.⁷⁾ Durch Annahme jener Naturalobligation ward erreicht, dass die etwaigen Accessionen der geltend gemachten Obligatio vor dem Erlöschen bewahrt wurden. Um die Naturalobligation an sich war es also den Römern hierbei wieder nicht zu thun, sondern einzig darum, dass der Gläubiger durch die Klaganstellung und die Konsequenzen der Consumtionswirkung, also aus Anlass der Geltendmachung seines Rechts, nicht eine Einbusse erleide. Um die formale Konsequenz aufrecht zu halten, half man mit einem formalen Dogma nach.

Der gewonnene Ueberblick belehrt uns, dass die *servilis obligatio* an praktischer Bedeutung und Tragweite alle übrigen Fälle der *naturalis obligatio* beträchtlich und selbst die der Hauskinder nicht wenig überragte. An der *servilis obligatio* lässt sich der Begriff der

⁵⁾ fr. 59. *pr. ad Set. Treb.* (36, 1). Kuntze *Cursus d. röm. R.* § 560. bb. § 642. d. Vergl. übrigens noch c. 7. *de praeser.* (7, 39).

⁶⁾ Schwanert *D. Naturalobl.* S. 388–390.

⁷⁾ *Et civilis et naturalis subest obligatio*, sagt Ulpian, unter Berufung auf Julian, in fr. 8. § 3. *de fidej.* (46, 1). Dazu fr. 18. 29. *de nov.* (46, 2). Kuntze *Excursus*, S. 394.

Naturalobligation als einer Obligatio, die zwar klaglos ist, aber sonst geltend gemacht werden kann, in alle Konsequenzen hinein verfolgen, während in anderen Fällen Schranken angetroffen werden, welche für jeden Fall besonders aus dem positiven Recht zu ermitteln sind.⁸⁾ So weist uns die Naturalobligation in der That auf das *jus naturale* zurück, welches wir gewissermaassen das Recht der Sklavenwelt nennen könnten. Sie gehört dieser hinter allem positiven Recht gelegenen obersten Region des Rechtes an, sie ist die feinste, zarteste Ausprägung des Obligationsbegriffs, und, kulturgeschichtlich betrachtet, eine der humansten, edelsten Schöpfungen Roms. Hat sie noch für uns praktischen Werth?

II. Seit Wegfall der Sklaverei kann man nicht mehr sagen, dass die Naturalobligation der vollen Breite des Rechtslebens angehört. Mit Entwicklung und principieller Anerkennung der Vermögensselbständigkeit der Hauskinder hat auch in dieser Richtung der römische Begriff für uns seinen Werth fast verloren,⁹⁾ mit Ausnahme der Rechtsverhältnisse des Gelddarlehns. Die *capitis deminutio* und die Consumtionskraft der Litiskontestation fehlen unserem gemeinen Recht, mithin sind auch an diesen Stellen die Wurzeln der Naturalobligation zerschnitten.

Es bleibt, wenn wir von dem *pactum nudum* absehen, welches schon nach römischem Recht keine Naturalobligation, sondern nur eine (prätorische) *exceptio* begründen konnte,¹⁰⁾ ein geringer Rest. Die *liberatio poenae causa* ist ein unbedeutender Fall, welcher heutzutage, wo die Privatstrafe extirpirt ist oder wird, kaum noch in Frage kommt; die Naturalobligation *propter pignus* verliert an Interesse, in demselben Maasse, als das Dogma von der accessorischen Natur des Pfandrechts in unserem heutigen Recht erschüttert erscheint; endlich die Fälle des *pupillus sine tutore* und des *verus debitor male absolutus*, schon an sich zu den schwächsten Naturalobligationen gehörig, können keine Rolle im Verkehr spielen.¹¹⁾ Auf ein solches Minimum finden wir die einst so wichtige Naturalobligation zusammengeschrumpft.

III. Andererseits treten uns im modernen Handelsverkehr Erscheinungen entgegen, welche an die Rolle der Naturalobligation

⁸⁾ s. Windscheid Pand. § 288.

⁹⁾ Vergl. Windscheid Pand. § 289 a. E.

¹⁰⁾ Kuntze Excuse, S. 542. 543.

¹¹⁾ Dazu v. Savigny Obligationenrecht, I. S. 125. 126. Sintenis gem. Civilrecht II. § 82. S. 16.

wenigstens erinnern, wenn es auch vielleicht nicht unumgänglich ist, den antiken Geist von Neuem heraufzubeschwören. Doch möchte ich annehmen, dass ein römischer Jurist, vor solche Frage gestellt, die Naturalobligation zu Hülfe gerufen haben würde. Ich meine die Rechtspflichten, welche an die s. g. *fortune de mer* geknüpft sind, schon im mittelalterlichen Seeverkehr hervortreten und im allg. deutschen HGB. Anerkennung gefunden haben. Dasselbe handelt über sie in dem Titel von den Schiffsgläubigern (§ 757—781).

Schiffsgläubiger¹²⁾ — z. B. die Schiffbesatzung wegen ihrer Dienst- und Heuerforderungen, die Haverei- und Bodmereigläubiger — sind solche Berechtigte, welche für ihren Anspruch sich pfandrechlich an das Schiff nebst Zubehör¹³⁾ halten können. In gewissen Fällen haftet ihnen daneben auch der Rheder persönlich, allein diese Nebenhaftung ist ein Rechtsverhältniss für sich. Was das Recht des Schiffsgläubigers als solchen betrifft, müssen wir, wenn wir die Idee des Pfandrechts festhalten wollen, eine Naturalobligation des Rheders oder dritten Besitzers des Schiffs supponiren:¹⁴⁾ eine Obligatio, die nicht für sich, sondern gewissermaassen nur mittelbar durch Geltendmachung des dafür begründeten Pfandrechts verfolgt werden kann. Die Schiffsgläubiger-Forderung lebt in dem Pfandrecht, etwa so, wie die Naturalobligation des Pupillen in dem Pfandrecht des Intercedenten; erlischt das Pfandrecht durch Untergang, Zwangs- oder Nothverkauf des Schiffs, so kann von einer Naturalobligation, die eben nur um des Pfandrechts willen anzunehmen war, nicht weiter die Rede seyn, und nur ein an die Stelle des bisherigen Rechts tretender Anspruch auf den Erlös, die Kaufgelderforderung oder die Havereientschädigung kann in Frage kommen.

Der Unterstellung einer Naturalobligation¹⁵⁾ können wir nur dann entzihen, wenn wir auf den modernen Gedanken eines abstrakten Veräusserungsrechtes eingehen, wie er in der „Grundschuld“ uns entgegentritt; dieses Veräusserungsrecht ist ein bedingtes, nämlich negativ bedingt durch Ablösung seitens des Rheders, der Rheder kann durch Anbieten des Lösegeldes sein Schiff frei machen, aber

¹²⁾ Vergl. Schröder in Endemann's Handelsrecht IV. 1. S. 303—7.

¹³⁾ Die mit eingeschlossene Bruttofracht lasse ich, als besonderen Grundsätzen unterliegend, hier bei Seite.

¹⁴⁾ Der Rheder oder statt dessen auch der Schiffer, oder wenn das Schiff in den Besitz eines Dritten übergegangen ist, dieser ist der Beklagte.

¹⁵⁾ Welche wenigstens dem Wortlaut des HGB's. entspricht, denn dies nennt die Berechtigten Schiffsgläubiger und die Rechte Forderungen.

eine persönliche Verbindlichkeit liegt nicht vor, so lange der Rheder nicht etwas verschuldet oder sonst ein besonderer Rechtstitel dafür verwirklicht wird.¹⁶⁾

VII. Kapitel.

Die negociable Skripturobligation.

§ 45.

I. Die Novation und Cession.

I. Der Verkehr hat das Bedürfniss, die Obligatio sowohl in ihrer aktiven als passiven Seite in seine Bewegung hereinzuziehen. Im Vordergrund aber steht immer die aktive Seite, denn hauptsächlich, sofern die Obligatio Ausdruck eines positiven Vermögenswerthes ist, wird sie im regelmässigen Verlauf der Privatinteressen begehrenswerth seyn. Auch ich habe im Zusammenhange dieser Schrift ein theoretisches Interesse nur an der aktiven Seite,¹⁾ weil es hier interessirt, eine neue Ausprägung des Obligationsgedankens innerhalb des eben gezeichneten Rahmens der Obligatio unterzubringen. Wir bereiten diese Untersuchung vor durch eine Gegenüberstellung der zwei Bewegungsformen, welche wir schon im römischen Recht ausgebildet vorfinden: der Novation und der Cession.

Die Novation stammt aus dem Civilrecht und ist älteren Ursprungs, die Cession ist ein Gedanke des prätorischen Edikts und jüngeren Ursprungs. Jene ist, entsprechend der Art des Civilrechts, ausserhalb des Processes im Geschäftsverkehr entstanden, diese stammt aus dem Processwesen. Die Novation ist ein weitergehender Begriff, indem sie sich nicht bloss auf die aktive, sondern auch die passive Seite der Obligatio erstreckt, und indem sie theils neue Subjekte ergreift, theils sich auf die bisherigen Subjekte beschränkt, während die Cession nur der aktiven Seite der Obligatio und neu eintretendem Subjekt gilt. Aber Novation und Cession rücken neben einander als

¹⁶⁾ HGB. Art. 765. 774—776. 453.

¹⁾ Es ist jetzt (durch Gürgens 1866 und Danz 1886) auch der Gedanke einer Singularsuccession in die Schuld angeregt und vertheidigt worden. Die ganze Frage scheint mir noch nicht klar gestellt. Es ist die Frage, ob neben der Novation und neben der Defensions- (Schuld-) Uebernahme (*in rem suam*) noch eine Singularsuccession (in die Schuld) wirkliches Bedürfniss, logisch denkbar und praktisch durchführbar sei.

parallele Erscheinungen im Rechtsleben, sobald wir uns vor die Frage stellen, wie der in der Obligatio ausgeprägte Vermögenswerth an der Bewegung des Rechtsverkehrs Theil zu nehmen fähig ist, denn beide können dazu verwendet werden, den obligatorischen Vermögenswerth in Fluss zu setzen und das *nomen* einem anderen Subjekt zuzuwenden. Novation (in dieser Anwendung) und Cession stimmen, wie hier schon bemerkt werden mag, darin überein, dass durch sie der bisher Berechtigte auf die Geltendmachung seines Rechts zu Gunsten eines Anderen verzichtet,²⁾ so dass dem Erfolge nach das *nomen* aus dem realen Vermögen des bisher Berechtigten ausscheidet und in das reale Vermögen des fortan Berechtigten eintritt.³⁾

Der Weg, auf welchem dieser Erfolg erreicht wird, ist freilich ein grundverschiedener, denn es ist römische Anschauung, dass die Novation die bisherige Obligatio opfert,⁴⁾ um ihren Werthinhalt in einer neuen Obligatio Gestalt gewinnen zu lassen, die Cession dagegen die Substanz der bisherigen Obligatio bestehen lässt und nur ein neues Recht, das Geltendmachungsrecht des Cessionars, daneben stellt, welches zwar das Recht des ursprünglichen, eigentlichen Gläubigers hinsichtlich der Verfolgbarkeit entkräftet, aber doch begrifflich auf diesem ruhend und aus ihm abgeleitet gedacht wird.

Diese Verschiedenheit ist in der römischen Anschauung nie aufgegeben worden, obschon immer mehr der praktische Gedanke hervortrat, dass der Gläubiger sich der Novation und der Cession zu Veräusserungszwecken bedienen könne. Spätere römische Juristen nennen nicht selten die *novatio* (mit neuem Gläubiger) eine *translatio obligationis*;⁵⁾ allein daneben bleibt der Grundgedanke der *novatio* als einer *peremptio obligationis* unangefochten und selbstverständlich. Ebenso zieht die klassische Jurisprudenz dem älteren Ausdrucke *mandare actionem* die jüngeren Ausdrücke *praestare* und *cedere*

²⁾ Der Cedent bloss auf die Geltendmachung, der Novant zugleich auf das Recht.

³⁾ Bei der Cession bloss in Ansehung der praktischen Wirkung, bei der Novation auch betreffs der rechtlichen Ursache.

⁴⁾ *Priore obligatione expirante* sagt Julian (fr. 58. de V. O. 45, 1) — *prior perimatur*, sagt Ulpian (fr. 1. de nov. 46, 2) — *praecedentes obligationes perimit*, sagt derselbe (fr. 4. de transact. 2, 15) — *ut ab obligatione discedatur* ebenderselbe (fr. 8. § 3. de nov. 46, 2) u. s. w. u. s. w.

⁵⁾ Blumenlese bei v. Salpius Novation S. 359. und Danz Forde- rungüberweisung S. 6 ff. Man denke dabei an die von v. Salpius und Danz betonte *stipulatio incerti* (titulirte Delegation, relative Novation mit Uebertragung des ganzen persönlichen Schuldstandes).

actionem (cedere actione) vor, und von dem Cessionar wird seit Diocletian ⁶⁾ gesagt, dass er *suo nomine* klage; allein zu dem Ausdrucke *praestare obligationem* versteigt man sich ungern, und zu dem *suo nomine* wird immer hinzugefügt, dass der Cessionar *utiliter* klage, also seine Direktive durch eine vorbildliche Klage empfangen, und welche andere Klage könnte dies seyn, als die ursprünglich dem Cedenten zustehende?

II. Man muss die Frage aufwerfen, ob es ein Vortheil war, dass an Stelle der dinglichen Singularsuccession im Obligationenrecht ein doppeltes Verkehrsmedium stand. Ich denke aber, es entspricht völlig der feineren und höheren Aufgabe der Obligatio im Rechtsleben, ⁷⁾ dass statt Eines zwei Bewegungsapparate ausgebildet wurden, deren jeder dem Verkehr besondere Vortheile bot. Dem neuen Berechtigten muss ja in vielen Fällen daran liegen, dass er ein ganz und gar selbständiges, d. h. nur aus seiner Person herzuleitendes Recht habe, so dass er keine Einreden aus seines Vorgängers Person zu befürchten hat. Das Novationsgeschäft gewährt ihm diese Stellung, diesen Vortheil. Aber eben darum muss bei solchem Geschäft der Schuldner mitwirken und erklären, dass er sich den neuen Gläubiger gefallen lasse, und er muss mit ihm demgemäss kontrahiren; denn ihm ist keineswegs immer die Person des Gläubigers gleichgültig, und er braucht sich einseitige Veränderung seiner rechtlichen Position nicht gefallen zu lassen.

Aus diesem Grunde leistet dem Gläubiger, welcher seinen Obligationenwerth veräussern möchte, die Novation nur einen prekären Dienst. Er bedarf dazu der Einwilligung des Schuldners; diese muss solenn (in Stipulationsform), heutzutage wenigstens durch Versprechen gegenüber dem neuen Gläubiger erteilt werden, ⁸⁾ und ob sie erteilt werden wird, ist fraglich; der Schuldner kann willkürlich sie versagen. Auch in solchen Fällen, wo die Einwilligung mit Sicherheit erwartet werden kann, muss sie doch eben eingeholt werden, und diese Handlung ist oft umständlich oder kostspielig, der Versuch kann fehlschlagen, weil der Aufenthalt des Schuldners unbekannt ist, der Schuldner wegen Krankheit oder aus Leichtsinne die Antwort unterlässt. Insofern ist die Novation ein gebrechlicher

⁶⁾ Ob schon von Ulpian, hängt davon ab, ob das *suo nomine* in fr. 55. *de procur.* (3, 3) nicht interpolirt ist. Vergl. dazu c. 9. *de procur.* (2, 13) und Kuntze die Oblig. und Singularsucc. S. 38. 39.

⁷⁾ Wovon in der Abhandlung so oft schon die Rede war.

⁸⁾ Vergl. dazu Schwanert, D. Naturalobligationen, S. 175. 176.

Apparat zu nennen, welchem ein anderer zur Seite stehen muss, um auszuhelfen. Der Prätor hat diesen in dem Cessionsinstitut geschaffen.

Das Cessionsgeschäft kann ohne Mitwirkung des Schuldners geschehen, es ist von dessen Einwilligung gänzlich unabhängig; die Denunciation an den Schuldner, welche um die Cession nach allen Seiten hin perfekt zu machen geschieht, hat mit dieser Frage nichts zu thun. Im Wege der Cession kann also der Gläubiger frei und ohne Umstände verfügen, der Schuldner kann ihm hier nicht in den Weg treten, er ist zur Passivität genöthigt; auf Grund dessen, dass er dem Cedenten versprochen hat (dass er schuldig ist) hat er jetzt dem Cessionar zu leisten. Aber er darf sich darüber auch nicht beschweren, denn sein Schuldverhältniss wird nicht eigentlich abgelöst vom bisherigen Forderungsberechtigten, die Obligatio dem Gläubiger nicht entfremdet. Noch immer ist sie dessen Obligatio, der Cessionar in der Geldendmachung sein Organ, sein Vertreter. Der Cessionar macht also im Grunde nicht seine, sondern des Cedenten Obligatio geltend.

Aber ist das nicht eine bloss doktrinaire Formel? Der Cessionar soll doch die Obligatio wie die seinige geltend machen; der Cedent soll doch seine Obligatio nicht mehr als die seinige ansehen und behandeln. Wäre nun wirklich die Obligatio von dem bisherigen Gläubiger abgelöst, wäre wirklich der Cessionar neuer Gläubiger, Subjekt der Obligatio geworden — m. a. W. machte er die cedirte Forderung wirklich als seine Obligatio geltend: wie in aller Welt könnte es da gerechtfertigt werden, dass der Schuldner, wenn der Cessionar sein eigenes Recht geltend macht, auf die Person des Cedenten zurückgreift und Einreden aus dessen Person herbeiholt?

Wir haben gesehen, dass nur unter der Voraussetzung solchen Rechts des Schuldners das Cessionsinstitut der obersten Billigkeit entspricht; dieses Recht gehört zum Wesen des Cessionsinstituts. Aber wie anders lässt es sich grundsätzlich rechtfertigen, als durch Hinweis auf den Gedanken, welcher die Cession von der Novation unterscheidet: die Novation beseitigt den bisherigen Gläubiger schlechterdings, die Cession aber nicht schlechterdings! Der Novationsschuldner schuldet auf Grund seines neuen Versprechens dem neuen Gläubiger, der Cessionsschuldner dagegen schuldet auf Grund seines ursprünglichen Versprechens (Schuldverhältnisses) dem Cessionar. Aus der Novation geht eine individuell neue Obligatio hervor, aus der Cession entweder überhaupt keine Obligatio, oder doch nur eine unselbständige, eine abgeleitete; diese entnimmt ihre Lebenskraft aus

der Obligatio des Cedenten, welchem allein sich doch der Schuldner unterworfen hatte. Es kommt nicht viel darauf an, ob man dieses abgeleitete Recht des Cessionars *actio*, oder Anspruch⁹⁾ oder abgeleitetes, abgezweigtes Forderungsrecht nennen will. kurz, es ist ein Recht, welches zwar dem Cessionar gehört und einen festen Bestandtheil seines Vermögens bildet, aber mit innerer Nothwendigkeit auf das Stammrecht des Cedenten zurückweist und auf dieses so sich gründet, dass das Verhältniss des Schuldners zum Cedenten mit in Rechnung kommt, und im Stadium der Geltendmachung die Person des Cedenten mit ergriffen wird. Der Schuldner ist befugt, sein Verhältniss zum Cedenten einzumischen und dem Cessionar entgegenzuhalten.

Wie könnte er das, wenn der Cedent kein rechtliches Verhältniss mehr zu seiner Obligatio hätte?^{9a)} Der Schuldner entgegnet dem klagenden Cessionar: ich habe eine Gegenforderung gegen den Cedenten und mache sie gegen Dich geltend. Das heisst doch so viel als: Du machst im Grunde des Cedenten Obligatio geltend, oder, Du machst eine Obligatio (abgeleitete) geltend, welche nicht auf Deiner, sondern des Cedenten Person ruht, und nur aus dieser zu beurtheilen ist. Hier gibt es keine andere dogmatische Hülfe, als die: entweder die Identität des Cessionars mit dem Cedenten zu fingiren — zu welcher Fiktion uns die Quellen aber nicht berechtigen, — oder den Gedanken einer abgeleiteten, abgezweigten Obligatio zu setzen. Die Cession ist eine obligatorische Veräusserung, aber nicht der dinglichen Singularsuccession adäquat, sondern eine konstitutive Translation, welche eher der Servitutbestellung ähnlich genannt werden kann.

III. Man fragt, wie konnte dennoch die Cession geradezu eine obligatorische Singularsuccession genannt werden, welche man entweder als im Sinne der modernen Rechtsanschauung gelegen bezeichnete oder gar schon dem späteren Recht der Römer insinuirte? Beide Ansichten haben ihre Vertreter.

Es ist eine weit verbreitete Ansicht in unserer romanistischen und germanistischen Doktrin, dass die besondere Auffassung der Römer von dem Cessionsinstitut bei uns nicht Wurzel geschlagen habe, und der Gedanke einer obligatorischen Singularsuccession an die Stelle zu setzen sei. Diese Ansicht ist namentlich in der Schule

⁹⁾ s. oben § 19. II. u. § 20. a. E.

^{9a)} Die novatorische *stipulatio incerti* leistet das nur unvollkommen.

des *usus modernus* vertheidigt worden,¹⁰⁾ freilich nicht ohne bedeutende Gegnerschaft;¹¹⁾ sie ist einfach desswegen unhaltbar, weil die Singularsuccession das Rechtsverhältniss ablöst von dem *auctor* und damit dem Schuldner ein Zurückgreifen auf diesen und mithin eine Benutzung der aus seiner Person begründeten Exceptionen unmöglich seyn würde; auch findet sie in der älteren germanischen Auffassung keine Stütze, da nach dem Recht des Mittelalters Uebertragung von Forderungen überhaupt nur sehr spärlich zugelassen wurde.¹²⁾

Die zweite Ansicht ist die Windscheids,¹³⁾ welcher annimmt, dass die Römer selbst schon auf dem besten Wege zu dem Gedanken einer obligatorischen Singularsuccession gewesen seien, und wir nur noch ihren unreif gebliebenen Gedanken fertig zu denken hätten. Ich bemerkte hierüber schon, dass die Römer allerdings zu dem Gedanken, dass die Cession eine Rechtsveräusserung sei, fortgeschritten sind, aber dabei doch den Gedanken immer festgehalten haben, der Cessionar vertrete im Grunde nur den Cedenten, und es sei dessen Obligatio, welche vom Cessionar (*in rem suam*) geltend gemacht werde.

Wie also sucht man sich von dem einen oder anderen dieser Standpunkte aus mit dem Umstand abzufinden, dass dem Schuldner die Exceptionen *ex persona cedentis* gewahrt bleiben, und er solche gegen den Cessionar geltend machen kann in einem Prozesse, welcher dem Cedenten ein fremder ist? Die Obligatio soll ihm entfremdet seyn, ist nicht um so mehr der Process ihm ein fremder? und wie kommt der Cessionar dazu, dass er sich Einreden aus der Person eines Dritten gefallen lassen muss? Freilich bei der dinglichen Singularsuccession liegt die Sache so, dass wenn der *auctor* ein *jus in re aliena* begründet hat,¹⁴⁾ der *successor* das auch sich gegenüber gelten lassen muss; aber diese Tragweite liegt doch offensichtlich in der Natur des die Sache selbst ergreifenden dinglichen Rechtes und hat mit den Personen als Subjekten an sich ganz und gar nichts zu

¹⁰⁾ s. Kuntze D. Oblig. u. d. Singularsucc. S. 18—25.

¹¹⁾ s. Kuntze a. a. O. S. 28—30.

¹²⁾ Vergl. Brunner i. d. Zeitschr. f. d. ges. Hand.-R. XXII. S. 518 ff. u. Stobbe deut. Privatr. III. § 177. Anm. 2.

¹³⁾ Krit. Ueberschau I. (1853) S. 41. 42. Dazu Kuntze a. a. O. S. 34 ff. Ferner Windscheid Pand. II. § 329.

¹⁴⁾ Und der etwa vindicatorisch beklagte Servitutberechtigte eine *exceptio* hat.

thun. Der Obligatio fehlt eben diese dingliche Natur, sie hat keine Sache zum Objekt, sie hängt an den Personen.

Es ist also ein ganz in der Luft schwebender Gedanke, wenn man sagt, die Exceptionen seien Anhängsel oder Qualitäten oder Mängel oder Gebrechen der Obligatio und haften als solche der Obligatio auch in dem neuen Subjekt an. Für diesen Gedanken, rein *ad hoc* erfunden und nirgends sonst im System verwerthet, wird man auch in den Quellen vergeblich nach Stützen suchen.

Obligatio und Exceptio finden sich durchaus nur in der Person zusammen, wo sie auf einander treffen; sobald die Obligatio von dieser Person abgelöst gedacht und mit jenem Gedanken nicht Spiel getrieben, sondern Ernst gemacht wird, können auch nicht mehr Obligatio und Exceptio auf einander treffen: die Obligatio gehört in die eine, die Exceptio in die andere Vermögenssphäre. Nicht einmal einfacher oder eleganter kann der Gedanke, dass die Exceptio eine Eigenschaft der Obligatio sei, genannt werden, wenn man ihn mit dem römischen Gedanken vergleicht, dass die Forderung des Cessionars eine abgeleitete und aus der Stammobligation die Normen ihrer Geltendmachung empfangende Obligatio sei. Jener Gedanke ist ein barbarischer, dieser der klassische.

IV. Die Cession leistet noch Etwas, was sie vor der Novation voraus hat: sie lässt die Accessionen der Obligatio bestehen, so dass diese dem Cessionar zu Gute kommen, während sie durch Novation untergehen. Auch ein sehr wichtiger Unterschied zwischen den beiden obligatorischen Bewegungsapparaten. Aber ich lege auf ihn im Zusammenhange unseres Problems keinen Accent, weil es fraglich ist,¹⁵⁾ ob nicht die obligatorische Singularsuccession, als ein neuer Begriff neben der Cession, dasselbe zu leisten vermag. Genug, dass für die Römer jedenfalls die Cession den besonderen Dienst der Accessionenwahrung leistete, und dass in ihrer Rechtsanschauung dieser Dienst eben durch Fundirung des Rechts des Cessionars auf das Recht des Cedenten fundirt war.

§ 46.

II. Die obligatorische Singularsuccession.

I. Ich gehe nun einen Schritt weiter, indem ich sofort die Bemerkung mache, dass ich, wenn von einer obligatorischen Singul-

¹⁵⁾ Was im folgenden § zu betrachten ist.

succession gesprochen werden wird, damit nicht die Begriffe Novation und Cession confundire, sondern dass ich jene neben diese gestellt wissen will und als ein eigenartiges Rechtsinstitut auffasse. Wenn es mir gelingt, diesem Begriffe Anerkennung zu verschaffen, so dürfte auch die Hoffnung nicht abenteuerlich seyn, dass damit das Friedenswort gefunden wäre, welches den noch immer aufwogenden Kampf über die Frage der Uebertragbarkeit der Obligationen beschwichtigen kann.

Wir müssen von der dinglichen Singularsuccession ausgehen. Aus welchen Elementen setzt sie sich zusammen, und was kann sie im Verkehr leisten? Auf die erste der beiden Fragen antworte ich: 1) die Singularsuccession bedeutet Verlust eines Rechts in der Person des *auctor* und Erwerb eines Rechts in der Person des *successor*; 2) sie setzt aber Identität des Objekts voraus: der *successor* erlangt ein Recht an demselben Objekt, woran das Recht bisher dem *auctor* zustand; 3) in demselben Augenblicke, wo des *auctor* Recht untergeht, entsteht des *successor* Recht; 4) das Recht des *successor* geht aus dem Recht des *auctor* hervor und ist also durch dieses bedingt, und 5) das Recht des *successor* bestimmt sich inhaltlich ganz und allein durch das Recht des *auctor*, so dass es sich mit demselben deckt, Maass und Tragweite von demselben empfängt.¹⁾

Wenden wir diese analytische Betrachtung auf die Obligatio an, so müssen wir sagen: eine obligatorische Singularsuccession würde dann vorliegen, wenn das Recht des *successor* nicht bloss dem Recht des *auctor* zeitlich unmittelbar folgt und durch dieses Recht bedingt und bestimmt ist (oben No. 3—5), sondern wenn der Erwerb der Obligatio für den Einen zugleich der Verlust des Rechts für den Anderen und das Objekt des neuen Rechtes identisch mit dem des alten Rechtes ist (oben No. 1. 2.). Indem durch Singularsuccession die Obligatio für den bisherigen Gläubiger verloren und untergeht, und also alle und jede Beziehung zu ihm aufhört, unterscheidet sie sich von der Cession, denn diese hält die Be-

¹⁾ Man hat diese fünf Elemente zusammenfassend die Singularsuccession als Uebergang des Rechts aufgefasst, und es lässt sich nichts dagegen sagen, wenn man diese Bezeichnung eben nur als Zusammenfassung versteht. Die Frage, ob im streng logischen Sinne überhaupt von einem Uebergange des Rechts selbst geredet werden könne, mag und kann hier auf sich beruhen bleiben. Ich meinerseits verneine diese Frage (ausserhalb des Bereichs der Universalsuccession). Vergl. übrigens v. Savigny System III. S. 9. 10.

ziehung zum ursprünglichen Gläubiger fest und rettet dadurch dem Schuldner die Exceptionen; indem ferner durch Singularsuccession der neue Gläubiger ein Recht an demselben Objekt erwirbt, welches dem bisherigen Gläubiger unterworfen war, unterscheidet sie sich von der Novation, denn diese ruft eine Obligatio an einem anderen, neuen Objekt ins Leben, weil an die Stelle des bisher unterworfenen Willens (des Schuldners) ein neuer Wille (desselben Schuldners) tritt — kraft der Mitwirkung und Einwilligung (des Schuldners) in das neue Verhältniss,²⁾ welche ein neuer Unterwerfungsakt ist.

Ein solches Rechtsinstitut wäre denkbar und sowohl von der Cession, als auch von der Novation unterschieden. Es würde — und das ist die Antwort auf die zweite der obigen Fragen — Gleiches leisten, wie die Cession, insofern der *auctor* nicht der Einwilligung und neuen Zusage des Schuldners bedürfte, und es würde ausserdem Gleiches leisten, wie die Novation, insofern es das Recht gänzlich von dem bisherigen Gläubiger ablöst, und den neuen Gläubiger zum selbständig Berechtigten, m. a. W. zum Subjekt einer ganz eigenen Obligatio machte.³⁾ Es könnte eine sehr hervorragende Rolle im Verkehr, welcher nach immer grösserer Leichtigkeit und Beweglichkeit strebt, spielen, denn mit dem Vortheil für den Veräusserer (bisherigen Gläubigen), dass derselbe ohne Weitläufigkeit und durch freien Entschluss Forderungen abtreten könnte, verbände sich der ebenso grosse Vortheil für den Erwerber (neuen Gläubiger), dass dieser genau wüsste, was er erwirbt und keine etwa ihm unbekanntes und den Erwerb ganz oder theilweise illusorisch machenden Einreden zu gewärtigen hätte. Wie erstrebenswerth und willkommen ein solcher Bewegungsapparat für das rührige Verkehrsleben unserer Zeit seyn muss, liegt auf flacher Hand. Nun erst wäre die Obligatio — oder genauer: der obligatorische Vermögensstoff — in die volle Strömung des Verkehrslebens gerückt; nun erst könnte, so zu sagen, die bewegliche Figur der Obligatio an die Spitze der Verkehrsbewegung gelangen und wäre zu bisher unge-

²⁾ Ich beziehe mich auf die Ausführung in § 23., wo die Bedeutung des Schuldwillens als des eigentlichen Gegenstandes der Obligatio dargelegt ist.

³⁾ Wir haben hiermit zwei Kriterien des Begriffs der obligatorischen Singularsuccession gewonnen: das eine betrifft den Rechtsakt (Erwerb ohne des Schuldners Mitwirkung), das andere den Rechtseffekt (Erwerb eines einredefreien Forderungsrechtes).

ahnten Verrichtungen im Rechtsleben befähigt; nun erst hätte die Obligatio vollkommene Elasticität gewonnen. Aber drohte ihr nicht auch Verflüchtigung? Dieser Gefahr dürfen wir unser Auge nicht verschliessen, wenn wir sehen, dass jener Gedanke den Römern fern und fremd blieb.

II. Die Frage, ob die Römer ein gewissermaassen die Mitte zwischen Novation und Cession haltendes und deren Hauptvorzüge verbindendes Rechtsinstitut, wie die bezeichnete obligatorische Singularsuccession, besaßen, ist leicht zu beantworten. Sie muss, wie nicht erst bewiesen zu werden braucht, rückhaltlos verneint werden. Das Institut war den Römern gänzlich unbekannt. Die Rechtsgeschichte belehrt uns, dass sie bei der Novation⁴⁾ und Cession stehen geblieben sind; diese waren die zwei Arme, welche ihren gesammten Obligationenverkehr umspannten.

Schwerer ist die Frage, ob die Römer wohl hätten diesen Begriff der obligatorischen Singularsuccession in ihre juristische Gedankenwelt aufnehmen, ihn hätten denken und erdenken können. Fassen wir die Frage weiter, nämlich dahin: warum sie es nicht zu diesem Rechtsbegriff gebracht haben? Wäre es mit ihrer Rechtslogik, oder allgemeiner gesagt: wäre es mit ihrer Rechtsanschauung verträglich gewesen? Die Logik zwar nicht, aber die Anschauung, welche auch schöpferische Freiheitselemente in sich schliesst, kann eine national verschiedene seyn,⁵⁾ und mir scheint, dass die Römer von sich aus schwerlich jemals würden zu dem Begriffe einer obligatorischen Singularsuccession neben Novation und Cession gelangt seyn; dieselbe würde ihnen, wenn sie ihnen vor Augen gekommen wäre, vielleicht als ein aus zwei verschiedenartigen Leibern hippocentaurenhaft zusammengeschweisstes Monstrum erschienen seyn.

Warum also sind die Römer nicht dazu gekommen, und warum konnten sie nicht dazu kommen? Ich gehe auf diese Fragen um so lieber ein, weil ihre sorgfältige Beantwortung uns für die Betrachtung über die obligatorische Singularsuccession als modernes Rechtsinstitut (s. d. folg. §) fördernd vorbereitet.

1) Die Römer hatten kein praktisches Bedürfniss, welches sie

⁴⁾ Durch *stipulatio certi* oder *incerti* (sog. titulirte Delegation).

⁵⁾ Wie wenig gewogen waren z. B. die Römer dem Spiel und der Schenkung (anders die Germanen), wie gewogen waren sie der Wette (ähnlich die Britten)! Die Behandlung des Einflusses der Furcht (*vis ac metus*) war nationalrömisch; auch in die Schuldfrage bei der *mora* spielt meines Bedünkens die nationale Art herein.

gedrängt hätte, einen dritten Bewegungsapparat in ihren verkehrsmässigen Obligationenvorrath einzuführen. Novation und Cession genügten ihrem Mobilisirungstriebe. Ihr Verkehr, wenn auch über die civilisirte Erde ausgebreitet, hielt sich doch innerhalb traditioneller, dem antiken Wesen kongruenter Maassverhältnisse, und der Sklavenstand gab in den botmässigen Individuen allenthalben bereite Werkzeuge für viele Lagen des Lebens, wo heutzutage mit anderen Mitteln operirt werden muss. Unser oceanischer und internationaler Weltverkehr hat einen Schwung, welcher ihn weit hinausgetrieben hat über das antike Maass und mächtigere Schwingen nöthig hat, als in den mehr in der Enge arbeitenden antiken Bewegungsapparaten (Novation und Cession) gegeben sind. In tausend Verhältnissen verlangt das Interesse des Gläubigers, dass er in seiner Obligatio eine Macht zu freier Verfügung habe, und verlangt das Interesse des Nachfolgers, dass er frei ist von den persönlichen Rechtsbeziehungen des Schuldners zu dessen vorherigem Gläubiger. Das heutige Recht darf den Interessenten den Weg dazu nicht versperren, muss ihnen vielmehr offene Bahn machen und einen dazu geeigneten Apparat leisten, als welchen wir die obligatorische Singularsuccession vorhin erkannt haben.

2) Nehmen wir auch an, das praktische Bedürfniss eines schwungvolleren Obligationsapparates wäre schon bei den Römern hier und da aufgetaucht: so würden sie doch wohl aus einer gewissen Besorgniss, einen allzu gewagten Schritt zu thun, die Obligatio nicht so entfesselt haben, dass sie wie Eigenthum übertragbar schiene. Wie könnte eine entwurzelte, von ihrem Ursprung abgelöste, in fremden Personen zur Geltendmachung berufene Obligatio noch in ihrer Individualität erkennbar bleiben? Wäre hier nicht Irrungen, Zweifelhaftheiten, intrikaten Weiterungen, Selbsttäuschungen und Täuschungen und Chikanen Anderer Thor und Thür geöffnet? Ja, der römische Jurist, vor die Frage der obligatorischen Singularsuccession gestellt, würde geantwortet haben: der Gewinn für den (damaligen) Verkehr sei zu gering gegenüber der Einbusse an Sicherheit und Zuverlässigkeit des Verkehrs. Man stelle sich nur vor, welche Rolle bei der Geltendmachung eine Obligatio spielen sollte, welche aus der Hand eines zehnten Vormanns (als ursprünglichen Gläubigers) entsprungen war. Wie konnte Beweis gebracht, wie konnte der Schuldner sicher gestellt werden, dass er nicht an einen Nichtgläubiger zahle?

Freilich mit Hilfe jurkundlicher Ausstattung der für den

Verkehr bestimmten Obligatio wäre diesem die erforderliche Sicherheit zu retten; allein so, wie die Römer zu dem Urkundenwesen standen, musste ihnen der Gedanke fremd bleiben, dass in die Urkunde eine Kraft, eine Funktion gelegt werden könne, wodurch die ätherische Obligatio der Greifbarkeit, Handlichkeit und Wiedererkennbarkeit ponderabler Sachen theilhaft würde. Zwar sehen wir in der *expensilatio* der klassischen Zeit die Skriptur allerdings einen ähnlichen Dienst versehen, und durch sie die Obligatio befähigt werden zu freierer Behandlung in gewisser Richtung; ⁶⁾ wie denn auch wahrscheinlich im Zusammenhange mit dem Verkehr durch *codices accepti et expensi* der eine der antiken Bewegungsapparate, die *novatio*, ⁷⁾ vorzüglich seine Entwicklung erfahren hat. Allein die festliegenden Obligationenreservoirs, was jene *codices* im Hause des *paterfamilias* waren, mussten ungeeignet seyn, den fraglichen Mobilisirungsdienst zu leisten, und die Stipulationsurkunden, welche in der Kaiserzeit üblich wurden, ⁸⁾ kamen nie über die Bedeutung processualer Beweisinstrumente hinaus und halfen nur etwa über das Erforderniss der verbalen Obligirungsform hinweg. Es muss auch an dieser Stelle bemerkt werden, dass die verbale Obligirungsform die allein dem antiken Wesen recht entsprechende war, ⁹⁾ dass die Urkundenform nie wirklich organisch in die antike Verkehrsritze Aufnahme fand, und dass ihre civilistische Verwerthbarkeit gerade der späteren Zeit, wo sie der verbreiteten Schreibkunst und allgemeinen Bildung mehr entsprechend war, fremd blieb. Ohne die Urkunde und deren kühn und künstlich ausgebildeten civilistischen Dienst wäre die Obligatio, mittels der Segel der obligatorischen Singularsuccession hinaus auf die unbegrenzte und wogende Fläche des Weltverkehrs getrieben, ein Schiff ohne Steuer und Kompass gewesen. Die römischen Juristen aber waren die letzten, eine solche Schöpfung zu begünstigen und gross zu ziehen. Die Maasshaltung, die Commensurabilität, der geschlossene Rhythmus der antiken Lebensordnung nöthigte, auf maasslose Freiheit um den Preis der Wirrniss und Unsicherheit schlechterdings zu verzichten.

3) Der bedeutendste unter den der obligatorischen Singularsuccession feindlichen Umständen ist, scheint mir, der gewesen, dass

⁶⁾ Ich meine den Dienst für das Contrahiren *inter absentes*. Gai. 3, 138. Vergl. oben § 8. II.

⁷⁾ Vergl. Kuntze *Cursus d. röm. Rechts* § 139. 670.

⁸⁾ Vergl. Kuntze a. a. O. § 656.

⁹⁾ Vergl. Kuntze *Excuse üb. röm. R.* S. 462 ff.

die römische Anschauung von der Obligatio und dem Obligationsakte entgegenstand. Welcher Punkt ist hier in's Auge zu fassen? Ich denke an den Gegenstand der Obligatio, das eigentliche Rechtsobjekt des obligatorischen Verhältnisses. Wir haben oben¹⁰⁾ festgestellt, dass in der Eigenart des Gegenstandes die Eigenart der Obligatio begründet, und dass dieser Gegenstand in der Willenssphäre des zu Verpflichtenden zu suchen ist. Wie aber wird da der Gegenstand gewonnen, so dass er etwas Abgegrenztes, Konkretes, eine individualisirte Realität und damit eben fähig wird, den Stoff abzugeben für eine Macht, wie sie dem Gläubiger eingeräumt werden und zustehen soll? Die Römer erledigten diese Frage unter dem Gesichtspunkt des Vertrages, d. h. des zweiseitigen Rechtsgeschäfts: der künftige Gläubiger muss thätig werden und mitwirken. Ja noch mehr. Nach alter Sitte und Anschauung stand im Vertragsakt immer der Gläubiger im Vordergrund; ¹¹⁾ ihm lag es ob und kam es zu, die Initiative zu ergreifen, den unterwerfbaren Gegenstand zu ergreifen, den anderen Theil zu vinkuliren. Nur unter des Gläubigers Mitwirkung, ja vornehmlich durch sein Eingreifen dachten sich die Römer den Vollzug des Ausscheidungsprocesses bewirkt, welcher das obligatorische Rechtsobjekt zum Daseyn bringt. Nicht eigentlich oder doch weit weniger der Thätigkeit des (künftigen) Schuldners, als vielmehr der des (künftigen) Gläubigers, welcher sich das Recht gewissermaassen nimmt und erobert, verdankt demgemäss die Obligatio ihr Daseyn. Der Gläubiger ist es, welcher als der wahre Schöpfer seines Rechts erscheint, und der Schuldner verhält sich dabei und dazu mehr oder weniger passiv; er lässt es eben geschehen, daher denn z. B. der Schuldner bei dem *nexum* gar nicht die Lippen zu öffnen, bei der *expensilatio* sich an der *literarum proprietas* gar nicht zu betheiligen, sondern eben nur — stillschweigend oder irgendwie — zu consentiren nöthig hatte, und bei der *stipulatio* immer doch die ersten und maassgebenden Worte, denen der Schuldner nur achtsam zu entsprechen hatte, vom Gläubiger zu formuliren waren. Es war also ächt römisch, den Accent auf des Gläubigers Aktion zu legen, und dieser Accent blieb erhalten

¹⁰⁾ § 23.

¹¹⁾ So bei dem *nexum*, der *expensilatio* und der *stipulatio* (ganz entsprechend den Erwerbsakten der *in jure cessio* und *mancipatio*). Vergl. Kuntze D. Lehre v. d. Inhaberpapieren, § 79—83. u. im Archiv. f. deut. Wechsler- und Handelsr. VIII. (1859) S. 405 ff.

auch in den freien Kontrakten, welche sonst doch auf Parität der Parteien gestellt erscheinen.

Von diesem Gesichtspunkt aus konnte es nicht als zulässig gelten, dass das durch den Willen des Gläubigers ausgeschiedene und getragene Rechtsobjekt unabhängig von diesem Willen fortexistire und einem neuen Gläubigerwillen unterworfen werde. Der neue Gläubiger musste vielmehr von Neuem den Ausscheidungsprocess bewirken, d. h. eben ein neues Objekt zu Stande bringen, bez. zu Stande bringen helfen. Dieser Process liegt in der *novatio* vor, dabei blieben mithin die Römer stehen: auf eine andere Weise wussten sie nicht, dem alten Gläubiger einen neuen Gläubiger, welcher Gläubiger im vollen Sinne war, zu substituiren. Ihnen schien, indem der bisherige Gläubiger abtrat und die Hand sinken liess, welche bis dahin den Schuldnerwillen festhielt, zugleich dieser Schuldnerwille, welcher das Rechtsobjekt der Obligatio bildete, sein abgegrenztes Daseyn zu verlieren und in die unterschiedslose Willensfreiheit des Schuldners zurückzusinken — es konnte nur von einer zugleich stattfindenden Neuschöpfung einer Obligatio (allerdings mit demselben Inhalt) durch den neuen Gläubiger, welcher zu diesem Behufe mit dem Schuldner zu kontrahiren hat, daneben die Rede seyn.

Die Römer sind hierin ganz consequent geblieben. Ihre Grundvorstellung von der Entstehungsweise der Obligatio zog ihnen eine Schranke, eine Mauer, welche sie heilig hielten und nie übersprangen. Anders wir, die wir mit einer anderen Grundvorstellung von der Entstehungsweise der Obligatio zu arbeiten gewöhnt sind, daher nichts von jener Mauer wahrnehmen und eines weiteren Horizonts geniessen.

III. Ich muss, bevor ich unseren Blick in diesen weiteren Horizont leite, noch einen Punkt berühren, welcher für die obligatorische Singularsuccession mehr nebensächlich scheint, und vielleicht einer verschiedenen Auffassung zugänglich, aber keineswegs unwichtig ist. Ich meine die Ausstattung der Obligatio mit s. g. Accessionen: bürgschaftliche, pfandrechtliche Sicherheit, Verzinsungsvortheil. Es liegt im Wesen der Novation, dass solche Accession mit der (alten) Obligatio erlischt, wie im Wesen der Cession, dass die Accession diese überdauert und dem Cessionar zu Statten kommt. Wie verhält es sich nun damit bei der obligatorischen Singularsuccession? Ist dieselbe in diesem Punkte der Novation oder aber der Cession gleich zu stellen?

Vielleicht lässt sich hier, wie gesagt, eine verschiedene Auffassung denken. Meine Ansicht ist die, dass die obligatorische

Singularsuccession auch in diesem Punkte der Cession, nicht nachsteht, dass also die Accessionen auch jene überdauern, und der Successor sich *proprio jure* an den Bürgen, bez. das Pfand halten, Zinsen weiter beanspruchen kann.¹²⁾

Mein Grund für diese Ansicht ist nicht der praktische Verkehrsnutzen, denn dieser kann in Fragen der theoretischen Konstruktion nicht durchschlagend seyn, und die Frage, ob Gewohnheitsrecht oder Gesetzgebung etwa zu positiven Rechtssätzen geführt haben könnten, lasse ich hier absichtlich bei Seite, weil sie den theoretischen Tiefblick beeinträchtigen könnte, und Specialuntersuchungen fern bleiben müssen. Mein Grund ist ein konstruktiv-dogmatischer.

Das accessorische Rechtsverhältniss (die *obligatio personae, rei*) hängt sich vermöge seiner Bestimmung zum Dienst für eine *Obligatio* an diese und tritt zu ihr in eine innere Beziehung. Diese Beziehung ist ein vitales, organisches Band, ein Band, welches die beiden Rechtsverhältnisse, das principale und das accessorische, dermaassen verbindet, dass das Rechtsobjekt des Principalverhältnisses, gleichsam übergreifend, das Rechtsobjekt des accessorischen Rechtsverhältnisses mit ergreift, wie die Hauptsache eine Pertinenz als *quasi pars* ergreift. Der Schuldwille des Bürgen gesellt sich so zu dem Schuldwillen des Hauptschuldners, dass der erstere wie eine *pars et sequela* des anderen erscheint, dessen Schicksal *ipso jure* theilt und mit dem Rechtsobjekt also auch auf einen neuen Gläubiger übergeht, wenn im Wege der obligatorischen Singularsuccession ein neuer Gläubiger dieses Rechtsobjekt (zu eigenem Forderungsrecht) erwirbt. Ganz ebenso, wie die Bürgschaft, hängt sich die Pfandhaftung und die Zinsenverbindlichkeit an die regierende *Obligatio* und folgt mithin dem in dieser gebornen Rechtsobjekt in die neue *Obligatio* hinüber.

Voraussetzung dabei ist freilich: 1) dass die Accession, dem Grundprincip der negociablen *Obligatio* entsprechend, Aufnahme in die Skriptur findet, denn nur dadurch wird sie ihrem Regens gleichartig und zugänglich; die Hauptobligation kann doch nur ergreifen, was in ihre Region kommt; 2) dass die Accession nicht mit höchst persönlicher Wirkung begründet worden ist; der Bürge, Pfandbesteller, Zinsenzusichernde könnte ja möglicher Weise ausdrücklich die Haftung auf den Vortheil des gegenwärtigen Gläubigers beschränkt wissen wollen. Wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, steht meines Dafürhaltens nichts im Wege, dass die Accession, die Ausstattung

¹²⁾ Vergl. unten § 49. II. 2. c.

der alten *Obligatio*, mit in die neue übergeht. Man hat bisher die obligatorische Accession immer obenhin als Anhang der *Obligatio* bezeichnet; die *Obligatio* als dieses bestimmte Rechtsindividuum geht freilich insofern unter, als der neue Gläubiger eine neue d. h. eigne *Obligatio* erwirbt; aber sind wir denn gezwungen, die Accession an die rechtliche Individualität der *Obligatio* gebunden zu denken? Ist es nicht zulässig, ja genauer, sie mit dem Rechtsobjekt der *Obligatio*¹³⁾ verknüpft zu denken? Der Pfandschuldner, wie der Zinsenversprecher, erweitert das Haftungsobjekt, welches dem Gläubiger unterthan seyn soll; die Gebundenheit des Pfandes dient der Gebundenheit der Person und geht ganz in diesem Dienste auf. Dasselbe ist von der Zinsenverbindlichkeit zu sagen. Und nicht minder gesellt sich die Haftung des Bürgen und die Haftung des Pfandobjekts des intercedirenden Pfandbestellers so unmittelbar zu dem Schuldwillen des (Haupt-)Schuldners, dass das Objekt des accessorischen Rechtsverhältnisses sich wie eine Pertinenz an das Objekt des Principalverhältnisses hängt. Schuldwille (des Hauptschuldners) und Schuldwille (des Bürgen) sind gleichartig; diese Gleichartigkeit tritt uns bei der Zinsenverbindlichkeit, wo derselbe Schuldner doppelt haftet, erst recht entgegen; aber ich wüsste nicht, was dem entgegenstände, dass wir auch die *obligatio rei* zur *obligatio personae* in ein pertinenzmässiges Abhängigkeitsverhältniss von Objekt zu Objekt versetzt denken, denn die Gebundenheit des Pfandobjekts geht ganz im Dienste der Gebundenheit des Schuldwillens auf, und so lange dieser Schuldwille Rechtsobjekt bleibt, folgt ihm das Pfandobjekt (sofern es nicht durch besonderen Rechtsakt gelöst wird).¹⁴⁾

§ 47.

III. Die Skripturobligation.

I. Die Römer brachten es, wie wir sahen, nicht zu dem Begriffe einer obligatorischen Singularsuccession; sie brauchten sie nicht, sie hätten sie nicht recht zu gestalten und zu verwerthen verstanden, und sie konnten den Grundgedanken: Uebertragbarkeit des obligatorischen Rechtsobjekts, nicht ausfindig machen. Nach allen drei Richtungen befindet sich unser modernes Rechtswesen in anderer Lage. Wir müssen daher in allen drei Punkten einsetzen, um voll-

¹³⁾ In dem früher (§ 23) festgestellten Sinne.

¹⁴⁾ Vergl. unten § 49. II. 2. c.

kommen zu verstehen, dass und wie man auf modernem Verkehrsboden dazu kam, neben der Novation und Cession einen dritten Bewegungsapparat für obligatorische Werthgrössen zu schaffen und denselben zu einer so eminenten Rolle zu erheben, welche wir heute auf der grossen Bühne des internationalen Welt- und Seeverkehrs mit Bewunderung erblicken.

Der Begriff der obligatorischen Singularsuccession ist auf dieser Weltbühne einen Bund eingegangen, der höchst bemerkenswerth ist: einen Bund mit der Urkunde, welche hierbei in ganz neuer Anwendung auftritt und uns von Neuem zeigt, welcher reichen Ausgestaltung und Nutzenanwendung der von den Römern gezeugte Obligationsbegriff fähig ist, denn wir brauchen in der That nichts von diesem Begriffe preiszugeben, wenn wir die Construction der negotiabilen Skripturobligation unternehmen.

Ich bediene mich des Terminus *negociabile Skripturobligation*, um das Verständniss dieser Schöpfung des neueren europäischen Verkehrslebens anzuknüpfen an altes Bekanntes und Erkanntes: an den Begriff der *Obligatio*, welchen wir wesentlich den Römern verdanken. Es handelt sich hier in der That und in erster Linie um eine dem Obligationenrecht angehörige Erscheinung; Anwendungen auf das Gebiet des Sachenrechts,¹⁾ wohin freilich auch Pfandobligationen mit gehören würden, bleiben hier ausser Spiel, um nicht unser Thema zu verrücken.

Ich verstehe unter *negociabler Skripturobligation* eine Urkunde, welche Träger einer *Obligatio* (in gewissem Sinne) ist und zu Rechtsakten der obligatorischen Singularsuccession benutzt werden kann. Die grössere Beweglichkeit, welche hierin der obligatorischen Werthgrösse verliehen ist, berechtigt uns, dafür auch den anderen Ausdruck zu wählen: *Circulationspapier*, denn eine solche Urkunde ist ein zur Circulation eingerichtetes, d. h. ebenso dazu geeignetes wie dazu bestimmtes, dem Verkehrsfluss dienendes Papier. Diese Circulation vollzieht sich regelmässig durch Akte der (berechtigten) Inhaber, und wir nennen diese Akte mit einem ziemlich allgemein angenommenen und verständlichen Worte *Begebung*. Nur bei dem *Circulationspapier* ist der Begriff der obligatorischen Singularsuccession erkenn- und nachweisbar; wir können daher die *Begebung* als einen Verfügungsakt mit der Wirkung obligatorischer Singularsuccession bezeichnen.

¹⁾ Vergl. Kuntze in Goldschmidt's Zeitschr. für Handelsrecht VI. S. 24—26.

II. Die drei Ausgangspunkte sind, wie bereits bemerkt worden, durch das im vorhergehenden § (II. 1—3.) Ausgeführte gegeben. 1) Sklaven haben wir nicht, und damit fehlt uns das bequeme Erwerbs- und Obligationsinstrument, welches den Römern zu Gebote stand und für die antiken Verkehrsbedürfnisse mit ausreichendem Erfolg funktionirte. Und während uns dieses Befriedigungsmittel abhanden gekommen ist, hat sich unser Bedürfniss der Gütermobilisirung weit über das Maass des Alterthums hinaus entwickelt und gesteigert. Wie unsere Transportverhältnisse für die sachliche Güterwelt grossartiger, ja kolossal geworden sind, so brach sich auch das Verlangen Bahn, den obligatorischen Werthgrössen in entsprechendem Maasse neuen Schwung zu verleihen. Die *Obligatio* oder ihr Vermögensinhalt musste beschwingt werden, musste die Fähigkeit erlangen, ohne Umstände creirt, emittirt, transportirt zu werden, musste, um aller Schwerfälligkeit baar zu seyn, von ihrer persönlichen Wurzelhaftigkeit befreit werden, d. h. musste nicht bloss von ihrer *specialis causa debendi* abgelöst und abstract gefasst,²⁾ sondern auch von der Ursprungsperson, ihrem Urheber abtrennbar werden, so dass für sie die Person des Gläubigers gleichgültig ist, und diese also frei und leicht und wiederholt wechseln kann. Wie rasch kann jetzt das Gut des Kaufmanns von Hand zu Hand gehen und den Eigenthümer wechseln; sollte hinter dieser lebhaften Beweglichkeit die *Obligatio*, dieses Hauptorgan der Vermögensbeweglichkeit, zurückbleiben? Die Abhängigkeit des ursprünglichen Gläubigers von der Einwilligung seines Schuldners (bei der *Novation*) und die Exponirtheit des succedirenden Rechtssubjects gegenüber ursprünglich dem Schuldner zur Seite stehenden Einreden (bei der *Cession*) mussten fallen, der Nachmann von seinem Vormann völlig emancipirt seyn, freie Begebarkeit der *nomina* die Losung des grossen Verkehrs, und der *Obligatio* gewissermaassen das Gepräge der commerciellen Vertretbarkeit (*Fungibilität*) zu Theil werden.

Fungibilität! Sie ist ein wirthschaftlicher Grundzug unserer Zeit. Es liegt in der Ausbildung des Fabrikwesens, dass im grossen Gütervorrath der Völker immer mehr die nichtvertretbaren Werthe zurück- und die vertretbaren hervorgedrängt, die letzteren in weit grösserem Maasse als die ersteren massenhaft vermehrt werden. Das

²⁾ Vergl. Kuntze D. Wechselrecht (in Endemann's Handbuch) 1884. § 12. Die Abstraktheit der *Obligatio* war nichts Neues, sondern bereits im römischen Recht vollkommen ausgebildet, ja mit einer gewissen Vorliebe angewendet und altnationalen Ursprungs in Rom.

genus verdrängt die *species*. Mit der entstehenden Geldwirthschaft hat diese Entwicklung begonnen; Alles wird feil, wird zur Waare, selbst mit Grundstücken wird jetzt gehandelt. Reiche Leute haben oft fast nur Fungibilien in ihrem Vermögen; die Kapitalisten lieben es, ihre Kapitalien in der flüssigsten Gestalt zu besitzen; die Macht über Fungibilien gilt mit Recht als die bequemste, bereiteste, präsenteste Vermögensmacht, und in diesen Zusammenhang gehören die umläufigen Handels- und Kreditpapiere, welche nichts, gar nichts mit der Persönlichkeit des Gläubigers zu thun haben, von ihrem Ursprung gänzlich losgelöste Werthe sind,³⁾ und regelmässig auf Geldsummen gehen.⁴⁾ Man nennt sie mit Vorliebe „Obligationen“; man spricht von Partialobligationen, von Obligationen *au porteur*, ritterschaftlichen und Eisenbahn-Obligationen, Staats- und Stadtoobligationen. Es ist also sonnenklar, dass die für den Umlauf bestimmten Obligationenwerthe unserer Zeit als die Obligationen im eminenten Sinne erscheinen: es sind Fabrikate, welche mit dem Stempel des weithin bekannten und creditwürdigen Emitenten versehen, allerwärts als annehmbar gelten. Man nimmt sie wie Geld, sie theilen mit dem Gelde die Eigenschaft höchster Fungibilität. Vertretbarkeit und Begebarkeit sind correspondente Eigenschaften. Und was von den Obligationen der grossen Kapitalmächte gilt, es gilt fast ebenso von den Wechseln, Indossamenten, Accepten der grossen Bankinstitute und Handelshäuser.

2) Aber wie ward es der modernen Verkehrspraxis möglich, der Obligatio die erforderliche Vertretbarkeit und Begebarkeit zu verschaffen? Ich habe das Hilfsmittel, den Zauberstab, oben bereits genannt. Man fertigte einen „Brief“; man griff zur Urkunde und legte in sie die besondere Kraft, Träger und Organ der Obligatio zu seyn. Es lässt sich auch sagen: man bildete an der Obligatio die Kraft aus, sich mit der Urkunde organisch zu verbinden, so dass sie in die Urkunde hineingelegt, oder vielleicht richtiger: die Urkunde in die Complexion der Obligatio hineingezogen und zu einem civilistischen Element derselben erhoben werden kann.

³⁾ Als Träger abstrakter und im Nachfolger exceptionsfreier Obligationen.

⁴⁾ Das Geld steht unter den Fungibilien obenan; darin ist der tiefere Grund gelegen, warum die Handels- und Kreditpapiere oder negociablen Obligationen meist Geldpapiere sind, und selbst dem Wechsel, welcher doch am meisten noch am individuellen Einzelgeschäft hängt, die Geldsumme als Inhalt charakteristisch ist.

Ich denke, dass diese Leistung ganz in der naturalistischen Kraft, Art und Richtung des Germanenthums begründet ist und in der mittelalterlichen Entwicklung des Urkundenverkehrs zu Tage tritt. Aber gleichviel, wie diese Entwicklung historisch und psychologisch zu erklären ist, jedenfalls hat sich herausgestellt, dass, während den Römern die Stipulationsurkunde immer nur eine *cautio*, eine Rüstung, ein Beweisinstrument, ein Processinstitut war und blieb, auf dem Boden des modernen Handelsverkehrs die Urkunde eine vitale Function für die Obligatio zugewiesen erhalten hat. Es ist erklärlich, dass dieser neue Gedanke⁵⁾ sich durch mancherlei Velleitäten, Experimente, Zweifelhaftigkeiten und Angriffe hindurch entwickelt hat, aber heute ist entschieden, dass jedenfalls im eigentlichen Circulationspapier, vielleicht auch in dem sogen. Rectapapier, die Urkunde nicht mehr bloss ein Beweisinstrument, sondern civilistisches Medium und damit commercielles Organ und Vehikel der Obligatio ist.

Der Nutzen dieser Verbindung von Obligatio und Urkunde ist, dass damit die erstere an der sinnlichen Erkennbarkeit und Identificirbarkeit, an der Handgreiflichkeit und Beweglichkeit der letzteren theilnimmt, und dass es nun kein Bedenken hat, die gleichsam verkörperte Obligatio in den Verkehr frei zu entlassen und den hochgehenden Wogen dieses unruhigen und gefahrenreichen Elements anzuvertrauen. Die Obligatio ist vor Verflüchtigung bewahrt, der in ihr ausgedrückte Werthposten ist sinnlich individualisirt, mittels der urkundlichen Fassung sind alle wesentlichen Elemente⁶⁾ der Obligatio in einer dauerhaften und objektiv erkennbaren Weise festgestellt und für den Transport die Möglichkeit gegeben, den Wechsel der Gläubiger einfach zu markiren, indem dieser Wechsel durch den Besitzwechsel der Urkunde (nicht immer dadurch allein) bedingt ist.⁷⁾

3) Wie haben wir uns das Gelingen dieser organischen Verbindung von Obligatio und Urkunde zu denken? Ist es wirklich die Obligatio selbst, die Obligatio nach ihrer Substanz als Rechtsindividuum, in ihrer Ganzheit als das bestimmte einzelne Rechtsverhältniss, welche in der Urkunde verkörpert wurde? Das kann un-

⁵⁾ Ich habe ihn als das Princip der Immanenz bezeichnet. Kuntze D. Wechselrecht (in Endemann's Handbuch) 1884. § 13. S. 68.

⁶⁾ Auch die ihr zugeordneten Zusätze, nämlich die Accessionen, welche beabsichtigt sind; sie müssen natürlich gleichfalls durch Vermerk der Urkunde einverleibt seyn.

⁷⁾ Vergl. unten § 44. II.

möglich der Fall seyn, denn es gibt uns keinen klaren Gedanken. Die Obligatio ist ein Verhältniss zwischen zwei Personen und setzt sich mithin aus zwei Seiten, einer aktiven und passiven zusammen. Soll etwa die Urkunde Trägerin der Obligatio nach beiden Seiten hin seyn? Das müsste sie seyn, wenn die Obligatio als solche und nach ihrer Ganzheit in der Urkunde verkörpert zu denken wäre; allein das wäre ein monströser Gedanke, und die Wirklichkeit, in welcher der Schuldner einseitig die Urkunde vollzieht, der Gläubiger dann die Urkunde ausschliesslich zu seiner Verfügung hat, entspricht ihm nicht. Man könnte den Gedanken nur etwa dadurch ermöglichen, dass man die Urkunde als Obligatio fingirte, und Schuldner wie Gläubiger zu ihren Organen und Stellvertretern degradirte. In der That ist von Volkmar und Löwy⁸⁾ ein derartiger Gedanke ausgesprochen, aber doch nur für die eine, die aktive Seite verworfen, d. h. das Circulationspapier für den Gläubiger und der Inhaber für dessen (jeweiliges) Organ erklärt worden, — und das reicht eben nicht aus. Es ist aber überhaupt jegliche Fiction hier unabweisbar und verwerflich. Also die Obligatio selbst kann nicht in der Urkunde gefunden werden, nicht die Obligatio geht die Verbindung mit dem Papier ein.

Oder haben wir etwa nur das, was ich den Obligationsinhalt nenne,⁹⁾ als in das Papier versenkt zu denken? Das würde uns nicht genügen, denn die Frage bliebe dann unentschieden, ob die Begebung eine Novation oder Singularsuccession bedeute, da ja auch die Novation den Obligationsinhalt unangetastet lässt und transferirt. Es handelt sich ja gerade darum, dass der Gläubiger frei über die Forderung zu Gunsten eines Nachfolgers verfügen kann, und der Nachfolger die Forderung ganz als eigenes Recht und mithin exceptionsfrei erwirbt. Dies leistet, wie wir gesehen haben, die Begebung (mit der Wirkung der Singularsuccession), welche die Identität nicht bloss des Obligationsinhalts, sondern auch des Obligationsobjekts zur begrifflichen Voraussetzung hat. Hier also, im Objekt der Obligatio, ist der kritische Punkt gegeben.

Es kann sich demnach nur um die Frage handeln, ob das Obligationsobjekt dasjenige obligatorische Element sei, welches als die Verbindung mit der Urkunde eingehend, in diese versetzt und hin-

⁸⁾ D. deut. W.-O. (1862). S. XIII. 61. Dazu Kuntze Wechselrecht (in Endemann's Handb.) § 11. S. 59.

⁹⁾ s. oben § 24.

eingesenkt zu denken ist. Ich zweifle nicht, dass diese Frage bejaht werden muss. Denn a) dafür spricht der Parallelismus der Elemente: eine Sache, welche Eigenthumsobjekt seyn kann, wird zum Träger und Rahmen eines Objektes, welches der obligatorischen Herrschaft unterworfen ist. Objekt wird mit Objekt verbunden, das Band gilt also gleichartigen Faktoren; das sichtbare Objekt wird erkoren, Ausdruck des unsichtbaren Objekts zu seyn. b) Obiger Annahme entspricht auch die Genesis des Circulationspapiers, welches ja immer der Hand des Schuldners entspringt.¹⁰⁾ Der Schuldner kreirt, emittirt es, und wie kreirt er es? Indem er es mit seiner Hand, durch Unterfertigung seines Namens (an dem entscheidenden Platze), vollzieht. Was thut er aber mit dieser Unter- und Ausfertigung? Er objektivirt seine Gebundenheit; er legt seinen Willen, insofern derselbe obligatorisch gebunden seyn soll, in die Urkunde, und er erklärt, indem er diese Urkunde durch die Art ihrer Abfassung für die Circulation einrichtet, dass der Gläubiger frei, mit der Wirkung der Singularsuccession, über die Urkunde soll verfügen, sie ohne neue Einwilligung des Schuldners und exceptionsfrei soll begeben können. Dieser Bedeutung entspricht die Art des Aktes (der Begebung), und die Art des Aktes weist eben auf das, was der Schuldner in der That allein zu leisten in der Lage ist. Er objektivirt seinen Schuldwillen in der Urkunde, diese ist mithin Trägerin des Schuldwillens, d. h. des Rechtsobjekts der Obligatio.

Ist es nun wirklich das Rechtsobjekt, welches in die bewegliche, transportable Urkunde gelegt ist, so ist nicht verwunderlich, dass der Schuldner allein den entscheidenden Akt vollzieht, dass er dem Rechtsobjekt Beharrungskraft einflössen kann, und dass er es durch die Circulationsbestimmung unabhängig macht von der Person des Gläubigers. Da der Gläubiger nicht urheberisch mitwirkt bei der Abfassung der Urkunde, so ist sein Wille auch nicht Mitträger des Schuldwillens; der Gläubiger mag wechseln, der Schuldwille, in der Urkunde plastisch und concret gestaltet, bleibt der nämliche, eine, unveränderte; Vormänner und Nachmänner haben es nicht bloss mit demselben Schuldner (wie bei der Novation auch), sondern mit demselben Schuldwillen, der ein für allemal im Voraus fixirt ist, zu thun, und das ist das Besondere und Neue, was in der Negotiabilität oder Begebarkeit, mittels des Begriffs der obligatorischen Singularsuccession, dem modernen Verkehrsleben geschenkt ist.

¹⁰⁾ Vergl. den folg. § sub I.

§ 48.

IV. Die obligatorische Kreation.

I. Zur Befestigung der aufgestellten Theorie mögen noch einige ausführende Bemerkungen hinzugefügt werden.

Die *Negotiabilität* oder *Begebarkeit* der *Obligation* (des *Papiers*) hat das *Kreationsprincip* in dem von mir vertretenen Sinne zur schlechthinigen Voraussetzung. Ohne den Grundgedanken, dass der Schuldner durch seine alleinige freie That das Rechtsobjekt der (beabsichtigten) *Obligatio* in die Welt setzt, würde die *Negotiabilität* in der Luft schweben. Gleichwie die Römer, welche den *Accent* auf den Gläubiger legten, nicht zu dem Gedanken der obligatorischen *Singularsuccession* gelangten, so konnte unser *Rechtstrieb* nur dadurch zur Entdeckung und Ausbildung dieses Gedankens kommen, dass er gewohnt war, den *Accent* auf den Schuldner zu legen und diesen als den *principalen Faktor* bei der Begründung der *Obligatio* zu denken.

Auf germanischem Boden nehmen wir die entschiedene Neigung wahr, den Schuldner (ebenso, wie den Veräußerer) in den Vordergrund zu stellen, seinen Willen als den zeugenden Hauptfaktor zu erachten und den Willen des Gläubigers (bez. Erwerbers) auf eine fast passive Rolle zu beschränken. Das germanische Princip, die urkundliche Erklärung mit der Unterschrift abzuschliessen,¹⁾ führt auf diese *Maxime* oder entspricht ihr. Der Wille des Schuldners ist es hier, welcher das zu individualisirende Willensmoment selbstkräftig ausscheidet und für den obligatorischen Gebrauch markirt. Diese Markirung kann zugleich eine Fixirung für beliebigen Gebrauch seyn; sie kann wohl gar geschehen, bevor ein Gläubiger in Sicht ist; sie bleibt, auch wenn der bisherige Gläubiger wegfällt und ein neuer noch nicht gegeben ist. Wie in der Natur eine körperliche Sache, so ist in der Welt des persönlichen Willens ein solches Willensmoment eine stabile Realität, welche von verschiedenen Gläubigern nach einander ergriffen und successives Objekt ihrer Forderungsrechte werden kann.

Ist aber diese germanische Anschauung allgemein durchgedrungen? Nein. Schon desswegen ist das nicht anzunehmen, weil der *Obligationsbegriff* vor der *Reception* des römischen Rechts über-

haupt ein sehr dürftiger und unfertiger war. In den bedeutungsvollsten Anwendungen kam die *Obligatio* nur als ein in einem *Sachenrecht* latentes Forderungsrecht vor. Wir erblicken da zwar einen Ansatz dazu, den Schuldwillen der Sache gleich zu stellen, allein der Schuldwille war noch nicht zum selbständigen Rechtsobjekt erhoben. Erst mit dem römischen Recht erhielten wir den vollen durchgebildeten *Obligationsbegriff*, überkamen aber eben damit auch die römischen Konsequenzen: die römische *Novation* und die römische *Cession*. Auch ist das mit nichten zu beklagen, denn diese Institute entsprechen ganz und gar dem normalen Bedürfniss des bürgerlichen Verkehrs. Es wäre eine Einbusse, wenn wir sie beseitigen oder unter einander mengen und ohne Weiteres an ihre Stelle die *Singularsuccession* setzen wollten.

So lange der *Accent* auf dem Gläubiger ruht oder auch nur beide *Contrahenten* paritätisch zusammenwirkend gedacht werden, verschwindet mit dem Wegfall des Gläubigers das Rechtsobjekt unaufhaltsam, rettungslos in Nichts, und kann also von *Singularsuccession* keine Rede seyn; sobald aber der *Accent* auf den Schuldner hinüber rückt, und dessen einseitiger Thätigkeit überlassen ist, den Schuldwillen zu fassen und zu objektiviren, kann es dem Schuldner zukommen, auch die Tragweite seiner Haftung zu bestimmen: entweder sie auf einen bestimmten Gläubiger zu beschränken, oder aber auf eine beliebige *Succession* von Gläubigern auszudehnen. Es ist eine neue, erweiterte Macht, welche hiermit dem Schuldnerwillen von unserem heutigen *Rechtstribe* eingeräumt wird, aber es ist ganz konsequent gedacht, wenn derjenige, welcher allein von sich aus das Rechtsobjekt in's Daseyn zu rufen vermag, diesem auch seinen *Reisepass* fürs Leben mitgeben und eine ausgezeichnete *Lebens- und Schwungkraft* als *Mitgift* verleihen darf. Der römischen Art entsprach es, wie wir sahen, den Gläubiger zu denken als den, welcher als Urheber der *Obligatio* deren Rechtsobjekt, den Schuldwillen, ergreift und gewissermaassen sich aneignet; unserer Art entspricht es dagegen, den Schuldner zu denken als den, welcher als Schöpfer der *Obligatio* deren Rechtsobjekt, den Schuldwillen, aus sich heraus stellt und dem oder den Gläubigern im Voraus fertig offerirt. Demgemäss tritt in jenem System Frage des Gläubigers und Antwort (*Zusage*) des Schuldners, in diesem System Angebot des Schuldners und Annahme des Gläubigers auf. Geht man davon aus, dass der Gläubiger die Initiative hat und vorwiegend durch seine Willensthat die *Obligatio* zeugt und hält: so erscheint es unmöglich, anzunehmen,

¹⁾ S. Kuntze Excursus üb. Röm. R. S. 463.

dass bei Wegfall des (ursprünglichen) Gläubigers die Obligatio fortbestehe und auf Andere übergehe. Denn in demselben Augenblicke, wo der jetzige Gläubiger seinen Willen zurückzieht, sinkt auch das durch ihn gehaltene und individualisirte Willensmoment des Schuldners zurück in dessen freie Willenssphäre und hat damit aufgehört, eine individuelle Werthgrösse zu seyn, welche sich zum Rechtsobjekt qualificirte. Eine Obligatio, die wesentlich nur vom Gläubigerwillen aus konstruirt wird, kann daher nicht negociabel werden. Darum steht und fällt mit der Kreationsidee das Rechtsinstitut der obligatorischen Singularsuccession, das Gebiet der Kreation deckt sich mit dem Gebiet der obligatorischen Singularsuccession; nur im Bereiche der Kreationsakte gibt es eine Negociabilität der Obligationen.

II. Aber auch nur die Skripturobligation kann und soll negociabel seyn, denn nur der dauernde und Allen gegenständliche Schriftkörper vermag die Gefahr zu beschwören, welcher sonst die Interessenten, Schuldner wie Gläubiger, ausgesetzt seyn würden. Dem Schuldner muss ein Mittel zu Gebote stehen, womit er seinem besonderen Willen, eine negociable Obligatio zu schaffen, unzweideutigen Ausdruck gibt; man muss es — und Jedermann muss es der geschaffenen Obligatio ohne Weiteres ansehen, dass sie eine negociable seyn soll und als solche vom Schuldner gewollt ist. Der Nachmann, d. h. der succedirende Gläubiger, muss sofort dessen sicher seyn, dass die Obligatio, die er eben erwerben will, auch auf dem Wege der Circulation erwerbbar ist. Die Skripturobligation kann dies leisten: wenn die im Verkehr übliche und allgemein verständliche, bez. gesetzlich vorgezeichnete Textfassung vom Schuldner gewählt, und die Textfassung dem Schutz und Schirm des gesetzlichen Formalismus unterstellt ist, so steht es der Obligatio an der Stirn geschrieben, ob sie eine negociable ist, und kein Kundiger kann dann zweifeln; demgemäss ist die grosse Rolle, welche ihr im heutigen Verkehr zugefallen ist, eine ungemein sichere, und der Apparat der obligatorischen Singularsuccession arbeitet im Metrum der Skripturobligation mit denkbar grösster Zuverlässigkeit. Hat der Emittent die geeignete Form gewählt, so weiss er, dass er dem Papier die besondere Kraft verliehen hat; er weiss aber auch, dass der Gläubiger einen an seine Stelle rückenden Successor haben kann, und dass er, der Schuldner, dem Gläubiger lediglich Einreden aus dessen Person (oder aus dem Papier selbst) entgegensetzen darf: mit der Emission des Papiers hat der Schuldner auf alle anderen Einreden ein für allemal verzichtet. Er kann sich nicht beklagen, dass sein jeweiliger

Gläubiger hier anders steht, als ein blosser Cessionar: er hat eben eine negociable, nicht eine gewöhnliche Obligatio in die Welt gesetzt. Er hat die Obligatio in der bewussten Form angeboten, ausgebaut, und dem Nachtheil, dass er sich damit die Einreden abschneidet, steht der Vortheil gegenüber, dass er die Obligatio dem andern Theil willkommen und annehmbar macht, dass er im Publikum Abnehmer für diese Art Obligationen mit verhältnissmässiger Leichtigkeit findet.

III. Alles hängt, wie wir sahen, an dem Gedanken, dass der Schuldner, indem er das Circulationspapier kreirt, seinen Schuldwillen in das Stück Papier (mittels formalen Schriftaktes) hineinlegt. Wir müssen daher diesen Gedanken allseitig befestigen und gegen denkbare Einwände sichern. Nun könnte vielleicht ein Einwand der Art drohen, dass man sagt, der Mensch vermöge nicht Etwas von seinem Innern an ein Stück Papier zu ketten oder in selbiges zu versenken, wie eine Blume in einen Scherbel; der Wille des Schuldners sei ein untheilbarer und bleibe in der Person zurück, er sei doch von dieser in lebendiger Wirklichkeit untrennbar.

Wir müssen hier, um das Problem zu lösen, in die Tiefe des Willensvermögens eindringen; an der Oberfläche der Erscheinung würde die Lösung nicht gelingen. Wir bahnen uns den Weg dazu durch das Anführen einer fremden Theorie. Nach v. Gerbers²⁾ Ausspruch wäre die Urkunde zum Träger des verpflichtenden Willens erhoben. Aber dieser verpflichtende Wille ist doch der Gesamtwille, in welchem die ganze Person gegenwärtig und thätig ist, und die Person kann unmöglich eine Verbindung mit dem Papier eingehen, schon desswegen nicht, weil dann der Gläubiger mit der Urkunde die Person in der Hand haben und die Person zum Sklaven herabdrücken würde. Dazu kommt, dass der verpflichtende Wille doch nur in einem Augenblicke, vorübergehend, im Obligationsakte lebendig hervortritt, also an und für sich nichts Beharrendes ist, die Urkunde aber ist etwas Beharrendes.

Also nicht der verpflichtende Wille kann in der Urkunde liegen, es kann nur an den verpflichteten Willen gedacht werden. Ich will die beiden psychologischen Realitäten als den Schuldnerwillen und Schuldwillen unterscheiden. Wie aber ist dieses Doppelmoment zu verstehen? Ich denke, so. Analysiren wir den Kreationsakt, so finden wir zuerst, dass der Kreator seinen Willen in Bewegung setzt

²⁾ Deut. Privatrecht § 161.

zu dem Ende, um die Obligatio zu erzeugen. Dieser in Bewegung gesetzte Wille oder Selbstbestimmungsakt ist eben der zeugende Faktor, er ist die Person des Gläubigers, insofern sie auf Schaffung der Obligatio und zunächst des dazu erforderlichen Rechtsobjekts ausgeht. Es kann nicht zweifelhaft seyn, dass hierbei die Person des Schuldners in Thätigkeit tritt, und dass die Seele dieser That eben der persönliche Wille des Schuldners ist. Aber es ist nur eine Bethätigung des Willens, welche sich in der einen Handlung erfüllt und erschöpft; sobald diese vollzogen ist, tritt die wollende Person in ihre vorherige Ruhe zurück.

Aber es bleibt Etwas davon übrig. Aus der Bewegung ist Etwas hervorgegangen. Was denn? Eine Urkunde, und diese Urkunde zeigt einen gebundenen Willen, denn der Name des Schuldners befindet sich darin an der entscheidenden Stelle unter die Verpflichtungsworte gefertigt, und das bedeutet Gebundenheit betreffs der von der einen Seite in Aussicht gestellten und von der anderen Seite erwarteten Leistung. Der bindende Wille hat also einen gebundenen Willen als Erzeugniss hinterlassen, und wir haben den Willen als Kreatur zu unterscheiden von dem Willen als Kreator. M. a. W. das Papier ist Produkt des zeugenden Willens und zugleich Träger des gezeugten Willens. Der verpflichtende Wille ist Schöpfer des Papiers, und dieses Papier wird der Körper des verpflichteten Willens.

Es ist der Wille des Menschen, welcher hier einmal Subjekt und das andere Mal Objekt des Schaffens ist. Hegel würde sagen: das ist eben das Wesen der Person, dass sie zugleich Subjekt und Objekt seyn kann und ist. Der Wille als Subjekt ist ein in vorübergehender That hervortretender, der Wille als Objekt ist ein beharrendes, dauerndes Etwas. In der Urkunde hat dieses dauernde Etwas seine adäquate Versinnlichung gefunden; die Urkunde repräsentirt einen Willenszustand, während der schöpferische Wille eine Willensthat ist.

Der Schuldnerwille also ist vorübergehende Willensthat, ist schöpferischer Faktor, ist Subjekt; der Schuldwille ist dauernder Willenszustand, ist erzieltes Produkt, ist Objekt. Diese Objektsnatur, im Unterschied von der Quelle, aus welcher das Objekt entspringt, müssen wir in unserer Vorstellung recht deutlich festhalten, um die Funktion der Urkunde für die negociable Obligatio klar vor Augen zu haben. In zahllosen Fällen des Lebens gibt es andauernde Willenszustände, z. B. im Eheband, im Freundschaftsbund, im Dienst- und

Amtsverhältniss.³⁾ Hier haben wir gebundene Willen, welche das Erzeugniss eines vorerst bindenden Wollens sind, und einmal in's Daseyn gerufen durch ihre eigne Schwerkraft fortbestehen, bis das vorgesehene Ziel erreicht ist. So ist auch der Wille des Schuldners kraft des Willens des Schuldners gebunden, und bleibt, sofern der Schuldner das Recht nicht bricht, gebunden, bis das vorgesehene Ziel erreicht ist. Wir haben oben⁴⁾ gesehen, dass dieser Zustand der Willensgebundenheit in den Quellen bald als *onus*, bald als *vinculum*, bald und hauptsächlich als *necessitas* gefasst ist: die Urkunde ist hiernach Versinnlichung des *onus*, des *vinculum*, der *necessitas*; das ist ihre Bedeutung bei der negociablen Obligatio, und darin wurzelt ihre Fähigkeit, Objekt der obligatorischen Singular-succession zu seyn.

§ 49.

V. Die obligatorische Circulation.

I. Es ist hier nicht der Ort, die Lehre von den Circulationspapieren in *extenso* zu entwickeln,¹⁾ da unser Thema nur den Grundprincipien gilt. Allein erwarten wird man, dass in diesem Zusammenhange noch die Theorie der Circulation, bez. der Weiterbegebung grundlinienweise dargelegt wird.

Wir müssen, weil das Rechtsobjekt der Obligatio in der Urkunde präsent ist, von dem Grundsatz ausgehen, dass nur derjenige Gläubiger seyn kann, welcher die Urkunde in Besitz genommen hat. Nur der Nehmer kann als Gläubiger in Frage kommen, nur der Be-

³⁾ Ich will nur nebenbei hier auf die Stiftung hinweisen, welche weder als Akt, noch als Produkt hinreichend psychologisch analysirt ist. Der persönliche Gesamtwille des Stifters ruft die Stiftung in's Leben; aber wie? indem er den Willen absondert und aus sich entlässt, den er in das Stiftungsvermögen als belebenden Faktor und dauerndes Element hineinlegt. Man hat also den die Stiftung setzenden und den in die Stiftung versetzten Willen zu unterscheiden. Vergl. übrigens Bekker in Ihering's Jahrb. I. S. 305, Platner im Arch. f. civ. Prax. Bd. 42. S. 113. 127. 145. Kuntze Lehre v. d. Inhaberpap. S. 350. u. im Archiv f. deut. Wechsel- u. Handelsr. VIII. S. 398. 403.

⁴⁾ s. § 23. II.

¹⁾ Namentlich meinte ich einer Darlegung des Begriffs der abstrakten Obligatio hier entrathen zu können, worüber ich anderwärts und zuletzt in meinem Wechselrecht (1884) § 12. mich hinreichend verbreitet habe. Vergl. auch oben § 24. II.

sitzer kann regelmässig die Fügigkeit haben, die Obligatio geltend zu machen. Wir können insofern die negociable Obligatio mit Brunner ein „Präsentationspapier“, oder auch ein Einlösungspapier nennen,²⁾ und uns dabei erinnern, dass nach römischem Recht auch der Eigenthumserwerb regelmässig durch Besitzerlangung und nur dadurch vermittelt wird. Letzteres Moment, eine Aehnlichkeit mit dem Sachenrecht, liegt ganz im System des Circulationspapiers, welches eine Annäherung der Obligatio an das Eigenthum, der *res incorporalis* an die *res corporalis*, des an der Person hangenden Rechts an die Mobilie zeigt.

Das Circulationspapier theilt diese Eigenschaft allerdings mit dem Rectapapier,³⁾ aber sie bildet den Grundpfeiler, auf welchem die Circulationstheorie der negociablen Obligationen aufzubauen ist.

Blicken wir nun auf die Begebungsarten, d. h. die Voraussetzungen oder Modalitäten der obligatorischen Singularsuccession, so tritt uns ein Bild bedeutsamer Mannichfaltigkeit entgegen.⁴⁾

1) Die einfachste Modalität zeigt das Inhaberpapier, denn ihm wohnt die Kraft inne, ohne Weiteres durch den Besitz auch das (Forderung-)Recht zu geben: an die Besitzerlangung knüpft sich *ipso jure* der Rechtserwerb; der Besitzer als solcher ist der Gläubiger, und diese Wirkung entspricht dem in der Urkunde ausgedrückten Willen des Schuldners, welcher schlechthin an den Inhaber, d. h. Vorzeiger zahlen, d. h. dem Besitzer verpflichtet seyn zu wollen erklärt hat. Demgemäss ist der Besitzer, ohne dass es irgend welcher Solennitäten bedarf, obligatorischer Singularsuccessor.⁵⁾

2) Am nächsten kommt dem Inhaberpapier das Blankopapier, z. B. der *in blanco* ausgestellte Wechsel (wo ein solcher gesetzlich zulässig ist), die *in blanco* indossirte Tratte, sei es die regelmässige Tratte oder der Wechsel an eigne Ordre. Das Blankoindossament macht den Wechsel mit Nichten zu einem Inhaberpapier,

²⁾ s. Kuntze Wechselrecht (in Endemann's Handb.) 1884. S. 69.

³⁾ Nicht mit der stipulatorischen *cautio* und gewöhnlichen Beweisurkunde.

⁴⁾ Von dem Papier mit fingirtem Gläubigernamen, welches nur eine vorübergehende Erscheinung gewesen ist, schweige ich hier. Vergl. Kuntze Lehre v. d. Inhaberpap. S. 72. 78. 92. 387. und in Goldschmidt's Zeitschr. f. Handelsr. VI. S. 31.

⁵⁾ Die Frage, ob Besitzerlangung einzige Voraussetzung ist, oder ein vorausgängiger Begebungsakt dazu gehört, kann hier dahin gestellt bleiben. S. Kuntze Lehre v. d. Inhaberpapieren S. 300. 307 ff. und Wechselr. (in Endemann's Handb.) §. 14. S. 73.

derselbe behält vielmehr seine Grundnatur als Ordrepapier,⁶⁾ kann daher alsbald wieder in die Bahn des gewöhnlichen Indossirens zurücktreten,⁷⁾ und ist nicht nach § 307. des HGB.'s zu beurtheilen, sondern nach Art. 74. der W.-O. Nur so lange, als die Herrschaft des Blancoindossaments dauert, circulirt das Papier ebenso leicht, wie das Inhaberpapier, und der Besitz entscheidet, sofern die vorausgehende Indossamentenkette in formeller Ordnung ist.

3) Das einfache Ordrepapier selbst zeigt uns die nächste Sprosse an der Skala. Hier reicht der Besitzwechsel nicht aus, sondern ein Vermerk auf dem Papier muss hinzukommen, welcher den Besitzer legitimirt, und wenn ein späterer Nachmann mit dem Papier auftritt, muss dieser nach dem Rechtssatze des Art. 36. der W.-O. eine zusammenhängende Indossamentenkette für sich haben. Der Wechsel ist das wichtigste, aber nicht das einzige Ordrepapier; auch kaufmännische Anweisungen und Verpflichtungsscheine (über Geld- oder andere Quantitätsleistungen) können nach § 301. des HGB.'s indossabel, d. h. zu Ordrepapieren gemacht werden. Durch die Ordrequalität erscheint das Papier in gewisse Umlaufsschranken eingeeht, aber zu dem Nachtheil der Erschwerung gesellt sich beim Wechsel die Garantiesteigerung durch die Haftung der Indossanten, und immer leistet das Indossirungsmetrum den Dienst, dass der jeweilige Inhaber weniger der Gefahr des Verlustes ausgesetzt, sein Recht verhältnissmässig sicher ist.

4) Noch ein weiteres Erforderniss kann zu dem Indossament bei Ordrepapieren hinzukommen, worin eine gesteigerte Erschwerniss des Umlaufs, aber ebenso auch eine gesteigerte Sicherung des Inhabers geschaffen ist.⁸⁾ Ich meine die Intabulation oder Bucheintragung des Indossaments, wodurch das Ordrepapier zu einem gebundenen wird, so dass wir also freie und gebundene Ordrepapiere zu unterscheiden haben. Eine solche Bucheintragung ist hier und da für die Circulation von Staatsschuldtiteln vorgeschrieben und auch im HGB. § 183 und 223 für Kommanditaktien sowie Namenaktien, welche übrigens der Ordreklausele regelmässig nicht bedürfen, angenommen. Das Indossament genügt hiernach nicht, um den Nachfolger gegenüber dem Staat oder der Gesellschaft (als

⁶⁾ Vergl. Kuntze (in Endemann's Handb.) § 17. III.

⁷⁾ Während das Inhaberpapier nicht indossabel ist.

⁸⁾ Das englische durch Gesetze geregelte Institut der gekreuzten Anweisungen (*crossed cheques*) lasse ich hier bei Seite. Vergl. Kuntze in Goldschmidt's Zeitschr. VI. S. 31. u. Birnbaum ebendas. XXX. S. 21—29.

Schuldner) zu berechtigen, sondern der Schuldner schuldet nur demjenigen, welcher auf Grund des Indossaments im Schulden- oder Aktienbuch (des Staats, der Gesellschaft) *rite* als Staatsschuldner bez. Aktionär eingetragen worden ist.⁹⁾

II. Die Circulationserscheinung fordert uns noch zu folgender Erwägung auf, womit der Begriff des Circulationspapiers seinen theoretischen Abschluss erhält.

1) Windscheid¹⁰⁾ zählt fünf verschiedene, bez. ausgesprochene Auffassungen jener Erscheinung auf: es sind Cession, Singularsuccession auf Grund Begebungsaktes, Singularsuccession (ohne die Voraussetzung von Begebungsakten) bloss auf Grund Besitzererwerbs,¹¹⁾ successiver Originärerwerb und potestativ bedingter einmaliger Rechts-erwerb. Der Cessionsgedanke ist bereits oben abgewiesen und durch die vorausgehende Untersuchung widerlegt; der potestativ bedingte Rechtserwerb ist gleichfalls kein ausreichender Gedanke, denn, wenn auch das Inhaber- und Blankopapier ihm *prima facie* entsprechend scheinen könnte, so widerspricht jedenfalls das Ordrepapier ganz unzweideutig, denn es trägt ja selbst die Signatur der Vormänner, welche durch ihr Indossament über das Papier mit sofortiger Wirkung verfügt haben, mithin nicht auf ein suspendirtes Recht beschränkt seyn können.

2) Wir haben es also ernstlich nur mit der Singularsuccession (mit ihren zwei Schattirungen) und dem Originärerwerb als Principien zu thun, unter welchen zu wählen ist. Am einfachsten erscheint der Gedanke des Originärerwerbs, denn er fragt nicht nach den Vormännern und setzt den Inhaber auf den Isolirschemel. Dies scheint Stobbe's¹²⁾ Auffassung zu seyn, denn er weist den Gedanken der Singularsuccession zurück und reisst die Stellungen der successiven Inhaber ganz auseinander, indem er die Wirkung des Umlaufs mit der der (novatorischen) Delegation vergleicht. Allein diese Auffassung hat Dreierlei gegen sich:

a) Die genetische Einheit und Ungetheiltheit des grundlegenden Versprechens, welches im Kurationsakte Form gewinnt, führt auf die Continuität als Konsequenz. Der Schuldner erneuert nicht jedesmal sein Versprechen gegenüber neuen Gläubigern, sondern diese rücken

⁹⁾ Ohne solche Eintragung hat der Indossatar lediglich einen persönlichen Rechtstitel auf Eintragung seinem Vormann gegenüber.

¹⁰⁾ Pand. § 291. Anm. 2.

¹¹⁾ So verstehe ich Nr. 3. in der Windscheid'schen Aufzählung.

¹²⁾ Deut. Privatrecht III. § 178. I. 1.

ein kraft der ursprünglichen Schulderklärung, welche fortwirkt, und indem sie sich durch die successiven Inhaber als wirkende Kraft hindurchzieht, diese unter einander nicht löst, sondern verbindet. Der elektrische Funke geht von Person zu Person, es ist nicht ein immer neuer Funke, sondern eine ununterbrochene Strömung oder Leitung, welche sich durch die Kette in einander gefügter Hände erstreckt, und insofern leitet in der That der Nachmann sein Recht vom Vormanne ab.

b) Im Inhaber- und Blankopapier zwar nicht, aber wohl im Ordrepapier zeigt der Leitungsapparat „Indossament“ noch ganz besonders, dass eine zusammenhängende Leitung da ist. Die formelle Continuität, welche erfordert wird, ist der natürliche Ausdruck des treibenden Grundprincips. Soll es aber anders seyn bei Inhaberpapieren? Dann würde eine principielle Schranke zwischen den Unterarten des Circulationspapiers aufgerichtet, und die theoretische Einheitlichkeit des Systems dieser Verkehrserscheinung ginge verloren. Wollen wir das Grundprincip retten, so dürfen wir nicht was beim Ordrepapier als erwiesen gilt, dem Inhaberpapier versagen.

c) Für die praktische Seite der Frage ist aber entscheidend, dass die Stobbe'sche Theorie dem späteren Gläubiger die Vortheile der obligatorischen Accessionen entzieht. Wäre der spätere Gläubiger neuer Gläubiger *ratione novationis*, so wäre die Ueberleitungskette auch für die Accessionen unterbrochen, und diese wären unrettbar verfallen, oder nur auf dem Wege künstlicher Struktur den Nachfolgern zu vermitteln.¹³⁾ Einfach und natürlich gestaltet sich dagegen diese Ueberleitung mit Hülfe des Apparats der (obligatorischen) Singularsuccession. Der Gedanke des Originärerwerbs ist also einfach, aber unzureichend, und er wird künstlich, wenn er leisten soll, was der Gedanke der Singularsuccession höchst einfach und natürlich leistet.¹⁴⁾

3) Die Singularsuccession bleibt übrig, aber dieselbe tritt, wie ich schon bemerkte, in zwiefacher Gestalt auf. Welche verdient Anerkennung? Die Alternative ist die, ob die Singularsuccession schlechterdings durch einen Willensakt des Vormanns (Begebung) vermittelt werden muss, also ohne solchen nicht erfolgt, oder ob sie durch einseitige Besitzergreifung Seiten des Nachmanns (bez. beim

¹³⁾ So muss ich jetzt sagen in theilweiser Abweichung von Kuntze-Wechselrecht (in Endemann's Handb.) § 16. S. 86. III. 2.

¹⁴⁾ Vergl. oben § 42. III.

Ordrepapier durch den designirten Nachmann) bewirkt wird? Ich nehme das Letztere an, indem ich nicht einsehe, warum das nicht auch unter den Gesichtspunkt der Singularsuccession fallen soll, denn der Suspensionszustand eines verlorren oder derelinquirten oder in die Hand des Ausstellers zurückgelangenden Papiers lässt sich, wie wir sogleich finden werden, wohl damit vereinigen.

Meine Gründe für die Annahme des Letzteren sind folgende:

a) Der Gedanke einseitiger Besitzergreifung entspricht dem Kreationsgedanken; wenn der Schuldner Kreator (also nicht Kontrahent) ist, so kann nicht der gegenüberstehende Gläubiger Kontrahent seyn, weder der erste, noch ein succedirender Gläubiger.¹⁵⁾ b) Der Gedanke einseitiger Besitzergreifung entspricht dem Princip der Skripturobligation, welches verlangt, dass das Schicksal derselben nur durch skripturmässige Vorgänge oder doch durch solche Vorgänge, welche mit sinnlicher Unmittelbarkeit die Person des jeweiligen Gläubigers konstatiren, bestimmt werde; der Begebungsakt ist aber ein Vorgang, welcher sich zwar am Papier, aber ausserhalb der Skriptur vollzieht und nicht durch diese erhellt, also immer besonders zu konstatiren wäre. c) Mit dem diessseits angenommenen Princip leistet folglich das Papier dem Inhaber grössere Sicherheit; er braucht sich auf einen Beweis oder Gegenbeweis legitimer Begebung nicht einzulassen. d) War das Papier verloren oder derelinquirt oder in die Hand des Ausstellers zurückgelangt, oder war das Ordrepapier dem Berechtigten abhanden gekommen und von einem Unredlichen fälschlich indossirt und so wieder in legitimen Verkehr gebracht, so schliesst sich durch neuen Besitzerwerb die Lücke von selbst, und der neue (redliche) Besitzerwerber nimmt den suspendirten Faden der Singularsuccession wieder auf; das einstweilen ruhende Forderungsrecht erwacht, und es zeigt sich, dass der neue Gläubiger Successor des letzten Gläubigers vor dem Interim ist.¹⁶⁾

§ 50.

VI. Schlussbetrachtung.

I. Unsere Arbeit hat mit der antiken Genesis der Obligatio begonnen: davon handelte das erste Kapitel. In den folgenden

¹⁵⁾ Dessen Recht ja gleichfalls unmittelbar auf den Willen des Schuldners zurückgeführt wird.

¹⁶⁾ Vergl. die Analogie bei Gai. 4, 78.

Kapiteln ist die Obligatio auf ihre verschiedenen Hauptgestaltungen und Hauptverrichtungen im Rechtsverkehr angesehen worden; es kamen dabei solche Fragen in Betracht, welche für das antike und das moderne Recht gleicherweise Interesse haben. Das sechste Kapitel zeigt uns die Obligatio im Zusammenhange mit der letzten Periode des antiken Rechtslebens, wo mit der klassischen Tradition gebrochen wird, und der neuen Weltanschauung eine neue Rechtsanschauung folgt; die *cognitionalis* und die *naturalis obligatio*, welche wir als Schöpfungen dieser Periode kennen lernten, haben dies gemein, dass ihnen der Schutz des *ius ordinarium* ganz oder theilweise fehlte, und dass sie, indem sie neue Gebilde in der alten Zeit waren, geeignet sind, unseren Blick von der alten in die neue Zeit hinüberzuleiten. Endlich das siebente Kapitel ist dieser neuen, der modernen Zeit gewidmet.

Der Stoff des sechsten und siebenten Kapitels ist dadurch besonders lehrreich, dass er die Elasticität des römischen Obligationsbegriffs offenbart. Dieser Begriff trägt eine ungemeine Lebenskraft in sich. Das Alterthum hat noch in der römischen Kaiserzeit seinen Nutzen davon gezogen, und von Neuem hat in weit bedeutenderem Maasse unsere Zeit erfahren und bewiesen, was sich mit und aus jenem Begriffe machen lässt. Wir brauchen nicht, wie so vieles Römische sonst, den römischen Obligations-Begriff fallen zu lassen; wir können ihn vielmehr mit Leichtigkeit und Gewinn für die grossen und grössten Verkehrsaufgaben der Gegenwart nutzbar machen, und der Gewinn, welchen wir davon ziehen, ist nicht bloss ein Gewinn für die Praxis, welcher mit festen und klaren Begriffslinien gedient ist, sondern auch ein Nutzen für die Theorie, welche nur an Einsicht in das Wesen der Obligatio gewinnen kann, wenn sie der von der Obligatio mit einer Skriptur eingegangenen eigenthümlichen Verbindung sorgfältig und methodisch nachgeht.

II. Jenen jüngsten Erscheinungen im antiken Obligationenrecht fehlt das Rüstzeug aus der traditionellen, im *Edictum perpetuum* zum Abschluss gebrachten, Rüstkammer; es ist daher wohl begreiflich, dass die römische Jurisprudenz, welche sich nie leichtfertig von der Tradition losband, sich zu den nahe gelegten Neuerungen lange Zeit ablehnend, misstrauisch, skrupulös, vorsichtig verhielt¹⁾ und vielleicht nie ganz zum inneren Abschluss gelangte. Man wird auch an dieser Stelle inne, dass Völkerwanderung und Christenthum den

¹⁾ s. oben § 42. I.

Lebensfaden des alternden Alterthums endlich mit mächtigen Schnitten löste, und der Lebensprocess des antiken Geistes ein nicht ganz natürliches Ende fand; nicht auf dem ruhigen Sterbelager, sondern mitten im harten Kampfe ging dieser Geist unter. So erlosch auch die extraordinäre Obligatio, ehe ihr Grundgedanke nach allen Richtungen vollkommen durchgebildet und in eine abgeklärte Theorie umgesetzt war.

Auch die moderne Skripturobligatio weist eine lange Geschichte auf; in Praxis wie Theorie hat sie einen heftigen und anhaltenden Kampf zu bestehen gehabt.²⁾ Nur allmählich bekam die Doctrin festen Boden unter die Füße, und lernte man sich zurecht finden in der vielgestaltigen Masse der Verkehrserscheinungen. Noch heute ist die Theorie nicht zur Ruhe gekommen, und in dem Streite der Ansichten handelt es sich nicht um Nebenpunkte, sondern um die Grundlagen des Obligationenrechts, um Grundbegriffe, wie Vertrag, Rechtsgeschäft, Exceptio und die Grenzlinie zwischen Sachen- und Obligationenrecht.

Welcher Abstand zwischen der alten Obligatio des *nexus* und der Naturalobligation des Sklaven! Das alte *Nexum* machte den Schuldner zum Sklaven, die Obligatio des *jus extraordinarium* machte den Sklaven zum Gläubiger und erhob sich über die Schranken, welche Freie und Unfreie schieden. Und welcher Abstand wieder zwischen der reinen Obligatio des klassischen Rechts und der modernen Skripturobligatio! Dort das ätherische Gefüge, welches aller Sinnlichkeit entrückt ist, und hier die Einfügung in eine Sache, so dass die Schranken zwischen körperlichen und unkörperlichen Rechtsobjekten aufgehoben scheinen.

III. Der Abstand zwischen der extraordinären Obligatio des antiken alternden Verkehrs und der Skripturobligatio des modernen aufblühenden Verkehrs ist so gross und eigenartig, dass er wohl reizt, Vergleichungspunkte aufzusuchen. Ich finde einen solchen noch darin, dass es in beiden Fällen nicht ganz leicht ist, die Gestalt und Umrisse der Obligatio festzuhalten.

Weder die *cognitionalis*, noch die *naturalis obligatio* erschien, wie wir gesehen haben, den römischen Juristen ohne Weiteres als eine wirkliche Obligatio. Zaghafte griffen sie nach ihr, die Gestalt schien im Nebel zu verschwinden, war sie selbst nur ein Nebelstreif?

²⁾ s. Kuntze in Goldschmidt's Zeitschr. f. Handelsr. VI. S. 6–8. u. deutsches Wechselrecht (1862) S. 188 ff.

eine Erbkönigin im Gedicht? Die *servilis obligatio* insbesondere schien so weit hinausgerückt über den Rahmen der antiken Weltanschauung, dass sie dem antik geschulten Blicke fast in unerreichbare Ferne entrückt und nicht mehr recht greifbar war. Wenn es eine Zwischenwelt der Rechtsverhältnisse gäbe, würde ich sagen, es sei ein Schattenbild aus dieser Welt. Ja, wir blicken in ein noch von der heidnischen Philosophie entdecktes Reich hinab, wo jene Obligatio lebt und ihre Gestalt, wenn man sie noch als Realität anerkennen wollte, den Schattengestalten der homerischen Unterwelt zu vergleichen ist. In der That, die Gestalten der *cognitionalis*, *naturalis*, *servilis obligatio* schwirren wie sprachlose Leiber über eine dämmerige Asphodelowiese und stehen nur Rede und Antwort dem, welcher sie mit Lebensblut zu erfüllen vermag. Aber die Auskunft, welche sie dem Forschenden geben, löst Räthsel, klärt Probleme und lässt in die Zukunft blicken. Gibt es solche ausserordentliche Ausgestaltungen der Obligatio, sollten da nicht noch andere, reichere, lebensvollere Schöpfungen gelingen können auf dem Boden des Obligationenrechts?

Wir haben solche vor uns in den mannichfachen Formen der modernen Skripturobligatio. Aber was uns sich hier zunächst aufdrängt, ist der Gedanke, dass ein fremdes Element, ein Körper, eine Sache, ein Papier, eine Skriptur zur Obligatio hinzugekommen ist, diese dadurch wie in eine andere Region versetzt erscheint, und etwas von ihrer ätherischen Natur eingebüsst hat. Ist es nicht eine Obligatio im Bereiche des Sachenrechts? Haben wir es da nicht mit einer Sache, haben wir es da noch mit einer Obligatio zu thun? In der That lassen manche Constructoren die Obligatio in der Sache aufgehen, das Sachenrecht entscheiden; sie sprechen vom Eigenthum des Wechsels, und nun gar beim Inhaberpapier scheint ihnen Besitz und Eigenthum des Papiers die Forderung so in's Schlepptau genommen zu haben, dass kaum noch an die Obligatio gedacht wird. In solcher „Verkörperung“ der Obligatio kommen die Lineamente der Obligatio leicht abhanden, und die Skripturobligatio läuft Gefahr, aus dem Obligationenrecht hinaus eskamotirt, aus ihrer wahren Heimat exsilirt zu werden.³⁾ Eine Obligatio im Exsil ist aber gleichfalls ein Schattenbild, eine Nebelgestalt. So verstanden, würde sie ein Schwesterbild der extraordinären Obligatio seyn, welche oben in Umrissen zu zeichnen versucht ward. Wie vor der extraordinären Obligatio, so taucht auch vor der negociablen

³⁾ Vergl. Kuntze die Lehre v. d. Inhaberpapieren S. 183. 184.

Obligatio die Frage auf: kann das noch eine Obligatio genannt werden? Beide Typen tragen das Gepräge des Ausserordentlichen.

IV. Grösser als die Aehnlichkeit ist die Verschiedenartigkeit. Die extraordinäre Obligatio, und vornehmlich ihre Hauptanwendung, die *servilis obligatio*, kriecht, so zu sagen, am Boden und ist schwerfälliger Natur; sie hängt am Individuum, sie ist nicht recht verkehrsfähig, sie gilt nicht als cessibel;⁴⁾ sie kann nicht heraus aus der servilen Atmosphäre und bleibt daher eine Obligatio niedrigeren Ranges, eine Proletarierin.

Im Gegensatz dazu erscheint unserer Zeit die Skripturobligatio der Gegenwart als eine potenzierte Obligatio,⁵⁾ die negociable Obligatio als eine beschwingte. Sie kriecht nicht am Boden hin, sondern fliegt behend von Person zu Person, von Platz zu Platz, von Welttheil zu Welttheil. Sie kennt keine räumlichen Schranken. Die Sache, mit welcher sie Verbindung eingeht, ist eine Mobilie; in der Mobilie erscheint die Obligatio mobilisirt und für die gewaltigsten Verkehrsaufgaben gerüstet. Scheinbar in die Sache gebunden und versenkt, ist sie durch dieselbe doch erst recht entfesselt, fast möchte ich sagen, verklärt und, in eine freiere, höhere Region versetzt, die zu überräumlicher Thätigkeit auferstandene Obligatio. Wir erblicken hier die Obligatio auf einer höheren Stufe des Begriffs und in universalgeschichtlichem Fortschritt. Fast den ganzen Geldumsatz auf ihren Schultern tragend bewegt sie sich doch mit der Leichtigkeit einer Brieftaube. Die Obligatio, welche im *jus naturale* der Römer ein schattenhaftes Daseyn fristete, ist mit einem neuen Leibe überkleidet und hat in der obligatorischen Singularsuccession einen neuen Bewegungsmodus zu ihrer Ausstattung empfangen.⁶⁾ Ihr droht nicht die Vergleichung mit dem Erbkönig, sondern sie ist eine Königin unserer Tage; was machte ohne ihr Scepter, das ein Zauberstab ist,⁷⁾ das Reich der modernen, Länder und Meere umspannenden Verkehrswelt? In der negociablen Skripturobligatio hat die Obligatio, die antike Kreatur, eine Form höheren Daseyns gewonnen und ist wieder geboren zu einer Kraft solcher Leistungen, welche den antiken Horizont gewaltig überragen und von den Römern wie Meerwunder angestaunt werden würden; uns aber, je tiefer wir blicken, macht sie den erhebenden Eindruck einer Entschränkung, Erlösung und Auf-

⁴⁾ Schwanert d. Naturaloblig. S. 178—186.

⁵⁾ s. oben § 47. II.

⁶⁾ s. oben § 46. 49.

⁷⁾ Vergl. Kuntze, Deut. Wechselrecht (1862) S. 326—328.

erstehung. Wir sehen aus der Raupe einen Schmetterling geworden, welcher von Ort zu Ort schwebt und sich niederlässt, wo ihm Blütenkelche winken.

V. Vielleicht aber gibt es doch einen Punkt, wo bei den zwei jüngsten Arten der Obligatio — der extraordinären und der negociablen — Mobilisirungsgedanken in ähnlicher Weise angeregt werden. Ihering⁸⁾ hatte den Einfall, dass der Sklave, welcher von einem Extraneus zum Erben eingesetzt ist, und das Papier, welches vom Aussteller zum Träger einer Obligatio gemacht ist, verwandte, vergleichbare Grössen seien; wie durch den Sklaven der jeweilige Herr desselben erbrechtlicher Delat sei, so durch das Papier der jeweilige (legitimirte) Inhaber der zum Gläubiger Designirte: in beiden Fällen das Recht ein vorbereitetes, noch schwebendes und die Anwartschaft eine ambulatorische. Es lässt sich gegen diese Parallelisirung Gewichtiges einwenden; der negociablen Obligatio ist da nicht Gerechtigkeit geschehen.⁹⁾ Aber wir wollen der Richtung folgen, welche Ihering unserem Blicke gegeben hat.

Die Obligatio selbst — Ihering zog das Erbrecht herbei — ist es, welche mit einem Sklaven verknüpft ambulatorische Kraft gewinnen konnte. Ulpian bemerkt¹⁰⁾: wenn ein *servus fructuarius* sich in *singulos annos* für *operae* Lohn stipulirt, so wird der Nutzniesser Gläubiger, und wenn der Niessbrauch aufhört, *sequentium annorum stipulatio ad proprietarium transit, quamvis non soleat stipulatio semel cui acquisita ad alium transire, nisi ad heredem . . . ambulabit stipulatio.*¹¹⁾ Desselben Ausdrucks hat sich Ulpian in erbrechtlicher Anwendung bedient.¹²⁾ Wir erblicken da in der That eine Art Mobilisirung der Obligatio durch ihr Verwachsenseyn mit dem stipulirenden Sklaven; freilich ist es nur eine sehr beschränkte Ambulatorität, welche der Obligatio zu Theil wird, und die Art der Verknüpfung der Obligatio mit der menschlichen Mobilie ist sehr verschieden von der der Obligatio mit der Papier-Mobilie. Was

⁸⁾ Ihering's Jahrb. I. S. 49. 50.

⁹⁾ Kuntze Lehre v. d. Inhaberpap. S. 168. 251.

¹⁰⁾ fr. 25. § 2. *de usufr.* (7, 1).

¹¹⁾ Dazu fr. 26. eod.

¹²⁾ *Ambulat cum dominio bonorum possessio*: fr. 2. § 9. *de B. P. s. t.* (37, 11). Uebrigens kommt derselbe Ausdruck auch für die Bewegung der am Sklaven haftenden Schuld vor: Paul. in fr. 7. § 1. *de cap. min.* (4, 5): *Ex delicto obligationes cum capite ambulat.* In anderer Anwendung sagt Gaius: *emptio ambulavit* (fr. 15. *de minor.* 4, 4) und Ulpian: *ambulavit possessio* (fr. 25. § 8. *de her. pet.* 5, 3).

dort ausnahmsweise Folge, das ist hier der das Ganze regierende Zweck.

Ulpian's Fall hat uns nochmals nach der römischen Kaiserzeit, nach den neuen Rechtsbildungen dieser Zeit, nach dem *jus extraordinarium*, welchem auch die *usufructuarii potestas* angehört, hingelenkt. Wir mögen uns in dieser *stipulatio servi ambulatoria* die kühn gewölbte Brücke vorstellen, welche von römischer Seite über die Alterthum und Neuzeit trennende Kluft nach letzterer hinübergeschlagen ist und als eine Prophezeiung auf das Circulationspapier oder die negociable Skripturobligation angesehen werden kann. Die Geister, unsere Gedanken, wandern auf dieser Brücke aus dem Alterthum in die Gegenwart, von da in das Alterthum zurück, herüber und hinüber. Wir denken daran, wie unserer Doctrin, Angesichts der modernen Skripturobligation und ihres wundersamen Gefüges, bange ward um die Methode des juristischen Denkens und gar Verzweiflung ankam ob der Schwierigkeit wissenschaftlicher Construction; Manchem oder bei Manchem schien der ganze Schatz und die ehrliche Tradition unserer Jurisprudenz in die Brüche zu gehen. Und wir erinnern uns dann, wie in ähnlicher Weise einst den klassischen Juristen der Boden unter den Füßen zu wanken schien, wenn sie die schwankenden Gebilde des *jus extraordinarium* vor sich hatten; wie sie das Ende der römischen Tradition und Jurisprudenz gekommen denken mochten, wenn der *servus* ein *caput* erhielt, an dieses *caput servile* Obligationen geknüpft wurden, und der Jurisdictionsbeamte den Sklaven als Processpartei zuliess. Da schien sich ernsten Römern wohl das Unterste zu oberst zu kehren, und jedenfalls wurde man den Bruch gewahr, welchen der in dem *jus ordinarium* dargestellte Rahmen klassischen Denkens erlitten hatte.

Das Durchbrechen und Zerbröckeln eines klassischen Gedankensystems ist eine Tragödie. Allein über das Durcheinander und die Ruinen streift der Morgenstrahl eines aufdämmernden Gedankensystems, in welchem die Sklaverei ein überwundener Standpunkt und der Verkehr aller Menschen zu voller Freiheit entbunden ist. So schwer eine richtige Würdigung dieser Zeit des Absterbens und des Keimens ist, so werthvoll und lehrreich ist es auch, sich in solche Zeit zu versetzen, sie zu verstehen und in ihren einzelnen Schöpfungen zu verfolgen. In der zweiten Abhandlung soll dies versucht werden.

Zweite Abhandlung.

Das jus extraordinarium der römischen Kaiserzeit.

I. Kapitel.

Das Allgemeine.

§ 51.

I. Das Thema.

I. Es gibt Zeiten, geschichtliche Abschnitte, Kulturepochen, welche dadurch in sich abgeschlossen erscheinen, dass sich in ihnen ein bedeutendes Kulturprincip in gesunden und klaren Zügen einheitlich und vollständig ausgewirkt hat. Sie verleihen dem betrachtenden Blicke eine friedliche und befriedigende Ruhe, denn sie nöthigen ihn nicht wesentlich über ihren Umkreis hinaus in die Fremde oder in die Vergangenheit, und sie gestatten eine Erklärung des Einzelnen aus dem Ganzen, des Ganzen aus dem Einzelnen. Solche klassische Kulturepochen klären auch den Forscher, welcher sie studirt; er vermag da mit einfachen Grössen zu rechnen, und die klaren und sicheren Ergebnisse, welche er findet, die ausgeprägten und reifen Schöpfungen, welche ihm entgegen treten, wirken weniger überwältigend, als bildend und erhebend auf den Geist zurück, welcher sie in sich spiegeln lässt und sich in ihnen spiegelt. Solche Kulturepochen sind die hellenische Kunstblüte und das Rechts- und Staatswesen der römischen Republik im Alterthum, dann das germanische Lehnswesen im früheren, die italienische Malereiblüte im späteren Mittelalter, die deutsche Musik der neueren Zeit.

Aber die Geschichte durchschreitet nicht bloss klassische Kulturepochen und setzt sich nicht aus unverbundenen Ringen oder Kreisen zusammen. Sie bedarf der Vermittlungsglieder, der Compromisstypen, der Uebergangszeiten. Solche pflegen für den Forscher etwas

Unbefriedigendes zu haben. Sie stellen Räthsel ohne die Lösung, sie nöthigen über sie hinaus — rückwärts und vorwärts — zu blicken und geben der Forschung selten ganz reine Facits. Je ernster die Forschung sich in sie versenkt, um so näher liegt die Gefahr der Verzweigung, und vollends wenn ein einseitig logisch und analytisch beanlagter Kopf sich an sie macht, wird ihm hier am leichtesten der rechte Maassstab, die wissenschaftliche Methode abhanden kommen. Nirgends so, wie hier, wird der Forscher inne, dass des Lebens organische Fülle, der Fluss der menschlichen Geistesentwicklung sich nicht in geradlinige Begriffsformeln spannen und mit dem Netzwerk der Logik ausschöpfen lässt. Freilich wird man auch hier nach Prinzipien und Typen suchen, denn keine bedeutende Epoche ermangelt solcher; aber sie sind schwer zu finden, noch schwerer zu formuliren; es sind nicht klassische Gebilde im strengen Sinne, und ihr Styl ist nie einfach, oft complicirt, manchmal verworren und überladen. In demselben Maasse ist ihre wissenschaftliche Construction schwierig, das Verzagen an wissenschaftlicher Abschliessung ihrer Erkenntniss erklärlich, und die Gefahr liegt nahe, das Ganze einer solchen Kulturepoche aus dem Auge und sich im Einzelnen zu verlieren.

Eine solche Uebergangszeit ist die römische Kaiserzeit, deren erste drei Jahrhunderte uns ein Bild der alternden, absterbenden Antike, die mit Keimen einer neuen Wesensart und Weltanschauung durchsetzt ist, vor Augen stellt. Altes und Neues ist im Kampfe. Der Blick trifft da fast nur auf Gestalten ohne feste Umrisse und getragen von einer wogenden Fläche. Die Menschheit dieser Zeit wird das Alte nicht los und hat das Neue noch nicht gefunden, und doch muss man leben und sich einrichten. Man sucht sich also abzufinden und zeigt Ordnungen, welche nicht gleich mit der Hand zu umspannen oder in schnurgeraden Rahmen zu bringen sind.

Eine solche Uebergangszeit ist auch die alexandrinische Periode des Hellenismus, welcher auf den Trümmern des klassischen Griechenthums erwuchs und die Kunst, wie die Philosophie, in breitere, populäre und internationale Bahnen riss. Das römische Imperatorenthum mit diesem Hellenismus in Verbindung drückt den ersten Jahrhunderten der christlichen Aera das Gepräge auf. Die klassische Antike ist im Hinschwinden; noch einmal rafft sich der antike Geist zusammen und auf, und im „*tempus aureum*“ der Antonine zeigt er, dass ihm noch nicht alle Zeugungskraft verloren ist, dass ihm noch genug Stylisirungssinn inne wohnt, um die Zeitgebilde in einem ge-

wissen und der Antike verwandten Styl zu halten und der Masse der Einzelheiten den Odem eines lebendigen Zusammenhangs einzuhauen. Zu dieser Masse, welche sich als eine grosse Zwischenschicht zwischen Alterthum und Mittelalter einschiebt, gehört auch die rechtsgeschichtliche Erscheinung, welche ich das *jus extraordinarium* der Kaiserzeit nenne.

II. Ich hatte in der ersten Abhandlung mehrfach Anlass, diese Erscheinung zu berühren, hier soll sie im Zusammenhange beleuchtet werden. Ich hätte nicht gedacht, dass dies nöthig wäre, nachdem ich in den zwei Auflagen meiner Excuse über römisches Recht dem *jus extraordinarium* zwei längere Ausführungen gewidmet hatte. Allein die neueste Schrift Wlassak's¹⁾ hat mich eines Anderen belehrt, denn sie versucht, den Grundgedanken über den Haufen zu werfen und umkleidet den Versuch mit der Emphase wissenschaftlicher Methode. Ich betrete die Arena, welche hierdurch abgesteckt ist, mit dem Gefühl, dass es sich zwischen meinem Gegner und mir weniger um einzelne Resultate — über diese wird oft kein erheblicher Gegensatz zwischen uns seyn —, als um den rechtshistorischen Standpunkt im Grossen und Ganzen handelt. Wie kann es da gelingen, den Gegner in seinen Ueberzeugungen zu erschüttern oder gar zu überwinden? Die besten Beweise, welche man bringt, vermögen nicht, die Art des Blickes, die Intuition, oder den Mangel an Intuition zu ändern, und wie schwer ist es doch, auf einem derartigen Felde gute Beweise nach dem Maassstab exakter Methode zu erbringen! Wenn z. B. Zwei sich über die Welt der Erscheinungen, welche als Rococostyl bezeichnet zu werden pflegt, d. h. über die Auffassung dieses Styls streiten, und ich hier von einem besonderen Denk- und Kunststyl spreche, während mein Gegner die ganze Rococowelt in ihre Einzelheiten auflösend lediglich Nachträge, Anhängsel, Um- und Fortbildungen der Renaissance findet: wie soll hier eine Einigung gelingen? Gewiss, das Rococo ist aus der Renaissance hervorgegangen, und verhält sich zu ihr wie eine Verderbniss derselben; sie enthält Elemente der ästhetischen Ermattung und Zerrüttung. Aber die Hauptfrage bleibt doch, ob es nur eine Verzerrung und Auflösung der Renaissance oder das Erzeugniss und Abbild eines neuen, anderen Kulturprinzips, ob Zusammenhang in den Einzelheiten ist, und ob es der Geist dieser Zeit zu einem Styl gebracht hat, welcher

¹⁾ Kritische Studien zur Theorie der römischen Rechtsquellen im Zeitalter der klassischen Juristen (Graz, 1884).

kulturgeschichtlich seinen Rang neben und nach dem Renaissancestyl behauptet. Wem es versagt ist, den principiellen Unterschied zwischen Renaissance und Rococo gewahr zu werden, den wird man vergeblich zu überzeugen suchen; es gibt auch Leute, welche nicht zwischen ionischem und korinthischem Styl, zwischen romanischem und gothischem Styl zu unterscheiden vermögen, und nie das Ganze, sondern nur das Einzelne schauen. Man gestatte mir, übertragungsweise zu sagen, dass der Styl des *jus extraordinarium* sich wie eine Art Rococo des Alterthums ausnimmt, d. h. sich zum Styl des *jus gentium*, bez. *jus honorarium* etwa so verhält, wie das Rococo zur Renaissance. Es ist die letzte juristische Stylart des antiken Heidenthums, wie das Rococo die letzte Stylart ist, zu welcher es die christliche Aera bis jetzt gebracht hat. Unser Streit ist also, ob im *jus extraordinarium* eine selbständige, markirbare Kulturschicht, ein eigener Styl, ein System charakteristischer Erscheinungen vorliegt, und ob es möglich und für unser rechtsgeschichtliches Bewusstseyn gewinnreich ist, die Fülle der Einzelheiten zu einem Ganzen zusammenzufassen und von einem festen Punkte aus gemeinsam zu beleuchten.

III. Wlassak sieht in dem Neuen nur eine Fortsetzung und Erweiterung des Früheren, oder doch solche Abweichungen, welche durchaus mit den alten Mitteln zu construiren und von da aus zu ermessen sind. Er scheint damit den rechtsgeschichtlichen Zusammenhang zu wahren, übersieht aber, wie mir scheint, in seinem Eifer, dass er damit den Römern einen starken Vorwurf macht, den Vorwurf, dass sie in den letzten Jahrhunderten ihrer Geistesarbeit nicht mehr einheitlich gedacht und geschaffen hätten, dass sie also abgefallen wären von ihrer ureigenen Art konsequenten Denkens und centralen Organisirens. Ich denke, dass wir dem Römerthum nur dann gerecht werden, wenn wir anerkennen, dass der römische Geist sich bis an seinen Lebensabend treu blieb, dass er die neuen Lebensaufgaben voll erkannte, dass er aber auch in das Neue Zusammenhang brachte und mit dem alten Ganzen das neue Ganze in klassische Verbindung setzte, dass er eben dadurch das antike System vor sofortigem Zerfall behütete und die unerschöpfte Herrschergabe Roms noch in der geistigen Unterordnung und Einfügung des Neuen bewies. Die Art, wie er dies that, vermögen wir aber nur dann zu würdigen, wenn uns zuvor klar geworden ist, worin das Neue bestand und wie sehr es abwich von dem Alten, welchem es doch schliesslich einzufügen war.

Meine Behauptungen gegenüber Wlassak gehen aber noch

weiter. Ich behaupte nicht bloss, dass wir es in der Kaiserzeit mit einem neuen System und folglich im Ganzen mit einer Trias römischer Rechtssysteme zu thun haben, welche mit tief dringenden Klammern an einander geheftet sind, sondern ich behaupte ferner, dass die grossen römischen Juristen der letzten Zeit, die sog. Koryphäen, sich dieser Thatsache, der Schichtentrias, wohl bewusst gewesen sind, und dass wir folglich hinter ihrer Anschauung zurückbleiben würden, wenn wir unsere Augen vor der Thatsache zuschliessen wollten. So gut, wie den gebildeten Griechen klar zum Bewusstseyn kam, dass im korinthischen Baustyl ein neues, drittes System erwachsen war, erwachsen aus den Umbildungen des ionischen und bez. des dorischen Styls, war es auch dem Ulpian und Marcian voll bewusst, dass im letzten Jahrhundert der Jurisprudenz ein neuer Stoff geboren war, welcher andere Lebensgesetze, ein anderes Metrum, einen anderen Rhythmus in sich trug und nun den Anspruch machte, Bürgerrecht im römischen Kopfe zu erlangen und als eignes Glied in die Entwicklungskette des Römergeistes eingereiht zu werden. Die alexandrinisch-hellenistische Zeit mit ihrem korinthischen Baustyl und die römische Imperatorenzeit mit ihrem *jus novum et extraordinarium* sind wahlverwandte Zeitalter; es ist nicht zufällig, dass der römische Baustyl der Kaiserzeit im Wesentlichen eben der korinthische war.

IV. Noch eine Bemerkung habe ich hier hinzuzufügen, weil sie auf den allgemeineren geschichtlichen Hintergrund hinweist, zu welchem eine Anzahl nachher zu berührender, rechtsgeschichtlicher Erscheinungen aufgetragen ist.

In Trajan und seinen Eroberungen hatte noch einmal der alte Römergeist einen mächtigen Flügelschlag gethan; Sueton und seine römischen Zeitgenossen repräsentiren noch einen Abschnitt römischer Literatur. Mit Hadrian aber beginnt ein neuer Abschnitt, das Reich gräcisirt sich sichtlich.²⁾ Hellenistische Bildung und Sitte, Sprache und Literatur, Rhetorik und Sophistik kommen zu fast allgemeiner Herrschaft, denn der Hellenismus vermittelt den Occident mit dem Orient, und seine weichere Art entspricht dem Zeitalter der Ermattung. Auch die Rechtsbildung, auch die Rechtswissen-

²⁾ Symptom dessen war, wie die bekannten Kaiserbüsten in Rom und Florenz beweisen, die Sitte des Bartragens, welche unter den Kaisern mit Hadrian beginnt; das war griechische Sitte. Dieselben Büsten zeigen auch, dass von Hadrian an die Augen mit eingeschnittenen Augenringen dargestellt wurden, was eine Abweichung vom antiken Styl war.

schaft zahlen ihren Tribut dem neuen Zeitgeist. Freilich erweist sich im Rechtsgebiet die Tradition des Römerthums noch mächtig genug, um das Untersinken in dem modernen Eklekticismus und der Geisterrenaissance zu verhüten; das ist der einzige Punkt, wo das Römerthum noch Stand hält. Es erfindet im *jus extraordinarium* die Formel für den neuen Bau, welchen es dem alten System so anfügt, dass ein organisches Verhältniss zu Stande kommt, und doch die freie Weiterentwicklung nicht verhindert wird. Während die nichtjuristische Literatur sich fast völlig gräcisirt, bleibt die juristische noch fast ganz ein römischer Baum, neue Zweige auf dem alten Stamme und an der alten Krone ansetzend, und die lateinische Sprache bleibt noch 1—2 Jahrhunderte herrschend in diesem Literaturzweige.

Zu wähen, dass die Römer der Kaiserzeit das Neue nur mechanisch und sporadisch, als trostloses Flickwerk, angefügt hätten, setzt wirklich eine wunderliche Vorstellung von der Geistesbegabung der Römer voraus, welche noch an ihrem Lebensabend allenthalben so gewaltig, bestimmend und organisirend, eingriffen, Länder und Meere zusammenhielten, Militärstrassen über die höchsten Gebirge führten und dauerhafte Städte an allen geeigneten Stellen des Reiches schufen. Die, welche länger als ein halbes Jahrtausend zwischen ihren angeborenen lapidaren Begriffen, wie in einer Allee von Sphinxen, gewandelt waren, sollten plötzlich sich einem charakterlosen Behagen und Wirrsal überlassen haben? Das wäre ein psychologisches Räthsel und in's Land der Wunder zu verweisen.

§ 52.

II. Die bisherige Lehre.

I. Unser Thema ist jüngsten Ursprungs. Puchta¹⁾ spricht zwar einmal von der *juris ordinarii executio*²⁾ im Gegensatz der *cognitio extra ordinem*, allein er fasst die letztere doch wesentlich nur als eine Art des Gerichtsverfahrens, und er betont es, dass in den Quellen *jus honorarium* und *jus civile* einander als die beiden grossen Hälften des römischen Rechts gegenübergestellt werden. Auf den Gedanken, dass neben den zwei grossen Rechtstheilen noch ein dritter zur Entstehung gelangte, ist Puchta nicht gekommen, er

¹⁾ Cursus d. Instit. § 176. z. A.

²⁾ Worte Ulpian's; s. unten.

hat sich darüber nicht ausgesprochen, und die obigen Worte konstatiren offenbar nur den Quellenbefund im Grossen und Groben. Zuerst Rudorff hat an verschiedenen Stellen³⁾ darauf aufmerksam gemacht, dass man mit jener Dualsformel bei genauerem Einblick in die Quellen nicht ausreicht, und dass die römische Rechtsgeschichte nicht in einem Dualismus, sondern in einer Trias ausmündet, oder m. a. W. dass man nicht bloss von einem neuen Processsystem (*cognitio extraordinaria*), sondern auch von einem neuen Rechtssystem (*jus extraordinarium*) reden müsse. Er tadelt, dass dieser historische Gegensatz innerhalb der Rechtsentwicklung bis dahin vernachlässigt worden, und sagt, *jus extraordinarium* sei es benannt, weil es ausser und nach der altrepublikanischen Rechtsordnung des *jus civile* und *honorarium* entstand. Er bemerkt ferner 1) über die Quelle: es sei eine neue, vom Kaiser, seinem Consilium und Parlament (Senat) ausgehende, von seinen Beamten und Bevollmächtigten gehandhabte Rechtsbildung und habe sich theils ergänzend, theils selbst eindringend und überwachsend an das bisherige Recht (*antiquum jus*) angeschlossen; 2) über den Stoff: die neue Rechtsbildung habe u. A. das Recht der Alimente, Honorare und Fideikomnisse, der Schenkungen und Castrensia, überhaupt das ganze neue Militärrecht, das neue arbiträre Strafrecht, das neue Finanz-, Fiskal-, Appellations- und Municipalrecht umfasst; 3) über die Behandlung: die Streitsachen dieses neuen Gebiets seien in einer neuen Processform kraft der Jurisdiction der kaiserlichen Beamten und Kommissare verhandelt worden; 4) über die Benennung: *jus extraordinarium* sei das neue Recht, der dahin gehörige Straffall *extraordinaria animadversio*, der Civilanspruch hier *persecutio*, *cognitio extraordinaria* genannt worden; 5) über die Theorie: in der Stille herangereift, trete das *jus extraordinarium* seit Papinian und Paulus als dritter Rechtstheil im Rechtsunterrichte und in den Codificationen bestimmt hervor.

v. Bethmann-Hollweg⁴⁾ acceptirt diese neue Lehre rückhaltlos und bezeichnet⁵⁾ ausdrücklich auch die durch Antoninus Pius anerkannte Specialexécution als ein Institut des *jus extraordinarium*, was Rudorff zu bemerken unterlassen hat. Auch Bekker⁶⁾ spricht

³⁾ Röm. Rechtsgeschichte I. § 5. II. § 89. u. in d. Noten zu Puchta's Cursus § 104. uu. und § 176. c.

⁴⁾ D. röm. Civilprocess II. (1865) S. 190. 191.

⁵⁾ a. a. O., S. 547.

⁶⁾ Die Actionen II. (1873) S. 191. 207. 208. (Anm. 70).

nun wiederholt von einem *jus ordinarium* und bemerkt,⁷⁾ dass der Ausdruck *actio* (bez. *extraordinaria*) öfters für das Extraordinarverfahren, am häufigsten für die Verfolgung von Fideicommisssachen, vorkomme; das materielle Gebiet anlangend, beschränkt er sich aber auf eine Aufzählung,⁸⁾ und im Uebrigen handelt er dort nur von den Modalitäten des Processirens *extra ordinem*.⁹⁾

Mit grösserem Nachdruck betonte ich in der 1. Auflage meines Cursus des R.R.¹⁰⁾ die Rudorff'sche Lehre, und in der zweiten Auflage des Cursus,¹¹⁾ sowie der Excursus¹²⁾ suchte ich diese Lehre nicht bloss weiter auszuführen, sondern auch nachzuholen, was bis dahin unterlassen war, nämlich eine tiefere Begründung, sowohl was die Quellen als was den Stoff betrifft. Meine Erwartung, dass das Thema in weitere Kreise unserer Wissenschaft gelangen würde, bestätigte sich aber zunächst nicht; die Kritik verhielt sich dazu beinahe wortlos.¹³⁾

Wlassak hat dieses Schweigen gebrochen, und ich bin ihm dafür, dass er das Thema in Fluss gebracht hat, aufrichtig dankbar. Seine Opposition freilich fordert zur Replik heraus; ich hoffe, dieselbe werde zur Befestigung und Ausbildung des Rudorff'schen Gedankens führen und unserem Bilde vom klassischen Römerrecht zu einem klassischen Abschluss verhelfen.

II. Wlassak beginnt seinen Angriff mit einer Blumenlese dualistischer Stellen, in welchen schlechthin nur von einem *jus utrumque* die Rede und keine Andeutung eines dritten Gliedes enthalten ist; er macht seinen Gegnern wiederholt¹⁴⁾ den unbegreiflichen Vorwurf, dass jene Quellenzeugnisse nicht der geringsten Beachtung gewürdigt seien. Wie, frage ich ehrlich, ist es denkbar,

⁷⁾ II. S. 202. 203.

⁸⁾ II. S. 194—197.

⁹⁾ II. S. 200—211.

¹⁰⁾ s. namentlich § 297. 306. 339. 360. 951. Dazu Excursus (1. Aufl.) S. 292. 339. 342.

¹¹⁾ § 297. 339. 367. 368. 952.

¹²⁾ S. 166 ff. 259. 285. 301. 339. 469. 470., besonders aber S. 313—318 und 374—385.

¹³⁾ Beiläufige Andeutungen des trilogischen Standpunktes, theils früheren theils neueren Datums, s. bei Müller Institut. (1858) S. 724, Brinz Pandekten I. (2. Aufl. 1873) S. 307. In eigner Ausführung ist Esmarch (Röm. Rechtsgesch. 2. Aufl. 1880. § 117—120. 142) auf diesen Standpunkt eingegangen.

¹⁴⁾ Besonders auf S. 39. 65.

dass jenes jedem Institutionisten geläufige traditionelle Schema mir nicht überall vorgeschwebt haben sollte? In der That, die Stellenparade war ebenso überflüssig, wie sie unvollständig und beweisunkräftig¹⁵⁾ ist, und wer in den von Wlassak (S. 65) angeschlagenen Ton einstimmen wollte, würde auch hier von einem „Kunstgriff“ reden, welcher von vorn herein die Ueberzeugung des Lesers mittels 75 Stellen¹⁶⁾ aus dem *Corpus juris* als mit ebenso vielen Hammer schlägen festnageln sollte. Es ist doch ganz klar und natürlich, dass ich gegenüber dem hinreichend bekannten und bis zur Trivialität ausgenützten Schema durchaus den Accent auf das legen musste, was für die späte, allmähliche, mühsame Entwicklung eines dritten Gliedes zu sprechen scheint.

Wlassak hat sich mit seiner Betonung des *jus utrumque* eine Schranke gezogen, über welche er nirgends einen Blick in's Freie und Weite zu thun vermag. Schon das *jus gentium*¹⁷⁾ — eine Kategorie, welche sich bekanntlich keineswegs mit dem *jus honorarium* deckt — hätte ihn erinnern können, dass nicht die ganze Rechtsgeschichte Roms sich um die Achse jenes ersten Dualismus bewegt, und dieser nicht Alleinherrscher in der römischen Vorstellungswelt war. Weiter stellt sich ihm das *jus naturale*, die *obligatio naturalis*, die *cognitio naturalis* entgegen, aber er bleibt bei seinem *jus utrumque* stehen, alle Bedenken werden niedergekämpft und die Naturalobligationen als „vom positiven Recht überhaupt nicht anerkannte Schuldverhältnisse“ charakterisirt (S. 46). Es ist interessant zu sehen, wie weit sich hier Wlassak fortreissen lässt. Er schiebt dem Ulpian¹⁸⁾ den Gedanken unter, die Naturalobligation habe eine „faktische Natur“ und sieht nicht, dass der Jurist nur das *jus civile*, nicht aber das *jus* überhaupt verneint. Er behauptet, das Naturrecht der römischen Juristen verdiene den Namen eines Rechtes ebensowenig, wie die naturrechtlichen Systeme des vorigen Jahrhunderts, und wenn die römischen Juristen ein Institut auf das *jus*

¹⁵⁾ Wollen denn solche Stellen, welche *civilis* und *naturalis obligatio* nennen, die *honoraria* verneinen? Will denn Paulus in fr. 4. *pr. de reb. auct. jud.* (42, 5) verneinen, dass es neben *heredes* und *bon. possessores* noch andere *successores* gibt, die doch Gai. 3, 78. und Ulpian in fr. 20. § 13. *de her. pet.* (5, 3) ausdrücklich nennen?

¹⁶⁾ Wenn ich auf S. 2—11 richtig gezählt habe.

¹⁷⁾ Vergl. z. B. Marcian in fr. 5. § 1. *de statu hom.* (1, 5), Tryphonin in fr. 62. *pr. de usufr.* (7, 1) u. s. w.

¹⁸⁾ In fr. 41. *de pecul.* (15, 1).

naturale im Gegensatz zum *jus utrumque* gründen, so wollten sie ihm den Rechtscharakter überhaupt absprechen. Aber er weiss doch, dass mit einer Naturalobligation compensirt werden kann, Naturalobligationen beim Peculium rechtlich in Ansatz kamen, die Naturalobligation auch für den Rechtsverkehr der Sklavenwelt eine weitgreifende praktische Bedeutung hatte; der Sklave konnte sich durch Acceptilation befreien, wo der Herr nicht den Akt hätte vornehmen können.¹⁹⁾ Also rechtliche Wirkungen und doch kein positives Recht! Aus diesem Dilemma meint sich Wlassak zu retten, indem er die Wirkungen theils dem *civile*, theils dem *honorarium jus* zuweist: der Satz, dass für eine Naturalobligation eine Hypothek bestellt werden kann, soll prätorisches Recht seyn, weil die Hypothek prätorisch ist; der Satz, dass Bürgschaft (*fidejussio*) auch für eine Naturalobligation zulässig sei, soll *civiles* Recht seyn, weil die Bürgschaft *civil* ist! Ich frage meinen Gegner: hätte denn je das *Civil*-recht oder das Edictrecht auf seinem Wege und mit seinen Mitteln zu diesem Resultat gelangen können? Wl. sagt selbst, dass die Quellen einen solchen Ausspruch nirgends thun, und es müsse hier nachgeholt werden, was die römischen Juristen versäumt hätten; ihre Theorie sei ungenau und unzureichend, und die Einseitigkeit ihres Standpunktes ihnen nicht zum Bewusstseyn gekommen (S. 47—49). Ich vermag hier nur Mangel an Logik in dem Raisonnement des Tadlers der römischen Juristen zu finden, denn wenn zwei Grössen — eine *civile* und eine nicht *civile*, oder eine prätorische und eine nicht prätorische — ein *Facit* ergeben, so kann dieses *Facit* unmöglich ohne Weiteres als ein *civiles* oder als ein prätorisches prädicirt werden. Es wird also wohl dabei bleiben, dass im *jus naturale* eine dritte Region neben oder hinter dem *jus civile* und *honorarium* aufgethan ist, dass es in dieser dritten Region juristische Grössen gibt, mit denen im positiven Recht gerechnet werden kann und gerechnet werden muss, dass die römischen Juristen in klarer Erkenntniss des Neuen und Besonderen jede Grenzverwirrung vermieden und mit gutem Takt einen neuen Terminus schufen.²⁰⁾

¹⁹⁾ Ulp. fr. 8. § 4. *de accept.* (46, 4).

²⁰⁾ Das am meisten Auffallende für einen Römer musste seyn, dass auch Sklaven nun als Obligationssubjekte in Betracht kamen, also der Satz, *servus nullum caput habet*, eine Einschränkung erfuhr; an diesem Punkte kam ein Stück Persönlichkeit zum Vorschein, welches weder im *civile* noch *honorarium* zu placiren war. Es gibt also eine dritte Region: *jus naturale*, und dem entspricht der Terminus: *obligatio naturalis*. Ich

Wlassak bietet also Denkbares und Undenkbares auf, um das *jus extraordinarium* zu extirpieren. Den Namen verneint er ebenso, wie den Begriff;²¹⁾ er verneint Beides, weil es ihm nicht mit gleicher Klarheit und Unwiderstehlichkeit, wie das *jus honorarium*, aus den Quellen sich aufdrängt. Wie er die Stellen, welche sowohl den Namen als den Begriff darbieten, so lange dreht und wendet, bis sie den Schein des Einklangs mit seiner negirenden Lehre gewinnen, werden wir unten im Einzelnen zu würdigen haben.

III. Es ist bis jetzt nicht recht zu sagen, welche Aufnahme Wlassak's Opposition gefunden hat. Der Kritiker im literarischen Centralblatt ebenso, wie Baron in der kritischen Vierteljahrsschrift (XXVII, 245) scheint nach einem augenblicklichen, durch die entschiedene Sprache meines Gegners beeinflussten Eindruck geurtheilt zu haben. Anders ist der Standpunkt der Folgenden. Karlowa²²⁾ nennt das aus kaiserlichen Rechtsquellen kommende Recht *jus novum* und rechnet dazu das *jus extraordinarium*, welches nicht bloss processualer Begriff gewesen sei. G. Hartmann²³⁾ erkennt in der Lehre vom *jus extraordinarium* einen Keim von Richtigkeit; das Constitutionenrecht passe weder ganz genau unter die Schablone des alten Begriffs vom *jus civile*, noch unter die des *jus honorarium*; es sei vielmehr etwas Eigenartiges für sich und genau betrachtet in Wahrheit *generis neutrius*. Pernice schwankt;²⁴⁾ er bezeichnet die ganze Lehre vom *jus extrao.* als einen phantastischen Aufbau, den Wlassak gründlich zerstört habe;²⁵⁾ er sagt ausdrücklich, er halte, wenn dieser das *jus extrao.* rein processualisch erkläre und in den Instituten des *jus civile* und *honorarium* keinen Gegensatz zu denen des „neuen Rechts“ finde, diese Ausführungen für vollkommen schlagend und richtig; er benutzt auch diese Gelegenheit, sich gegen den Verdacht zu wahren, als sei er ein Anhänger der neuen Lehre;

empfehle Herrn Wl. das Studium des oben citirten fr. 8. § 4. *de accept.* (46, 4).

²¹⁾ S. 73.

²²⁾ Römische Rechtsgeschichte I. (1885) S. 642. (Anm. 3.) und S. 930. (Anm. 8.).

²³⁾ Gött. gel. Anz. Februar 1885. S. 150.

²⁴⁾ In seiner Abhandlung über volkrechtl. u. amtsrechtl. Verfahren i. d. röm. Kaiserzeit (Beseler-Festgabe, 1885. S. 56. Anm. 5) sagt er in Einem Athem, dass das *jus extraordinarium* kein drittes Recht neben *civile* und *honorarium*, und dass in ihm eine Anzahl von processualisch gleichartigen, materiell eigenartigen Instituten zusammengefasst sei.

²⁵⁾ Zeitschr. f. Rechtsgesch. XIX. (1885) S. 290—293.

nichtsdestoweniger macht er darauf aufmerksam, dass unsere Lehrbücher fast durchgängig, indem sie für Salär- und Honorarforderungen auf die besondere Natur dieser Verhältnisse hinweisen, „unbewusst eine ganz ähnliche wie die von Wl. bekämpfte Anschauung“ zu Grunde legen; ja er sagt dann (S. 292), man werde kaum umhin können, den Extraordinärsachen auch materiellrechtliche Eigenthümlichkeiten zuzuschreiben, es bliebe doch wohl nichts Anderes übrig, als die unzweifelhaft materiellrechtlichen Sätze, welche für die Entscheidung in Cognitionssachen maassgebend waren, als „eine Art *jus extrao.*“ zu bezeichnen, und Wl. komme selbst in diese Richtung, wenn er z. B. dem Fideicommissrecht unter den ersten Kaisern eine honorarische Qualität, aber nicht im Sinne des *jus praetorium* beilege. Man sieht, Pernice scheut sich vor der Zumuthung, „das neue Dogma mit Haut und Haaren anzunehmen“ (S. 291) — als ob bei dem Auftauchen einer neuen Lehre eine solche Zumuthung je vernünftiger Weise an Vernünftige gestellt würde —, Widersprüche in Einem Athem scheut er nicht; so endet er (S. 293) mit einem *non liquet*.

§ 53.

III. Die Vorstufen des neuen Systems.

I. Ich muss, wenn ich daran gehe, das *jus extrao.* als ein neues und eigenes System nachzuweisen, sofort auf den Einwand gefasst seyn, dass eine solche Schöpfung sich nicht wohl unvorbereitet, d. h. ohne nachweisbare Vorstufen, vollzogen haben könne;¹⁾ am allerwenigsten dürfte es dem konservativen Stetigkeitssinne der Römer entsprochen haben, unvermittelte Schritte in das Neue zu thun und sprunghaft fortzuschreiten. Wir sind demgemäss vor die Frage gestellt, ob uns die römische Rechtsgeschichte solche Vorstufen aufzeigt. In der That, sie sind vorhanden,²⁾ und es gilt nur, Bekanntes in diesen Zusammenhang und in rechtes Licht zu rücken.

¹⁾ Auch dem *jus honorarium* hat es sicherlich an Vorstufen nicht gefehlt, sie liegen freilich in Nebelferne. Nur von einer wissen wir etwas, ich meine die von Gaius (4, 32) erwähnte *actio ficticia*, welche auf der Grundlage einer *legis actio* formulirt wurde.

²⁾ Nicht schon in der *lex Atilia* und *Julia Titia*, wie mir (Excursus, 2. Aufl. S. 379) Wlassak als Meinung unterschiebt. Wie konnte ich vernünftiger Weise von einem *jus extrao.* im 2. Jahrh. v. Chr. reden wollen? Ich habe es auch nicht gethan, sondern nur die Entwicklung der

Auch hier, wie so oft, finden wir uns gemahnt, die römische Rechtsgeschichte nicht von der socialpolitischen Geschichte Roms zu trennen. In dieser tritt uns ein gar gewaltiger andauernder Gährungsprocess entgegen, anhebend mit der Gracchischen Agitation und mit der Geburt des Imperatorenthums abschliessend. Ist das bloss eine sociale, eine politische Gährung gewesen, und hat das Imperatorenthum, welches soweit über das Maass aller publicistischen Verhältnisse, Ordnungen und Organe der bisherigen Republik hinauswächst, keine Parallele im *jus privatum* gehabt? Es wäre einem Wunder gleich zu achten, wenn nicht auch hier das *publicum* und *privatum jus* Hand in Hand gingen. Man wird sich also nicht wundern, Etappen zu erkennen, welche der römische Geist in seinem Wandlungsprocesse durchläuft, und Vorboten des neuen Gedankens schon im letzten Jahrhundert vor Augustus zu treffen; ebensowenig aber wird man sich wundern, in der ersten Kaiserzeit noch republikanische Reminiscenzen und Nachklänge zu finden, wo der neue Gedanke immer mächtiger durchbricht, und nur mühsam und schlau noch die absterbenden Formen gewahrt werden. Ich unterscheide eine erste und eine zweite Vorstufe: die erste ist noch republikanisch im vollen Sinne, die zweite gehört der Augustisch-Tiberischen Zeit an, in welcher es galt, ein dauerhaftes Compromiss mit dem republikanischen Legitimus zu Stande zu bringen. Eine so neue und so bedeutende Masse, wie das *jus extrao.*, springt nicht mit einem Male fertig aus der Tiefe, sondern bereitet sich stossweise vor, entwickelt sich gleichsam unterirdisch und ist anfangs noch latent in der älteren Schicht.

II. Es wäre der Mühe werth, nachzuforschen, wo und wie die mit der Gracchenzeit beginnende Aufwühlung der römischen Bürgerschaft auf die Um- und Fortbildung des römischen Privatrechts eingewirkt hat, z. B. ob der Eintritt des Ritterstandes in die Richterlisten den neuen hellenistischen Ideen, den von den Speculanten in den Provinzen aufgesogenen Anschauungen Bahn gemacht und das Publikum auf den Bruch mit der nationalen Tradition vorbereitet hat. Ich will hier nur auf zwei zweifellose und hervorragende Erscheinungen dieser Umsturzperiode hinweisen: die *lex Falcidia* und die *querela inofficiosi testamenti*, welche bekanntlich ungefähr gleich-

Tutel im Umriss gegeben, um daran das Extraordinäre zu knüpfen, was sich dann in dem Kompetenzgebiet des *Praetor tutelaris* zeigt. Es kam wohl darauf an, meine Lehre auf jede Weise zu discreditiren. S. Wlassak S. 61. 62. 70.

zeitig und vielleicht auch nicht ohne Zusammenhang sind. Es liegt mir um so näher, diese herauszugreifen, weil sie beide dem Erbrecht angehören, wo die Römer von jeher den Schwerpunkt ihrer angeerbten Rechtsanschauung hatten, der Kampf des Alten mit dem Neuen besonders hart war, und auch das *jus extrao.* der Kaiserzeit dann sich eine seiner wichtigsten Domänen erkämpfte.

1. Um den einschneidenden Satz der *lex Falcidia* v. J. 40 v. Chr. recht zu verstehen, muss man rechtsgeschichtlich weiter zurückgreifen. Die *lex Licinia Sestia* ist ebenso interessant für das Privatrecht, wie für das Staatsrecht, denn in jener Beziehung beschränkte sie die Machtfülle des römischen *paterfamilias*, welche das Fundamentalprincip, die Centralidee des nationalrömischen Rechts war, in dieser Beziehung führte sie zu einer Beschränkung der Machtfülle des römischen Magistrats durch Abtrennung der Justiz von der Regierung, welche sich mit der Errichtung der Prätur vollzog. Was die privatrechtliche Seite jenes Plebiscits anlangt, so war das Neue dies, dass hier zum ersten Male der privatrechtlichen Souveränität des *paterfamilias* eine Schranke gezogen wurde, das Charakteristische aber dies, wie die Schranke gezogen wurde, denn nicht direkt, sondern nur indirekt wagte man einzuschränken;³⁾ in dem Kapitel *de modo agri et pecoris* wird die Uebertretung nicht mit Einziehung (Expropriation) belegt, sondern nur eine Geldstrafe (*multa*) angedroht, Eigenthum und Besitz also bleiben unangetastet, der unabhängige Vermögenswille bleibt unabhängig, der Römer bleibt formell Souverän in seinem Privatbereich.⁴⁾ Auf demselben Boden steht dann die *lex Cincia* (204 v. Chr.), welche, wie es scheint, nicht dem Eigenthümer verbot, zu schenken, d. h. zu veräußern, sondern nur dem Anderen, Schenkungen anzunehmen: *capere ne liceto*;⁵⁾ auch sprach sie weder Nichtigkeit des Veräußerungsaktes, noch Strafe aus. Ebenso die *lex Furia testamentaria*, welche zufolge Gaius 2, 225 *plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa*

³⁾ Vergl. Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. § 8. (S. 18) u. § 21. a. E.

⁴⁾ Rudorff (Röm. Rechtsgesch. I. § 15.) hat das mit Recht betont.

⁵⁾ Fragm. Vat. (§ 298) haben zwar die Worte *donare capere liceto*, aber das *donare* ist hier sicherlich späterer Zusatz; Ulpian (Fragm. § 1.) zeigt hier eine Lücke. Für die Ansicht im Text spricht 1) die Zusammenstellung mit der *lex Furia*, welche nur das *capere* verbot, in fr. Vat. § 301; 2) der Umstand, dass die Verbindung von *donare* und *capere* ein Superfluum enthält und ein späterer Zusatz des *donare* eher erklärlich ist, als der des *capere*; 3) der Charakter des Plebiscits als einer *imperfecta lex*; 4) die gleiche Umgestaltung des Wortlauts bei der *lex Furia* durch Varro.

capere verbot und gegen den Empfänger die *manus injectio pura* gewährte.⁶⁾ Ebenso die *lex Voconia* (169 v. Chr.), welche zufolge Gai. 2, 226 bestimmte: *ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent*.⁷⁾

Den Inhalt der *lex Falcidia* (40 v. Chr.) dagegen referirt Gaius (2, 227) mit den Worten: *ne plus ei legare liceat quam dodrantem*.⁸⁾ Hierin wendet sich der Gesetzgeber an den verfügenden *paterfamilias*, dessen Testirfreiheit er beschränkt, und es ist nunmehr auch im Wortlaut ausgedrückt, dass der alte Zwölftafelsatz *ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur* (Gai. 2, 224) gebrochen sei; nicht mehr indirekt, sondern direkt ist der Testirfreiheit, der erbrechtlichen Selbstherrlichkeit des Römers eine Schranke gezogen, und jener Weg beschritten, auf welchem dann Augustus mit der *lex Fufia Caninia* weiter ging; mit Recht weist Gaius, nachdem er die *Falcidia* genannt, sofort auf die *Fufia* hin, welche nach des Gaius Ausspruch gleichfalls *nimiam licentiam compepsit*. So ist der *lex Falcidia* der Stempel der Revolution aufgeprägt: geboren aus dem Schooß des Bürgerkriegs, beweist sie eine Umwälzung in der Anschauungswelt der Römer, welche sich jetzt darin finden, mit geweihten Ueberlieferungen erklärtermaassen zu brechen.

2. Eine Schwester jener *lex Falcidia* ist die Inofficiositätsquerel aus der gleichzeitigen Praxis des Centumviralgerichts, welches noch tiefer in das bisherige System einschneidet. Auch diese Praxis statuirte im Widerspruch mit dem Testamente eine *debita portio*, gleichfalls den vierten Theil der (*ab intestato* deferirten) Erbschaft; aber hier galt es nicht, einen Testamentserben gegenüber dem Legatar, sondern einen Intestaterben gegenüber dem Testamentserben zu sichern, was anfangs als ein unerträglicher Eingriff in altes Recht empfunden worden seyn mag, und man sieht es der mühsamen und wunderlichen Fiction (*color insaniae, quasi non sanae mentis*) an,

⁶⁾ Gai. 4, 23. Auch hier braucht der Jurist constant das Wort *capere*, und Ulpian (Fr. 28, 7) stimmt ganz damit überein. Dennoch bedient sich Varro *De vita populi Rom.* 3. (ungenau) der Wendung: *cautum, ne quis legaret causave mortis donaret supra asses mille*.

⁷⁾ Womit Cic. *de leg.* 2, 20 a. E. übereinstimmt, während von den ersten 2 Kapiteln der *lex Voconia* die Worte *ne quis heredem virginem neve mulierem faceret* (bei Cicero in Verr. 1, 41) und *ne liceat mulieri nisi dimidiam partem bonorum dare* (bei Quintil. Decl. 264) vorkommen; vielleicht auch nur Laien-Wendung.

⁸⁾ Ebenso *pr. J. de lege Falc.* (2, 22) und Ulp. Fr. 24, 32.

dass es ausserordentlicher Mittel bedurfte, um dem neuen Satze Bürgerrecht im römischen Kopfe zu erwirken.⁹⁾ Auch die Konsequenz des Satzes: Möglichkeit der Concurrenz der gesetzlichen mit der letztwilligen Berufung, zeigt das Ausserordentliche des gewagten Schrittes, und es mag wohl der ganzen Erregtheit jenes an Bürger- und Familienuntergang so reichen Zeitalters in Erbschaftsangelegenheiten bedurft haben, um eine solche Neuerung zu ermöglichen und einzubürgern. Wie ein Keil hat sich das Inofficiositätsprincip in das Erbsystem eingedrängt und hat zweifelsohne dem Incapacitäts- und Indignitätsprincip vorgearbeitet. Man sieht: zur Zeit des Falcidischen Gesetzes lag noch kein System vor, die Inofficiositätsquerel war ein Unicum, ein vereinzelteltes Wagniss; darum hat man sie wohl auch noch ohne Bedenkung im *jus civile* untergebracht. Systematisch den alten *ordo juris* zu brechen, blieb der Kaiserzeit vorbehalten, als die Resultate der Revolution konstante Formen gefunden hatten; aber in jener Querel lebt schon Etwas vom Geiste des *jus extraordinarium*,¹⁰⁾ und dass man sich des Ausserordentlichen bewusst war, zeigt auch der Name *querela* statt *actio*, welchem wir dann auf klassischem Rechtsboden nur noch bei Sklavensansprüchen, also im eigentlichen Gebiet des *jus extrao.*,¹¹⁾ begegnen.

III. Auch die Kaiserzeit räumt nicht sofort mit den alten legitimen Formen juristischen Schaffens auf und bedient sich mehrmals, wo sie Neues schaffen will, der republikanischen Gesetzgebungsform. So müssen wir dieses Neue noch formell zum *jus civile* rechnen,¹²⁾ allein materiell liegt hier ein Bruch mit der bisherigen Rechtsordnung vor. Ich nannte die Inofficiositätsquerel einen Keil,

⁹⁾ Die Falcidische Neuerung war insofern eine leichtere, als der letzte Wille hier gewissermaassen aus sich selbst corrigirt, das Legat zu Gunsten der Erbeinsetzung beschnitten wurde. Bedenklicher musste es erscheinen, den Intestaterben auf Kosten des Testamentserben zu begünstigen, denn das bedeutete einen Bruch mit der Prærogative des *testamentum* vor der *lex*. Darum wohl schlich sich dieses Neue auf dem stillen, der politischen Debatte mehr entrückten Wege der Centumviralpraxis ein und ward gleichsam wie ein Mantelkind eingeschmuggelt unter einer der seltsamsten Masken, die je ein Rechtssatz vor sein Antlitz bekommen hat. Mit der revolutionären Formel: Wahnsinnsanwandlung im Testiraugenblicke, half man sich im Zeitalter der Revolution über die Schwierigkeit hinweg.

¹⁰⁾ Ich verwahre mich ausdrücklich dagegen, als ob ich die Querel wirklich zum *jus extraordinarium* gerechnet wissen wollte.

¹¹⁾ s. oben § 41. II. und unten § 65. a. E.

¹²⁾ Ich weiche hierin von Rudorff ab.

welcher in den traditionellen Organismus hineingetrieben wurde; mit demselben Namen möchte ich die grosse gesetzgeberische Socialreform belegen, welche unter August's Auspicien zur Belebung und Reinhaltung des Römerbluts nach den heftigen Kämpfen mehrerer Decennien durchgesetzt wurde; eine der grössten Thaten des ersten Kaisers,¹³⁾ die aber mit fast allen römischen Traditionen im grellsten Widerspruch stand. Die Grösse des Widerstands in Senat und Comitien entsprach ganz der Macht der Tradition, welche hier zu brechen war, und dass die sociale Neuerung auch eine juristische war, erkennt man sofort an den neuen Rechtsbegriffen der Incapacität und Indignität, welche in das erbrechtliche Begriffssystem tief hineinschnitten und die Wissenschaft des Rechts, indem sie ihr neue Probleme stellten, mächtig anregten.

Wenn i. J. 4 n. Chr. die *lex Julia de maritandis ordinibus* den beharrlichen *caelibes* die testamentarische Erbfähigkeit nahm, den *orbi* einschränkte, und die *lex Aelia Sentia* die gewöhnliche Freilassung von jugendlichen Sklaven durch jugendliche Herren für unwirksam erklärte; wenn zwei, bez. vier Jahre später die *lex Julia vicesimaria* die Erbeinsetzungen und Legate mit einer Erbschaftsteuer (*vicesima*) beschwerte, und die *lex Fufia Caninia* die Freilassung durch Testament beträchtlich einschränkte: so musste den alten Römern, die in der freien Bewegung des Testirwillens ihren privatrechtlichen Himmel zu besitzen und sich gleichsam in die Zukunft zu schwingen meinten, das Firmament zu wanken scheinen, und man wird sich nicht wundern, dass hier zum ersten Male uns in der römischen Literatur der Ausdruck *jus antiquum*¹⁴⁾ und *novum*¹⁵⁾ begegnet, womit die alte und neue Zeit in Gegensatz gestellt wurden, und dass Gaius (1, 145) im Gegensatz zur *lex Julia et Papia* von *Veteres* spricht.¹⁶⁾ Nun konnte es geschehen, dass ein

¹³⁾ Man muss sie, um sie zu würdigen, mit heidnischem Maassstab messen; eine durch das Christenthum geläuterte Moral und Politik gab es damals noch nicht, das Heil des Reichs hing zunächst vom Römerthum ab, welches durch die Bürgerkriege bis an den Rand des Vernichtungsabgrunds getrieben war.

¹⁴⁾ Gai. 3, 43. 44. Ulp. 24, 31; 17, 3. 18.

¹⁵⁾ Pomponius unterscheidet *leges novae* und *Seta* (fr. 11. *de suis* 28, 16), auch Paulus spricht von *lex nova* (fr. un. *de cond. ex lege* 13, 2), und einmal zählt er sogar die *Seta* zu den *leges novae* (fr. 7. *pr. de cap. min.* 4, 5), während Ulpian in fr. 1. § 8. *ad Set. Tertull.* (38, 17) *novae delationes ex lege* und *ex Seto* unterscheidet.

¹⁶⁾ Wenn Ulpian (22, 19) die *lex Junia Velleja* dem *jus civile* gegen-

Römer mit *testamentifactio* doch nicht erben durfte, dass der Staat sich der Erbschaft auf Kosten der Bedachten bemächtigte und die Eröffnung der Testamente in seine Hand nahm; vielleicht dass man nun auch von einer *bonorum possessio* auf Grund einer *lex (Papia Poppaea)* sprach,¹⁷⁾ und man musste sich darein finden, dass einem *indignus*, welcher Erbe geworden war, die Erbschaft wieder entzogen wurde.

Es dürfte richtig seyn, in diesem Zusammenhange endlich auf zwei spätere, die letzten wichtigen *leges* hinzuweisen: unter Tiberius die *lex Junia Norbana* (19 n. Chr.), welche die Quelle einer neuen Art Latinität wurde, und unter Claudius eine *lex Claudia* (um 50 n. Chr.), welche den zuerst in der *lex Julia de mar. ord.*¹⁸⁾ auftretenden Gedanken einer Emancipation der Frauen weiterführte, indem sie die ganze Agnatentutelage für Frauen abschaffte.¹⁹⁾ Offenbar traten auch diese Neuerungen aus dem Rahmen der traditionellen Rechtsanschauung so erheblich heraus, dass sie nicht mehr ohne Weiteres auf Eine Linie mit dem *antiquum jus* gestellt werden dürfen.²⁰⁾

Seitdem verlieren sich die *leges* vom Schauplatz der Rechtsfortbildung, und es sind namentlich *Senatusconsulta*, welche an ihre Stelle tretend die gesetzgeberische Aufgabe übernehmen. Dieser Uebergang zeigt sich zunächst darin, dass der Inhalt der oben aufgeführten *novae leges* durch *Sceta* erweitert und gegen Umgehungen gesichert wird; zahlreiche *Sceta* des ersten Jahrhunderts der Kaiserzeit, namentlich unter und seit Claudius, beziehen sich in diesem Sinne auf die *lex Julia et Papia*, *Aelia Sentia*, *Fufia Caninia*, wie denn auch andere alte Gesetze, z. B. *lex Cornelia de sicariis, de falsis*, *lex Fabia de plagiariis*, *lex Julia repetundarum*, neue Zusätze durch *Sceta* erhalten.

überstellt, so meint er damit keinen anderen Gegensatz, als den obigen; übrigens steht diese Gegenüberstellung der Momen'schen Zeithypothese entgegen.

¹⁷⁾ *Tit. Dig. ut ex legibus senatusve consultis bon. possessio detur* (38, 14).

¹⁸⁾ Befreiung der kinderreichen Frauen von der Geschlechtstutelage. Gai. 1, 145. 194.

¹⁹⁾ Gai. 1, 157. 171.

²⁰⁾ Wenn auch nicht formell, so doch materiell könnte man sie daher dem *jus extraordinarium* anreihen. Wir befinden uns hier auf der Grenzlinie, wo wir mit dem abstracten Schema der Logik nicht mehr ausreichen.

§ 54.

IV. Phantasien.

I. Wir treten nunmehr von den gezeichneten Vorstufen aus in die Region des eigentlichen *jus extraordinarium* ein. Bevor wir aber die Quellen, welche hier in Frage kommen können, reden lassen, wird es gut seyn, die positiven Resultate uns zu vergegenwärtigen, zu welchen Wlassak im Verfolg seiner Opposition gelangt ist. Er durfte sich ja nicht begnügen, zu negiren; was ist seine Position? Von seinem Angriff auf das *jus naturale* sprach ich schon;¹⁾ es sollte einmal gar kein Recht seyn, und sodann, was doch an rechtlichem Stoffe an oder in ihm zu finden sei, das habe man theils im *jus civile*, theils im *jus honorarium* unterzubringen. Ich entgegnete, dass dieses Resultat absolut unhaltbar sei, weil es im Widerspruch mit den Quellen ebenso, wie mit der Logik stehe. Nicht viel besser verhält es sich mit den übrigen Resultaten. Sie zeigen uns ein Gewebe von Hypothesen und Halbheiten, Auflehnungen gegen die Quellen und Anschuldigungen römischer Juristen.

1. Sowohl die Argumentation aus den Quellen, als auch die Bekämpfung derselben wimmelt von Hypothesen; fast auf jedem Schritt und Tritt seiner mühselig fleissigen Operation bedarf Wl. einer Hypothese, ohne die man sich in die Luft gestellt sieht:²⁾ es kann nicht förderlich seyn, in diesem losen Gewebe herumzustochern. Nur das Eine beweist meines Gegners Arbeit, dass über den Entwicklungsstufen des kaiserlichen Rechts noch tiefe Schatten liegen, dass aller Wahrscheinlichkeit nach die *Sceta* und *Constitutiones* von vielleicht schmalen Anfängen aus allmählich zu immer entschiedenerer Autorität durchgedrungen sind, und dass hier zu Zeiten verschiedene Auffassungen der politischen und juristischen Parteien mit einander gerungen haben. Das Alles aber wussten wir schon bisher, wenn auch im Einzelnen die (mehr beiläufigen) Aeusserungen von Mühlenbruch, Guyet, v. Savigny, Böcking, Rudorff nicht unbeträchtlich auseinander gehen.

2. Wlassak stellt nicht in Abrede, „dass die unter die Rubrik *jus extraordinarium* gestellten Institute in gewissen Grundzügen übereinstimmen“,³⁾ er erklärt auch meine Behauptung für richtig,

¹⁾ s. § 52. II.

²⁾ Hypothesen, mit denen operirt wird, finden sich auf S. 104. 112. 130. 135. 136. 139. 141. 143. 145. 160. 172. 181. 188.

³⁾ S. 62.

dass in diesen Instituten „eine principielle Deviation von der nationalen Bahn des Römerrechts“ zu erkennen sei; endlich gibt er zu, dass „die Abweichungen von den nationalen Rechtsprincipien unter den Kaisern bedeutender und zahlreicher sind, als in früherer Zeit“. 4) Aber er meint, hier handle es sich lediglich um einen graduellen, nicht principiellen Unterschied; er findet also wohl auch nur einen graduellen Unterschied zwischen der rein republikanischen und der imperatorischen Staatsverfassung, worauf die constante Bezeichnung des Kaisers als eines „Staatsbeamten“ hinzuweisen scheint. 5) Die grosse geschichtliche Bewegung, der merkwürdige Umschwung, welcher durch Caesar, Augustus und Tiberius herbeigeführt wurde, ist ihm nur ein Verhältniss von Plus und Minus, hat nichts wesentlich Anderes als bisher gebracht, nicht ein neues System zu Tage gefördert! Das heisst denn doch, die Weltgeschichte nach einer doctrinären Schablone modeln und den weiterwachsenden Körper des römischen Rechts in ein verhängnissvolles Prokrustesbett (*jus utrumque*) spannen!

3. Von den Quellen, aus welchen ich das *jus extrao.* hervor- gehen lasse, behandelt Wl. zunächst die *Senatusconsulta*. Und wie bringt er diese in seinem Schema unter? Er behauptet im Princip die civile Qualität des senatorischen Rechts und hilft mit einer Modification nach, indem er hinzufügt: „Der Senat kann *jus civile* erzeugen, und er hat von dieser Befugniss in aller Regel auch Gebrauch gemacht, obgleich es ihm natürlich (!) auch freistand, Recht von principiell minderer Geltung zu schaffen“. 6) Mein Gegner denkt hier an prätorisches Recht, welches „copirt“ worden, und er sagt, ein ganz sicheres Beispiel einer durch *Senatusconsult* aufgestellten Rechtsnorm, die doch nur *juris honorarii* seyn sollte, biete das *Scutum Trebellianum*. Wlassak gewinnt allerdings durch diese Annahme Uebereinstimmung mit seiner Auffassung des Singularfideicommissrechts als einer Art prätorischen Rechts; er braucht Universal- und Singularfideicommiss nicht auseinander zu reissen. Darum nimmt er auch die Behauptung Eisele's und Lenel's, dass der Fideicommissar *honorarius successor* sei, ohne Weiteres für bewiesen an; 7) aus der Abweisung des altcivilen Erbprincips schliesst er

4) S. 63.

5) Hierüber s. unten § 68. I.

6) S. 100.

7) Obwohl in den betr. zwei Stellen das Wort *ceteri* recht wohl auf den vorhergeh. *honorum possessor* bezogen werden kann. Vergl. unten § 62. II.

harmlos auf *jus honorarium*, indem er ein Drittes eben von vorn- herein verneint, und den Senat charakterisirt er als eine Quelle, welche bald civiles, bald prätorisches Wasser, je nach Bedürfniss, entströmen lässt. Das ist bequem, aber nicht römisch. Es handelt sich hier — wohlzumerken! — nicht um Anerkennung der von Wl. aufgestellten und von mir vollkommen gebilligten Kategorie eines „secundär-prätorischen“ Rechts, 8) sondern um den Satz, der Senat hätte ganz nach freier Entschliessung bald civiles, bald prätorischen Rechtsstoff schaffen können. Wenn Wl. dieses Resultat seiner Erwägungen mit dem Worte „natürlich“ bezeichnet, so gestehe ich einfach, das nicht zu fassen.

4. Einen anderen Ausweg aus seinem Dilemma, in welches er sich mit der Absolutheit des *jus utrumque* getrieben sieht, sucht Wl. bei dem Constitutionenrecht. 9) Er führt aus, dass selbiges dem durch Lex entstandenen gleichgeachtet und demgemäss als *jus civile* anerkannt worden sei, und dass diese Theorie der römischen Juristen, welche schon unter Hadrian die herrschende gewesen, unter den folgenden Kaisern immer mehr an Boden gewonnen habe, ja es sei überhaupt kein gegentheiliges Zeugniss aus früherer oder späterer Zeit erhalten. 10) Also die Jurisprudenz der Römer rechnete das Constitutionenrecht zum *jus civile*; aber sie befand sich, sagt Wl. weiter, im Irrthum: nicht an *jus civile*, sondern *honorarium* müssten wir denken. „So wenig — sagt Wl. 11) — die Prätores ihres *jus edicendi* wegen von der Verfassung als Gesetzgeber anerkannt waren, ebensowenig dürfte dies vom Princeps behauptet werden. Dagegen wird es keinem Bedenken unterliegen, die Kaiser als Urheber einer Art honorarischen Rechts zu betrachten, in ähnlichem Sinne, wie die Prätores, mag auch der Princeps von den alten Schriftstellern nirgends ausdrücklich zu den Magistraten gezählt, und das von ihm gesetzte Recht niemals als *jus honorarium* bezeichnet werden“.

Ich bitte hier ausdrücklich, zu bemerken, dass Wl. nicht bloss sagt, das Constitutionenrecht sei niemals von den römischen Juristen als *jus honorarium* bezeichnet, sondern, es sei immer als *jus civile* anerkannt worden. Und dennoch beharrt er dabei, es sei in Wahr-

8) s. unten § 59.

9) Auch hier wieder handelt es sich bei unserer Frage nicht um das sogen. secundär-prätorische Recht. Wl. S. 106—108.

10) S. 112. 186—188.

11) S. 165. Vergl. S. 187.

heit kein *jus civile*, auch nichts Drittes, sondern eben „eine Art honorarisches Recht“. So bringt er denn richtig diese neue Erscheinung in dem alten Rahmen des *jus utrumque* unter, und den Klassikern wird vorgeworfen, dass sie eine streng genommen unrichtige Lehre von der Gesetzeskraft der Constitutionen gehabt hätten.¹²⁾

Seine Theorie specialisirt Wl. am Fideicommissinstitut. Er sagt: „Die äussere Geschichte der Fideicommiss hat die grösste Aehnlichkeit mit dem Entwicklungsgange, den die meisten Klagen des prätorischen Rechtes aufweisen“. „Jedenfalls ist darüber kein Zweifel möglich, dass sich die Grundregeln für das neue Institut in der Cognitionalpraxis der ersten Kaiser und ihrer Delegirten feststellten und nur da zur Erscheinung gelangten, m. a. W., dass das Recht der Fideicommiss der *Jurisdictio* des Princeps seine Entstehung verdankt, ebenso wie das *jus praetorium* der Gerichtsgewalt des Prätors.“¹³⁾ Wenn das so war, sollte es nicht von den römischen Juristen bemerkt und gewürdigt worden seyn? Wie also geriethen sie auf den Irrweg, dass sie Civilrecht annahmen im Widerspruch mit dem Honorarkarakter? Wl. weiss auch dafür Rath: das Irrlicht, welches sie verleitete, war die *lex regia de imperio*, denn auf diese *lex* stützten Pomponius, Gaius und Ulpian die Gesetzeskraft der Constitutionen;¹⁴⁾ in der That schein auch die genannte *lex* dem Princeps ein Verordnungsrecht im denkbar weitesten Umfang eingeräumt zu haben.¹⁵⁾

Freilich geräth Wl. an diesem Punkte sofort in eine neue Schwierigkeit, denn er ist aufrichtig genug, einzugestehen, dass die *lex regia* jene Theorie der Klassiker in Wirklichkeit gar nicht enthalte und die Verordnungen des Princeps der *Lex* nicht gleichstelle.¹⁶⁾ Die Erklärung, zu welcher er nunmehr seine Zuflucht nimmt, ist eine doppelte: erstens weil die Kaisererlasse thatsächlich unbeschränkt galten, genau (?) so wie *jus civile*, so hätten die Klassiker die Praxis im Auge habend, wenn auch im Widerspruch mit den Grundsätzen des Staatsrechts, die Kaisererlasse zu den Quellen des Civilrechts gestellt; zweitens sei zu vermuthen, dass die Juristen der Severischen Zeit versucht hätten, durch tendenziöse

¹²⁾ S. 175.

¹³⁾ S. 168. 169.

¹⁴⁾ S. 110. 179.

¹⁵⁾ S. 179.

¹⁶⁾ S. 180.

Auslegung der *lex regia* an die Stelle der Augustischen Verfassung die absolute Monarchie zu setzen und dem entsprechend das Verordnungsrecht des Princeps umzubilden zur gesetzgebenden Gewalt.¹⁷⁾

Ganz abgesehen davon, dass hier wieder mit einer ziemlich luftigen Hypothese operirt wird, ist zu rügen, 1) dass dabei unbeachtet bleibt, dass nicht erst Juristen der Severischen Zeit, sondern schon ältere, wie Pomponius und Gaius, die *lex regia* anführen,¹⁸⁾ und 2) dass es doch beinahe haarsträubend ist, der ganzen Elite der juristischen Klassiker eine solche Inkorrektheit, Oberflächlichkeit und Laienhaftigkeit imputirt zu sehen und folgende Sätze fast unmittelbar nach einander zu lesen: „Meines Erachtens ist ein Widerspruch vorhanden, der sich in keiner Weise hinwegdisputiren lässt. Man wird zugeben müssen, dass die Lehre der Klassiker in der That unrichtig oder mindestens ungenau ist“¹⁹⁾ — und „Von diesem Gesichtspunkte aus (nämlich: Thatsächlichkeit der Geltung) war es durchaus gerechtfertigt, civiles, nicht bloss honorarisches Recht aus den kaiserlichen Verordnungen hervorgehen zu lassen, da deren fortdauernde Gültigkeit faktisch nur ausnahmsweise²⁰⁾ in Frage gestellt war“.

II. Mir scheint, dass mit dieser Methode Alles in die römische Rechtsgeschichte hinein und Alles aus ihr heraus disputirt werden kann, und dass, wenn mein Gegner mit seinen Beschuldigungen der Klassiker Recht hätte, wir diesen unglücklichen Männern auf keinem Schritt und Tritt mehr trauen dürften. Deutlich genug zieht Wl. selbst das Facit mit folgenden Worten:²¹⁾ „Die von den Klassikern vorgetragene Quellentheorie ist unvereinbar mit dem, was wir von der staatsrechtlichen Stellung des Princeps ausgehend und Mommsen folgend über die Geltung des Constitutionenrechts behauptet haben. Dieses hat nach unsrer Ansicht nicht *legis vigorem* und ist seiner Natur nach bloss honorarisches Recht“. Wir sehen: Nach meines Gegners Theorie haben sich die Klassiker im Widerspruch mit dem Staatsrecht so gut, wie mit dem Privatrecht befunden.²²⁾ Das sind

¹⁷⁾ S. 188. 189.

¹⁸⁾ Wl. hat dies selbst oben bemerkt, hier aber ganz ausser Acht gelassen.

¹⁹⁾ S. 187. a. E.

²⁰⁾ Hier (S. 190) ist ein wenig gekürzt.

²¹⁾ S. 187.

²²⁾ Es ist nicht immer leicht, in Wlassak's lebhaften Erörterungen die Gedankenkette festzuhalten; mehr wie einmal unterbricht er sich und

Nothanker, wie sie kaum kläglicher gedacht werden können; mit diesem Facit hat Wl. selbst sich und seine Theorie verurtheilt; an dem Werth seiner Position lässt sich der Werth seiner Negation ermesen. Oder meint er etwa, dass Mommsen alle römischen Juristen aufwiegt?

Jenes Absprechen über die römischen Klassiker ist gewiss ein gar origineller Gedanke und vielleicht das Aufblitzen ganz modernen Selbstbewusstseyns, welches auf moderne Menschen einen Reiz ausüben mag, mit welchem auch der souveräne Ton des Abkanzeln einer ganzen Reihe älterer Juristen der Neuzeit trefflich im Einklang ist. Ob aber auf solchem Wege der Ernst der Arbeit und die Klarheit der Ergebnisse gesichert ist, bleibt der Erwägung werth. Wlassak lässt uns vor dem grossen Räthsel rathlos: wie die Spaltung des neuen Rechts der Kaiserzeit in civiles und honorarisches Recht vereinbar sei mit dem grossen einheitlichen Zug, welcher durch die ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit geht und das Recht des Weltreichs zu einem Weltrecht erhebt? Setzt sich dieses Weltrecht wirklich nur aus zwei Hälften der alten Zeit zusammen? Ist das viele und bedeutende Neue, welchem wir in der Kaiserzeit begegnen, wirklich nur eine Potenzirung des alten Materials? Ist das viele und bedeutende Neue wirklich nur Einzelnes, ohne Zusammenhang empfunden, gewollt und gedacht? Wie unglaublich ist doch das für die gründlichen Kenner der Kaiserzeit!

§ 55.

V. Die Aussprüche der römischen Juristen.

I. Jenem Chaos von Willkürlichkeiten und Widersprüchen gegenüber, in welchem meines Gegners Lehre mündet, ist doch das *jus extraordinarium* Rudorff's wie ein erlösendes Wort; es macht aus dem Chaos einen Kosmos. Der Lehre, dass der Senat civiles, der Kaiser honorarisches Recht geschaffen habe, stellt sich die Lehre entgegen, dass Senat und Kaiser weder civiles, noch honorarisches Recht schufen, sondern eine Schöpfung *extra ordinem* hervorriefen,

schiebt Zwischenglieder, Episoden der Betrachtung, ein. So ist es z. B. nicht immer klar, wo er und in wie weit er von seinen Kategorien des secundär-honorarischen Rechts Gebrauch macht, wo er vom Interpretiren und wo er vom Schaffen von Rechtssätzen, handelt. Aber ich denke doch, kein wesentliches Glied in meinem Referat übergangen und jedes an rechter Stelle präsentirt zu haben.

d. h. eine neue Schicht ausserhalb der mit dem alten System organisch konnexen und nun im Wesentlichen abgeschlossenen Ordnung, neben und nach den zwei Schichten dieser Ordnung: eine Tertiärschicht über der Primär- und Sekundärschicht.

Unsere Thesis ist: Senat und Kaiser schufen nicht eigentliches Civilrecht und nicht eigentliches Ediktrecht, sondern ein Drittes, welches wir *jus novum* oder *jus extraordinarium* nennen wollen. Man kann ja vielleicht sagen: das senatorische Recht sei dem *jus civile* näher verwandt, das kaiserliche Recht gewissermaassen dem *jus honorarium* benachbart; aber genau angesehen, erkennen wir da weder *jus civile*, noch *jus honorarium* — wie denn ja der Senat nicht die alten Comitien, und der Augustus nicht ein *magistratus* im alten Sinne ist,¹⁾ — sondern eine dritte Art, eine neue Schicht des Rechts; es ist ein Recht, welches aus anderen Quellen kommt und einen anderen Geist athmet, als das alte, welches von Sabinus in seinem Compendium des *jus civile* und von Labeo in seinem grossen Ediktskommentar zusammengefasst war. Ist es nun berechtigt, wenn man diese dritte Rechtsschicht *jus extraordinarium* nennt, oder ist das eine so bodenlose Behauptung, wie es Wlassak glauben machen will? Lassen wir die Quellen reden, zuerst einige nichtjuristische, dann die juristischen.

II. M. Varro: *Primum ponit, qui fuerint, per quos more majorum senatus haberi soleret, eosque nominat Dictatorem, Consulem etc.; neque alii praeter hos, jus fuisse dixit facere Scitum . . . Addit deinde extraordinario jure*²⁾ *Tribunos quoque militares,*

¹⁾ s. unten § 67—69.

²⁾ Wir können selbstverständlich diesen Ausdruck nicht schlechthin identificiren mit der von uns behaupteten späteren Kategorie; es gilt auch hier, nicht dialektisch und sophistisch, sondern geschichtlich zu Werke zu gehen. Es bieten sich dem Forschenden mehrere Wurzeln des späteren Begriffs dar. 1) Die *lex Ovinia* (um 350 v. Chr.) bestimmte für die *lectio Senatus*, dass die Censoren *ex omni ordine optimum quemque* in den Senat zuzulassen hätten. Man hat das Wort *ordo* auf die ganze Magistratur, d. h. auf die Stufen derselben bezogen, und eine andere Auslegung ist nicht wohl möglich. Im Hintergrunde lag offenbar der Gedanke, dass die Magistratur ein System von Stufen darstelle. 2) Man sprach später auch von einem *ordo Senatorius (amplissimus)* und *ordo equester*. 3) Man unterschied im Theater *ordines sedendi*; der Ritterstand hatte das *jus in XIV ordinibus sedendi*, ein Vorrecht, welches ihm die *lex Roscia theatralis* (67 v. Chr.) zurückgab. 4) Im Process ward der Ausdruck *extra ordinem cognoscere* üblich für diejenigen Jurisdictionen, welche ausserhalb des *ordo judiciorum* vollzogen wurden. 5) Varro vindicirt die Con-

qui pro consulibus fuissent, item Decemviros, quibus imperium consulare tum esset, item Triumviros reipublicae constituendae causa creatos, jus consulendi senatum habuisse. (Commentarius εἰσαγωγικός, ex quo disceret, quid facere dicereque deberet, cum senatum consuleret. Gell. 14, 7.)³⁾

Lex de Imperio Vespasiani: Utique cum ex voluntate . . . ejus (Imperatoris Vespasiani) Senatus habebitur, omnium rerum jus perinde habeatur servetur, ac si ex lege Senatus edictus esset habereturque. Utique quos, magistratum . . . petentes Senatui Populoque Romano commendaverit . . . eorum comitis quibusque extra ordinem⁴⁾ ratio habeatur.

Frontinus (a. 40—103)⁵⁾: De proprietate controversia est plerumque cultorum agrorum . . . et per hereditates aut emtiones ejus generis controversiae fiunt, de quibus jure ordinario litigatur. De possessione controversia est, de qua ad interdictum, h. e. jure ordinario, litigatur (p. 16).

Id.: De aquae pluviae transitu controversia est, in qua si col-

sulartribunen, Decemvirn und Triumviri rei publ. constit. dem jus extraordinarium, offenbar weil sie ausserhalb der regelmässigen Linie der Staatsordnung standen. 6) Im Militärischen bedeutete von Alters her ordo sowohl den gegliederten phalanxartigen Schachtkörper, als auch das einzelne Glied (Manipel, Centurie), und milites in ordine waren die ihm zugehörigen Soldaten; die velites extra vallum und die delecti der praetoria cohors standen extra ordinem; speciell extraordinarii equites und pedites aber hiessen die den delecti zugetheilten Elitetruppen der Socii. Marquardt Röm. Staatsverwalt. II. S. 350. 355. Kuntze Prolegomena zur Gesch. Roms S. 145. 7) Im Sklavenrecht ward schon während republikanischer Zeit zwischen servi ordinarii und vicarii, d. h. Ober- und Untersklaven, unterschieden, letztere gehörten zum Peculium des Obersklaven und konnten selbst wieder ein (Unter-) Peculium haben. Vergl. Kuntze Excursus S. 576 — Aus diesen Wurzeln stammt der Begriff der Kaiserzeit, der also keineswegs aus der Luft gegriffen ist.

³⁾ Aus dieser Stelle ersehen wir, dass man schon in der (letzten) Zeit der Republik von jus extraordinarium sprach. Der Ausdruck war also ein traditioneller in der Kaiserzeit. In Ulpian's Munde bedeutet er freilich nicht mehr genau dasselbe, weil der Gegensatz ein anderer geworden ist.

⁴⁾ Ex lege — extra ordinem. Offenbar werden der legitimen Senats- und Staatsordnung alten Stils hier die neue Regierung des Princeps, seine senatorische Initiative und sein im neuen Commendationssystem geordneter Einfluss auf die Magistratur gegenüber gestellt. Die Achse des Principats ruhte ja, wie auch in der oben folgenden Stelle aus Sueton gesagt ist, in der Stellung des Princeps zu Senat und Magistratur.

⁵⁾ Lachmann, Gromatici veteres (Berol. 1848).

lectus pluvialis aquae transversum secans finem in alterius fundum influit, et disconvenit, ad jus ordinarium pertinebit: quod si per ordinationem finis ipsius agitur, exigit mensoris interventum, et controversia tollitur. — De itineribus controversia est, quae in arcifiniis agris jure ordinario finitur, in assignatis mensurarum ratione. (p. 24).

Id.: (Stipendiarii agri) possidentur a privatis, sed alia conditione, et veneunt, sed nec mancipatio eorum legitima potest esse . . . Etenim civile est debere eos discretum finem habere, quatenus quisque aut colere se sciat oportere aut ille, qui jure possidet, possidere. Nam et controversias inter se tales movent, quales in agris immunitibus et privatis solent evenire. Videbimus tamen, an interdicere quis possit de ejusmodi possessione. Multa enim et varia incidunt, quae ad jus ordinarium pertinent, per provinciarum diversitatem. (p. 36).⁶⁾

Suetonius (a. 75—160): Speciem libertatis quandam induxit (Tiberius), conservatis Senatui ac magistratibus et majestate pristina et potestate; neque tam parvum quidquam neque tam magnum publici privatique negotii fuit, de quo non ad Patres Conscriptos referretur; de vectigalibus ac monopolis . . . Cetera quoque non nisi per magistratus et jure ordinario agebantur. (Tib. cap. 30. 31).⁷⁾

Suetonius: (Claudius) jus et Consul et extra honorem laboriosissime dixit . . . Alium interpellatum ab adversariis de propria lite negantemque cognitionis rem, sed ordinarii juris esse, agere causam confestim apud se coëgit. (Claud. c. 14. 15).⁸⁾

⁶⁾ Aus obigen Stellen, denen noch andere hinzugefügt werden können (S. 22. 48. 49. 52. 58), ersehen wir die Geläufigkeit des Ausdrucks jus ordinarium; es wird da der ars mensoria, der mensurarum ratio, dem mensoris interventus gegenübergestellt. Bemerkenswerth ist für uns, dass unter jus ordinarium Civil- und Interdiktrecht zusammenbegriffen wird (S. 16. 36. 58). Hyginus (S. 134) stellt dem interventus mensoris das jus civile gegenüber. — Allerdings bedeutet hier, wie Wlassak S. 81. 82 bemerkt, jus ordinarium überhaupt den Rechtsweg, aber es fasst Civil- und Honorarrecht charakteristisch zusammen.

⁷⁾ Sueton schildert hier die Anfangspolitik des Tiberius, welcher die alte Ordnung affektirte, die majestas Senatus und potestas Magistratum respektirte und dem jus ordinarium seinen Lauf liess. Offenbar braucht der Geschichtsschreiber letzteren Terminus schon im Sinne der Kaiserzeit, denn er stellt das Gesagte in Gegensatz dazu, dass, wie unmittelbar vorher berichtet wird, Tiberius das Imperium (vis ac species dominationis: c. 24.) thatsächlich übernommen hatte.

⁸⁾ Wir sehen, wie Sueton den Terminus theils in materiellrechtlichem,

Callistratus: Hoc edictum minus in usu frequentatur, huiusmodi enim personis extra ordinem jus dicitur ex Sctis et Principibus constitutionibus. (fr. 2. ex quib. caus. majores restituuntur 4, 6).⁹⁾

Paulus: In possessionem earum rerum, quas mortis tempore testator non possedit, heres scriptus, priusquam jure ordinario experiatur, improbe mitti desiderat (Sent. rec. 3, 5, 18).¹⁰⁾

Paulus: Compromissum istud comparabimus ordinariae actioni, ut non alias audiatur desiderans, ut arbiter sententiam dicat, quam si se defendat. (fr. 32. § 9. de receptis 4, 8).¹¹⁾

Marcianus: Sed si interdum furtum fecerunt, ad jus ordinarium remittendi sunt. (fr. 2. de fur. balnear. 47, 17).¹²⁾

Marcianus: Nullo modo servi cum dominis suis consistere possunt, cum ne quidem omnino jure civili neque jure praetorio neque extra ordinem computantur. (fr. 7. de lege Corn. de fals. 48, 19).¹³⁾

Ulpianus: Posteaquam Praetor locutus est de bonorum possessione ejus, qui testatus est, transitum fecit ad intestatos, eum ordinem secutus, quem et lex XII tabularum secuta est; fuit enim ordinarium, ante de judiciis testantium, dein sic de successione ab intestato loqui. (fr. 1. pr. si tab. test. 38, 6).¹⁴⁾

theils in processualischem Sinne gebraucht, und die Worte *extra honorem* zeigen uns die Wurzel des Begriffs *jus extraordinarium*, denn *Consul* und *honor* drücken den Gegensatz zur imperatorischen Initiative aus, welchen den alten Rahmen sprengte.

⁹⁾ Hier wird dem Edict das *extra ordinem* der *Sctis* und *Constitutiones* gegenübergestellt, eine doppelte *jurisdictio* unterschieden.

¹⁰⁾ *Jus ordinarium* scheint mir hier dem Recht aus dem *Setum Silvanianum* (*si a familia testator occisus esse dicatur*) gegenübergestellt.

¹¹⁾ Diese Stelle leistet uns, ebenso wie der gleiche Ausdruck in fr. 155. de R. J., nichts, da *ordinaria actio* hier den Gegensatz zu dem aussergerichtlichen Compromissverfahren bedeutet.

¹²⁾ Wie aus der vorausgehenden Stelle Ulpian's zu entnehmen ist, haben wir als Gegensatz die *extraordinaria poena* oder das *extra ordinem puniri* (fr. 1. 2. de praev. 41, 15) zu denken.

¹³⁾ Eine Stelle, die für den Unbefangenen nichts zu wünschen übrig lässt, wenn auch das Wort *extraordinarium* fehlt. Die Dreigliederung ist hier unzweifelhaft anerkannt, und es handelt sich dabei nicht um die Art des Verfahrens, sondern um den materiellen Rechtssatz (*querela servi de domino*).

¹⁴⁾ Der Vorgang des testamentarischen Erbrechts, als Ausdruck des Vorrangs vor dem gesetzlichen, war dem Civil- und Edictrecht gemeinsam und heisst *ordinarium*.

Ulpianus: Coget (Praetor) eum (qui dolo in possessionem fuerit admissus) decedere, non praetoria potestate vel manu ministrorum, sed melius et civilius faciet, si eum per interdictum ad jus ordinarium remiserit. (fr. 1. § 2. si ventris nomine 25, 5).¹⁵⁾

Ulpianus: Si rerum, quae pignoris jure captae sunt, controversia fiat, constitutum est ab Imperatore nostro, ipsos, qui rem judicatam exsequantur, cognoscere debere de proprietate . . . Sed sciendum est, summam eos cognoscere debere, nec sententiam eorum posse debitori praejudicare, nec eum, cui restituta est, statim habere per sententiam debere; si forte jure ordinario coeperit ab eo res peti. (fr. 15. § 4. de re jud. 42, 1).¹⁶⁾

Ulpianus: Persecutionis verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, utputa fideicommissorum et si quae aliae sunt, quae non habent juris ordinarii executionem. Hoc verbum „debit“ omnem omnino actionem comprehendere intelligitur, sive civilis, sive honoraria, sive fideicommissi fuit persecutio. (fr. 178. de V. S.).¹⁷⁾

Ulpianus: Ex ordine occurrit actio, quae proponitur his, quibus restituta est hereditas.¹⁸⁾ (fr. 1. de fid. her. pet. 5, 6).

Ulpianus: Creditores accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacunque actione vel persecutione vel jure civili sine ulla exceptionis perpetuae remotione vel honorario vel extraordinario, sive pure, sive in diem vel sub condicione. (fr. 10. de V. S.).¹⁹⁾

¹⁵⁾ Auch hiernach umfasst das *jus ordinarium* das Edictrecht mit; entgegengesetzt ist das *extraordinarium*, denn unter *Praetoria potestas* und *manus ministrorum* ist offenbar das Verfahren *extra ordinem* verstanden.

¹⁶⁾ Dem neuen Antoninischen Modus der Specialexecution gegenüber (welchen ich zum *jus extrao.* rechne) stellt Ulpian das *jus ordinarium*.

¹⁷⁾ In nicht misszuverstehender Weise stellt hier Ulpian neben die *civilis* und *honoraria actio* als Drittes die *fideicommissi persecutio*, nachdem er zuvor den der letzteren gegenüberstehenden Rechtsstoff unter der Bezeichnung *jus ordinarium* zusammengefasst hat. Es liegt nahe, hierzu Ulpian's Aeusserung in fr. 42. de O. et A. (44, 7) in Parallele zu stellen, wo die übliche Lesart *actio civilis, honoraria, in factum* hat, was entschieden unhaltbar ist; entweder muss es *in factum civilis* oder aber *persecutio (extraordinaria)* heissen. Anders Wlassak S. 38.

¹⁸⁾ *Ex ordine*: es liegt auf der Hand, dass hier *extra ordinem* zu lesen ist. Man vergl. die Anmerkung zur folgenden Stelle.

¹⁹⁾ Mein Gegner hat diese ihm ganz besonders unbequeme Stelle auf alle mögliche Weise zu discreditiren gesucht (S. 72); seine stärksten Anfechtungsgründe sind die Florentiner Lesart *exordinario* und die Weglassung des dritten Gliedes in den Basiliken. Es ist wohl nicht nöthig, solche Strohhalme erst zu knicken.

Ulpianus: Si quis actionem, quae ex maleficiis oritur, velit exsequi: si quidem pecuniariter agere velit, ad jus ordinarium remittendus erit²⁰⁾ nec cogendus erit in crimen subscribere; enimvero si extra ordinem ejus rei poenam exerceri velit, tunc subscribere eum in crimen oportebit. (fr. 3. de priv. del. 47, 1).

Divus Severus et Antoninus rescripserunt, electionem esse, utrum quis velit crimen expilatae hereditatis extra ordinem apud Praefectum Urbi vel apud Praesides agere, an hereditatem a possessoribus jure ordinario vindicare. (Marcian fr. 3. expil. her. 47, 19).

Imperator Alexander: Juxta jus ordinarium Praesidem pete, qui cognita causa, quid de crimine statuere debeat, non dubitabit. (a. 224; c. 1. de ordine cognitionum 7, 19).

Imperator Alexander: Pecunia, quam creditor a debitore suo recepit, si postea ex justa causa fisco restituenda erit, sine usuris debetur: quia non foenus contractum, sed suum recuperatum extraordinario jure aufertur. (a. 226; c. 5. de priv. fisci 7, 73).

Diocletianus: Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori dentur, ordinarium visum est, post nominis venditionem utiles emtori vel ipsi creditori postulanti dandas actiones. (c. 7. de her. vend. 4, 39).²¹⁾

Justinianus: Sed cum paulatim tam ex usu hominum quam ex constitutionum emendationibus coepit in unam consonantiam jus civile et praetorium jungi, constitutum est, ut uno eodemque tempore, quod jus civile quodammodo exigebat, septem testibus adhibitis, et subscriptione testium, quod ex constitutionibus inventum est, et ex edicto praetoris signacula testamentis imponerentur: ut hoc jus tripertitum esse videatur, ut testes quidem et eorum praesentia uno contextu testamenti celebrandi gratia a jure civili descendant, subscriptiones autem testatoris et testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur, signacula autem et numerus testium ex edicto praetoris. (§ 3. J. de test. ord. 2, 10).

Ein unbefangener Blick auf diese Stellenreihe ergibt die unzweifelhafte Gewissheit, dass zur Zeit der juristischen Klassiker sowohl in der Sprache der Jurisprudenz als auch des kaiserlichen

²⁰⁾ *Ad jus ordinarium remitti* ist, so scheint es, eine beliebte Wendung gewesen. S. oben Marcian in fr. 2. cit. und Ulp. in fr. 1. § 2. cit.

²¹⁾ Das *ordinarium* könnte in dem Reskript bedeuten: es entspricht dem *jus ordinarium* und bedarf also nicht kaiserlicher Nachhülfe. Doch lege ich auf diese Stelle kein Gewicht.

Kabinetts die Anschauung Ausdruck fand, neben die im Wesentlichen aus den republikanischen Rechtsquellen kommende Rechtsordnung, in welcher *jus civile* und *honorarium* sich unterschieden und zusammenfassten, sei ein anderes System getreten; *jus ordinarium* wurde jene Rechtsordnung genannt, das andere System aber bald mit d. W. *extra ordinem*, bald als *jus extraordinarium* bezeichnet. Den letzteren Ausdruck treffen wir übereinstimmend in Reskripten des *Severus Alexander* und im Ediktskommentar des *Praefectus Praetorio* dieses Kaisers. In mehreren der obigen Stellen handelt es sich allerdings um die Art des Processes, aber keineswegs in allen, wie Wlassak in höchst artificiosen, zum Theil geschraubten und spitzpfindigen²²⁾ Einzelausführungen zu zeigen sucht: Callistratus stellt nicht das Verfahren, sondern die Quellen einander gegenüber, ebenso Paulus in seinen Sentenzen; Marcian in fr. 2. cit. spricht vom materiellen Strafrecht ohne Betonung des Processes, und in fr. 7. cit. von der Rechtsfähigkeit nach altem und neuem System; und was die Ulpianischen Aeusserungen anlangt, so zielen sie nur zum Theil auf das Processverfahren; dass in fr. 10. *de V. S.* und fr. 3. *exp. her.* nicht Process, sondern materielles Recht gemeint ist, kann nur in stärkster Voreingenommenheit verkannt werden.²³⁾

Die Stellen aus Frontinus und Suetonius legen uns die Annahme nahe, dass spätestens seit dem Ende des 1. Jahrhunderts mit dem Ausdrucke *jus ordinarium* das System der alten, Civil- und Honorarrecht begreifenden Rechtsordnung bezeichnet wurde; von vier klassischen Juristen ist es bezeugt, dass sie auf diese Vorstellung und Terminologie eingingen; auch die officielle Sprache des kaiserlichen Bureaus schloss sich an. Was wollen wir mehr? Der Beweis, dass Rudorff's Theorie nicht aus der Luft gegriffen ist, lässt sich mit Händen greifen.

Der hinzugefügten Institutionenstelle lege ich keinen besonderen Werth bei; sie ist mir nur insofern willkommen, als sie auf Grund des Auseinanderhaltens von *jus civile*, Edict und Constitutionen von einem *jus tripertitum* spricht und einen Nachklang der Theorie der Klassiker zu enthalten scheint: wobei es gleichgültig ist, dass Justinian, und ebenso Theophilus *ad h. l.* die *Scia* unerwähnt lassen

²²⁾ Man lese z. B. auf S. 78. 79 das über Marcian's fr. 7. Gesagte, wo vom „als Person gelten“ die Rede ist und dies von den processualen Unterschieden der Klagen verstanden seyn soll.

²³⁾ Auf das processuale Element im *jus extrao.* komme ich unten (§ 60. III) zu sprechen.

und nicht an frühere, sondern spätere Constitutionen denken. Was mein Gegner (S. 80) zur Entkräftung der Stelle von abergläubischer Zahlenmystik und Entdeckungsstolz der Compileren phantasirt, kann dem Vorurtheilslosen ebenso wenig imponiren, wie die Stärke seiner sonstigen absprechenden Aeusserungen, mit welchen er das Extraordinärrecht — den „extraordinären Brei“, wie er es nennt — als einen logischen Missgriff der Neueren, als ein willkürliches Produkt modernster Speculation bezeichnet, die Aufstellung dieses Begriffs für gar nicht möglich, ohne den Quellen in unerlaubter Weise Gewalt anzuthun, erklärt, ihm mit grausamer Entrüstung nicht bloss das Leben, sondern die Lebensfähigkeit abspricht, und sogar den Vorwurf der „Geschichtsfälschung“ von Ferne anklingen lässt.²⁴⁾

III. In demselben Tone verurtheilt Wl. auch die Verwendung des Ausdrucks *jus novum*: vermöge eines eigenthümlichen „Kunstgriffs“ werde dieser Ausdruck untergeschoben, um die Blösse zu verdecken und den „Schein“ der Quellenmässigkeit zu erwecken; Quellenbelege für die Identität von *jus novum* und *extraordinarium* fehlten.²⁵⁾ Lassen wir wieder die unserem Gegner wohlbekannteren Quellen reden.²⁶⁾

Gellius: Cum Romae a consulibus iudex extra ordinem datus pronuntiare intra Kalendas jussus essem, Apollinarem Sulpicium doctum hominem percontatus sum . . . Cur, inquit, hoc me potius rogas, quam ex istis aliquem peritis studiosisque juris, quos adhibere in consilium judicaturi soletis? Tum illi ego ita respondi: Si aut de vetere, inquam, jure, aut recepto aut controverso et ambiguo, aut novo et constituto descendum esset, issem plane sciscitatum ad istos, quos dicis. (Noctes Att. 12, 13).²⁷⁾

Gaius: Hereditas ad nos pertinet aut vetere jure aut novo; vetere: e lege XII tabularum vel ex testamento . . . Novo jure fiunt heredes omnes, qui ex Sctis aut ex constitutionibus ad hereditatem vocantur. (fr. 1. 3. de her. pet. 5, 3).

Diese Stelle ist schlagend. Gaius stimmt mit Gellius überein,

²⁴⁾ S. 69. 70. 76. 86. 94.

²⁵⁾ S. 61. 65. 66.

²⁶⁾ Vergl. Puchta *Cursus* § 73. Anm. a.

²⁷⁾ Die spröden Zweifel, welche Wl. (S. 67) gegen das Gewicht dieser Stelle erhebt, werden keinen Unbefangenen abhalten, darin neben dem Gegensatz des *jus receptum* und *controversum* den Gegensatz des *jus vetus* und *novum* und in letzterem das Constitutionenrecht angedeutet zu finden.

abgesehen davon, dass Letzterer nur *jus constitutum*,²⁸⁾ Ersterer auch die *Sctā* nennt; aber wer wird daran Anstoss nehmen, dass der Nichtjurist nur eine der zwei Quellen nennt, wo es ihm nur um Beispiele zu thun war? Wl. (S. 68) beschränkt die Unterscheidung eines *jus vetus* und *novum* auf das Erbrecht; warum? Gaius be-rechtigt ihn doch nicht dazu,²⁹⁾ um so weniger, als derselbe auch sonst den *Sctā* das *jus antiquum* gegenüberstellt: so dem von Lupus und Largus veranlassten *Sctum de bonis Latinorum*.³⁰⁾

Papinianus: Filiusfamilias miles si captus apud hostes vita fungatur, lex Cornelia subveniet scriptis heredibus; quibus cessantibus jure pristino peculium pater habebit . . . Paterna verecundia nos movet, quatenus et in illa specie, ubi jure pristino apud patrem peculium remanet, etiam adquisitio stipulationis vel rei traditae per servum fiat. (fr. 14. de castr. pec. 49, 17).

Tryphoninus: Numquid quoad utatur jure concessio filius in castrensi peculio, eoque jus patris cessaverit; quodsi intestatus decesserit filius, postliminii cujusdam similitudine pater antiquo jure habeat peculium, retroque videatur habuisse rerum dominia. (fr. 19. § 3. eod.).

Auch diese Stellen kommen für uns in Betracht, da die Ausdrücke *pristinum* und *antiquum jus* als begrifflichen Gegensatz das *novum* fordern; in beiden wird Constitutionenrecht³¹⁾ dem alten Recht gegenübergestellt. Wenn wir also dieses mit unter dem *jus novum* begreifen, so meinen wir auch den Papinian und Tryphonin als Gewährsmänner zu haben.

Ulpianus: „Si nemo filiorum volet ad se eam hereditatem pertinere, jus antiquum esto“. Hoc ideo dicitur, ut, quamdiu vel unus filius vult legitimam hereditatem ad se pertinere, jus vetus locum non habeat . . . Si quis adita matris hereditate per in integrum restitutionem fuerit abstentus, an jus antiquum possit locum habere? Verba admittunt, ut possit . . . et dico posse jus antiquum locum habere. (fr. 1. § 9. 10. ad Sct. Tert. et Orph. 38, 17).

Ulpianus: Si mater hereditatem filii filiaeve non adierit ex Scto Tertulliano, in bonis eorum antiquum jus servandum est; cum

²⁸⁾ Vergl. dazu: *Est et decretum ab Imperatore Severo et constitutum . . . Ulp. fr. 25. de jure fisci* (49, 14).

²⁹⁾ Anwendung ist doch nicht Einschränkung.

³⁰⁾ *Gai. 3, 63.*

³¹⁾ *Constitutiones principales: fr. 4. § 2. de castr. pec. (49, 17) — jus concessum.*

enim esset praelatio, matre omittente Scti beneficium, jus succedit vetus . . . Quod autem diximus, jus antiquum servari matre non adeunte etc. (fr. 2. § 20. 22. eod.).

Wir treffen hier die Ausdrücke *jus antiquum, vetus* wieder, im Gegensatz zum Recht des *Scetum Orphitianum* und *Tertullianum*, womit dieses als neues Recht prädicirt erscheint, und man bemerke wohl, dass nicht bloss Ulpian wiederholt sich jener Ausdrücke bedient, sondern dass der Ausdruck *jus antiquum* schon im *Scetum Orphitianum* selbst gebraucht und damit zum officiellen Ausdruck erhoben wird. In Summa: nicht bloss Gaius, sondern auch andere Juristen und selbst ein *Scetum* wenden „*jus antiquum*“ als Terminus an und stellen es dem Recht der *Scti et Constitutiones* gegenüber. Wir haben oben gesehen, dass das System der alten Rechtsquellen und das der neuen als *ordinarium* und *extraordinarium jus* gegenübergestellt wurden; es hat sich also nun erwiesen, dass wir, indem wir die Ausdrücke *ordinarium* und *antiquum, extraordinarium* und *novum* als ungefähr sich deckend nehmen, nicht von der Wahrheit, d. h. von der Theorie und Terminologie der Kaiserzeit, abirren.

IV. Die Frage, ob wir hier ein ganz festes abgeschlossenes, von Niemand durchbrochenes Dogma vor uns haben, scheint mir eine ziemlich müssige. Der übereinstimmenden Aussprüche sind so viele, dass es nicht Willkür ist, wenn wir die vorgefundene Terminologie adoptiren; mögen auch einige der aufgeführten Stellen nicht sicher in unseren Gedankenzusammenhang zu ziehen seyn, so bleibt doch eine so ansehnliche Zahl beweisender Stellen übrig, dass der Gesamteindruck ein zu Gunsten der Rudorff'schen Theorie überwältigender ist.

Diese Zahl ist freilich nicht so imposant, wie der stattliche Reigen von Stellen über *jus utrumque*, auf welchem Wlassak am Eingange seiner Schrift sein zufriedenes Auge ruhen lässt; aber der unparteiische Geschichtsbetrachter wird eingedenk seyn, dass der alte Dualismus ein halbes Jahrtausend Zeit hatte, sich auszubilden und festzusetzen, während das neue *jus extraordinarium* kaum 2 Jahrhunderte ruhiger Entwicklung hatte und alsbald mit seinem Schicksal in den Verfall der Rechtsbildung und Rechtswissenschaft des 3. Jahrh. der Kaiserzeit verflochten ward, wo es mit der Plastik des Rechts zu Ende war. Wer den beharrlichen und zähen Sinn der Römer würdigt, wird es auch verstehen, dass sie nur schwer, ganz allmählich und nie völlig sich aus dem traditionellen Dualismus (*jus utrumque*) loswandten, und dass sie, auch als die dritte Schicht

Allen zum Bewusstseyn gekommen war, im Worte noch immer gern der gleichsam geheiligten Ueberlieferung treu blieben. Wären die juristischen Klassiker weniger naiv und mehr reflektirend gewesen, sie würden — davon bin ich überzeugt — das *jus extraordinarium* oder *novum* als neues Dogma so deutlich verkündigt und die entsprechende Formel so umständlich in das Rechtsmaterial hineingearbeitet haben, dass selbst Wlassak's spröde Natur vielleicht überwunden seyn würde. Immerhin mag zugegeben werden, dass der dritten Schicht und der dafür auftretenden Terminologie etwas Flüssiges, Unfertiges anhaftet, und dass, wer für den neuen Geist des neuen Rechts kein rechtes Verständniss mitbringt, der auch nicht geneigt seyn wird, den entsprechenden Ausdrücken und Formeln entscheidenden Werth beizumessen. Beim ersten Auftauchen der dritten Schicht herrschte der Eindruck des Einzelnen vor; ein Ganzes, ein Zusammenhang konnte nur langsam ersichtlich werden; auch musste zuerst der Administrativcharakter vieler Stücke des Neuen den Eindruck in der Juristenwelt bestimmen,³²⁾ welche nur allmählich inne ward, dass hier ein neues System processualen und materiellen Rechtes im Anzuge war; endlich entsprach es dem römischen Instinkte wenig, so lange Etwas im Werden und Wachsen war, darüber philosophisch zu reflektiren und dem stillen Gange durch laute (vielleicht vorlaute) Sprachergüsse auch nur scheinbar vorzugreifen.

Ich möchte nicht so verstanden seyn, als ob ich dem Ausdrucke *jus novum* schlechthin und in sämtlichen Stellen einen identischen Sinn beilegen wollte; ich meine nur, dass er in den meisten Stellen von ungefähr gleicher Bedeutung ist. „Neuheit“ ist ja an und für sich ein ganz relativer Begriff, er hat etwas von dem Fliessenden der Zeit an sich, man darf ihn mithin nicht pedantisch pressen; dass von *antiquum jus* auch im Gegensatz des Papischen Rechts die Rede war, habe ich schon bemerkt.³³⁾ Ich gebe demgemäss zu, dass dem

³²⁾ Vergl. Pernice i. d. Jurist. Abhandlungen — Beseler-Festgabe (1885) S. 57. 64.

³³⁾ Andererseits mag hier noch Erwähnung finden, dass von Papinian mehrmals der Ausdruck *strictum jus* im Sinn von *ordinarium jus* gebraucht wird: fr. 50. *de her. pet.* (5, 3), fr. 86. *pr. de acq. her.* (29, 2). Man erkennt auch hieraus, wie im Laufe der Kaiserzeit auch die alte Terminologie eine Wandelung erfährt, *jus strictum* bedeutet nun allgemein die *juris subtilitas*, die Konsequenz des alten Rechtes (einschliesslich das *jus honorarium*). In diesem Sinne (Rechtskonsequenz) überträgt Tryphonin den Ausdruck sogar auf Senatsrecht: fr. 67. § 1. *de ritu nupt.* (23, 2). *Subtilitas juris* sagt Papinian in fr. 17. *de inj. test.* (28, 3).

Ausdrücke *jus novum* auch wohl ein weiterer Sinn beigelegt werden kann; ich selbst werde ihm im Folgenden eine solche Peripherie zuschreiben, dass in ihm neben dem *jus extrao.* (im engeren Sinne) auch das *jus naturale* und *militare*, sofern wir diese vom *jus extrao.* unterscheiden wollen, Unterkunft finden. Ich habe diese Disposition frei gewählt; ich behaupte nicht, dass sie positiv römisch, dass sie als solche nachweisbar sei; doch halte ich dafür, dass ich damit nicht wesentlich aus der grossen Fahrbahn des römischen Geistes abweiche.

§ 56.

VI. Die Quellen des *jus extraordinarium*.

I. Mein Excurs über das *jus extrao.*¹⁾ ist keine Monographie und konnte in dem begrenzten Raume nicht Erschöpfendes und Abschliessendes leisten; aber Wlassak ist wie ein grimmiger Löwe, oder richtiger gesagt: wie ein bissiger Panther aus dem Käfig auf die Arena gesprungen und über jenen Versuch hergefallen, als gälte es, die neue Lehre sammt ihrem Vertreter mit Haut und Haar zu verschlingen oder mindestens so zu zerfetzen, dass nichts Gutes von Beiden mehr übrig bleibt; er gebehrdet sich, als ob ihm die Sendung geworden, das inappellable Todesurtheil im Namen der beleidigten Wissenschaft zu vollstrecken. Dem gegenüber sehe ich mich genöthigt, in weiterer Ausführung des in meinen Excursen kurz Zusammengedrückten über die Quellen des *jus extrao.* Einiges zu sagen, auch um desswillen, weil mein Gegner (s. S. 54—59) meint, dass ich für den Gegensatz des *jus ordin.* und *extrao.* keinen Werth auf die Unterscheidung der Quellen legte²⁾ oder doch keine klare Vorstellung darüber hätte.

Meine Ansicht ist, dass, wie der Unterschied des *jus civile* und *honorarium* zunächst ein Unterschied der Rechtsquellen und erst in zweiter Linie ein Unterschied des Gepräges (in processualer und materieller Rechtsbeziehung) ist, so auch der Unterschied des *jus ordin.* und *extrao.* Wären für das *jus extrao.* keine besonderen Quellen nachzuweisen, so wäre es mit dem Beweise seiner Existenz tübel beschlagen; es wird also darauf ankommen, dem *jus extrao.* seine

¹⁾ Kuntze, Excurs über röm. Recht S. 312 ff. und 374 ff.

²⁾ Ich habe in meinen Excursen (S. 312—318) ausführlich von den Quellen des *jus extrao.* gehandelt.

eigenen Quellen zu vindiciren.³⁾ Als solche sind die *Senatusconsulta* und *Principales Constitutiones* genannt worden; ob mit Recht, wird sich aus den folgenden Stellen ergeben, als deren allgemeiner grosser Hintergrund der mächtige Verfassungswandel, welcher sich durch Kaiser Augustus vollzogen und dem entstandenen Weltstaat nun erst seinen entsprechenden Ausdruck gegeben hatte, nicht aus den Augen gelassen werden darf.

II. Ich mache zunächst auf den Zusammenhang zwischen *jus civile* und *lex* aufmerksam. Es ist alte römische Anschauung, dass das correlate Begriffe sind. Man hat sie zweifelsohne ursprünglich ganz und dann lange noch als sich deckend angesehen: das beweist 1) die Bezeichnung der alten Sammlung der sogen. *leges regiae* als *jus civile Papirianum*;⁴⁾ 2) die altherkömmliche Bezeichnung der 12 Tafeln, welche *lex* im eminenten Sinne hiessen, als Quelle des *jus civile*;⁵⁾ 3) der Name *jus civile Flavianum* für die Sammlung der *legis actiones (legitimae actiones)*;⁶⁾ 4) der uns so oft begegnende Terminus *jus legitimum*, welcher gleichbedeutend mit *jus civile* ist, und für diesen abwechselnd gebraucht wird;⁷⁾ 5) die Ausdrücke *dominium legitimum*, *aetas legitima*, *heredes legitimi*, *judicium legitimum*,⁸⁾ *actio legitima*,⁹⁾ welche das civilrechtliche Eigenthum, die civilrechtliche Majorennität, die civilrechtlichen Erben, den civilrechtlichen Process, die civilrechtliche Klage beedeuten im Gegensatz des auf prätorischer Jurisdiction beruhenden Rechtes, und der Prätor hat diese Sprache in seiner *bon. poss. unde legitimi* adoptirt; 6) der Ausdruck *mater civilis* bei Paul. 4, 10, 2, welcher dort gleichbedeutend mit *mater legitima* ist. 7) Die Bezeichnung des *jus civile*

³⁾ Wlassak (S. 54) vermisst eine Definition des *jus extrao.* Ich will die Unterlassungssünde tilgen, indem ich sage, dass ich unter *jus extrao.* das aus Scen und Constitutionen fliessende Recht verstehe, in welchem die Bahn eines neuen Rechtsbewusstseyns eingeschlagen, d. h. mit den Grundlagen der nationalrömischen Rechtsordnung principiell gebrochen wird, und dass demgemäss dasjenige Recht davon ausscheidet, welches als secundär-civiles und secundärhonorarisches Recht bezeichnet werden kann, mag es auch gleichfalls aus Senatsconsulten und Constitutionen fliessen.

⁴⁾ Pomp. fr. 2. § 2. *de O. J.* (1, 2).

⁵⁾ Fr. 2. § 6. *eod.*

⁶⁾ Fr. 2. § 7. *eod.* Gai. 4, 11. 26.

⁷⁾ Gai. 2, 118. 119. 149. 3, 26—28. 36. 37. 51. 4, 34. 111 und in fr. 22. *de jure patron.* (37, 15); Ulp. 28, 2 und in fr. 1. § 9. *si quis om. causa* (29, 4); Paul. fr. 11. § 1. *de b. p. c. t.* (37, 4).

⁸⁾ Gai. 4, 109.

⁹⁾ Fr. 14. § 3; fr. 16. § 1. *de praeser. verb.* (19, 5).

einmal mit *jus solenne* und dann mit *lex* bei Pomponius;¹⁰⁾ 8) die identische Bedeutung der Ausdrücke *legis modo* und *civilia verba*.¹¹⁾

Freilich hat dann der Begriff des *jus civile* eine Erweiterung erfahren, indem a) die *interpretatio XII tabularum* mit unter derselben begriffen ward,¹²⁾ und b) seit der *lex Publilia Philonis* und bez. *lex Hortensia* den *leges* im alten Sinne die *plebiscita*, welche nicht auf magistratischer *rogatio populi*, sondern tribunicischer *latio ad plebem*¹³⁾ beruhten, gleichgestellt und schliesslich unter den *leges* mitbegriffen wurden.

Die Kategorie unter a) endlich erfuhr dann die weitere Ausdehnung, dass das Gewohnheitsrecht überhaupt der *lex* gleichgestellt und dem *jus civile* einverleibt wurde; aber charakteristisch ist, wie das die römische Jurisprudenz begründete; sie begnügte sich nicht, auszusprechen: *consuetudo pro jure et lege observari solet*,¹⁴⁾ sondern Julian wie Hermogenian betont es,¹⁵⁾ dass die Geltung des Gewohnheitsrechts sich auf demselben Volkswillen — *judicium populi, tacita civium conventio*¹⁶⁾ —, auf welchem die *lex* beruht, stütze, die Quelle folglich im Grunde ganz identisch sei. Man bringt die *consuetudo* unter den Gesichtspunkt der *lex*, und dadurch rechtfertigt sich die Hineinrechnung des Gewohnheitsrechts in das *jus civile*, woran nicht mehr gezweifelt wird.

III. Gehen wir von dieser Kongruenz des *jus civile* und der *lex* aus, so muss es bedeutsam erscheinen, dass die *Seta* und *Constitutiones* fast immer neben die *leges* gestellt, nicht unter ihnen mit begriffen werden; und zwar öfters so, dass daneben auch das prätorische Edikt genannt wird, also die *Seta* und *Constitutiones* ebenso wie das Edikt von den *leges* getrennt gehalten werden. Das ist nur so zu deuten, dass man diese neuen Rechtsquellen nicht ohne Weiteres zu den Quellen des *jus legitimum s. civile* zu rechnen wagte. Ich führe hier zunächst eine Anzahl von Stellen auf, deren Total-eindruck unwiderstehlich auf jene Annahme hindrängt.

¹⁰⁾ Fr. 27. *de R. J.*: im Gegensatz zum *jus praetorium*. Vergl. auch Tryphonin in fr. 31. *pr. depos.* (16, 3): *si civile jus et legum ordinem intuemur*.

¹¹⁾ Ulp. fr. 24, 1; 25, 1.

¹²⁾ Fr. 2. § 6. 7. *eod.* Vergl. dazu Gai. 4, 27.

¹³⁾ Vergl. Liv. 27, 5.

¹⁴⁾ Fr. 33. *de leg.* (1, 3).

¹⁵⁾ Fr. 32. 35. *eod.*

¹⁶⁾ Entsprechend ist der oft wiederkehrende Ausdruck *consuetudo* oder *mos civitatis*, z. B. in fr. 34. *eod.*

Gaius: Jus Latii quibusdam peregrinis civitatibus datum est vel a populo Romano vel a Senatu vel a Caesare. (Comm. 1, 95).

Gaius: Et legibus et Sctis et principalibus Constitutionibus ea res (corpus habere) coercetur . . . Item collegia Romae certa sunt, quorum corpus Sctis atque Constitutionibus principalibus confirmatum est. (fr. 1. *qu. cujusc. univ.* 3, 4).

Gaius: Quos Praetor vocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem jure non fiunt, nam Praetor heredes facere non potest; per legem enim tantum vel similem juris constitutionem heredes fiunt, veluti per Sctum et Constitutionem principalem; sed cum eis Praetor dat b. possessionem, loco heredum constituuntur. (Comm. 3, 32). Diese Stelle sagt nicht, dass das Recht der *Scta* und *Constitutiones* Civilrecht sei, sondern nur, dass *hereditas* durch sie begründet werde im Gegensatz der *b. possessio*. Wenn sie richtig aus § 2. *J. de B. P.* (3, 9) ergänzt ist, spricht sie von Ähnlichkeit, nicht Gleichheit der späteren Rechtsquellen, und das stimmt mit obiger Annahme ganz überein. Im Munde eines römischen Juristen bedeutet *similitudo* nicht Identität. Noch deutlicher ersieht man die Lehre desselben Juristen aus folgender keinem Zweifel Raum lassenden Stelle.

*Gaius: Sctum est, quod Senatus jubet atque constituit, idque legis vicem obtinet,*¹⁷⁾ *quamvis fuerit quaesitum. Constitutio principalis est, quod Imperator decreto vel edicto vel epistola constituit; nec unquam dubitatum est, quin id legis vicem obtineat, cum ipse Imperator per legem Imperium accipiat.* (Comm. 1, 5).¹⁸⁾ Obschon der Jurist offenbar vor den *Constitutiones* eine tiefere Verbeugung als vor den *Senatsconsulten* macht, so sagt er doch von beiden nur: „*legis vicem obtinent*“, welchen Ausdruck er gleicher Weise auf die *responsa prudentium* anwendet (1, 7); er stellt sie also der *lex* nicht völlig gleich,¹⁹⁾ weder die *Scta*, noch auch die *Constitutiones*. Dieselbe Theorie vertritt des Gaius Zeitgenosse.

¹⁷⁾ Ebenso Gaius 83. 84: *Animadvertere debemus, ne juris gentium regulam vel lex aliqua vel quod legis vicem obtinet aliquo casu commutaverit. Ecce enim ex Scto Claudiano . . .*

¹⁸⁾ Offenbar ist aus dieser Stelle auch Gai. 4, 118 zu erklären: *Exceptiones alias in Edicto Praetor habet propositas, alias causa cognita accommodat: quae omnes vel ex legibus vel ex his, quae legis vicem obtinent, substantiam capiunt (Seta und Constit.), vel ex jurisdictione Praetoris proditae sunt.*

¹⁹⁾ Ebenso wenig, wie wenn die Juristen vom *Intestatcodicill vicem*

Pomponius: Ita in civitate nostra aut jure, id est lege constituitur; aut est proprium jus civile . . . aut plebiscitum . . . aut est magistratum edictum . . . aut Scitum, quod solo Senatu constituyente indicitur sine lege, aut est principalis constitutio, id est ut quod ipse Princeps constituit, pro lege servetur. (fr. 2. § 12. de O. J. 1, 2). Was sine oder pro lege geachtet wird, ist an und für sich nicht selbst eine lex: das ist sonnenklar.

Bemerkenswerth ist nun, was von den Compilatoren aus Gai. 1, 5 gemacht, bez. an dessen Stelle gesetzt worden ist. § 5. 6. J. *de jure nat.* (1, 2), eine Stelle, welche offenbar aus Gaius entnommen ist, lautet so: *Scitum est, quod Senatus jubet atque constituit; nam cum auctus esset populus Romanus in eum modum, ut difficile esset in unum eum convocari legis sancienda causa, aequum visum est, senatum populi vice consuli. Sed et quod Principi placuit, legis habet vigorem, quum lege Regia, quae de ejus Imperio lata est, populus ei et in eum omne Imperium suum et potestatem concedat. Quodcumque ergo Imperator per epistolam constituit vel cognoscens decrevit vel edicto praecepit, legem esse constat. Haec sunt, quae Constitutiones appellantur.*

Man bemerke die Steigerung von *legis vigor* zu *lex* und von *habet* zu *esse constat*. Das ist spätere Zuthat im Sinne der nachdiocletianischen Zeit,²⁰⁾ von wo aus auch Licht fällt auf die angebliche Aeusserung des Ulpian, welchem die Theorie, dass *Scita* und *Constitutiones Leges* seien, ebenso untergeschoben worden seyn dürfte, wie die Institutionen Justinian's die Worte *legem esse constat* zu den dem Gaius entsprechenden Worten hinzufügten. In beiden Stellen sind es genau dieselben Worte: *legem esse constat*, und unmöglich²¹⁾ kann es dem Ulpian eingefallen seyn, in Einem Athem von den Constitutionen zu sagen, dass sie *legis vigorem* hätten und dass sie *lex* seien. Diese Stelle lautet:

Ulpianus: Quod Principi placuit, legis habet vigorem, ut testamenti exhibent sagen, sie jenes diesem gleichstellen. Paul. fr. 16. *de jure cod.* (29, 7).

²⁰⁾ In welcher die Constitutionen als *Leges* einfach dem ganzen alten *Jus* gegenüber gestellt wurden. Vergl. z. B. Zeno in c. 2. *de quadr. praeser.* (7, 37): *ex legibus seu saceratissimis constitutionibus*.

²¹⁾ Das wird auch durch Justinian selbst bestätigt: *Veteris juris conditores Constitutiones, quae ex Imperiali decreto processerunt, legis vicem obtinere, aperte dilucideque definiunt* (c. 12. *de leg.* 1, 14). Auch hier wird nur der erstere Ausdruck angeführt, Justinian sagt nicht: *legem esse*.

pote cum lege Regia, quae de Imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum Imperium et potestatem conferat. Quodcumque igitur Imperator per epistolam et subscriptionem statuit, vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est vel edicto praecepit, legem esse constat. Haec sunt, quae vulgo Constitutiones appellamus.

Marcianus: Conditiones contra edicta Imperatorum aut contra leges aut quae legis vicem obtinent, scriptae, aut hujusmodi, quae Praetores improbaverunt, pro non scriptis habentur. (fr. 14. de cond. inst. 28, 7). Statt legis vigorem sagt Ulpian's Zeitgenosse übereinstimmend mit Gaius legis vicem; was gleichwerthig ist, denn beides bedeutet, dass die Rechtsquelle der lex ähnlich, nicht gleich sei, dass beide streng genommen zu unterscheiden seien. Offenbar sind unter den Rechtsquellen, quae legis vicem obtinent, die Scita verstanden;²²⁾ wenn der Jurist die kaiserlichen Edikte zuerst und getrennt aufführt, so mag das eine Reverenz gegen den Kaiser seyn, aber auch er nennt jene neben den leges und unterscheidet sie also von diesen.

§ 57.

Fortsetzung.

I. Wir haben noch solche Stellen ins Auge zu fassen, welche speciell den *Scita* oder speciell den *Principales Constitutiones* gelten, und wenden uns zunächst, wie billig, zu den ersteren, welche ja, wenn sie mit den letzteren zusammen genannt werden, fast stets zuerst aufgeführt sind.

Wlassak hat behauptet, die *Scita* hätten regelmässig Civilrecht, die *Principales Constitutiones* hätten regelmässig Honorarrecht geschaffen; wir haben gesehen, dass Beides unrichtig ist, dass sie nirgends in solcher Weise unterschieden, dass sie oft einfach zusammen genannt und neben die *leges* und die Prätores gestellt werden. Nur das ist dabei festzuhalten, dass die römischen Juristen, wie es scheint, die neuen Rechtsquellen mehr den *leges* als dem prätorischen Edikt anzunähern befiessen waren. Dies erhellt namentlich daraus, dass die Terminologie des Civilrechts, nicht die des Edikts, auf das neue Material übertragen wurde,¹⁾ z. B. *dominium* (nicht *in bonis*),

²²⁾ Vergl. Papin. in fr. 15. *cod.: sub conditione, quam Senatus aut Princeps improbant.*

¹⁾ Wlassak legt meines Erachtens hierauf zu seinen Gunsten zu grosses Gewicht; wird doch, wie er selbst zugibt, das Wort *hereditas* zuweilen selbst auf die prätorische Erbfolge angewendet, z. B. Gai. 2, 119.

heres und *hereditas* (nicht *bonorum possessio*), *Obligatio* (nicht bloss *actio*);²⁾ die Kaiserzeit, welche im *jus publicum* sich theilweise eine neue Terminologie schuf,³⁾ hat es zu einer solchen im *jus privatum* nicht gebracht.

In gewissem Sinne lässt sich ja wohl sagen, dass das Recht der *Seta* wie eine Fortsetzung des Civilrechts, das Recht der Constitutionen (zunächst der kaiserlichen Edikte) wie eine Fortsetzung des Honorarrechts erschien; dies ist das Einzige, was meinem Gegner concedirt werden kann. Allein es muss wiederholt werden, dass nirgends das Recht der *Seta* oder der *Constitutiones* mit dem Civilrecht oder gar mit dem Honorarrecht identificirt worden ist,⁴⁾ und dass das Wachsthum des Ansehens der *Seta* und der *Constitutiones* im Ganzen und Grossen ein paralleles und gemeinsames war: in ihnen stellte sich eben der neue Kreis der Rechtsquellen, in den *Seta ex auctoritate Principis* dann die volle Einheit den Römern der ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit dar.

II. Was die *Seta* anlangt, so mag seyn, dass man sie etwas früher, als die *Principales Constitutiones* den *leges*, also dem Civilrecht angenähert dachte;⁵⁾ trat doch der Senat gewissermaassen an die Stelle der Komitien, galt er doch als die Spitze der alten legitimen Rechtsordnung, als der Hort der republikanischen Traditionen, und ward ihm *majestas* beigelegt; unterlagen doch die *Seta* nicht der Schranke, dass sie durch kaiserliche Machtvollkommenheit beliebig wieder aufgehoben werden konnten.⁶⁾ Hieraus dürfte sich erklären, dass gar häufig, z. B. von Julian⁷⁾ und Gaius,⁸⁾ gerade die *Seta*

²⁾ Auch die Schuldverhältnisse des Prätorenedikts wurden nach und nach oft gerade *obligationes* genannt; sollten denn damit diese Verhältnisse für civilrechtliche erklärt werden?!

³⁾ Nur theilweise, indem die neuen staatsrechtlichen Termini (*mandatum, curator, rationalis* u. s. w.) dem Privatrecht entlehnt wurden, während andere aus dem alten Staatsrecht herübergenommen (*praefectus, proconsul, Imperator*) und nun in neuem Sinne gebraucht wurden.

⁴⁾ Ueber Papinian in fr. 7. *de J. et J.* s. unten § 59. I.

⁵⁾ Es kam vor, dass kaiserliche Edikte dann durch *Seta* wiederholt und gewissermaassen bestätigt wurden. Mommsen Röm. Staatsrecht II. S. 1069. Ebenso ging dem *Setum Macedonianum* eine *lex Claudia* (47 n. Chr.) mit theilweise gleichem Inhalt vorher.

⁶⁾ Wie die kaiserlichen Erlasse. Noch weiter geht Mommsen (S. 876. 1068), indem er Beschränkung auf Lebenszeit des Regenten behauptet, was aber nicht zu beweisen ist.

⁷⁾ fr. 10. 12. *de leg.* (1, 3).

⁸⁾ Gai. 4, 110. 121.

und nur sie mit den *leges* zusammen genannt werden, und dass auch im Edikt dies geschieht.⁹⁾

Nichts desto weniger ist es gewiss, dass die *Seta* im Allgemeinen¹⁰⁾ nicht als Quellen des Civilrechts galten. Gaius bezeugt das, indem er wiederholt dem *jus civile* das neue Recht der *Seta* gegenüberstellt, so dem *jus civile* das *Setum Neronianum* (2, 197. 218. 220.) und das *Setum Trebellianum* (2, 253. 255.). Man vergleiche namentlich Gai. 2, 197: *Sed sane hoc est jure civili; postea vero auctore Nerone Caesare Setum factum est*¹¹⁾ und Gai. 2, 198: *Si quis rem suam legaverit, plerique putant non solum jure civili inutile esse legatum, sed nec ex Scto confirmari.* Dasselbe thut Ulpian (24, 11^a. 26. 27.), indem er dem *ususfructus juris civilis* den *quasi ususfructus ex Scto* („etiamsi“, dem Vindicationslegat des *jus civile* das *Setum Neronianum* gegenüberstellt („tamen“).

III. Nicht anders ist es mit den *Principales Constitutiones*, welche, obgleich auch sie die civilrechtliche Terminologie adoptiren und z. B. den vom *filiusfamilias miles* eingesetzten Erben *heres* nennen, doch keineswegs mit den *leges* identificirt und vielmehr dem *jus civile* gegenüber gestellt werden. Man lese z. B. folgende Stellen.

Gaius: *Requiremus, an secundum juris civilis regulam testatus sit, exceptis militibus, quibus, quomodo velint vel quomodo possint, permittitur testamentum facere.* (Comm. 2, 114).

Gaius: *Si miles testamentum in militia fecerit, codicillos post militiam et intra annum missionis moriatur: plerisque placet, in codicillis juris civilis regulam spectari debere, quia non sunt a milite facti.* (fr. 17. § 4. *de test. mil.* 29, 1).

Ulpianus: *Milites quomodocunque fecerint testamenta, valent, id est etiam sine legitima observatione; nam principalibus constitutionibus permissum est illis, quomodocunque vellent quomodocunque possent, testari; idque testamentum, quod miles contra juris regulam fecit, ita demum valet, si vel in castris mortuus sit, vel post missionem intra annum.* (Fragm. 23, 10).

Paulus: *Qui filium habebat mutum puberem, impetravit a Principe, ut tuto substituere ei liceret . . . Respondi . . . ut quem-*

⁹⁾ fr. 1. *ut ex legib.* (38, 14). Vergl. auch fr. 2. § 4; fr. 4. *Unde legümi* (38, 7).

¹⁰⁾ D. h. abgesehen vom secundärcivilen Recht.

¹¹⁾ Während 2, 206 gesagt wird: *admonendi sumus, ante legem Papiam hoc jure civili fuisse.* Vergl. Ulp. 22, 19.

admodum jure civili pubertate finitur pupillare testamentum, ita Princeps imitatus sit jus in eo, qui propter infirmitatem non potest testari. (fr. 43. pr. de vulg. subst. 28, 6).¹²⁾

Marcianus: Falsa demonstratio neque legatario neque fideicommissario nocet . . . et hoc ita juris civilis ratione et Constitutionibus Divorum Severi et Antonini cautum est. (fr. 33. pr. de condit. 35, 1).¹³⁾

Ulpianus: Is, cui bona addicta sunt (ex constitutione D. Marci), bonorum possessori assimilari debet et secundum hoc et jura sepulcrorum poterit habere. (fr. 4. § 21. de fideic. lib. 40, 5).

Zeno: Sancimus non posse contra emtores (rerum fiscalium) aliquas actiones vel in personam civiles seu praetorias, vel ex legibus seu sacratissimis constitutionibus descendentes vel quaslibet alias moveri. (a. 480? c. 2. pr. de quadr. praescr. 3, 37).

Wenn Paulus von Imitation des *jus civile*¹⁴⁾ durch den Princeps (fr. 43. cit.), Ulpian von Assimilation des Erben *ex constitutione* an den *bonorum possessor* spricht,¹⁵⁾ so erhellt deutlich, dass man sich ausserhalb der Sphäre des *jus ordinarium* befindet. Dabei mag zugegeben werden, dass der Gegensatz des Constitutionenrechtes zum Civilrecht nicht immer mit der gleichen Schärfe betont wurde,¹⁶⁾ und dass es im Interesse der Imperatoren, dann auch im Geiste der Zeit und in der Rechtsanschauung der Provinzialwelt lag, vielmehr den *legis vigor* der Constitutionen zu betonen. Je mehr sich der Gegensatz zwischen senatorischer und kaiserlicher Partei ausglich (seit Hadrian), um so näher lag es, *Acta* und *Constitutiones* neben einander und als gleichwerthig zu nennen. Die *lex Augusti*, wie sie von Paulus¹⁷⁾ genannt ist, oder *lex regia de imperio*, wie sie später

¹²⁾ Wl. (S. 125) versteht die obigen drei Stellen als Ausnahmen im Civilrecht, ich als Ausnahmen vom Civilrecht, welche diesem gegenüberstehen.

¹³⁾ Diese Stelle beweist, dass das Constitutionenrecht nicht zur *juris civilis ratio* gehört.

¹⁴⁾ Ebenso spricht Marcian von Imitation des Prätorienrechts durch Rescript des D. Pius in fr. 58. de ritu nupt. (23, 2): *ad exemplum Praetoris Edicti dandam actionem.*

¹⁵⁾ Ebenso sagt Tryphonin vom Heimfall des *peculium castrense*: *postliminii cujusdam similitudine pater antiquo jure habet peculium*: fr. 19. § 3. de castr. pec. (49, 17).

¹⁶⁾ *Lex* wird zuweilen im weiteren Sinne gebraucht: fr. 21. de leg. praest. (37, 5), fr. 12. § 4. de Publ. a. (6, 2), fr. 3. § 1. de don. i. V. et U. (24, 1); fr. 9. § 4. de Scto Mac. (14, 6); fr. 7. pr. de cap. min. (4, 5).

¹⁷⁾ fr. 14. de manumiss. (40, 1). Vergl. dazu unten § 69. III.

genannt wird, überträgt ja dem Princeps eine Anzahl von Befugnissen des *populus Romanus*, und immer häufiger geschieht es (seit Hadrian), dass der Regent Hand in Hand mit dem Senat die weitere Rechtsbildung bestimmt, indem er selbst die Gesetzesanträge (*Orationes*) an den Senat bringt. In jener *lex de imperio*, welche der Senat decretirt, d. h. für den formellen Volksschluss unterbreitet (s. Mommsen II. S. 842), kommt der Senat dem Princeps —, in den *Scto ex auctoritate s. ex oratione*¹⁸⁾ *Principis* kommt dieser dem Senat entgegen; es ist seitdem fast kein Unterschied mehr zwischen Edikten der Regenten und Beschlüssen des Senats.

Ich nannte eben nur die Edikte des Princeps; schon Augustus und Claudius¹⁹⁾ erliessen dergleichen. Die Mandate gehören in die imperatorische Sphäre (im engeren Sinne); sie gelten der militärischen Provinzialregierung, für welche der Regent souverän war und es nicht erst eines besonderen Bevollmächtigungsaktes bedurfte, denn sie übernahm regelmässig der neue Regent kraft der vom Vorgänger ausgehenden Ernennung. In den Rescripten und Dekreten schlossen sich die Regenten an die *Juris conditores* und die Richter der alten Ordnung an; allein dass auch die Autorität dieser Erlasse, sofern sie nicht nach des Regenten eigenem Willen bloss casuelle Tragweite haben sollten, an der erstarkenden Autorität des Kaiserthums theilnahmen, ist zu natürlich, als dass es erst noch besonders nachgewiesen zu werden brauchte. Das Ueblichwerden des alle zusammenfassenden Ausdrucks *Constitutiones* spricht für das allgemeine Erstarken dieser Autorität.

In diesem Sinne haben wir, nehme ich an, die Kaisererlasse in zwei Gruppen zu theilen; 1) Edikte und Mandate,²⁰⁾ welche regelmässig notorisch gemacht wurden, und 2) Rescripte und Dekrete, welche regelmässig nicht notorisch gemacht wurden. Jene trafen immer generelle Normen, diese oft nur specielle Anordnungen; jene

¹⁸⁾ Gai. 1, 30. 47. 80. 81. 115a; 2, 112. 285. Gai. 2, 5 sagt noch: *ex auctoritate populi Romani veluti lege aut Scto*; seitdem aber heisst es: *ex auctoritate Principis*.

¹⁹⁾ fr. 2. § 1. ad Sct. Vellej. (16, 1).

²⁰⁾ Der Princeps als solcher war weder Consul, noch Prätor, noch Aedil, überhaupt nicht Magistrat alten Styls, aber er hatte Kraft seiner *tribunicia potestas* das Recht, magistratartig zu ediciren; und wenn er als Imperator seine Beamten in seine Provinzen abordnete, konnte er ihnen Instructionen mitgeben, welche für die Provinzen wie Edikte Geltung hatten. So lassen sich die *edicta principalia* den alten *edicta urbana*, die *mandata* den *edicta provincialia* vergleichen.

brachten Neues, diese pflegten, wo sie Generelles enthielten, nur das geltende Recht anzuwenden und auszulegen; ²¹⁾ jene schufen neues Recht *extra ordinem*, diese hielten sich grossentheils innerhalb der alten Ordnung. Alle aber blieben, sofern sie generelle Festsetzungen waren, in Geltung nicht bloss für die Lebenszeit des Regenten, sondern so lange sie nicht durch ihren Urheber oder einen Nachfolger desselben mittels ausdrücklicher Anordnung wieder aufgehoben oder verändert wurden, ²²⁾ und von den Edikten dürfte anzunehmen seyn, dass sie keine geringere Haltbarkeit hatten, als das tralaticische Prätorenedikt, und dass also auch ein Princeps sich gescheut haben wird, sein eignes Edikt oder eines seiner Vorgänger ohne Weiteres wieder zu beseitigen. ²³⁾

IV. Wenn so, wie Wlassak meint, die *Acta* Civilrecht, die *Principales Constitutiones* Honorarrecht gezeugt hätten, wie wäre es da möglich gewesen, dass der Inhalt von Edikten dann in *Acta* übergang, ²⁴⁾ oder dass durch den Kaiser geschaffenes Recht, wie das der Fideicommisses, dann durch ein *Scutum*, wie das *Trebellianum*, theilweise um- und fortgebildet und zu einem senatorischen Recht gemacht wurde? Man erkennt gerade hieraus, dass kein Gegensatz zwischen *Scutum* und *Constitutio* im Rechtscharakter bestand, dass beide zwar im Gegensatz zum *jus antiquum* standen, aber unter sich verwandt waren. ²⁵⁾ Nicht bloss das Edikt und das Mandat bildeten als *Constitutio Principalis* einen einheitlichen Quellentypus, sondern auch *Scutum* und *Constitutio* schlossen sich zu einem festen Quellenkreis zusammen, und diese Einheit gipfelte in der Form des *Scutum ex auctoritate Principis*, welche es gestattete, die *Oratio* mit bei der Auslegung des *Scutum* zu verwerthen ²⁶⁾ und sogar denselben Rechts-

²¹⁾ Uebrigens tragen wir unsere Präcisirung des Interpretationsbegriffs fälschlich in die römische Jurisprudenz, die nie scharf zwischen Ausdehnung und Auslegung unterschied. Z. B. fr. 14. i. f. *de ritu nupt.* (23, 2). Vergl. Eisele Arch. f. civ. Praxis. Bd. 69 (1886) S. 304.

²²⁾ s. hierüber unten § 69. I.

²³⁾ Was thatsächliche Unwiderrufflichkeit bedeutet.

²⁴⁾ Z. B. Edikte des Augustus und Claudius (*ne feminae pro viris suis intercederent*) in das *Scutum Vellejanum*, ein Edikt Marc Aurels in ein *Scutum (de pignore insulae)* unter demselben Kaiser, eine Constitution des Nerva über Legate an *Civitates* in ein *Scutum* unter Hadrian (Ulp. 24, 28).

²⁵⁾ Entsprechend der üblichen Einrichtung der Münzen der Kaiserzeit, welche auf der einen Seite das Bild des Kaisers und auf der anderen Seite die Senatssigle (S. C.) trugen.

²⁶⁾ Paul. fr. 22. 40. *de her. pet.* (5, 3).

satz bald als *Scutum*, bald als *Oratio Principis* zu bezeichnen. ²⁷⁾ Ich denke, dass hiernach jedes Bedenken gegen die Annahme einer doppelten Rechtsquelle für das eine *jus extraordinarium* schwinden muss; die Zusammenfassung dieses Rechtskreises und die Aufstellung dieses Rechtsbegriffs gehören derselben Zeit an, in welcher das *Scutum ex auctoritate Principis* die herrschende Form für alle bedeutenden Gesetzgebungsakte wurde.

§ 58.

VII. Die Literatur des jus extraordinarium.

I. Grosse compendiarische Darstellungen des neuen Rechtes sind uns nicht bekannt. Die Literatur des *jus civile* hatte einst Zeit gehabt, sich zu arrondiren, in den *libri tres juris civilis* des Sabinus war sogar das Glück eines beliebten Handbuchs hinzugekommen, auf welchem sich dann der civilrechtliche Literaturzweig weiter entwickeln konnte. Auch das Prätorenedikt gelangte zu einem eigenen Literaturzweig, welcher durch die Julianische Ediktcomposition an Festigkeit noch gewann. Endlich dürfen wir wohl sagen, dass in den vier grossen Digestenwerken der Hadrian-Antoninischen Zeit das *jus ordinarium* eine Art Abschluss zu erreichen nahe war. ¹⁾ Eine Zusammenfassung und einen Abschluss ähnlicher Art vermissen wir für das Recht neuen Styls.

Wir wissen bestimmt nur, 1) dass seit der Mitte des 2. Jahrh., also nach Hadrian, eine Anzahl von Monographien über Materien des *jus extrao.* und *militare* hervortraten, ²⁾ welche epochemachend waren und darum in Justinian's Digesten benutzt sind; 2) dass in den Rechtscompendien des Paulus, Marcian und Hermogenian das neue Recht neben und nach dem *jus civile* und *honorarium* Aufnahme fand. Was jene Monographienliteratur anlangt, so ragen in ihr bekanntlich die Schriften über Fideicommissrecht, über Appel-

²⁷⁾ So nennt z. B. Ulpian als Quelle des neuen Rechtssatzes über Convalsescenz der Schenkungen unter Ehegatten bald die *Oratio Caracallae*, bald das *Scutum*: fr. 32. § 24. 26; fr. 33. *pr.* § 2. *de don. i. V. et U.* (24, 1). Paulus schrieb Monographien *ad Scutum Orphitianum*, *Tertullianum*, *Silavianum*, *Claudianum*, *Libonianum* und *ad Orationem D. Marci*, *ad Orationem D. Severi*; s. Rudorff I. § 75.

¹⁾ Vergl. Kuntze Excursus üb. Röm. R. S. 347.

²⁾ Nicht alle, aber die meisten Monographien überhaupt sind ausser den *novae leges* der ersten Kaiserzeit (s. oben § 53) den Materien des *jus extraordinarium* gewidmet.

lation und *de re militari* hervor: über ersteres sind die Schriften des Aburius Valens, Pomponius, Gaius, Marcianus, über das zweite die Schriften des Marcian, Ulpian, Paulus, Aemilius Macer, über letzteres die des Tarruntenius Paternus, Arrius Menander und Aemilius Macer, sowie Tertullian's Schrift *de peculio castrensi* bekannt; daneben erwähne ich die Schriften des Paulus und Callistratus über Fiscalrecht. In den Sentenzen des Paulus, Institutionen des Marcian und der Epitome des Hermogenian bildete das *jus extraordinarium* (namentlich Fiscal- und Strafrecht) einen Anhang.

Ausserdem treffen wir auf Versuche zu einer nach den Rechtsquellen geordneten Darstellung des Stoffes. Hierhin gehören die Constitutionensammlung des Papirius Justus in 20 Büchern, die Sammlung der *Imperiales sententiae (Decreta?)* von Paulus und des Letzteren, sowie des Pomponius *Libri Sctorum*, von den Monographien über einzelne *Scta* ganz zu schweigen.

Schon aus dieser äusserlichen Uebersicht ergibt sich, dass die Aufmerksamkeit der Juristenwelt sich in wachsendem Maasse den Quellen und Stoffen des neuen Rechtes zuwendete. Auch in den Schriften *de cognitionibus, de officio Proconsulis, de officio Praefecti Urbi, de officio Assessorum* haben wir vorzugsweise solche Stoffe zu vermuthen. In den zahlreichen Glossen oder *Notae* zu Julian, Marcellus, Scaevola, Papinian von Marcellus, Scaevola, Marcian, Ulpian und Paulus mögen die durch die neuen Rechtsquellen veranlassten Zusätze eine Hauptrolle gespielt haben.³⁾ Neben den grossen Digestenwerken und den grossen Sabinus- und Ediktscommentaren sehen wir endlich sich eine reiche Literatur entfalten, welche *de ambiguitatibus, de casibus* u. s. w. handelte und unter den verschiedensten Titeln sich freie Bahn schuf; man merkt es den nun beliebt werdenden indifferenten Büchertiteln, wie *Epistolae, Responsa, Manualia, Definitiones, Opiniones, Quaestiones, Disputationes* an, dass der alte Literaturrahmen immer weiter gefasst, immer häufiger durchbrochen werden musste, und den Hauptanlass dazu konnte doch nicht das *jus civile* oder *honorarium* geben, für welche in den grossen Digesten, glossirten Ausgaben und Commentaren schon hinreichend gesorgt war, sondern der neue Rechtsstoff muss es gewesen seyn, welcher zu den neuen Literaturtypen führte. Die gräcisirende Richtung, welche seit Hadrian, namentlich mit Maecian, anhebt,⁴⁾ fällt dabei bedeutend ins Gewicht,

denn der Geist des neuen Rechtes war dem Hellenismus congenial, und der Bruch mit der römischen Tradition, ja mit der römischen Rechts- und Weltanschauung ward namentlich von den Provinzen aus gefördert, aus welchen manche der späteren tonangebenden Juristen stammten. Die Kaiser und die Juristen provinzialen Ursprungs reichten einander die Hände, diese Juristen nahmen nun die höchsten Aemter aus der kaiserlichen Hand an, auf dem Boden des *jus extraordinarium* verstanden sie sich am Besten.

II. Die Werke der Koryphäen sind auf diesen Gesichtspunkt hin noch gar nicht untersucht, mit einer oberflächlichen Durchblätterung von Hommel's Palingenesie, wie sie Wlassak (S. 66) im Auge zu haben scheint, ist natürlich nichts gethan, schon desswegen nicht, weil die namhafteren Juristen, z. B. Papinian, sehr häufig in Fragmenten anderer Autoren citirt vorkommen und gerade in solchen Citaten ihr besonderer Einfluss hervortritt. Wir werden unten⁵⁾ gerade Papinian nicht selten auf der Fahrbahn des *jus extrao.* als hervorragende Autorität antreffen, und ich bin überzeugt, dass eine in dieser Richtung fortgesetzte Forschung weitere Spuren desselben Gepräges enthüllen wird.

Es ist richtig, dass eine Identität des *jus extrao.* und der sog. Papiniansmasse nicht ohne Weiteres behauptet werden kann; durch Papinian's eigene Schriften und durch die *Notae* Anderer zu ihm sind zahlreiche Materien des *jus civile* und *honorarium* zerstreut. Allein mit dieser Thatsache ist die Frage noch nicht erledigt, ob nicht Papinian's Hauptverdienst gerade in der wissenschaftlichen Durchdringung des *jus extrao.* zu suchen sei. Nur unter dieser Voraussetzung erklärt sich eigentlich das hervorragende, einzigartige Ansehn dieses gepriesensten aller römischen Juristen. Was hat er denn für das längst durchgearbeitete und abgesehen von Einzelheiten feststehende *jus ordinarium* leisten können, um sich seinen unsterblichen Ruhm zu verdienen? Weder zu Sabinus, noch zum Edict hat er Commentare geschrieben. Aber die Kaiser mussten sich vorzugsweise für die Entfaltung und den Ausbau des unter ihren Auspicien gebornen Rechtsstoffs interessiren, und was lag ihren Berathern und Stellvertretern, den Praefecti Praetorio, einem Scaevola, Papinian, Ulpian, Marcian und Paulus näher, als den Kaisern gerade da zur Hand zu gehen, wo diese nicht bloss zu interpretiren, sondern zu schaffen und aufzubauen hatten? Die Hauptausführung über

³⁾ Vergl. Kuntze Excursus S. 346.

⁴⁾ Vergl. Kuntze Excursus S. 339.

⁵⁾ Vergl. z. B. § 58. Anm. 6. § 64. II. IV. V. VII. § 66. IV. Dazu § 59. III.

Fideicommissrecht in den Digesten beispielsweise ist den Quästionen und Responsen des Scaevola, Papinian und Paulus entnommen, und namentlich ragen die ungewöhnlich ausgedehnten Fragmente aus Papinian da mächtig hervor.⁶⁾

III. Für die feine Geistigkeit des Schriftstellers Papinian hatte die spätere Zeit, die einen Gaius zu den Koryphäen rechnete, keinen Sinn; das kann also den Nachruhm dieses Klassikers nicht begründet haben. Aber wohl war es die kosmopolitische, die römischen National-schranken durchbrechende Art des *jus extrao.*, welche der Richtung der späteren Kaiserzeit entsprach. Das *jus extrao.* ward nun gewissermaassen zur Regel, wie die *extraordinaria cognitio* zum Ordinar-process; was Wunder also, dass unter den Koryphäen der am höchsten gepriesen wurde, welcher dem *jus extrao.* den wissenschaftlichen Stempel aufgedrückt hatte. Das ist vorläufig Hypothese, aber sie erklärt so Manches. In den drei ersten Studienjahren der Theodosischen sowie der Justinianischen Studienordnung klingt die alte Quellentrias des *jus civile*, *honorarium*, *extraordinarium* offenbar nach; wenn die Studirenden des 2. Jahres *Edictales* und die des 3. Jahres *Papinianistae* genannt wurden, so müssen wir bedenken, dass in den *Responsa Papiniani*, welche ursprünglich das Grundthema des 3. Jahres bildeten, doch unmöglich blosser Zusätze zum *jus ordinarium* enthalten oder auch nur das Hauptstück in demselben gewesen seyn können.

IV. Ein besonders bemerkenswerthes Literaturphänomen sind die vier Digestenwerke des Julian, Celsus, Marcellus und Scaevola. Was bedeutete dieser bisher nicht sehr übliche Titel?⁷⁾ und warum hört diese Digestenära dann bald wieder auf? Ich meine, der Name Digesta sei darum beliebt geworden, weil es nach der Ordination des Prätorenedicts galt, die zum Abschluss gebrachten Hauptmassen des *jus ordinarium* in einer zusammenfassenden Arbeit zur wissenschaftlichen einheitlichen Darstellung zu bringen.⁸⁾ Diese Arbeit konnte als Krönung des Baues der Jurisprudenz erscheinen, und ein

⁶⁾ fr. 64—67. 69—80. *de leg.* II; fr. 49—58. *ad Sect. Treb.* (36, 1). Aus Scaevola sind z. B. fr. 88. 89. *de leg.* II; fr. 32—42. *de leg.* III; fr. 75—80. *ad Sect. Treb.* (36, 1).

⁷⁾ Digesten des Alfenus Varus und Fabius Mela zu August's Zeit!?

⁸⁾ Ich kann der Mommsen'schen Erklärung des Büchertitels *Digesta* nicht beistimmen. In ihnen sollte die Composition der auseinanderstrebenden *moles* des *jus civile* und *honorarium* bewerkstelligt werden. Vergl. Kuntze Excursus S. 347.

solcher Gedanke musste den Geistern des *Tempus aureum* recht sympathisch seyn. Aber eben dieser wissenschaftliche Aufbau mag dazu beigetragen haben, dass das ausgeschlossene Gebiet des *jus extrao.* unter schärferes Licht trat und seinen besonderen Accent empfing.⁹⁾ Papinian ward dafür entscheidend. Er stand an der Spitze des *Auditorium Principis* unter Severus, viele Constitutionen dieses Kaisers kamen aus seinem Schreibgriffel, seine Erörterungen laufen oft parallel kaiserlichen Erlassen, welche in gedrängter, correcter, klassischer Sprache den Rechtssatz hinstellen; Papinian's Schriften wurden maassgebend, Constantin d. Gr. und Theodos II. sorgten dafür, dass diese Schriften nicht durch fremde Zusätze verdunkelt oder verdrängt würden.¹⁰⁾ Konnte dieses Verbot dem *jus civile* oder *honorarium* gelten, welche durch ihre Feststellungen gegen Verderbniss längst gefeit waren? Wir wissen ja auch, dass die Civilrechts- und Edictscommentare des Ulpian und Paulus unangetastet blieben und neben und nach Papinian Ansehn und Geltung behielten. Was also bleibt übrig? Eben das *jus extrao.*, für welches Papinian Autorität geworden, und welchem das Papinianische Gepräge bewahrt werden sollte. Es spricht also Manches dafür, dass wir Papinian, die Papiniansmasse und das *jus extrao.* in einem gewissen Zusammenhang zu denken haben, welcher literär- und dogmengeschichtliches Interesse hat, und nur wer mit der absoluten Negation des *jus extrao.* an Papinian herantritt, wie Wlassak, wird von dieser Vermuthung in so wegwerfendem Tone, wie er, sprechen. Papinian's Einfluss und Ansehn werden nur dann recht verständlich, wenn wir ihn in besonderen Zusammenhang mit einem besonderen Rechtszweig bringen; nur so ist erklärlich, wie er zum Vertreter eines ganzen Literaturzweigs, der sog. Papiniansmasse, werden konnte.

⁹⁾ Sobald nun das *jus extraordinarium* als ein Rechtsgebiet anerkannt ward, konnten auch die Digesten in ihrem bisherigen Umfange nicht mehr als abschliessende, allumfassende Werke gelten, nicht alles Recht war in ihnen digerirt; so mag es sich erklären, dass die Juristen nach Scaevola keine Digesten mehr, sondern nur *Notae* zu denselben abfassten und zur Getheiltheit der Sabinus- und Edictscommentare zurückkehrten.

¹⁰⁾ Nur Marcian's Noten zu Papinian scheinen von dem Verbot ausgeschlossen geblieben zu seyn; Marcian hatte sich gleichfalls besondere Verdienste um das *jus extraordinarium* erworben.

§ 59.

VIII. Das secundäre Civil- und Honorarrecht.

I. Die Behauptung eines *jus extrao.* als dritter Schicht des Rechts kann und soll nicht so gemeint seyn, als ob die Kaiserzeit den Stillstand des *jus civile* und *honorarium* bedeutet hätte; wie hätte auch das *jus civile* des Sabinus oder das Prätorenedikt, zwei Ströme von solcher Kraft des Lebens, mit einem Male erstarren können! Noch konnte die Quelle des *mos civitatis* fliessen und im Bunde mit der Jurisprudenz Rechtssätze und selbst Rechtsinstitute zur Welt bringen, wovon ein Beispiel die Innominatcontracte sind. Noch konnten angesehene Prätores, bevor die endgültige Composition erfolgt war, einzelne Aenderungen und Zusätze in das Prätorenedikt bringen, wozu die *Superficies* und das *Edictum de conjungendis cum emancipato liberis ejus*, welches als *nova clausula* durch Julian dem Hadrianischen Edikt einverleibt wurde, Belege sind. Die *responsa Prudentium scripta signataque* kamen zu solchem Ansehn, dass sie eine *viva vox juris et civilis et honorarii* genannt werden können. Und es ist schon mehr wie einmal oben bemerkt worden, dass theils *Seta*, theils *Principales Constitutiones* sich mit Stoffen des *jus ordinarium* beschäftigten.

Unter den Constitutionen mögen es namentlich Decrete und Rescripte gewesen seyn, welche zur Aufhellung, Erklärung, Weiterbildung und Sicherung des alten Rechtes beitrugen. Der casuelle Anlass, welcher hier vorzuliegen pflegte, liess die Constitutionen dieser Art als harmlos erscheinen, die Kaiser wollten auch dem alten Recht gegenüber gar nicht als Gesetzgeber auftreten und Einfluss üben. Unter diesem Gesichtspunkt erklärt sich eine Stelle aus Papinian, welche von Wlassak (S. 59. 109) in einen falschen Zusammenhang gebracht und da gar nicht erklärlich ist.

Papinian: Jus civile est, quod ex legibus, plebiscitis, Setis, Decretis Principum, auctoritate Prudentium venit. Jus praetorium est, quod Praetores introduxerunt. (fr. 7. de J. et J.).

Warum werden gerade die Decrete und nur diese von den kaiserlichen Constitutionen genannt? Offenbar will Papinian nicht sagen, dass alles Recht der *Seta*, *Constitutiones* und *Responsa* Civilrecht gewesen sei, und also die Constitutionen schlechthin zu den Quellen des Civilrechts zu rechnen seien; denn erstens hätte er dann nicht bloss die Decrete nennen dürfen, und er hätte unbeachtet

gelassen, dass *Seta* und *Constitutiones* ebenso, wie *Responsa* sich vielfach auf Stoffe des prätorischen Rechtes bezogen. Jene Stelle hat vielmehr nur dann Sinn, wenn man annimmt, dass Papinian an secundär-civiles Recht gedacht und also gesagt hat: Auch *Seta*, *Decreta* und *Responsa* können Civilrechtliches enthalten; man hat Civilrecht nicht bloss in den *Leges* (und *Plebiscita*) zu suchen, sondern auch *Seta*, *Decreta* und *Responsa* kommen dafür in Betracht.

Wlassak¹⁾ hat sich des Ausdrucks „secundär-prätorisches Recht“ bedient, um die bereits von Huschke²⁾ bemerkte Erscheinung einer von Senat oder Princeps ausgehenden Ergänzung des *jus honorarium* zu bezeichnen. Ich adoptire gern diesen Ausdruck und spreche fortan, indem ich auf die gleiche Erscheinung betreffs des Civilrechts hinweise, von secundär-civilem und secundär-honorarischem Recht. Es werden diejenigen Rechtssätze darunter begriffen, welche nicht aus dem Rahmen des originär-civilen und originär-honorarischen Rechtes, d. h. des *jus ordinarium* heraustreten, sondern nur Erläuterung, Sicherung oder Fortbildung des letzteren sind und sich auf der Linie und im Styl desselben halten. Diese Rechtssätze ruhen nicht auf neuen Principien, sondern auf der alten Grundlage; sie sind nur Nachklänge und Anhänge des alten Systems und unterscheiden sich mit diesem zusammen von der Rechtsmasse neuen Styls, dem *jus extrao.* Die Rechtsquelle tritt hier vor dem Wesen des Rechtssatzes zurück, die Einheit des Gedankens entscheidet, und so mögen die römischen Juristen die neuen Produkte dieser Art einfach zum *jus ordinarium* (*civile* und *honorarium*) hinzugerechnet haben. Wir müssen uns hüten, diese Erscheinung mit dem *jus extrao.* zu vermengen, die Frage desselben könnte durch solche Vermengung nur verdunkelt werden.

II. Sowohl das Civilrecht als auch das Honorarrecht wurden solcher Ergänzung in der Kaiserzeit theilhaft, und nicht bloss *Seta* und *Principales constitutiones*, sondern namentlich die Gutachten und Schriften der Respondirjuristen mehrten das Recht in diesem Sinne.

Was zunächst die *Seta* anlangt, so ist bereits oben³⁾ bemerkt worden, dass ihrer eine grosse Anzahl nur Ausführungen und Fortsetzungen von *leges*, theils aus der republikanischen, theils aus der

¹⁾ Krit. Studien S. 18. 19. Dazu S. 107. 186.

²⁾ Gaius. Beiträge (1855) S. 219.

³⁾ § 53. a. E.

ersten kaiserlichen Zeit, waren. Man wird solche nicht zum *jus extrao.* rechnen, sondern dem *jus ordinarium* anhängen. Von einigen derselben kann es zweifelhaft seyn, wohin sie zu stellen sind; so z. B. 1) von dem *Scutum Juventianum de pretio rerum hereditariarum* im Fall der fiscalischen *hereditatis petitio*, wodurch die Function dieser *actio in rem* exorbitant erweitert wurde, aber doch wohl nicht so, dass man von *jus extrao.* reden könnte; da schon Labeo verwandte Gedanken hatte;⁴⁾ 2) von dem *Scutum*, durch welches die *hereditatis petitio* zur Ueberwindung der *usucapio hereditatis* und *rerum hereditariarum* befähigt wurde, gleichfalls unter Hadrian,⁵⁾ wodurch aber nicht die *lucrativa pro herede usucapio* überhaupt abgeschafft wurde; 3) von dem *Scutum de donationibus inter virum et uxorem confirmandis*,⁶⁾ welches, indem es den alten *mos civitatis* traf und *aliquid laxabat ex juris rigore*,⁷⁾ diese Materie weiterbildete; man könnte vielleicht sagen, die Convalescibarkeit sei ein ganz neuer Gedanke, das *beneficium Orationis*⁸⁾ liege also *extra ordinem*, indess ruht das *Scutum*⁹⁾ doch völlig auf der alten Rechtsanschauung, dass Schenkungen unter Ehegatten gegen die Weihe des Ehebandes verstossen; *fas esse, eum quidem, qui donavit, poenitere*,¹⁰⁾ sagt die *Oratio Caracallae*, und die Convalescibarkeit wird auf einen ganz dem Geiste des Civilrechts entsprechenden Gedanken gegründet: dass, wenn der Schenker keinen Gebrauch von der *revocandi potestas* macht, das als letztwillige Bestätigung, *quasi testamentum et supremum judicium* zu behandeln sei;¹¹⁾ demgemäss spricht Ulpian von einer *obligatio civilis ex donatione*.¹²⁾

Auch zahlreiche Rescripte und andere kaiserliche Constitutionen (Decrete, Edicte) beziehen sich auf Rechtsinstitute des Civilrechts sowie des Honorarrechts, so viele, dass es sich auch hier nur um Illustration durch einige Beispiele handeln kann.¹³⁾ Auf das

4) fr. 18. *pr. de her. pet.* (5, 3).

5) Gai. 2, 57.

6) Vielleicht rechnet Rudorff (I. § 75. S. 193) mit Rücksicht hierauf die *donatio* zum *jus extraordinarium*.

7) fr. 1. 32. *pr. de don. i. V. et U.* (24, 1).

8) fr. 32. § 9. *eod.*

9) Papinian scheint der intellectuelle Urheber gewesen zu seyn; s. fr. 7. § 8; fr. 23. 32. § 16; fr. 52—54. *eod.*

10) fr. 32. § 2. *eod.* Dazu fr. 3. § 1. *eod.*

11) fr. 32. § 1. 2. 3. *eod.*

12) fr. 32. § 1. *eod.*

13) Vergl. Wlassak S. 107. 108. 162.

Civilrecht beziehen sich die von Ulpian in fr. 11. § 16. *de act. emti* (29, 1)¹⁴⁾ und fr. 1. *de jure codic.* (29, 7)¹⁵⁾ angeführten Constitutionen, welche die Evictionshaftung des verkaufenden Pfandgläubigers einschränken und sich gegen die Involvierung des Codicillwillens im Testirwillen erklären. Auf prätorisches Recht bezieht sich das bekannte Rescript der *Divi Fratres*, welches, eine Controverse entscheidend, dem Enkel die *B. P. contra tabulas aviti liberti* zuspricht;¹⁶⁾ auf die prätorische Collation beziehen sich Rescripte des Antoninus Pius, Marc Aurel und der *Divi Fratres*,¹⁷⁾ eine Constitution des D. Pius auf die *B. P.* der Kinder eines Emancipirten,¹⁸⁾ ein Rescript desselben auf die *B. P. c. t.* des *parens manumissor*.¹⁹⁾

III. Noch grösser war der Einfluss der Jurisprudenz auf die Materien des *jus ordinarium*; so weit Rechtssätze in dieser Richtung durch sie veranlasst oder geschaffen wurden, zählen diese zum Civilrecht, bez. zum Honorarrecht. Ich erinnere an die Grundsätze über die *locatio operis*,²⁰⁾ die *liberae administrationis concessio* für das Hauskind,²¹⁾ das *Distractionsrecht* des Pfandgläubigers. Die Erweiterung des *Mutuumbegriffs*²²⁾ und das *quasimutuum* des Celsus und Julian, welches eine Weiterbildung des Systems der *condictiones sine causa* war,²³⁾ die *condictio possessionis*, die Fortbildung des ädilischen Edicts,²⁴⁾ des Injurienrechts des Edicts sowie der *lex Cornelia de injuriis*²⁵⁾ sind gleichfalls hierher gehörige Thaten der Jurisprudenz.

Ferner möchte ich hervorheben 1) die Ausdehnung der *actio institutoria* auf den Fall des Einzelauftrags, welche durch Papinian bewirkt wurde;²⁶⁾ 2) die Gewährung einer *actio utilis* aus Con-

¹⁴⁾ *Si jure creditoris vendiderit, non tenetur ad pretium restituendum; hoc enim multis constitutionibus effectum est.*

¹⁵⁾ *Saepissime rescriptum et constitutum est, eum, qui testamentum facere opinatus est, nec voluit quasi codicillos id valere, videri nec codicillos fecisse.*

¹⁶⁾ fr. 17. *de jure patr.* (37, 14).

¹⁷⁾ fr. 5. *pr. de coll. bon.* (37, 6); fr. 1. *pr.*; fr. 9. *de dotis coll.* (37, 7).

¹⁸⁾ fr. 7. *de conjung. c. em. lib.* (37, 8).

¹⁹⁾ fr. 1 § 4. *si a parente* (37, 12).

²⁰⁾ Labeo und Javolen in fr. 37. 51. 57—59. 60. 62. *locati* (19, 2).

²¹⁾ fr. 46. *de pecul.* (15, 1).

²²⁾ fr. 11. 15. *de reb. cr.* (12, 1); fr. 34. *pr. mand.* (17, 1).

²³⁾ fr. 12. 19. § 1; fr. 32. *de reb. cr.* (12, 1).

²⁴⁾ s. Schilling Instit. III. § 293. S. 380.

²⁵⁾ s. Kuntze *Cursus d. R. R.* § 715.

²⁶⁾ s. Kuntze a. a. O. § 610. Vergl. unten § 64. V.

tracten des Stellvertreters an den *dominus negotii*.²⁷⁾ 3) den Grundsatz, dass urkundliche Niederschrift *inter praesentes* den mündlichen Stipulirakt ersetzt, welcher nicht bloss von der Jurisprudenz aufgestellt,²⁸⁾ sondern auch durch Rescript anerkannt wurde;²⁹⁾ 4) die *usufructuarii potestas*, d. h. das Recht des *usufructuarius servi*, durch dessen Rechtshandlungen (z. B. *hereditatis aditio*) Rechte zu erwerben. Das letztgenannte Recht, dessen Anerkennung namentlich durch Labeo und Julian bewirkt worden zu seyn scheint, ist eine Erweiterung des *ususfructus* von *operae* auf Rechtshandlungen.³⁰⁾ 5) Das *juris placitum*, vermöge dessen dem *maritus filiusfamilias* ein Präceptionsrecht betreffs der *dos* seiner Ehefrau gegenüber der väterlichen Erbschaft zustehen soll; auch dieser Grundsatz, welcher durch Celsus und Julian begründet worden zu seyn scheint,³¹⁾ fand rescriptliche Bestätigung.³²⁾ Ist das noch *jus ordinarium*?

IV. Ein besonderes Interesse bietet hier für uns das durch die Jurisprudenz seit Labeo inaugurierte System der Innominatcontracte, über dessen Auffassung die römischen Juristen selbst merkwürdig geschwankt haben. Aristo und Julian standen einander gegenüber: Aristo³³⁾ nahm *civilis obligatio* an, während Julian sich für eine *in factum actio a Praetore danda* aussprach; Mauricianus tadelte darob den Letzteren und trat dem Aristo bei, indem er die Klage eine *civilis incerti actio*, beruhend auf synallagmatischem Gedanken und folglich nach Analogie der gegenseitigen Contractsobligationen des Civilrechts gebildet, nannte.³⁴⁾ Die Frage war ja nicht einfach,³⁵⁾ und die römischen Juristen schwangen sich nicht

²⁷⁾ s. Kuntze ebendas. Auch hier ward Papinian maassgebend.

²⁸⁾ Papin. fr. 11. § 1. *de duob. reis* (45, 2).

²⁹⁾ c. 1. *de contr. stip.* (8, 38): Sept. Sev. und Antoninus a. 201.

³⁰⁾ s. Kuntze Excursus S. 380. Ich habe dort die *usufructuarii potestas* unter die Rechtsinstitute des *jus extraordinarium* gestellt, indess kann diese Stellung, wie ich zugebe, beanstandet werden; trotz des *utilitatum est* des Paulus in fr. 24. *de usufr.* (7, 1), was auf (neues) Gewohnheitsrecht deutet, lässt sich der neue Gedanke doch an den civilrechtlichen Niessbrauchsbegriff anknüpfen. Vergl. aber unten § 64. I. a. E.

³¹⁾ fr. 1. § 9. *de dote prael.* (33, 4); fr. 51. *pr. fam. herc.* (10, 2); fr. 85. *ad leg. Falc.* (35, 2).

³²⁾ Durch Caracalla: c. 2. *fam. herc.* (3, 36). Dazu M. Voigt, d. *lex Maenia* (1866) S. 64.

³³⁾ Aristo erscheint auch in fr. 14. § 3. und fr. 16. § 1. *de praescr. verb. act.* (19, 5).

³⁴⁾ Ulp. fr. 7. § 2. *de pact.* (2, 14).

³⁵⁾ Vergl. auch fr. 16. § 1. *de praescr. v. act.* (19, 5).

so leichtfüßig über sie hinweg, wie Wlassak über die Frage nach dem Charakter des Senats- und Constitutionenrechtes.³⁶⁾ Eine doppelte Anknüpfung an das bisherige Recht war denkbar: 1) eine sachliche, welche auf das Civilrecht zurückführte, indem die Innominatcontracte mit den benannten (gegenseitigen) Contractsobligationen, z. B. Tausch mit Kauf, zusammengestellt wurden; und 2) eine processuale, welche auf das Prätorienrecht zurückwies, indem die *praescripta verba*, mit welchen in der Formula der Mangel eines *proprium nomen* der *vulgaris actio*³⁷⁾ ersetzt wurde, an die *designatio facti* in den prätorischen *actiones in factum* erinnerten. Wie nun gestaltete sich das neue Dogma unter dem Widerstreit der Gesichtspunkte?

Proculus, Alfenus, Javolen, African und Gaius nennen die neue Klage *actio in factum*;³⁸⁾ aber sie sind doch nicht prätorische Schöpfungen, wie die eigentlichen *actiones in factum*, vielmehr sagt Neratius: *civili intentione incerti agendum*,³⁹⁾ und Pomponius bemerkt von einem ähnlichen Falle: *certum est, civilem actionem incerti competere*;⁴⁰⁾ Paulus zeigt auf die *mandati*, *locati* und *emti actio* als Vorbilder der *actiones praescr. verb.* hin,⁴¹⁾ und Ulpian, welcher in fr. 1. *de aestim.* (19, 3) ähnlich verfährt, nennt den Innominatcontract ein *negotium civile gestum*, ja die *actio praescr. v.* einmal geradezu einfach *civilis actio*,⁴²⁾ denn sie sei nicht *ex pacto* (prätorisches Recht), sondern *ex conventionione, quae in se negotium aliquod habet*,⁴³⁾ d. h. *actio ex contractu*.

Wohin also gehört die *actio praescr. verbis* nach der klassischen Auffassung? Weder recht in das Prätorienrecht, noch recht in das Civilrecht. Es scheint ein Gemisch zu seyn, welches gar nicht ohne Weiteres im alten Rahmen unterzubringen ist — weder ein *contractus* im alten Sinne, noch ein *pactum*, sondern ein *quasi negotium quoddam inter nos gestum proprii contractus*,⁴⁴⁾ wie Labeo oder wohl erst Ulpian⁴⁵⁾ sich auszudrücken beliebt. *Actio in factum*

³⁶⁾ s. oben § 54. I. 3. 4.

³⁷⁾ fr. 1. *pr. de praescr. verb. act.* (19, 5).

³⁸⁾ fr. 10. 12. 22. 23. 24. eod.

³⁹⁾ fr. 6. eod.

⁴⁰⁾ fr. 16. *pr. eod.*

⁴¹⁾ fr. 5. § 4. i. f. eod.

⁴²⁾ fr. 15. eod.

⁴³⁾ fr. 19. *pr. eod.*

⁴⁴⁾ fr. 19. eod.

⁴⁵⁾ s. fr. 15. eod.

civilis ist der diese Composition drastisch ausdrückende Terminus, welcher sich als technisch festsetzt; schon Labeo, der Schöpfer des Systems der Innominatcontracte,⁴⁶⁾ bezeichnete die Klage als *actio in factum civilis*,⁴⁷⁾ Julian und Papinian folgten ihm darin,⁴⁸⁾ oder man bezeichnete sie als *actio incerti*, wie Neratius, Pomponius und auch Papinian thun.⁴⁹⁾

Der Ausdruck *actio in factum civilis* enthält mit dem alten Maass gemessen eine *contradictio in adjecto*; der Gedanke liegt nahe, dass die Erscheinung etwas Neues sei. In der That nennt Gaius⁵⁰⁾ sie ein *novum negotium*. In ihm kündigt sich eine neue Schicht von Rechtsideen an, vergleichbar dem Recht der Augustischen Legislation, wovon oben als von einer Vorstufe des *jus extrao.* die Rede war.⁵¹⁾ Die Innominatcontracte und die Elemente des Papischen Rechtes sind Parallelprodukte eines in Umwälzung begriffenen Rechtstriebs. Man kann zweifeln, ob nicht mit diesem Neuen der alte Rahmen gesprengt, das alte Contractsystem, in welchem die formlosen Contracte nur eine festbegrenzte Ausnahme bilden, umgeworfen wird. Allein man ist nicht zu dem Gedanken fortgeschritten, dass die Verabredung schon an sich binde; mittels der Schranke — dass nur Leistung bindend mache — ordnete man das Neue noch als Ausnahme dem alten Gedanken des Civilrechts unter und lehnte somit den einem römischen Kopfe schwer eingänglichen, gefährlich erscheinenden Umsturzgedanken ab, dass jede Verabredung ohne Weiteres bindend sei. So lässt sich das Neue allenfalls noch an Erscheinungen alten Styls anknüpfen, der Tausch an den Kauf, andere Innominatcontracte an Mandat oder Mieth, und es mag die Politik der Sabinianer, die nicht die Entschlossenheit neuer Originalschöpfungen hatten, gewesen seyn, wie den Tausch unter die Schablone des Kaufs, so vielleicht auch andere Innominatcontracte unter Civil-

⁴⁶⁾ Dies erhellt daraus, dass 1) kein älterer Jurist für die neue Lehre genannt wird, 2) Papinian sich in einem bedeutsamen Falle auf Labeo bezieht und dabei ausdrücklich bemerkt, Labeo habe die Klage als *in factum civilis* bezeichnet (fr. 1. eod.), 3) Ulpian mehrmals den Labeo als Autor in Fragen der *actio pr. verb.* nennt (fr. 20. eod.), und 4) von Labeo Betrachtungen angeführt werden über die Begriffe von *contractus* und *gestum* (fr. 19. de V. S.), wovon Ulpian in fr. 19. de pr. verb. Gebrauch macht.

⁴⁷⁾ fr. 1. § 1. eod.

⁴⁸⁾ fr. 1. § 2; fr. 5. § 2. i. f. eod.

⁴⁹⁾ fr. 6. 8. 16. eod.

⁵⁰⁾ fr. 22. eod.

⁵¹⁾ s. oben § 53.

rechtstitel in das alte System unterzubringen; wenigstens erzählt Paulus uns, Sabinus und Cassius hätten unter Berufung auf den Dichter Homer den Austausch von Toga gegen Tunica mit als Kauf angesehen wissen wollen: sicher aus keinem anderen Grunde, als weil sie den Tausch unter die Zahl der klagbaren Contracte einschmuggeln und so noch das Proculianische Dogma vom Innominatcontract überbieten wollten, ohne sich zugleich einer neuen endlosen Bahn anzuvertrauen. Aristo, der sich gegenüber den Schulen frei erhielt,⁵²⁾ zeigte seine freie Mittelstellung auch darin, dass er hervorhob, die *permutatio* sei *vicina emtioni* (Annäherung an die Sabinianer), anderseits aber, wie wir oben gesehen haben, in mehreren Fällen die Gewährung einer Civilklage zurückwies.⁵³⁾

Der Innominatcontract ist hiernach noch nicht als etwas absolut Neues erachtet worden, man behandelte ihn als ein Gemisch der alten Systeme; aber dass man nun wagte, zu mischen, war doch etwas Neues;⁵⁴⁾ dieses Wagniss zeigt, dass die Zeit freier, als die vorhergehende, den Stoffen des *jus ordinarium* gegenüberstand, die Grenzmauern übersprang und einen grösseren Horizont zu gewinnen suchte, einen Horizont, gegen welchen Wlassak mit aller Macht protestirt.

Wir wollen nicht römischer, als die römischen Juristen seyn und fügen uns der von diesen aufgestellten Formel, welche die *actio praescr. verb.* als *actio in factum civilis*, d. h. als einen Anhang des alten Rechts begriff. Wie ich das Papische Recht des Augustus nur als eine Vorstufe des *jus extrao.* gewürdigt wissen will, so zähle ich auch den Innominatcontract der Juristen nur zu den Vorstufen des *jus extrao.*, nicht zu diesem selbst. Aber es leuchtet ein, dass die Zeit in dieser Richtung weit vorgerückt ist; wir sehen den römischen Rechtstrieb hier an der Grenzscheide zwischen *jus ordin.* und *extrao.* anlangen.⁵⁵⁾ Der Bruch mit dem alten System ist vorbereitet, das Neue im raschen Anzug.

⁵²⁾ Zeitgenosse des Proculus; er war Epitomator und schrieb einen Commentar ebenso zu Labeo wie zu Sabinus.

⁵³⁾ fr. 14. § 3; fr. 16. § 1. eod.

⁵⁴⁾ Man denke hierbei an die *Bon. Poss.* des Papischen Rechtes.

⁵⁵⁾ Diesseits dieser Grenze liegt der Innominatcontract, jenseits aber die Forderung auf *honorarium* in der *extraordinaria cognitio*. Das sind zwei Fortbildungen des Vertragssystems, die nahe verwandt scheinen; und doch scheiden sie sich principiell; so fein und scharf ist die Grenze; aber sie ist da, auch wenn nicht jedes Auge sie wahrnimmt.

II. Kapitel.

Die einzelnen Zweige des neuen Systems.

§ 60.

I. Das *jus extraordinarium* im engeren Sinne.

1. Die materiellrechtliche Natur desselben.

I. Rom hatte Jahrhunderte lang innerhalb seiner *auspicato* geweihten Stadtgrenze verharrt; zuerst Caesar, der revolutionäre Verächter des Auspiciums und des Senats, durchbrach das Pomerium, und der Nationalstaat, welcher an die Stelle des Gemeindestaates getreten war, schickte sich an,¹⁾ ein Weltstaat zu werden. Gleichwie die Stadt Rom ihre traditionelle Peripherie und das römische Staatswesen den republikanischen Rahmen durchbricht, so macht sich auch im Bereiche des Privatrechts eine Richtung geltend, welche die Grundlagen der bisherigen Ordnung preisgibt, aus der beengenden Atmosphäre italischen Wesens hinausstrebt, und den Rechtssinn der maassgebenden Faktoren in neue Bahnen drängt. Bald häuft sich in rascher Folge und unabwendbarer Entwicklung der neuen Bedürfnisse und Triebe die Masse dessen, was des alten Maassstabes spottet, so beträchtlich, dass nicht mehr mit dem Gedanken einzelner Ausnahmen auszukommen ist. Wer seinen Blick nicht am Detail haften liess und die culturlich zusammenhängenden Erscheinungen der neuen Zeit im Zusammenhang zu begreifen verstand, konnte bald nicht mehr zweifelhaft seyn, dass hier ein neues System im Werden, eine ganze grosse Schicht neuer Vorstellungen im Aufsteigen begriffen war. Wohin wir auch blicken mögen in der Kaiserzeit, allenthalben zeigen sich neue Anfänge und Ausgangspunkte, und was da gebaut wird, ruht nicht auf den herkömmlichen Grundlagen, sondern erhebt sich im neuen Baustyl daneben, hat seine eignen Pfeiler und Bögen und nimmt sogleich solche Dimensionen an, dass man ihnen die Bestimmung und Leistungskraft für die grössten kosmopolitischen und internationalen Lebensbedürfnisse und Lebensanschauungen ansieht. Das klassische Maass macht dem Hange zum Kolossalen Platz: auch die Rechtsinstitute neuen Styls tragen das Gepräge des Kolossalen, insofern sie von vorn herein zugeschnitten

¹⁾ Dies die Bedeutung der Hadrianischen Aera.

sind auf Römer und Nicht Römer, ja auf Freie und Sklaven, auf alle Zonen und Klimate und sich gleichgültig, ja abweisend verhalten gegenüber jeglicher Tradition. Hat doch selbst der dann christianisirte Staat trotz des gänzlichen Umschwungs der Weltanschauung die Masse der römischen Rechtssätze unangetastet bestehen lassen und herübernehmen können.

Unsere Doctrin hat bisher noch gar nicht den Versuch gemacht, diese Welt neuer Rechtsercheinungen im Zusammenhange zu betrachten und in Gegensatz zu der vorhergehenden, sowie der nachfolgenden Epoche zu stellen; aber in der That, die Zeit von Augustus bis Aurelian hat ihr besonderes Gepräge, und was sie in juristischer Beziehung recht eigentlich auszeichnet, ist das s. g. *jus extraordinarium*. Es ist nun, nachdem die Quellen sowie die Grenzen desselben gegenüber den alten und neuen Stoffen des *jus ordinarium* aufgezeigt worden sind, von der Wesensart des neuen Rechts zu handeln.

II. Wenn auf diese eingegangen wird, so ist zunächst der weite Umfang des Neuen zu constatiren. Es handelt sich hier nicht bloss um solche Stoffe, an welche gewöhnlich zuerst gedacht wird, wenn vom *jus extrao.* die Rede ist, sondern auch das *jus naturale* und *jus militare* steht in allernächster Verbindung damit und muss als hinzugehörige Schöpfung der Kaiserzeit mit in den Kreis unserer Betrachtung gezogen werden; und nicht bloss das *jus privatum* fesselt unseren Blick, sondern auch das parallel gehende *jus publicum* zeigt einen in entsprechender Weise über den alten Rahmen hinaustreibenden Entwicklungsgang, so dass sich *cum grano salis* auch hier von einem *jus extrao.* reden lässt; ja ich behaupte, dass unsere ganze noch ziemlich unstete Anschauung von dem Staatswesen der Kaiserzeit sehr an Festigkeit und Durchsichtigkeit gewinnen wird, wenn wir die staatsrechtlichen Typen, welche Schöpfungen der ersten Kaiserzeit sind, dem Generalnenner des *jus extraordinarium* unterordnen lernen.

Mit dieser Erinnerung ist der folgenden Untersuchung der Weg vorgezeichnet. Ich unterscheide verschiedene Massen innerhalb der einen grossen Schicht, des *jus extrao.* im weiteren Sinne, habe aber auch nichts dagegen, wenn man vorzieht, das *jus extrao.* im engeren Sinne neben das *jus naturale* und *militare* zu stellen und weiter noch, getrennt davon, das kaiserliche Staatsrecht als eine besondere Partie oder Phase des antiken Rechtsgedankens oder Rechtstriebes vorzuführen.

Wlassak verlangt Beweise, unmittelbare Beweismittel mit

mathematisch überzeugender, zwingender Kraft. Aber kann nicht auch ein Indicienbeweis erdrückend seyn? Einen Indicienbeweis, aus einer Reihe zusammenklingender Wahrscheinlichkeitsmomente gebildet, scheint mein Gegner nicht anzuerkennen, und man wird darauf verzichten müssen, ihm ein Zugeständniss abzunöthigen. Wie wäre auch in solchen Dingen geschichtlicher Plastik und geschichtlicher Abstraction eine Ueberführung, eine logische Nöthigung erreichbar? Geschichtlicher Sinn ist erforderlich in solcher Region, mit den Dädalusflügeln der blossen engbrüstigen Logik kommt man hier nicht weit. Ich verlange zur Würdigung des Folgenden, dass der Leser geschichtlichen Sinn mitbringe.

III. Wenn Wlassak sagt, *extraordinaria cognitio* sei nicht *extrao. jus*, das *Novum* sei eine processuale That, so ist das ebenso wahr und ebenso falsch, wie wenn ein weiser Mann uns belehren wollte, *honoraria actio* sei nicht *honorarium jus*. Man wolle doch Folgendes beachten.

Erst Servius und sein Schüler Ofilius begannen sich mit dem Prätorenedikt literarisch zu beschäftigen und einen neuen Zweig in die Rechtswissenschaft einzuführen, nachdem fast drei Jahrhunderte bereits an dem neuen prätorischen Schutzsystem gearbeitet hatten. Was Wunder also, dass nicht schon Labeo oder Aburius Valens oder Pomponius das System des *extrao. jus* wie eine vollgerüstete Pallas auf ein Mal ihrem Haupte entspringen liessen, sondern erst Papinian²⁾ dem jungen System die Weihe wissenschaftlicher Autorität ertheilte! Dem Civilrecht ward im Civilrechtssystem des Sabinus ein wissenschaftlicher, dem Prätorenedikt im *Edictum perpetuum* und in Julian's Digestenwerk ein codificatorischer und ein wissenschaftlicher Abschluss zutheil; gleiches Glück fehlte dem Kaiserrecht, denn Papinian's Responsen und Quästionen waren trotz Konstantin's Kassirgesetz kein wissenschaftlicher Abschluss; die ganze Erscheinung des *novum jus* war für das langsame Denken der Römer noch zu jung, die Blüte der Jurisprudenz brach ab, bevor die letzte Frucht ausreifen konnte; der *Gregorianus Codex* war nur ein sehr unvollkommenes Surrogat einer Codification des Constitutionenrechtes, ein wohl im Orient, also auf fremdem Boden gebildetes, und ein verspätetes insofern, als zur Zeit seiner Anfertigung, wo die antike Civilisation sich kaum noch des Barbarenthums zu erwehren vermochte, von freier Wissenschaft, schöpferischem Fortschritt und innerem Verständniss der das *jus*

²⁾ s. oben § 58. II.

extrao. und *ordinarium* scheidenden Kriterien nichts mehr zu finden war.

Während also das *jus honorarium* so weit ausgereift war, dass es die processuale Hülle wie eine Hülse gewissermassen abstreifen und sich als ein System materieller Rechtsinstitute vollständig und handgreiflich entpuppen konnte, behielt das *jus extrao.* die durchbrochene Eischale am jugendlichen Körper; aber wem diese Rudera den Blick nicht verwirren, der wird ohne Mühe erkennen, dass hier nicht bloss ein neues Processsystem, sondern eine neue Welt materieller Rechtsgebilde zur Entstehung gekommen ist, und die Processabweichungen vom Alten nicht mehr und nicht weniger als ein Symptom der Rechtsabweichungen sind. Wir dürfen uns also nicht beirren lassen durch die häufige Betonung der processualen Seite des *jus extrao.* in den Quellen; es wird sich aus der unten folgenden Reihe von Beispielen mit Evidenz ergeben, dass es der neuen Schicht keineswegs an Instituten und Sätzen des materiellen Rechtes fehlt.³⁾ Ihrer sind so viele, so wichtige und so interessante, dass durch sie der wissenschaftliche Werth des Dogmas vom *jus extrao.* für den, welcher sehen will, über alle Zweifel erhoben wird.

Es ist übrigens gar nicht wahr, dass das Prätorienrecht seine ersten Wurzeln nur im Processwesen gehabt habe; in der Thätigkeit der Prätores spielten viele Verwaltungselemente hinein, wie z. B. das Interdictensystem und die *actiones populares* erkennen lassen; überhaupt waren die Römer weit entfernt von der uns heutzutage so geläufigen Trennung von Administration und Justiz. Gerade wie aus dem Process und der Verwaltung heraus das Prätorienrecht sich zu einem materiellen Rechtssystem erhob, so wiederholte sich die gleiche Entwicklung im *jus extrao.*

Die *extraordinaria cognitio* hat aber für uns eine prototypische Bedeutung insofern, als wir an ihrer Art recht deutlich den Grad der Abweichung des neuen Systems vom alten zu ermessen vermögen. Es handelt sich da nicht um ein blosses Fortspinnen bisheriger Gedankenfäden, es ist ein weit grösserer Abstand bemerkbar zwischen dem *jus extrao.* und *ordinarium*, als derjenige war, welcher das *jus*

³⁾ Man vergl. vorläufig Papinian in fr. 50. a. E. de her. pet. (5, 3): *Quamvis stricto jure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen Principali vel Pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremæ voluntatis.* Freilich liegt hier ein Unterschied des Verfahrens vor, aber der neue Rechtssatz selbst ist doch von materieller Rechtssubstanz.

honorarium vom *jus civile* schied. Das *jus honorarium* konnte man noch Römerrecht nennen, die in ihm organisirte Masse war völlig vom Römerthum naturalisirt und erschien in vielen Linien wirklich nur wie ein Fortspinnen civilrechtlicher Gedanken; ⁴⁾ aber die Gestalten des *jus extrao.* machen Risse in das alte Gewebe und sprengen den herkömmlichen Rahmen. Diesen Unterschied stellt uns vor Allem der Process klar vor Augen, denn, während der Legisactionen- und Formularprocess sich durchaus in den Formen der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit bewegte, nimmt der Process der Kaiserzeit und vornehmlich die *extraordinaria cognitio* Elemente der Heimlichkeit und Schriftlichkeit in sich auf, und während der alte Process sich auf Grund der Litiscontestation in *jus* und *judicium* gliederte, lässt der Cognitionalprocess die Processcäsar fallen und macht sich demgemäss los von der Mitwirkung des Bürgers im Geschwornenamte. Das sind so einschneidende Rechtsveränderungen, dass man zweifeln kann, ob man die neue Processart noch eine römische nennen dürfe. Das Alles sollte nichts weiter seyn, als eine Modificirung des Processganges, das Alles sollte ohne Zusammenhang mit einer Wandelung der rechtlichen Anschauungen vor sich gegangen seyn, und die kaiserlichen Beamten, welche nun an der Stelle des Senatoren- und Ritterstandes kraft kaiserlicher Delegation die Urtheile abgaben, sollten nicht (bewusst und unbewusst) im Sinne der neuen Rechtsbewegung die Rechtsanwendung durchgeführt und den kosmopolitischen Strebungen der kaiserlichen Partei Rechnung getragen haben?

Die Unterschiede zwischen dem Process des *jus ordinarium* und dem Cognitionalprocess, zwischen den Behördensystemen der alten und der neuen Ordnung ⁵⁾ sind im Grossen und Ganzen so klar und so bekannt, dass es uns erspart werden kann, hier weiter davon zu reden; ich wende mich daher sofort zum materiellen Recht zurück.

IV. In Bezug auf dieses ist hier noch eine Frage von allgemeiner Tragweite zu berühren, welche von Wlassak nicht einmal gestreift worden ist: das Vorkommen der *exceptio* im Gebiete des *jus extrao.*

Die *exceptio* (im römischen Sinne) ergibt sich uns zunächst als eine geschichtliche Erscheinung, wir treffen sie vornehmlich im Verhältniss des Prätorienrechts zum Civilrecht. Ist nun mit der Antiquirung dieses Verhältnisses auch der Exceptionsbegriff als völlig

⁴⁾ Belege dafür s. unten § 61 ff.

⁵⁾ Vergl. Pernice i. d. Beseler-Festgabe (1885) S. 59. 62.

beseitigt und antiquirt anzusehen? Der dogmatische Kern der *exceptio* ist principiell bestritten, und hier ist nicht der Ort, den Versuch einer Lösung dieses Problems zu machen. ⁶⁾ Aber wir müssen uns hier erinnern, dass es eine *exceptio legis Plaetoriae* und *legis Cinciae* gibt, und dass sich in der Kaiserzeit der Fall einer *exceptio*, die materiell nichts mit dem Prätorienrecht zu thun hat, wiederholt, und über den letzteren Fall muss an dieser Stelle Etwas gesagt werden. Was die nach obigen zwei *leges* benannten Exceptionsfälle anlangt, so bin ich der Ansicht, dass sie erst durch die Prätores in Fortbildung des civilrechtlichen Verbots eingeführt wurden, und dass sie zu denen gehören, *quae ex legibus substantiam capiunt* (Gai. 4, 118), d. h. vom Prätor nicht aus dem Edict, sondern aus einer *lex* abgeleitet worden sind; auch sie sind nicht durch eine *lex*, sondern von den Prätores eingeführt, und konnten nicht wohl aus einer *lex* stammen, denn es handelte sich dabei nicht um solche Fälle, wie sie in der obigen Anmerkung angegeben sind, sondern um völlige Entkräftung des verbotenen Rechtsgeschäfts, und es heisst doch einen inneren Widerspruch dem alten (einfachen, geradlinigen) Civilrecht imputiren, wenn man behauptet, die *lex* habe mit der einen Hand, das Rechtsgeschäft bestehen lassend, die Gültigkeit desselben (*ipso jure*) zugegeben und mit der anderen Hand (*ope exceptionis*) wieder entzogen. Nur wenn wir von dem Dualismus der Systeme ausgehen, lässt sich ein solches Geben und Nehmen logisch rechtfertigen, und Gaius sagt es doch ganz ausdrücklich, dass auch die *ex legibus substantiam capientes exceptiones* vom Prätor herrührten, denn er spricht in der genannten Stelle nur von prätorisch proponirten Exceptionen und zwar so, dass man sieht, er denke überhaupt dort an keine anderen.

Gaius nennt als dritte Gattung ausserdem diejenigen Exceptionen, welche *ex his, quae legis vicem obtinent*, ihre Substanz, d. h. ihren Grundgedanken entnehmen; es kann nach dem oben ⁷⁾ Ausgeführten

⁶⁾ Ich will nur beiläufig bemerken, dass ich noch einen Rest des Werthes des Exceptionsbegriffs annehme, nämlich für das Obligationenrecht, wo es Liberationsgründe gibt, welche nur vorübergehend oder nur relativ (persönlich) wirken sollen, so dass die *obligatio* nicht schlechterdings oder nicht für alle Betheiligten als erloschen, d. h. nicht als *ipso jure* aufgehoben gelten kann. Solche Liberationsgründe gibt es noch heute, mithin auch die *exceptio*, z. B. *exceptio pacti temporalis* und *in personam*. Vergl. auch Gai. 3, 121.

⁷⁾ s. § 56. III.

nicht zweifelhaft seyn, dass der Jurist dabei an die auf ein *Scutum* oder eine Constitution basirten Exceptionen denkt. Wir kennen solche in der That, und man ist berechtigt, zu fragen, warum, wenn in einer solchen neueren Rechtsquelle ein Rechtsvorgang reprobtirte wurde, derselbe nicht als *ipso jure* nichtig galt. Wäre das *Scutum* oder die Constitution als ganz gleichbedeutend mit der *lex*, als Quelle von Civilrecht anerkannt gewesen, warum erklärte nicht Senat oder Kaiser das Reprobirte für *ipso jure* nichtig? Dieser Umstand scheint sich mir nur dadurch innerlich zu erklären, dass die Rechtsanschauung das neue Recht als eine besondere Schicht, als ein eigenes Rechtssystem von den alten Schichten unterschied; unter dem Gesichtspunkt dieser Auseinanderhaltung erklären sich die *exceptiones Scti Macedoniani*, *Vellejani*, *Trebelliani* ebenso wie die *exceptio ex epistola Hadriani*, mit welcher das *beneficium divisionis* auf Kosten der Mitbürgen gegenüber dem Gläubiger geltend gemacht wird, bez. auch die *exceptio*, welche nach Juristenrecht dem *beneficium cedendarum actionum*,⁸⁾ oder zufolge eines Rescripts des Severus und Antoninus dem *beneficium excussonis reale* (gegenüber der Pfandklage) dient.⁹⁾

Das alte Civilrecht (*mos civitatis*) erklärte die Schenkung unter Ehegatten für nichtig,¹⁰⁾ den Verboten des *Scutum Macedonianum* und *Vellejanum* dagegen diente das *auxilium exceptionis*; ebenso erklärte die alte *lex Furia de sponsu* Mitbürgen für *singuli in viriles partes obligati*,¹¹⁾ während aus der *Epistola Hadriani* dem *in solidum* verklagten Mitbürgen nur eine *exceptio* verstattet wurde.¹²⁾

§ 61.

2. Das Recht aus Senatconsulten.

I. Ich beginne den Versuch, durch hervorragende Beispiele meine Behauptung eines principiell neuen Rechtscharakters der dritten Schicht zu erhärten,¹⁾ mit einem *Scutum* ungewissen Datums,²⁾

⁸⁾ s. Kuntze Cursus § 665.

⁹⁾ c. 2. *de pignor.* (8, 14): a. 205.

¹⁰⁾ *ipso jure*: Ulp. fr. 3. § 10. *de don. int. V. et U.* (24, 1).

¹¹⁾ Gai. 3, 121.

¹²⁾ Gai. 3, 121. 122. i. f.

¹⁾ Wlassak hat es nicht der Mühe werth gehalten, auf den sachlichen Charakter derjenigen Rechtsinstitute einzugehen, welche dem *jus extraordinarium* vindicirt werden; er hat seine Arbeit der Negation für

welches in das Rechtsinstitut des *ususfructus* eingegriffen hat.³⁾ Hier handelt es sich meiner Ansicht nach nicht um secundär-civiles Recht; es liegt ein anderer Fortschritt vor, als der z. B. in der Ausdehnung des *mutuum* durch die Jurisprudenz gemachte, welcher über die durch das *ex meo tuum* gezeichnete Linie hinausführte;⁴⁾ ein neuer Rechtsbegriff ist hier inauguriert, welcher gar nicht eigentlicher *Ususfructus* ist, ein Bau, welcher nicht in diesen hineingehört, sondern neben dem dinglichen *Ususfructus* aufgerichtet ist, denn dieser kann nur an nichtconsumtiblen Sachen begründet werden, weil der *Ususfructuar* die *substantia rei* zu salviren und dies in der *Caution* noch besonders zu versprechen hat; der *Ususfructus* ist eine *Servitut*, d. h. ein *jus in re aliena*, aber wem der *Ususfructus* an einer *Consumtibilie* vermacht ist, der erwirbt *Eigenthumsrecht* an derselben; endlich ist das etwas ganz neues, dass unter dem *Ususfructustitel* ein Rechtsverhältniss begründet wird, welches gar nicht dinglicher Natur, sondern eine *Obligatio*, nur eine *Obligatio* ist, also in einer *condictio ex Scto* ausmündet und mit dem *Ususfructus* nur das *remedium cautionis* (theilweise) gemein hat. Demgemäss sagt Gaius:⁵⁾ *Quo Scto non id effectum est, ut pecuniae ususfructus proprie esset, nec enim naturalis ratio auctoritate Senatus commutari potest, sed remedio introducto coepit quasi ususfructus haberi.* Ulpian aber sagt von einem *ususfructus lanae vel aromatum*: *nullus videtur ususfructus in istis jure constitutus, sed ad Scutum erit descendendum quod de cautione eorum loquitur.*⁶⁾

Man bedenke nur: der Inhalt des *quasiususfructus* ist nicht ein dingliches, sondern ein Forderungsrecht, und dieser Inhalt ist nicht ein Recht des *Ususfructuars*, sondern des anderen Theils, des Rück-

gethan erachtet, wenn er den Terminus *jus extrao.* und die Quellenbasis desselben discreditirte. Mir nun ist es das Geringste, dass ich das Gewebe seiner scrupulösen Kritik zerstörte; weit mehr kommt mir darauf an, dass der sachliche Charakter des *jus extraordinarium* als Ausfluss einer neuen Rechtsanschauung, dieses Recht als eine neue Welt rechtlicher Gestalten enthüllt und die bisherigen Nebel aus dieser Region unserer rechtsgeschichtlichen Wissenschaft verbannt werden.

²⁾ Ob etwa schon unter Augustus? Vergl. Puchta im Rhein. Mus. II. S. 82.

³⁾ *Scutum de usufructu vel usu earum rerum, quae in abusu consistunt.* Ulp. fr. 4. *de usufr. ear. rer.* (7, 5).

⁴⁾ Vergl. Kuntze Cursus § 675. sub 1. u. 2.

⁵⁾ fr. 2. eod.

⁶⁾ fr. 11. eod.

forderungsberechtigten; das ganze Verhältniss hat also mit dem Ususfruct gar nichts weiter gemein, als die äusserlich angethane Rüstung oder Waffe der *cautio usufructuaria*. Im Grunde liegt hier ein neuer Obligationstypus vor, der sich neben das *mutuum* stellt, es ist ein *mutuum* in der Rüstung des Ususfruct; in ihm verbindet sich mit der *condictio incerti* auf Cautionsleistung eine eventuelle *condictio ex cautione*, bez. *condictio quantitatis* auf Restitution der Consumtibilien; ⁷⁾ — es ist ein Fall der *condictio sine causa*. Sabinus war die erste wissenschaftliche Autorität, welche sich mit diesem Typus abgab; ⁸⁾ es entsprach ja der ganzen Richtung der Sabinianer, dass sie sich gern mit den unter kaiserlichen Auspicien entstandenen Rechtsinstituten beschäftigten, und das fragliche *Scutum* beruhte wohl ebenso wie das *Scutum Neronianum*, wovon nachher die Rede seyn wird, auf des Kaisers oder seiner Rätthe Initiative.

Bemerkenswerth ist noch, wie sofort beide Juristenschulen den Fortschritt des neuen Gedankens betrieben, ⁹⁾ indem sie einen zweiten neuen Gedanken aus ihm entwickelten: den *ususfructus nominis*, an welchen sich dann ein drittes Neue, der *ususfructus bonorum* anschloss; Proculus scheint jenen, *Cervidius Scaevola* diesen zur Geltung gebracht zu haben. In beiden haben wir es mit neuen kunstreichen Gebilden zu thun, welche dem alten Römerkopfe durchaus fremd gewesen waren; denn der *ususfructus nominis* ¹⁰⁾ birgt in sich die Vorstellung eines Rechtes am Recht (wie Viele jetzt sagen) oder eines abgeleiteten Forderungsrechts nach Analogie der *actio cessa* (wie ich es für richtig halte), und die Konsequenz treibt von da weiter zu der ganzen Familie der abgeleiteten Rechte neuern Styls, wozu u. A. auch das *pignus pignoris* gehört; der *ususfructus bonorum* ¹¹⁾ aber enthält eine Uebertragung des Servitutbegriffs auf ein Vermögensganzes, d. h. den Gedanken, dass auch eine *universitas bonorum* als Rechtsobjekt, als Objekt eines *jus in re aliena* behandelt werden könne, wozu dann die Generalhypothek sich als Schwestergebilde gesellte. Das Alles passt nimmermehr in den traditionellen Rahmen des römischen Rechts und zeigt das Einschlagen neuer Ge-

⁷⁾ Sabinus, Celsus, Ulpian in fr. 5. § 1. eod.

⁸⁾ fr. 5. § 1. eod. Sabinus ist der älteste unter den citirten Juristen, und vier wichtige Fragmente rühren aus dem Sabinuscommentar (lib. 18.) Ulpian's her.

⁹⁾ s. fr. 3. 5. § 1. 2. eod.

¹⁰⁾ fr. 3. eod.

¹¹⁾ fr. 24. 32. § 1. 6. 8; fr. 37. 43. *de usu per legat. dat.* (33, 2).

dankenbahnen, die freilich an dieser Stelle weiter zu verfolgen ich mir versagen muss.

Ich wende mich zu dem *Scutum Neronianum* über das *optimum jus legatorum*, indem ich die Vermuthung vorausschicke, dass das oben beleuchtete unbenannte *Scutum* über den Quasiusfruct nicht schon unter Augustus, ¹²⁾ sondern erst unter Nero erlassen worden ist; es scheint mit dem *Scutum Neronianum* principiell zusammenzuhängen, denn beide zielen auf einen Fortschritt in der freieren Behandlung der Legate (wahrscheinlich unter dem herüberwirkenden Einflusse der nun in der Praxis bewährten Fideicommisses), das eine in den Sachen, das andere in den Worten, und für beide ist Sabinus, welcher zu Nero's Zeit das Haupt der Schule war, die anstossgebende Autorität gewesen. ¹³⁾ Auch das *Scutum Neronianum* eröffnet eine neue Bahn: es überspringt die Grenzlinie, welche das Civilrecht zwischen dem Vindications- und Damnationslegat gezogen hatte; es nähert die Legate den Fideicommissen, indem es den Wortlaut der letztwilligen Anordnung für nicht mehr entscheidend erklärt, und es erweitert die Function der Obligatio, ¹⁴⁾ indem es auch auf Grund des Vindicationslegats dem Legatar die persönliche Klage auf Leistung gegen den Erben gewährt. ¹⁵⁾

II. Wir kommen zu einem zweiten Senatsconsultenpaar, dem *Scutum Vellejanum* und *Macedonianum*, welche so oft zusammen genannt werden. Sie liegen etwa 30 Jahre auseinander, das erstere soll unter die Regierungszeit des Claudius fallen, das andere ist aus dem Jahre 75 unter Vespasian; beide haben eine bevormundende Tendenz und greifen in einer Weise beschränkend in den Rechtsverkehr ein, dass man sagen muss: auch sie athmen einen neuen Geist. ¹⁶⁾

¹²⁾ Es ist schon an sich unwahrscheinlich, dass unter August, also zugleich, die Anerkennung der Fideicommisses und die Relaxation der Legate gewagt worden seyn sollte. Noch weniger ist daran zu denken, dass das *Scutum* schon zu Cicero's Zeit erlassen war; *Cic. pro Caecina* 4 beweist nichts, und *Cic. Topic.*, worauf sich Rudorff § 47. noch beruft, beweist entschieden das Gegentheil.

¹³⁾ Gai. 2, 218. Aus dem vermutheten Zusammenhange wäre zu erklären, dass das *Scutum* über das *legatum ususfructus* unbenannt ist, denn entweder bildete es nur einen besonderen Artikel im *Scutum Neronianum*, oder es war ein vielleicht dem letzteren nachfolgendes *Scutum*, welchem man *propter damnationem memoriae* den Zusatz *Neronianum* dann versagte

¹⁴⁾ Ebenso wie das *Scutum* über den *quasiususfructus*.

¹⁵⁾ Gai. 2, 197. 198. 212. 218.

¹⁶⁾ Gleiches ist wohl auch zu sagen von dem unter Marc Aurel erlassenen *Scutum*, betreffend die Vergleiche über Alimente (fr. 8. *de trans-*

Beide sind von Ulpian im 29. Buche seines Edictcommentars, von Paulus im 30. Buche seines Edictcommentars, von Pomponius in seinen *libri Sctorum* behandelt worden. Es kann die Frage entstehen, ob diese Neuerungen nicht doch unter das secundäre *jus ordinarium* zu stellen seien, als Modificationen einiger Punkte des alten Obligationenrechts; indess zeigen die Exceptionen, welche von der Jurisprudenz aus diesen Bestimmungen des *amplissimus ordo* abgeleitet wurden, dass sie sich nicht auf dem Boden des *jus ordinarium* stehend meinte. In beiden Fällen sprach der Senat aus: *ne actio petitioque daretur*; Ulpian sagt von dem einen *Sctum*: *ejus contractus improbabitur, qui mutuum dedit*,¹⁷⁾ Paulus von dem anderen: *comprehensum est, ne pro ullo feminae intercederent*,¹⁸⁾ und Julian: *totam obligationem Senatus improbat*.¹⁹⁾ Aber man war weit davon entfernt, den verbotenen Contract als *ipso jure* nichtig zu betrachten; das *Sctum Macedonianum* lässt eine Naturalobligation übrig, was etwas Neues war, und Ulpian nennt die *obligatio contra Sctum Vellejanum* bloss eine *inanis obligatio* in dem Sinne, dass die *obligatio* an sich gilt, Gegenstand der *acceptilatio* und *delegatio* seyn kann und nur eine *actio restitutoria* gewährt wird, oder eine *obligatio sine effectu*, die aber doch eben zu Recht besteht.²⁰⁾ Man erkennt hieraus, dass das alte Recht nicht direkt geändert, sondern ihm gegenüber eine *defensio*, ein *auxilium*, ein *adjumentum*, ein *beneficium* gewährt ward.²¹⁾

III. Zwei andere *Scta* beziehen sich auf Freilassungsverhältnisse, jedes in anderer Richtung, aber beide brechend mit der traditionellen Anschauung. Das *Sctum Vellejanum* der Coss. Vellejus (Sabellius?) Rufus und Astorius Scapula²²⁾ vom Jahre 46 n. Chr., durchbrach die alte Ordnung, dass das Patronatrecht gleich dem Vermögen auf des Freilassers Familie übergehe, durch Sanctionirung der *assignatio*

act. 2, 15), dem *Sctum Hosideanum* unter Claudius (48 n. Chr.) und einem anderen *Sctum* unter Marc Aurel über Abbruch und Errichtung von Häusern. Doch gehören letztere mehr in die Verwaltungssphäre und erinnern an das republikanische Senatsressort. Vergl. übrigens fr. 41. § 3. *de leg. I. ex Scto et Constitutionibus licet nobis transferre in alias aedes.*

¹⁷⁾ fr. 9. § 2. *de Scto Mac.* (14, 6). *Vulgo dicitur, filiofamilias credi non licere*: fr. 4. eod.

¹⁸⁾ fr. 1. *pr. ad Sct. Vell.* (16, 1).

¹⁹⁾ fr. 16. § 1. eod.

²⁰⁾ fr. 8. § 3. 9. 12. eod.

²¹⁾ fr. 7. 8. § 8; fr. 13. 23; fr. 24. § 2; fr. 30. § 1. eod.

²²⁾ Rudorff I. § 49.

liberti, wodurch der Freilasser das Patronatrecht beliebig einem einzelnen Kinde oder Enkel *testamento* oder *sine testamento* als Prärogative zuwenden und das Recht der übrigen Erben suspendiren konnte. Scaevola betont es, dass dieses Rechtsinstitut etwas ganz Neues sei,²³⁾ allein das Neue sollte doch nicht die alte Erbordnung gänzlich brechen, sondern der Familie Recht blieb vorbehalten für den Fall des Todes des Assignatars:²⁴⁾ ein Gedanke, ähnlich dem schlummernden *jus peculii* des Vaters eines *filiusfamilias miles*, wovon unten die Rede seyn wird.

Das *Sctum Rubrianum* unter Trajan vom Jahre 101 n. Chr.²⁵⁾ führte eine neue Art des Freiwerdens, ein Freiwerden ohne Freilassung ein; welcher Römer alten Styls würde das für möglich gehalten haben! Es war ein besonderer *favor libertatis fideicommissariae* — in Ausführung des Gedankens der neuen Zeit: *libertas fideicommissa nullum impedimentum pati debet*²⁶⁾ —, dass, wenn ein Erbe dem Sklaven die Freiheit fideicommissarisch schuldet,²⁷⁾ und der Prätor *causa cognita* pronouncirt hat, *libertatem ei deberi*, der honorirte Sklave ohne Weiteres frei seyn solle. Wie die *Scta legis vicem* haben, so gilt auch der Honorirte wie ein Freigelassener: *eodem jure status servatur, acsi directo manumissus esset* (*Sctum Rubr.*) — *idem juris erit, quod esset, si ita ut ex fideicommissio manumitti debuisset, manumissus esset* (*Sct. Juncianum*) — *perinde libertas competit, atque si, ut oportet, ex causa fideicommissi manumissus esset*.²⁸⁾ Auch hier sehen wir die Vorstellung durchleuchten: der Honorirte ist nicht ein Freigelassener alten Rechtes, wird aber einem solchen gleichgestellt.²⁹⁾

IV. Nicht minder betreten folgende zwei *Scta* eine ganz neue Bahn des Rechts. Ein *Sctum Claudianum* vom Jahre 47 n. Chr. erkannte, indem es eine *licita quantitas honorarii advocatorum* festsetzte,³⁰⁾ die Honorarschuld an und hängte damit dem Mandatscon-

²³⁾ *Assignatio liberti neque quasi legatum, neque quasi fideicommissum percipitur*: fr. 7. *de ass. lib.* (38, 4). eod.

²⁴⁾ *in familiam redit libertus*: fr. 5. eod.

²⁵⁾ Erweitert durch vier nachfolgende *Scta*: *Dasumianum, Articulanum, Vitrasianum* und *Juncianum*. Rudorff I. § 49.

²⁶⁾ fr. 26. § 6. *de fideic. lib.* (40, 5). Vergl. oben § 41. II.

²⁷⁾ Ueber diese *obligatio juris extraordinarii* s. oben § 41. II.

²⁸⁾ fr. 26. § 7; fr. 28. § 4; fr. 51. § 4 eod.

²⁹⁾ *Senatus omne jus libertorum assignatorum ad eum transtulit, cui id pater tribuit*. Terent. Clemens fr. 48. § 2. *de ritu nupt.* (23, 2).

³⁰⁾ fr. 1. § 12. *de extrao. cogn.* (50, 13).

tracte ein *auxilium juris extraordinarii* an, welches durch kaiserliche Rescripte weitergebildet wurde.³¹⁾

Von noch grösserer Tragweite ist das *Scutum Apronianum* vom Jahre 123 n. Chr. (?)³²⁾ unter Hadrian,³³⁾ denn es verschaffte den Stadtgemeinden des Reichs nicht bloss die Fähigkeit, Universal-fideicommissa zu erwerben, d. h. indirekt zu Erben eingesetzt zu werden,³⁴⁾ sondern auch die Fähigkeit, von ihren Freigelassenen zu Erben im eigentlichen Sinne ernannt zu werden.³⁵⁾ Dies war der bedeutsame Anfang eines Bruchs mit der alten Anschauung, dass *incerta corpora*, was die Municipien doch nach römischer Anschauung sind, ungeeignet für den *honor institutionis* oder das *nomen heredis* seien.³⁶⁾ Wie hätte nach römischer Vorstellung ernsthaft daran gedacht werden können, die Person des Erblassers in ein nichtleibliches Wesen als Repräsentanten und Fortsetzer persönlichen Willens übergehen und die Seele des *defunctus* in einem unsichtbaren Wesen irdisch fortleben zu lassen! Aber jenes *Scutum* auf dem Boden des *jus extrao.* brachte das fertig und wagte den Riss in das Fundament des römischen Erbfolgedogmas: wir müssen sagen, dass das ein Schritt juristischer Heterodoxie, ein Schritt weiter als die Anerkennung der *institutio postumorum* war, und dass seitdem erst davon die Rede seyn kann, den Römern unsere Theorie der juristischen Personen auf ihre Rechnung zu setzen. Dass der *populus Romanus* Erbe werden und sich von fremden Königen zum Erben ihrer Herrschaft einsetzen lassen könne, war *juris publici* und eine mehr administrative Angelegenheit; aber nun ward es offen und klar, dass die juristische Persönlichkeit zu einem privatrechtlichen Begriffe consolidirt war und der *certa persona* gleichartig galt. In das Fundament des auf dem Manencult aufgebauten Erbrechts war ein Riss gemacht, aber der Ruine entstieg eine neue Art Personen, von welcher weder das Civilrecht, noch das Prätorienrecht etwas gewusst oder geträumt hatte. Und dann sehen wir, wie der Riss in das alte System und in demselben Maasse der neue Personenkreis er-

³¹⁾ fr. 1. § 9. 12. 13. eod.

³²⁾ s. Rudorff I. § 47.

³³⁾ Nicht früher, wegen der Erstreckung auf das ganze Reich; vergl. auch c. 3. *de serv. reip.* (7, 9).

³⁴⁾ fr. 26. *ad Sc. Treb.* (36, 1). Dazu Paul. in fr. 20. *de reb. dub.* (34, 5).

³⁵⁾ Ulp. 22, 5. 6.

³⁶⁾ Vergl. Kuntze Excursus S. 378.

weitert wird, indem auch einzelnen Gottheiten durch Senatsconsulte und Constitutionen die *testamenti factio passiva*³⁷⁾ und durch eine Constitution Marc Aurel's den erlaubten Korporationen (*collegia, quibus jus cœundi est*) das Recht der Freilassung und folglich das patronatische Intestaterbrecht ertheilt wurde.³⁸⁾ Es ist nicht geradezu berichtet, wo der Anfangspunkt dieser ganzen interessanten Umwälzung des Erb- und Personenrechts gelegen war,³⁹⁾ aber die Vermuthung drängt sich auf, dass zuerst ein Senatsconsult dem Jupiter Tarpejus, dem obersten Nationalgott Rom, das Privileg der *testamenti factio passiva* gewährte,⁴⁰⁾ und dann das *Scutum Apronianum* dieses Privileg zu einem allgemeinen Rechtssatz⁴¹⁾ zu Gunsten der Municipien machte.

V. Bevor das Senatsrecht jene hochbedeutsamen Schritte that, hatte es gewissermaassen durch Ausbildung des Universal-fideicommissinstituts vorgearbeitet. Das *Scutum Trebellianum* (62 n. Chr. unter Nero) ist hier als bahnbrechend zu nennen. Es erkannte zwar nicht den Gedanken einer direkten successiven Erbeinsetzung an und hob den entgegenstehenden Grundsatz des Civilrechts von dem *character indelebilis* des *nomen heredis*⁴²⁾ nicht auf, aber es setzte an die Stelle des Gedankens einer *emptio hereditatis nummo uno* den *transitus actionum ad et in fideicommissarium*, so dass diesem die erbschaftliche Universalklage nach dem Vorbild der *hereditatis petitio* und dem Fiduciarerben die *exceptio Sciti* gegenüber den erbschaftlichen Singularklagen gewährt wurde. Der Wirkung nach (indirekt) war hier also successive Erbfolge erzielt, *juxta nomen heredis* Universal-succession, ein Erbwerden ohne Repräsentation⁴³⁾ und ohne *honor institutionis* anerkannt. Wie weit lag das Alles ab von dem alten Fundament!

Das *Scutum Pegasianum* (unter Vespasian, also bald nachher?), welches den Zweck des vorigen Senatsconsults zu sichern suchte,

³⁷⁾ Ulp. 22, 6. Zuerst wohl dem Jupiter Tarpejus und Apollo Didymaeus.

³⁸⁾ fr. 1. 2. *de manumiss.* (40, 3).

³⁹⁾ Gewiss nicht im Fiscus als Staatsvermögen, denn lange Zeit war der Fiscus das kaiserliche Hausvermögen. Vergl. Kuntze Excursus S. 378. Anm. 3.

⁴⁰⁾ Denn Ulpian nennt die *Scita* und den Jupiter zuerst.

⁴¹⁾ Daher der Name gerade dieses *Scutum* aufbewahrt wurde.

⁴²⁾ *Semel heres semper heres.*

⁴³⁾ *Senatus voluit haberi heredis loco*: Marcell. fr. 44. § 1. *ad Sc. Treb.* (36, 1).

brachte in anderer Beziehung neue Gedanken. Es schützte nicht bloss die Interessen des Fiduciars für den Fall des freiwilligen Erbschaftsantritts durch Uebertragung des civilrechtlichen Grundsatzes des Quartabzugs auf Fideicommissa, sondern erklärte auch, dass im Falle der Weigerung des Fiduciars dieser auf Antrag des Fideicommissars zufolge prätorischen Decrets ohne Erbschaftsantritt Erbe werde. Gaius (2, 258) sagt zwar: *Scito cavetur, ut jussu Praetoris adeat et restituat*, aber thatsächlich trat die beabsichtigte Wirkung ohne das Erforderniss des Handelns des Fiduciars ein, und dieses Erbwerden eines *voluntarius heres* ohne Aditionsakt war ein neuer dem überlieferten System völlig fremder Gedanke, freilich ein Gedanke, welcher im *jus extrao.* nicht allein steht, denn ihm gleichartig ist das oben angeführte Freiwerden eines Sklaven *ex Scito Rubriano*, und wir können noch als Drittes die Fälle hinzufügen, wo der Fiscus ohne Traditions- oder Occupationsakt Eigenthümer, z. B. des Schatzes unter gewissen Voraussetzungen, oder des *praedium a milite illicito comparatum*⁴⁴⁾ wird. Man hat gestritten, ob das *vindicitur fisco* als Eigenthumserwerb *ipso jure* zu verstehen sei, aber es kann nicht bezweifelt werden, dass diese neue Art ganz im Styl des neuen Systems liegt: wir sehen hier ein Freiwerden, ein Eigenthümerwerden und ein Erbwerden ohne einen der Akte, welche nach altem Princip erforderlich schienen, eine solche Rechtsveränderung zu begründen.

VI. Es bleibt für unsere Betrachtung noch ein Hauptruck zum Vorwärts auf dieser Bahn übrig, welcher gleichfalls dem Erbrecht angehört. Er erfolgte im 2. Jahrh. n. Chr. unter Hadrian (um 130?) und Marc. Aurel (178 n. Chr.) durch zwei *Scita*, welche zwischen Mutter und Kindern ein rein cognatisches, ganz von *familia* und *patria potestas* abgelöstes Erbrecht anerkannten und damit einen weit über das prätorische Cognationsprincip hinausgehenden Grundsatz in das Erbsystem einführten. Zufolge des *Scitum Tertullianum* soll die Mutter mit *jus liberorum* gegen ihre Kinder ein Intestaterbrecht haben, welches alle Cognaten und Agnaten von den cognatischen Geschwistern und Verwandten des Verstorbenen dritten Grades an ausschliesst (und die *soror consanguinea* wenigstens auf einen Viriltheil beschränkt), zufolge des *Scitum Orphitianum* aber sollen die Kinder gegen ihre Mutter ein Intestaterbrecht haben, welches dem aller Geschwister und übrigen Agnaten derselben vorgeht.⁴⁵⁾

⁴⁴⁾ fr. 9. *de re mil.* (49, 16).

⁴⁵⁾ Wenn Paulus (4, 9, 8 und 4, 9, 1—3) und Ulpian (in Fragm. 26,

Hiermit ist die Linie verlassen, welche noch vom Prätor eingehalten wurde, indem er in seiner Klasse der *liberi* das Kindesverhältniss auf die *patria potestas*, welche der Grundpfeiler des römischen Privatrechts war, zurückführte. Man vergesse nicht, dass in der prätorischen Erbfolge der Kinder noch immer die *patria potestas* als Fundament der Erbfolge in Sicht geblieben war: hiernach erbten die Descendenten nicht als solche, sondern als Emancipirte, die also doch einmal in der *potestas* gestanden hatten, und nur ihre inzwischen erfolgte *capitis deminutio* sollte negirt seyn; der Mutter gegenüber erbten Descendenten in der (3.) Classe *unde cognati*, also nur wofern keine civilrechtlichen Erben in Frage kamen: so schloss sich das Prätorienrecht noch rücksichtsvoll dem Civilrecht an, ordnete sich ihm in weiterem Rahmen unter und emancipirte sich grundsätzlich nicht vom alten Familienprincip. Allein durch das *Scitum Tertullianum* empfängt die Mutter, welche doch nie *potestas* haben kann, ein Intestaterbrecht, und durch das *Orphitianum* wird den Kindern, durch anschliessende kaiserliche Constitutionen auch den entfernteren Descendenten der Mutter ein für alle Mal, also ohne jede Rücksicht auf *potestas*, Intestaterbrecht, ein aus dem Zauberkreis der *potestas* erlöstes Erbrecht eingeräumt, m. a. W. der Faden zerrissen, mittels dessen das Prätorenedict noch an dem Familienbunde der *potestas* festgehalten hatte; „Descendenten, die sich niemals in der *potestas* befunden hatten, den *liberi* gleich zu behandeln, nahm man jetzt keinen Anstand mehr.“⁴⁶⁾

VII. Ich denke, mit der gegebenen Uebersicht der wichtigsten einschlägigen Senatsconsulte meiner Aufgabe genügt zu haben. Ihr Gesamteindruck muss der seyn, dass sie einem Gebiete angehören, auf welchem die alte Bahn rücksichtslos verlassen, eine neue Bahn consequent verfolgt wird. Weil wir bisher in den rechtsgeschichtlichen Darstellungen die einzelnen Senatsconsulte sporadisch in das System der Dogmen einschalteten und die neuen Lineamente harmlos

7. 8; in fr. 6. § 2. *de acq. her.* 29, 2. und in fr. 1. § 2; fr. 2. § 3. *ad Scit. Tert.* 38, 17) hier von *hereditas legitima* und *heredes legitimi* sprechen, so ist offenbar damit nicht civiler Charakter dieses neuen Erbrechts, sondern der Begriff des Intestaterbrechts gemeint, wie z. B. in dem alten Grundsatz: *in legitimis hereditatibus successio non est*, oder wenn von *tutela legitima* die Rede ist. *Legitimus* hat hier, wie auch *lex* zuweilen (s. oben § 57. Anm. 16), den allgemeineren Sinn von objektiver Rechtsnorm (*lex* und Aehnliches).

⁴⁶⁾ Köppen System d. röm. Erbrechts (1862), S. 33.

mitten unter den alten Gestalten uns vor die Augen gewöhnt haben, war unser Blick gegenüber dem Unterscheidenden stumpf, und ein Gefühl des Unbehagens beschleicht uns nun vor dem Bedürfniss einer veränderten Constellation in der Gestaltenwelt der Kaiserzeit. Von dem Augenblicke an aber, wo wir uns der verflachenden Vogelperspektive des Justinianischen Rechtes als Standpunktes der Rückschau entwöhnt haben werden, und die verschiedenen Stufen der Entwicklung mehr aus der Nähe und Niederung betrachten lernen, kann uns die Arbeit des Distinguirens nicht erspart, und sie wird uns erleichtert werden; die Zweifel an der Existenz eines *jus extraord.* werden sich auch an dieser Stelle heben, wie Nebelstreifen unter der Macht der Sonne; denn nicht bloss an einem einzelnen Punkte, sondern auf der ganzen Linie des Privatrechts, im Sachen- und Obligationenrecht, im Personen- und Erbrecht lässt sich der Umschwung der Rechtsanschauung wahrnehmen, dessen Organ der Senat neben anderen Organen wurde.

§ 62.

3. Das Constitutionenrecht.

I. Das Constitutionenrecht ist nicht ganz vom Senatsrecht zu trennen, denn an manchen Stellen nahmen Senatsconsulte kaiserliche Edictgedanken auf, und an anderen Stellen spannen Constitutionen den Gedanken von Senatsconsulten fort, z. B. das *Scutum Claudianum*, *Apronianum*, *Tertullianum*.¹⁾ Aber noch weniger lässt sich das Constitutionenrecht vom Juristenrecht trennen, nicht bloss weil ein Theil der Constitutionen (Episteln, Rescripte) im Grunde nichts Anderes waren, als juristische Responsen dessen, der den Juristen das Patent des öffentlichen Respondirens erteilte, sondern auch deshalb, weil im 2. und 3. Jahrhundert, insbesondere seit Hadrian, hervorragende Juristen dem *Auditorium Principis* angehörten, viele Constitutionen aus ihrer intellektuellen Initiative und stylisirenden Hand hervorgingen,²⁾ und die angesehensten Juristen als *Praefecti Praetorio* Stellvertreter der gesetzgeberisch thätigsten Kaiser waren. Im Folgenden sollen jedoch zunächst die wichtigsten Erscheinungen aufge-

¹⁾ s. oben § 61.

²⁾ So erzählt Tryphonin: *Rescriptum est ab Imperatore, libellos agente Papiniano, creditorem a debitore pignus emere posse, quia in dominio debitoris manet: fr. 12. pr. de distr. pign. (20, 5).*

führt werden, welche mit ihren Wurzeln in die Autorität des *Princeps* zurückreichen.

Gleich bei demjenigen Rechtsinstitut, welches an die Spitze unserer Uebersicht zu stellen ist, erblicken wir dieses Zusammengehen von Principat und Jurisprudenz. Ich meine das *Fideicommissum*, dessen schon oben bei dem *Scutum Trebellianum* Erwähnung geschehen musste. Ich beginne mit demselben, obgleich es dem Erbrecht, dem letzten Theil des Systems, angehört; ich könnte auch sagen: gerade weil es dem Erbrecht angehört, denn im Erbrecht gipfelte das altrömische Privatrechtssystem, da zeigte sich die privatrechtliche Selbstherrlichkeit und Machtfülle des *paterfamilias* am significantesten, da machte sich der Prätor als *viva vox juris civilis* vornehmlich geltend, da setzte endlich auch der Geist des *jus militare* am ersten und nachdrücklichsten ein, wie unten zu bemerken seyn wird. Ich verglich oben das altrömische Privatrechtssystem mit dem auguralen Pomerium Roms: wir können demgemäss hier sagen, mit der Einführung des Fideicommisses in die Sphäre der Rechtsinstitute werde das ideelle Pomerium des Privatrechts durchbrochen; hier erhellt so deutlich, wie möglich, der ganz neue Geist, welcher im Aufgehen begriffen ist, welcher das von den Prätores nicht Gewagte wagt, und die einfachen, geraden und straffen, ja starren und peinlichen, im Legat bisher so ängstlich gewahrten Linien verlässt. Augustus, Trebatius Testa und Labeo sind bekanntlich zufolge der römischen Tradition die Schöpfer des Fideicommissinstituts.

II. Der Ursprung des Fideicommisses weist so, wie erzählt wird, auf die Provinzialwelt und deren Bedürfnisse hinaus, freilich zunächst auf die Bedürfnisse der Römer dort, und die Römer dachten vor Allen an sich selbst, aber der neue Gedanke nahm sofort eine Weite an, dass die Peregrinenwelt Platz darin fand. Die römische Art der *imperativa verba* ward bei Seite gelassen, die Zuwendung neuen Styls von der Reihenfolge im Testament, ja von der Voraussetzung des Testirens entbunden, die griechische Sprache und die höflichsten Wendungen fanden Zutritt, die Unumwundenheit des anordnenden Willens ward preisgegeben, dem blossen Wunsche die Wirkung des Willens eingeräumt, kurz die Freiheit von der festgefügtten Ordnung der „*civilia verba*“ proklamirt.³⁾ Es ist wie die Einführung eines neuen Idioms in den juristischen Sprachschatz. Darum ist auch das Fideicommiss eine der hervorragendsten, vielleicht

³⁾ Ulp. 25, 1.

die hervorragendste unter den Erscheinungen des *jus extraordinarium*, wenigstens des *jus extrao.* im engeren Sinne; die erste uns bekannte Monographie aus diesem Recht ist eine solche über Fideicommissrecht. Dann ist freilich das kühn aufstrebende und alle Bande sprengende Institut in die römische Zucht genommen und dadurch der völlige Umsturz des römischen Erbsystems verhütet worden. Während man einerseits der proklamirten Ungebundenheit nach der Seite des Legats hin im *Scutum Neronianum* Raum gab und dann in dem *Pegasianum* das Fideicommiss am Falcidischen Recht theilnehmen liess, wurde durch dasselbe *Scutum* das Julisch-Papische Recht auf die Fideicommiss übertragen, die Fideicommiss an Peregrinen wurden untersagt und durch *Scita* unter Hadrian solche Fideicommiss dem Fiscus zugesprochen und Fideicommiss an *incertae personae* und *postumi* gleichfalls für unzulässig erklärt.⁴⁾

Dass das Fideicommissrecht nicht Prätorienrecht ist, darüber braucht nach den früheren Ausführungen eigentlich nichts mehr gesagt zu werden, auch zeigt uns die Art, wie die römische Tradition das neue Rechtsinstitut anerkannt werden lässt, einen unverkennbaren Gegensatz zu den auf prätorischer Jurisdiction beruhenden Rechtsinstituten; indess will ich, da Wetzell,⁵⁾ Lenel⁶⁾ und Wlassak⁷⁾ das Universalfideicommiss dem Prätorienrecht zutheilen, eine Bemerkung hier hinzufügen. Wlassak beruft sich speciell auf Gaius (4, 111), aber mit augenscheinlichem Unrecht, denn es ist nicht wahr, dass Gaius dort die Klagen des Universalfideicommissars zu den prätorischen, d. h. vom Prätor eingeführten, zähle, er spricht nur von der Imitation des *jus legitimum* durch *accommodatio actionum*,⁸⁾ *accommodare* aber bedeutet nicht *introducere* und ist anwendbar wie auf die vom Prätor eingeführten, so auf die aus Senatsconsulten und Constitutionen stammenden Klagen. Ausserdem kommen noch folgende Stellen in Betracht.

4) Gai. 2, 268—289. Ulp. 25, 1—13.

5) Vindicationsprocess S. 126.

6) Exceptionen (1876) S. 49—52.

7) S. 100.

8) Was den auf S. 101 hinzugefügten unwissenschaftlichen Witz über den Titel meines von Gaius handelnden Decanatsprogramms anlangt, so hat Wl. diesen Titel in seinem Eifer ganz verdreht aufgefasst, denn jedem Ruhigen muss klar seyn, dass ich da unter „wissenschaftlich abgeschätzt“ den wissenschaftlichen Maassstab für den Werth des Gaius, m. a. W. den Werth des Gaius nach dem Maassstab der römischen Jurisprudenz gemeint habe.

Ulpianus: Licet Senatus de his locutus sit, qui se heredes existiment, tamen et si bonorum possessores se existiment, vel alios justos successores⁹⁾, vel sibi restitutam hereditatem, in eadem erunt conditione. (fr. 20. § 13. de her. pet. 5, 3).

Ulpianus: Familiae herciscundae judicium et inter bonorum possessores et inter eum, cui restituta est hereditas ex Trebelliano Scto, et ceteros honorarios successores, locum habet. (fr. 20. fam. herc. 10, 2).

Paulus: Si defunctus bona fide emerit, usucapietur res, quamvis heres scit alienam esse. Hoc et in bonorum possessione et in fideicommissariis, quibus ex Trebelliano restituitur hereditas, ceterisque praetorius successoribus observatum est. (fr. 2. § 19. pro emt. (41, 4).

Man hat gemeint, dass Ulpian und Paulus hier den Universalfideicommissar zu den prätorischen Erben rechnete, weil das Wort *ceteri* folge; allein ist denn bewiesen, dass dieses Wort gerade auf den unmittelbar vorhergenannten Fideicommissar bezogen werden muss? Ich denke, es stehe nichts im Wege, es auf die vorhergehenden *bonorum possessores* zu beziehen; auch lag es den Juristen gar nicht so fern, die *bon. possessio* und den Fall des *Trebellianum* zuerst zu nennen, weil das überhaupt die wichtigsten Fälle der Universalsuccession waren. Und in fr. 20. *cit.* hat Ulpian die *alii successores* unmittelbar den *bonorum possessores* folgen lassen und den zuletzt gestellten Fall des Universalvermächtnisses unmissverständlich von den vorhergehenden Fällen unterschieden. Jene Stellen können also unmöglich in's Gewicht fallen gegenüber der Wucht aller das Fideicommiss absondernden Momente. Von keinem römischen Juristen ist, so weit wir sehen können, die Fideicommisslehre im Ediktscommentar abgehandelt worden.

III. Von dem *fideicommissum libertatis* ebenso, wie von dem *fideic. hereditatis* ist oben bereits die Rede gewesen, als von Instituten des Senatsrechts;¹⁰⁾ sie zeigen uns die Expansivkraft der Fideicommissidee und das Ineinandergreifen und Hand in Hand Gehen des Principats und Senats als Organen des modernen Rechtstriebs.

⁹⁾ Z. B. die, welche sich auf eine *addictio bonorum libertatum tuendarum causa* oder *emptio hereditatis a fisco* berufen zu können meinen. Dazu Gai. 3, 78: *Mortuorum bona veneunt veluti eorum, quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium justum successorem existere.*

¹⁰⁾ § 61. III. u. V.

In dem *fideic. libertatis* erblicken wir als Neues eine wundersame Art von Obligationen, eine *obligatio juris extraordinarii*, eine Schuld des Herrn gegenüber seinem Sklaven, endlich unter Umständen ein Freiwerden ohne Freilassungsakt; und dass dieses Neue dann durch kaiserliche Constitutionen in kühner Weise weitergebildet wurde, zeigt beispielsweise des Marcellus Aeusserung: *Sunt Constitutiones, quibus cavetur, statim ex quo libertas deberi coeperit, ingenuum nasci.*¹¹⁾ In dem *fideic. hereditatis* wird die antike Grundidee der Erbfolge, d. i. Aufnahme der Persönlichkeit des Erblassers, preisgegeben und eine erbrechtliche Universalsuccession ohne Repräsentativcharakter sanctionirt. Wir sehen daran deutlich, wie der Gegensatz zwischen *ordinarium* und *extrao. jus* grösser ist, als derjenige zwischen *civile* und *honorarium*, und warum es geschah, dass die beiden letzteren in dem Begriff des *jus ordinarium* eine Zusammenfassung erfuhren.

Man kann ein dreifaches Erbfolgeprincip auf Grund Testaments unterscheiden. 1) Der Erblasser nimmt den gewollten Erben als Kind an und zieht ihn in seine Familie; indem er ihn zum Träger seines Namens macht, gewährt er ihm zugleich das *nomen heredis* und stempelt ihn zum Haupt der Familie. So bei den Griechen, so vielleicht ursprünglich auch bei den Römern, so überhaupt in allen Zeiten des Familienabsolutismus. 2) Der Erbe gilt als Fortsetzer und Repräsentant des Erblassers, so dass nur diese zwei Personen, nicht die Familie, in Frage kommen: dies das römische Princip in der geschichtlichen Zeit Roms. 3) Der Erbe wird ganz abstrakt und nüchtern nur als vermögensrechtlicher Universalsuccessor gedacht, und von Familienidee und *honor institutionis* gänzlich abgesehen, so dass die Uebernahme der Erbschaft ein rein finanzieller Akt ist. Schon der Prätor hat das zweite Princip verdünnt, aber bei dem *transitus actionum ex Trebelliano*¹²⁾ fehlt es völlig. Wir können das erste Princip das Adoptions-, das zweite das Repräsentations-, das dritte das abstrakte Successionsprincip nennen. Weil im dritten Falle, dem jüngsten, jeder Rest einer Repräsentatividee gestrichen ist, konnte das *Scutum Apronianum* leicht bestimmen, dass auch Städte Fideicommissarben werden könnten,¹³⁾ und nun war es auch möglich, dass der letzte Wille ohne Testament, *mero nutu*, einen Uni-

versalsuccessor bestimmte, das Codicill mit der finanziellen Tragkraft des Testaments begabte und so gleichsam die geweihten Schranken von Jahrhunderten nach allen Richtungen hin durchbrach. Im Prätorenrecht war noch das Testament als einzige Art letzten Willens geachtet, das Ediktsystem schloss sich allenthalben an das Civilerbsystem an: sein Testament an das civile Schrifttestament, sein Intestaterbrecht an die *legitima hereditas*, seine *bonorum possessio contra tabulas* an das civile Notherbrecht; es spann eben nur den alten Faden unter neuem Gesichtspunkt und nach anderer Methode fort. Anders die schöpferischen Quellen der Kaiserzeit. Da erscheint zunächst der alte Faden wie abgeschnitten, oder richtiger: er wird in der Stille weitergeführt, aber neben ihm und im Vordergrunde ein neuer Faden begonnen und gesponnen. Ich weiss nicht, wie sich mit dieser Thatsache, was von Wlassak auf S. 63. 100 und 164 gesagt wird, auch nur leidlich vertragen kann. Die Darstellung bei Gaius (2, 246 ff.) zeigt überaus deutlich, wie hier eine ganz neue, auch vom Prätorenrecht principiell abweichende Schöpfungswelt im Werden war, und welcher besonnen Prüfende möchte da eine principielle Unterscheidung der Universal- und Singularfideicommissen unternehmen wollen?

IV. Es liegt nahe, in weiterem Anschluss an das Fideicommiss und speciell das *fideicommissum libertatis* einiger Constitutionen des Antoninischen Zeitalters zu gedenken, welche unter dem Einfluss des humanistischen *favor libertatis* dieser Zeit entstanden. Alle drei sind unter Marc Aurel erlassen und wahrscheinlich durch Cervidius Scaevola, den vorzugsweisen Rathgeber des Kaisers, veranlasst worden.

1) Eine *Constitutio D. Marci* bestimmte, dass eine *ancilla hac lege, ut manumitteretur, emta* im Unterlassungsfalle ohne Freilassung frei werden solle.¹⁴⁾

2) Ein *Rescriptum D. Marci*¹⁵⁾ bestimmte, um die letztwillig angeordneten Freilassungen zu retten, dass, wenn die Erben nicht antreten, und auch der Fiscus die Erbschaft ablehnt, der Freie oder Sklave, welcher die Befriedigung der Erbschaftsgläubiger übernimmt, die Erbschaft zugesprochen erhalten und damit verpflichtet werden soll, die fideicommissarisch bedachten Sklaven frei zulassen.¹⁶⁾

¹¹⁾ fr. 53. de *fideic. lib.* (40, 5).

¹²⁾ Z. B. Ulp. in fr. 1. § 16; fr. 16. § 25. ad *Sc. Treb.* (36, 1).

¹³⁾ fr. 26. eod.

¹⁴⁾ fr. 3. § 3. de *suis* (38, 16); fr. 10. de *manumiss.* (40, 1).

¹⁵⁾ Wortlaut in § 1. *J. de eo cui libert. c.* (3, 11).

¹⁶⁾ fr. 1. de *fideic. lib.* (40, 5). *Addictio bonorum libertatium tuendarum causa.*

3) Eine *Epistola Div. Fratrum* bestimmte, dass die *redemptio suis nummis*, welche ein Sklave mit Hilfe einer Mittelsperson als *imaginarium emtor* vornehme, dem *redemptus* Anspruch gegen den Letzteren auf Freilassung gewähre.¹⁷⁾

Ein anderes *beneficium Principis* war es wohl seit Hadrian,¹⁸⁾ dass ein Freigelassener mit dem *jus aureorum anulorum* die *jura ingenuitatis*, jedoch *salvo jure patronatus*, vom Princeps empfängt.¹⁹⁾ Es kann diese Wohlthat unter Consens des Patronus noch gesteigert werden, so dass der Freigelassene auch vom Patronat frei wird; er heisst dann *natalibus suis restitutus* und steht in jeder Hinsicht dem Freigebornen gleich.²⁰⁾

V. Wir sehen, welch' tiefe Griffe die Kaiser entgegen der alten Ordnung thaten, und wie die Grenzen zwischen Freiheit und Sklaverei abgeschwächt wurden. Das Fideicommiss hatte diese neue Bahn brechen helfen. Doch auch nach anderer Seite hin mag die Fideicommissidee befreiend gewirkt haben. War man durch dieselbe einmal über den Horizont des *legatum* hinausgekommen, warum sollte es nicht möglich seyn, noch eine ganz andere Art erbrechtlicher Singularsuccession zulässig zu finden? Das Legat war eine letztwillige Anordnung, auch das Fideicommiss. Aber schon das *fideicommissum libertatis* legte den Gedanken nahe, dass das Gesetz an die Stelle des Erblassers treten und den Bedachten frei erklären könne. Und ein verwandter Gedanke kehrt in den Fällen wieder, welche als gesetzliche Vermächtnisse bezeichnet werden können.

Die Römer haben zwar nicht das Bedürfniss empfunden, in allgemeineren Zügen ein System gesetzlicher Singularsuccessionen im Erbrecht aufzustellen,²¹⁾ wie das von anderen Gesichtspunkten ausgehende germanische Erbrecht zahlreiche Erscheinungen dieser Art in Gerade, Mustheil u. s. w. aufzuweisen hat; allein an einigen

¹⁷⁾ fr. 4. 5. 10. eod.

¹⁸⁾ fr. 6. *de jure awr. anul.* (40, 10). *Multa Rescripta* nennt Ulp. in fr. 3. *pr. de bon. lib.* (38, 2).

¹⁹⁾ *Vivit quasi ingenuus, moritur quasi libertus.* Ulp. fr. 3. *pr. eod.*

²⁰⁾ Was Marcian unter Hinweis auf die ursprünglich (*jure naturali*) allgemeine Freiheit der Menschen bemerkt. Unser Fall ragt daher in die Region des *jus naturale* hinein. Fr. 2. 3. *de nat. rest.* (40, 11).

²¹⁾ Da kein allgemeines Bedürfniss besteht, im Todesfall einzelne Rechte aus der Erbschaft abzulösen und bestimmten Dritten zu sichern, und da für die einzelnen Bestandtheile der Erbschaft durch Bestimmung des Schicksals des Ganzen gesorgt ist, so kommt für Vermächtnisse regelmässig nur letzter Wille als Successionsgrund vor.

Stellen des römischen Rechts treffen wir ähnliche Gedanken, welche in der üblichen Kategorie der „ausserordentlichen Erbfolge“ versteckt sind, vor Allem in der sogen. *praeceptio dotis ex lege*, d. h. dem Recht des Haussohns, aus dem Nachlass seines Vaters sich die *dos* seiner Ehefrau bei der Erbtheilung als Präcipuum vorweg zu nehmen.²²⁾ Dieses Recht scheint durch die Jurisprudenz, besonders Julian und Scaevola zur Anerkennung gekommen zu seyn;²³⁾ ihm ähnlich ist die *Quarta D. Pii* des arrogirten *impubes* und das Recht des *socius liberalitatis Imperialis* auf den Antheil des Schenkungsgenossen in Ermangelung von Erben desselben.²⁴⁾ In diesen Fällen liegt nicht Erbfolge *per universitatem*, sondern Singularsuccession vor; sie gleichen nur darin der Erbfolge, dass sie nicht von dem Erbantritt eines Anderen abhängig sind; sonst erscheinen sie wie Nachlassforderungen, welche der Berechtigte wie ein Legatar oder Fideicommissar geltend macht, doch sind sie auch nicht eigentliche Vermächtnisse, daher auf sie weder die *lex Falcidia* noch das *Scutum Trebellianum* Anwendung leidet.

VI. Interessant ist es, zu vergleichen, wie die drei Rechtssysteme sich verhalten, wenn ein späteres Testament einem früheren (bis dahin rechtsbeständigen) gegenübertritt. Nach *jus civile* wurde der Grundsatz von der Unverträglichkeit zweier Universalwillen streng behauptet: das frühere erlischt mit dem Daseyn des späteren, und dieses reviviscirt auch nicht, wenn das spätere dann wieder in Wegfall kommen sollte; das Wunder einer Auferstehung vom Tode gibt es in dieser starren Ordnung nicht. Nach *jus honorarium* soll das frühere Testament dann wieder lebendig, d. h. gültig werden, wenn der Testator das spätere mit dem Willen der Wiederherstellung der Gültigkeit des früheren aufhebt.²⁵⁾ Nach *jus extrao.* soll im Falle irrthümlicher Meinung des Testator, dass die im früheren Testament eingesetzten Erben verstorben seien, dieses neben dem späteren Testament aufrecht und insofern wirksam bleiben, dass seine Erbeinsetzungen gelten und nur die Vermächtnisse aus dem späteren anerkannt werden. Das ist nicht Wiederbelebung, sondern Aufrechterhaltung des ersten neben dem zweiten Testament und bricht mit dem alten Grundsatz von der Unverträglichkeit zweier Universal-

²²⁾ s. Kretschmar Natur des Prälegats S. 190. Mandry Familien-güterrecht I. S. 292. Windscheid Pand. § 533. Anm. 3.

²³⁾ fr. 46. *fam. herc.* (10, 2); fr. 1. § 13. *de dote prael.* (33, 4).

²⁴⁾ *C. un. si liber. imp.* (10, 14).

²⁵⁾ fr. 11. § 2. *de B. P. sec. tab.* (37, 11).

willen. So decretirte Severus, wie Paulus mittheilt.²⁶⁾ Während der Prätor noch das alte Fundament respektirt und nur wie im freien Flug sich darüber erhebt, lässt der Kaiser das frühere auf Kosten des späteren Testaments fortbestehen, convertirt dieses spätere zum Codicill und greift mit einer souveränen Willkür in den Rechtsbestand ein: *ex voluntate testantis putavit Imperator ei subveniendum*.

VII. Noch lehrreicher ist der Fortschritt und Umschwung der Rechtsanschauung, welcher sich im Gebiete der sogen. Transmission vollzieht. Die Uebnahme eines durch Tod verwaisten Vermögens kann nach einem dreifachen Gesichtspunkt geordnet seyn: 1) das Occupationsprincip ertheilt dem Zuvorkommenden Erbrecht, jeder also kann zulangen, die Prävention entscheidet; das ist ein roher Standpunkt. 2) Das Suitätsprincip lässt ohne Unterbrechung und Willenserklärung gewisse Personen, die unmittelbaren Familienglieder, im Augenblicke der Verwaisung des Vermögens Rechtssubjekte desselben, also Erben seyn, wie wenn in ihnen ein nur schlummerndes, schon vorhandenes Recht zur Vollkraft erwache; nach römischer Auffassung liegt zwar auch hier Delation vor, aber diese ist nicht von der Acquisition getrennt, der Erwerb erfolgt durch die Delation *ipso jure*. 3) Das Aditionsprincip dagegen trennt Berufung und Erwerb, richtet also zunächst nur persönliche Einladung an die Designirten und stellt die Erbfolge ganz in deren eigene, freie, abzuwartende Entscheidung. — Im klassischen Recht der Römer ist dieses dritte das herrschende, die Physiognomie des ganzen Erbrechts bestimmende Princip, während das erste durch das *Edictum successorium* und zuletzt noch durch Hadrian erheblich eingeschränkt,²⁷⁾ freilich auch in der *susceptio bonorum vacantium* und fiscalischen Confiscation als *jus singulare* wiederbelebt wurde, und das zweite Princip nur wie eine andere Ausnahme daneben in Geltung blieb.

Aus dem Aditionsprincip nun folgt das Princip der Nichttransmissibilität des Erbtitels. Wer berufen ist, ist für seine Person berufen; entscheidet er sich nicht, so wird er nicht Erbe, die fragliche Erbschaft bleibt ein ihm fremdes Vermögen und kann daher nicht mit auf seine Erben übergehen; weil die Berufung nicht an diese ergangen war, können sie auch nicht erwerben. Stirbt also

²⁶⁾ fr. 92. *de her. inst.* (28, 5). Sind unter den *Imperatores nostri* *Septimius Sev.* und *Caracalla* oder *Alexander Sev.* und *Ovidius Camillus* zu verstehen?

²⁷⁾ Gai. 2, 52—58.

der Berufene vor seiner Entscheidung, so ist seinen Erben die angetragene Erbschaft versagt. Eine Verneinung dieser Folgerung würde den Delationsbegriff selbst verneinen, und das *jus ordinarium* ist weit davon entfernt geblieben, sich zu diesem nationalrömischen Grundsatz in allgemeinen Widerspruch zu setzen.²⁸⁾

Nach *jus civile* galt — abgesehen von dem eigenartigen Falle der *in jure cessio* einer *hereditas ab intestato delata* — schlechterdings, dass die *facultas acquirendi* weder abtretbar, noch vererblich sei. Noch Justinian erkennt diesen Standpunkt formell an,²⁹⁾ wenn auch für seine Zeit faktisch der entgegengesetzte Erfolg in der *transmissio Theodosiana* und *Justinianeae* sanktionirt war.

Das Prätorienrecht eröffnete die Möglichkeit einer *in integrum restitutio*: wenn also die regelmässigen Vorbedingungen der *in int. rest.* in der Person des Berufengewesenen vorhanden gewesen, und somit das *remedium restitutionis* zur Erbschaft gehört, so erwirbt der Erbe jenes auch dieses *remedium* mit der ihm anfallenden Erbschaft, und er kann nun auf Grund der durchgesetzten Restitution nachträglich antreten.³⁰⁾

Ueber diese Linie aber schreiten die Kaiser hinaus, indem sie Transmissionsfälle anerkennen, wo die Voraussetzungen der *in int. rest.* fehlen.³¹⁾ Die beiden Antonine thun diesen Schritt, und die Jurisprudenz secundirt und folgt ihnen; Papinian ist in dieser wieder die hervortretende Autorität. 1) Eine Constitution des Pius beginnt diese Entwicklung durch nachträgliche Gewährung der *bonorum possessio*, wenn der Berufene *absens reipublicae causa* gewesen und darum die *agnitio* unterlassen hatte: was dann von Papinian auf den Fall übertragen wurde, dass der Berufene von seiner Berufung zum *heres* keine Nachricht erhalten hatte.³²⁾ 2) In zwei anderen Fällen gewährte Marc Aurel nachträglichen Erwerb: nämlich wenn Unkenntniss der eingesetzten Patronstochter von der Unächtheit des Testaments sie am Erwerb verhindert hatte,³³⁾ und wenn der Berufene

²⁸⁾ Vergl. Kuntze Excurse, S. 630—633.

²⁹⁾ *Hereditatem, nisi fuerit adita, transmitti nec Veteres concedebant, nec Nos patimur: c. un. § 5. de caduc. toll.* (6, 51). Vergl. dazu den Anonymus in Grünhut's Zeitschr. XIII. (1886) S. 410. 423. 427. 433.

³⁰⁾ c. 1. *de rest. mil.* (2, 51). Vergl. Göring in Ihering's Jahrb. f. Dogm. XV. (1877) S. 140 ff.

³¹⁾ Vergl. hierzu den Anonymus a. a. O. S. 440 ff., der mich aber an diesem Punkte falsch verstanden hat (S. 443).

³²⁾ fr. 86. *de acq. her.* (29, 2).

³³⁾ fr. 6. § 1. u. fr. 42. § 3. *de bon. lib.* (38, 2).

vor dem infolge des *Setum Silanianum* hinausgeschobenen Erbantritt verstorben war, welchenfalls die Erben desselben *utiliter* klagen können.³⁴⁾

Papinian und Ulpian berufen sich auf Marc Aurel, und der Erstere fügt einen dritten und vierten Fall hinzu: wenn das *Edictum Carbonianum* oder die Captivität den Erbschaftserwerb vereitelt hat.³⁵⁾ Ulpian sagt von dem letzteren Falle: *magis est, ut subveniatur, ut in multis casibus placuit.*³⁶⁾ Wir sehen hier die Hand der Jurisprudenz auf Grund der Autorität Papinian's, und mögen uns erinnern, wie häufig gerade die Captivität Anlass zur Aufwerfung der Transmissionsfrage geben musste, und dass Papinian, welcher unter Marc Aurel das Amt eines *Advocatus fisci* hatte, in der Lage war, die Zulassung der Transmission, welche das Interesse des Fiscus an *bona vacantia* beeinträchtigte, in Erwägung zu ziehen.³⁷⁾

Diese Fälle des *jus extrao.* wurden formell an die *in integrum restitutio* angeschlossen, enthielten aber vielmehr eine Abweichung von den alten Principien. Es sind, wie Göring richtig bemerkt hat, unächte Restitutionsfälle, sie dürfen daher nicht, wie geschehen ist, zu dem Dogma generalisirt werden, dass überall *ex capite in integrum restitutionis* Transmission begründet sei, wo der Berufene am Antritt verhindert war und eine Hülfe als billig erscheint, denn das hätte die thatsächliche Herrschaft des Transmissionsprincips bedeutet. Aber es liegt hier bereits der Keim eines neuen Principis vor: der am Antritt Verhinderte habe doch angetreten, oder vielmehr: es bedürfe keines Antretungsaktes, sondern durch die Berufung erfolge schon der Erwerb. Erst in der nachklassischen Zeit gelangte man auf diesen Standpunkt, indem man Transmission mit Fristbestimmung als Regel anerkannte. Das ist, wie Göring gleichfalls richtig bemerkt, nicht Succession in die Delation (was keinen Sinn hat), sondern Annäherung an das Suitätsprincip.³⁸⁾ Noch ist

³⁴⁾ c. 11. *ad Set. Sil.* (6, 35). Pap. fr. 4. *de Seto Sil.* (29, 5); Ulp. fr. 1. § 30. 32. eod.

³⁵⁾ fr. 4. cit. u. fr. 1. cit.

³⁶⁾ fr. 1. § 1. *ad Set. Tert.* (38, 17).

³⁷⁾ Vergl. dazu fr. 50. *de jure fisci* (49, 14): *Papinianus et Messius novam sententiam induxerunt, iniquum esse, fructus colono auferri universos (a fisco).* Wir sehen Papinian stets die humanere Ansicht vertreten.

³⁸⁾ Anders (nämlich als gesetzliche Substitution) construirt der Anonymus in Grünhut's Zeitschrift XIII. (1886) S. 430 ff. Er verkennt, dass Göring und ich nur von Annäherung gesprochen haben.

dadurch nicht der *extraneus* dem *suus* gleichgestellt und nicht die sogen. Transmission *ex capite suitatis* in der Justinianischen Transmission aufgegangen,³⁹⁾ aber eine Annäherung hat stattgefunden, und diese zeigt sich noch darin, dass der schweigende Erbe als antretend behandelt wird, gleich dem *suus heres*, welcher, wenn er schweigt, als behalten wollend gilt. Eine dritte naheliegende Folgerung, welche im preussischen und französischen Recht auch wirklich gezogen wird, wäre der Satz, dass der Schuldner nicht *in fraudem creditorum* auf die Erbschaft verzichten dürfe. — Was also kann deutlicher, als die Geschichte der Transmissionsidee, die beginnende Deviation und eine Degeneration des alten Systems vor Augen stellen? Hier liegt nicht mehr Fortbildung, wie im Prätorienrecht, sondern Umsturz, nicht Erweiterung, sondern Brechung des nationalen Rahmens vor.

§ 63.

Fortsetzung.

I. Wir verlassen das Erbrechtsgebiet und wenden uns zu anderen Instituten des Constitutionenrechts, und zwar an erster Stelle zu dem *jus singulare* des Fiscus. Dieses ist neben dem Fideicommiss eine zweite Grundwurzel des *jus extraordinarium*. Man kann zugleich sagen, dass es eine zweite Wurzel des Dogmas von der juristischen Persönlichkeit neben dem *fideicommissum (sc. hereditatis)*¹⁾ war, und so sehen wir schon hier den Zusammenhang des Fiscus mit dem *jus extrao.* Diesen Zusammenhang hat auch Kaiser Alexander Severus in c. 5. *de priv. fisci* (7, 73) ausdrücklich anerkannt. Freilich meint Wlassak (S. 73), das Wort *extraordinarium* wolle da „sicherlich nicht“ auf den Rudorff'schen Begriff anspielen, aber einen Beweis für diese leicht hingeworfene Behauptung erbringt er nicht, und was er entgegenstellt, ist nicht wahr: dass das Wort *extraordinarium* die Privilegialnatur des Rechtssatzes bezeichnen solle; denn bekanntlich ist der Quellenausdruck dafür nicht *jus extraordinarium*, sondern *jus singulare*.

Was nun die juristische Persönlichkeit des Fiscus anlangt, so konnte von einer solchen erst dann die Rede seyn, als der Fiscus

³⁹⁾ Wie Wieding fälschlich behauptet (in Holtzendorff's Rechtsencyclopädie II. 2. Aufl. S. 721. u. die Transmiss. Justin. § 18).

¹⁾ s. oben § 61. IV.

aufgehört hatte, kaiserliches Hausvermögen zu seyn, denn so lange er dies war, galt der Kaiser selbst als Vermögenssubjekt. Andererseits dürfen wir nicht annehmen, dass die Municipien früher als der Staat, dessen mikrokosmische Abbilder sie waren, als juristische Personen anerkannt wurden; das *aerarium populi* aber unterstand lediglich administrativen, nie privatrechtlichen Grundsätzen. Also war es neben den privilegierten Tempeln, von denen oben ²⁾ die Rede war, der privilegierte Fiscus, an welchem sich das neue privatrechtliche Dogma von der nichtleiblichen Vermögenspersönlichkeit (*incertum corpus*) emporrankte. Die juristische Person ist eine Kreatur der Kaiserzeit (seit Hadrian) und gehört dem Boden des *jus extrao. an.* ³⁾

Was soll ich hier nun über die sonstigen Privilegien des Fiscus sagen, dieses Lieblingsthema der kaiserlichen Gesetzgeber, welche im Fiscus ihren Erstgeborenen sahen und in ihm sich der Kontinuität der Thronfolge inmitten jähren Wechsels der Dynastien bewusst wurden? Der Fiscus ward unter den juristischen Personen, was der Miles unter den physischen Personen längst schon war; Fiscus und Miles waren die privilegierten Personenklassen, ⁴⁾ und dass in diesem Privilegienwesen System, ein mit dem *jus ordinarium* unverträgliches System lag, wer möchte das verkennen? Alle anderen einfachen Personen hiessen im Gegensatz dazu *Privati.* ⁵⁾ Der Fiscus ist so gut, wie das *Municipium*, ein *incertum corpus*, beide Personen erstehen neben dem *paterfamilias*, welcher dem Mittelpunkt des *jus civile* bildet, und neben dem *bonus vir*, welcher der Mittelpunkt des Prätorienrechts genannt werden kann. Weder ein *paterfamilias*, noch ein *bonus vir* ist der Fiscus, denn er hat nur eine pecuniäre Sphäre und keine Personalbeziehungen, und dass er nicht die Seele eines *bonus vir* hat, bestätigt feierlich Modestin in dem bekannten Satze: *non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit.* ⁶⁾ In zahllosen Constitutionen wurden *juris beneficia* auf den Fiscus, wie auf den Miles, gehäuft ⁷⁾: sie waren ja

²⁾ In § 61. IV.

³⁾ Vergl. Kuntze Excursus 378.

⁴⁾ Noch in Justinian's Digesten folgt hart auf den Fiscus (Dig. 49, 14) der Miles (Dig. 49, 15—18); zuletzt das *Municipium* (Dig. 50, 1—4).

⁵⁾ Dem *fiscus* gegenüber: fr. 12. *de compens.* (16, 2); fr. 6. 35. 37. 45. § 4. *de jure fisci* (49, 14); dem *miles* gegenüber: fr. 66. § 1. *de evict.* (21, 2); fr. 7. *de incend.* (47, 9); fr. 3. § 1. *de numer.* (50, 4).

⁶⁾ fr. 10. *de jure fisci* (49, 14).

⁷⁾ fr. 1. § 2; fr. 2. *pr.* § 7; fr. 3. § 8; fr. 18. *pr.* § 5. 8. eod.

das Kapital und das Personal, auf welche sich der reifende Alleinherrschaftsgedanke Schritt für Schritt stützte.

Aber wir treffen den Widerspruch zum alten System nicht bloss in der Häufung der *jura singularia* an sich, sondern auch in den mit dem Alten brechenden Grundgedanken einzelner dieser Singularitäten. Ich will nur erinnern 1) an den Eigenthumserwerb, welcher *ipso jure* zu Gunsten des Fiscus eintritt, ⁸⁾ 2) an das Pfandprivileg, welches von Caracalla und Aurelius Probus geschaffen wird und den Prioritätsgrundsatz des Prätorienrechts zum ersten Mal willkürlich durchbricht; ⁹⁾ 3) an die Universalsuccession, welche als Wirkung des durch den Fiscus bewerkstelligten Erbschaftsverkaufs in einem Rescript des Severus und Antoninus bezeugt ist ¹⁰⁾: wonach der Käufer *utiles actiones* geltend machen konnte und annehmen musste und selbst die *utilis hereditatis petitio* hatte. ¹¹⁾

II. Ein neuer Gedanke liegt in dem *jus offerendi*, welches gleichfalls durch ein Rescript des Severus und Antoninus anerkannt wird. ¹²⁾ Es sprengt das alte Pfandrechtsystem, denn, indem es die *confirmatio pignoris* aus des Abgefundenen Recht anerkennt, löst es entweder die Pfandstelle vom Pfand (so Dernburg), oder das Pfand von seiner Obligatio (was wohl römische Anschauung und construierbar ist). Alles was auf den Gedanken einer Pfandsuccession hinauskommt, ist *juris extraordinarii*, weil im Princip unvereinbar mit dem Prätorienrecht; in seinen Responsen scheint Papinian, auf den sich Marcian mehrmals beruft, ¹³⁾ besonders ausführlich von den Fällen der Pfandsuccession gehandelt zu haben. ¹⁴⁾ Uns ist dieser Gedanke jetzt geläufig, aber ursprünglich römisch ist er nicht, und wir werden innerhalb des *jus ordinarium* vergeblich nach Sätzen suchen, welche eine Lockerung des Hypothek und Obligatio umschlingenden Bandes enthielten.

III. Die berühmte Controvers über das *ipso jure compensari* löst sich vielleicht nur auf dem Boden des *jus extrao.* Ich bemerke

⁸⁾ s. oben § 61. V. a. E.

⁹⁾ s. Dernburg Pfandrecht II. S. 440. 496. Kuntze Cursus (ed. 2.) § 577.

¹⁰⁾ c. 1. *de her. vend.* (4, 39).

¹¹⁾ Dies ist bereits von Julian unter Beziehung auf das *Scutum Trebellianum* erwähnt in fr. 54. *pr. de her. pet.* (5, 3). Dazu c. 2. eod.

¹²⁾ c. 1. *Qui potiores* (8, 18).

¹³⁾ fr. 12. § 5. 6. 9. *Qui potiores* (20, 4).

¹⁴⁾ fr. 3. eod.

dazu Folgendes. Schon Neratius und Pomponius sollen den *fidejussor* für *ipso jure liberatus*, wenn gegen den Gläubiger vom Hauptschuldner compensirt ist, erklärt haben;¹⁵⁾ Paulus¹⁶⁾ führt das *ipso jure* auf die Jurisprudenz zurück (*placuit*), Ulpian aber beruft sich auf Constitutionen¹⁷⁾ betreffs des Zinspunktes, wo man vielleicht einsetzte, weil hier die rückwirkende Kraft des Compensirens besonders wichtig ist, und hiermit stimmt ein Rescript des Alexander Severus¹⁸⁾ überein, wo gleichfalls auf *usurae* Anwendung gemacht wird. Julian,¹⁹⁾ auf welchen sich Schwanert²⁰⁾ beruft, huldigt noch der alten Theorie, dass die Begründung der *exceptio* vom Entschlusse des Compensanten abhängt (*si paratus sit*); gerade hiergegen ist die Formel *ipso jure* gerichtet; die *exceptio* wird nun ohne Zuthun des Compensanten begründet; freilich steht es bei ihm, ob er vom erworbenen Recht Gebrauch machen will.²¹⁾

IV. Die neue Erscheinung familienrechtlicher Obligationen scheint mir am Besten im *jus extrao.* placirt werden zu können. Drei Geschwisterfiguren kommen hier in Betracht: die Alimentations-, Dotations- und Funerationspflichten, welche aus dem Moralgebiet in das Rechtsgebiet versetzt sind. Diese Obligationen gehören zum Theil der Kaiserzeit an; ungewiss ist, ob dazu das Principat oder die Jurisprudenz den ersten Anstoss gegeben hat;²²⁾ zum Theil reicht die Funerationspflicht in das Prätorenedikt zurück.

V. Auch ein Fall der Adoption lässt sich hier anschliessen. Römischer Grundgedanke ist, dass die Adoption eine künstliche Zeugung sei; von da baut sich das ganze Adoptionssystem der klassischen Zeit auf, in diesem Punkte laufen fast alle Einzelsätze wie Radien zusammen. Da lässt Diocletian (291) Adoption durch eine Frau zu, *in solatium amissorum liberorum*, wie der Kaiser aus-

¹⁵⁾ fr. 4. *de comp.* (16, 2).

¹⁶⁾ fr. 21. *eod.*

¹⁷⁾ fr. 11. 12. *eod.*

¹⁸⁾ c. 4. *de comp.* (4, 31).

¹⁹⁾ fr. 2. *eod.*

²⁰⁾ D. *Compens.* nach R. R. (1870) S. 15 ff.

²¹⁾ Am weitesten geht Paulus (Sent. II, 5, 3), aber wohl zu weit; das wäre wirklich *ipso jure* im alten Sinne. Aber dem Gegner muss doch überlassen bleiben, ob er sich für Compensation entscheiden will; er kann ein Interesse haben, nicht zu compensiren. Vergl. Schwanert S. 41. 46.

²²⁾ Rescripte des Anton. Pius u. Marc. Aurel. in fr. 5. § 4–7. 9. 12. 14; fr. 19. *de ritu nupt.* (23, 2).

drücklich hinzuffügt und ihm Justinian nachspricht.²³⁾ Sofort ist der antike Begriff aufgegeben; noch Diocletian nennt das nicht *adoptare*, sondern *vicem naturalis legitimique filii habere*, und erst Justinian erlaubt sich den Ausdruck *adoptare* dafür.

VI. Lassen wir unseren Blick endlich in die Processsphäre hinüberschweifen, so belehren uns die neue Specialexécution und die Appellation über den Geist der neuen Zeit.²⁴⁾ Römisch war die Richtung der Exekution gegen die Person; sie folgte aus der Idee der Processobligation, die es immer mit einem bestimmten Gegner zu thun hat und sich an dessen Person, Willen, Vermögen wendet und hält. Daher die civile Personalexekution, dann die prätorische Universalexekution gegen die *bona* und die Ehre des Gegners. Da bereitet eine *lex nova*, die *lex Julia de bonis cedendis*, eine andere Auffassung, welche von der Person des Beklagten ganz absieht, vor, indem sie in der *bonorum cessio* einen Weg eröffnet, welcher die persönliche Ehre intact lässt.²⁵⁾ Aber noch ist hier die Richtung auf das Vermögensganze und damit indirekt auf die Person festgehalten. Erst seit Antonius Pius²⁶⁾ wird eine *pignoris capio* gewährt, welche mit Umgehung der Person des Gegners einzelne Vermögensstücke herausgreift und nicht mehr durch den Kläger selbst, sondern durch Gerichtsdienere vollstreckt wird. Das ist etwas absolut Neues,²⁷⁾ denn die alte *legis actio per pignoris captionem* gehört in einen wesentlich anderen Zusammenhang.

Die Appellation im Sinne des kaiserlichen Rechtes birgt in sich, obwohl ihre Entwicklung in dem neuen Modus der unmittelbaren kaiserlichen Cognition eingesetzt haben mag,²⁸⁾ das Princip des Instanzenzugs, d. h. einer Skala subordinirter Gerichtsbehörden und einer Suspension der Rechtskraft des Urtheils, welches nun nicht mehr schlechthin definitiv ist.²⁹⁾ Das war ein Hebel, geeignet, nach und nach die ganze Ordnung des Verfahrens aus den Angeln zu heben. Dass damit das Umsichgreifen des Schriftlichkeitsprincips

²³⁾ c. 5. *de adopt.* (8, 48); § 10. *J. de adopt.* (1, 11).

²⁴⁾ Vergl. Kuntze Excursus, S. 400–408.

²⁵⁾ Gai. 3, 78; c. 1. 4. *qui bonis* (7, 71).

²⁶⁾ Paulus Sent. V. 5a. § 4; fr. 31. *de re jud.* (42, 1); c. 9. *de exec. sent.* (7, 53).

²⁷⁾ s. oben § 8. III. § 26. III.

²⁸⁾ Wie Merkel (Gesch. d. klass. Appellation. Abhandlungen II. 1883) S. 41 ff. 105 ff. ausführt.

²⁹⁾ Kuntze Cursus § 353.

zusammenhing, ist oben schon bemerkt worden. Sie setzt voraus, dass überhaupt im Staatswesen das System der Coordination der Behörden dem System der Abstufung und Ueberordnung Platz macht; dies geschah freilich vollständig erst durch Diocletian, welcher die Organe des Staats in ein grossartiges, allumfassendes Stufensystem einzwängte, aber dieses System bereitete sich seit dem ersten Jahrhundert der Kaiserzeit vor, indem es, zuerst im Bereiche des kaiserlichen *Imperium* mit seinen *Praefecti* und *Legati* durchgeführt, dann auch in das Bereich der senatorisch-principalen Hemisphäre des Reichs mit ihren Consuln und Prätoeren hinüberwirkte.

§ 64.

4. Das Juristenrecht.

I. Wir haben gesehen, wie die Jurisprudenz vielfach in die durch Senatsconsulte und Constitutionen angeregte Rechtsentwicklung eingegriffen hat. Nun gilt es noch, in Betracht zu ziehen, dass hier und da die Anregung von der Jurisprudenz selbst ausgegangen ist. Wenigstens finden wir in manchen Fällen kein Citat einer positiven Rechtsquelle, und das ist ein starkes Indicium für den Mangel solcher, denn was ist wohl natürlicher, als dass die Patentjuristen, wenn sie ein Senatsconsult oder eine Constitution unter den Füßen hatten, sich ausdrücklich auf sie stellten? Sie versäumen offenbar das niemals, wo die Möglichkeit gegeben ist. — Sehen wir uns zunächst im Sachenrecht um.

Die obige Darstellung des Senatsrechts¹⁾ wurde mit dem *quasi ususfructus* begonnen und dabei auf Sabinus hingewiesen. Ich stelle nun daneben die *potestas usufructuarii*, in welcher ich gleichfalls einen neu auftretenden Rechtsbegriff erblicke.²⁾ Auch für diesen wird neben Labeo³⁾ sein Gegner Sabinus⁴⁾ als Autorität genannt, und Ulpian ebenso, wie Paulus, handelt davon in seinem Sabinuscommentar.⁵⁾ Offenbar schloss sich hier das Neue an das Civilrecht an, und es konnte auch nicht anders seyn, als dass vom Ususfructbegriffe ausgegangen ward; aber Paulus leitet, indem er sagt, *ut ei*

servus talis stipulari possit, usitatum est,⁶⁾ offenbar das Neue nicht aus der juristischen Konsequenz, sondern aus dem positiven Gewohnheitsrecht (Juristenrecht) ab. In der That führt auch der civilrechtliche Ususfructbegriff gar nicht ohne Weiteres zu der *potestas usufructuarii*, denn es handelt sich dabei nicht (bloss) um faktische Dienstleistungen (*operae*), sondern um juristische Handlungen, welche mit dem *dominium* nichts zu thun haben. Die *potestas* ist in Frage,⁷⁾ die des *usufructuarius* ist eine abgezweigte *potestas*, und diese Abzweigung ist ein neuer Gedanke, zu welchem es eines schöpferischen Anstosses bedurfte.⁸⁾ Dieser ging von der Jurisprudenz aus, vielleicht war es Labeo's Initiative, aber Sabinus entzog sich dem neuen Gedanken nicht und besiegelte die Anerkennung. So wenig wie der *usufructus rerum consumptibilium* im Rahmen der alten Servitut bleibt, ebensowenig die *potestas usufructuarii*; jener nicht, weil er nicht ein *jus in re aliena* ist, dieser nicht, weil er nicht ein blosses *jus in re aliena* ist, denn der Sklave kommt hier nicht schlechthin als *res*, sondern zugleich als handelnde Person, als rechtliches Organ in Betracht.⁹⁾ Ich gebe zu, dass man streiten kann, ob diese *potestas* noch auf Rechnung des *jus ordinarium (civile)* zu stellen ist, indess scheint mir ihrer Eigenart die Unterbringung im *jus extrao.* entsprechender zu seyn; diese Unterbringung stellt jene jedenfalls in helleres Licht.

II. Eine andere Neuerung im Sachenrecht geht dem oben erwähnten Pfandprivileg des Fiscus parallel. Wir treffen hier Papinian als erste Autorität für das Pfandprivileg wegen *versio in rem*;¹⁰⁾ es ist der einzige Fall, wo das Privileg innerlich gerechtfertigt ist, und er ist neben dem Fiscalprivileg der einzige Fall des klassischen Rechts,¹¹⁾ aber dieses Geschwisterpaar hat dann durch die Hand barbarischer Kaiser eine incestuose Nachkommenschaft erhalten, welche zu den traurigsten Verirrungen und Verwirrungen der römischen Epigonenzeit gehört, denn die emporwuchernde Familie der Pfandprivilegien erschütterte das ganze Kreditwesen des Reichs in seinen innersten Fugen.

¹⁾ fr. 24. eod.

²⁾ Daher auch das Recht einer *modica castigatio*.

³⁾ Der Gedanke war weiter entwicklungsfähig; man denke an das *peculium duplicis juris*. Vergl. Kuntze *Cursus* § 760.

⁴⁾ Vergl. Kuntze, *Cursus* § 749 u. *Excursus* S. 380.

⁵⁾ fr. 3. § 1. *qui potior*. (20, 4).

⁶⁾ fr. 5. 6. eod. Vergl. Kuntze *Cursus* § 577. *Excursus* S. 517.

¹⁾ In § 61.

²⁾ s. oben § 59. Anm. 30.

³⁾ fr. 21. *de usufr.* (7, 1).

⁴⁾ fr. 23. § 1. eod.

⁵⁾ fr. 21—25. eod.

III. Unser Blick fällt weiterhin auf die Emphyteuse, welche als *jus in agro vectigali* schon der Zeit der klassischen Jurisprudenz angehört und meisthin zu dem Prätorienrecht gerechnet wird. Allein der ediktale Ursprung ist nirgends bezeugt, nur das ist zu bemerken, dass Paulus von diesem Recht in seinem Edictscommentar handelt, und dass die *actio de fundo vectigali* wahrscheinlich nach der Analogie der superficiarischen Klage gebildet wurde; aber keine Stelle vindicirt die Erfindung den Prätorien, und Paulus führt sie ausdrücklich auf das Juristenrecht zurück.¹²⁾ Wahrscheinlich ist Julian's Autorität hier maassgebend gewesen.¹³⁾

Das neue Rechtsverhältniss hat, mit specifisch römischem Maass gemessen, etwas Monströses an sich, denn 1) es ist veräusserbar und vererblich und evacuirt dadurch im Grunde die beim Eigenthümer zurückbleibende Proprietät, die nun fast wie ein Schatten erscheint; 2) der Ersatz, welcher dem Proprietar geboten wird, ist eine Obligatio, ein Forderungsrecht auf den jährlichen Canon, mit dem dinglichen Recht verknüpft sich also essentiell eine Obligatio;¹⁴⁾ 3) diese Obligatio ist eine unerschöpfliche, und vermöge ihrer Perpetuität hat sie zugleich einen ambulatorischen Charakter: sie pflanzt sich auf jeden neuen Proprietar und Emphyteuta fort; 4) dem Emphyteuta wird ein dem Eigenthumsrecht fast gleichkommendes Recht an der fremden Sache eingeräumt; obschon er das fremde Recht anerkennt, wird sein Besitzverhältniss doch so, als hätte er den *animus domini*, behandelt, und er im Erwerb der separirten Früchte vollkommen dem wirklichen Eigenthümer gleichgestellt. Im Rahmen des *jus ordinarium* hat, meine ich, ein solches Monstrum nicht Raum, es lagert sich mit seiner abenteuerlichen Gestalt bald hier und bald da rücksichtslos über die Grenzen, welche das Eigenthum von den übrigen dinglichen Rechten, wie von der Obligatio, scheiden.

IV. Eine andere neue Erscheinung, die *epistola* oder *cautio inter praesentes*, lenkt unseren Blick wieder auf Papinian, welcher, wie es scheint, zuerst jene *cautio* für ein Surrogat des mündlichen Stipuliraktes erklärt und damit eine principielle Abweichung von dem alten civilen Solennitätssystem inauguriert, was von Septimius Severus bestätigt wird.¹⁵⁾ Jene *cautio* ist eine *stipulatio*

¹²⁾ *Placuit, competere in rem actionem: fr. 1. si ager vect. (6, 3).* Vergl. Kuntze Cursus § 586.

¹³⁾ s. Kuntze Excuse S. 519. 520.

¹⁴⁾ Vergl. oben § 9. S. 41.

¹⁵⁾ fr. 11. § 1. *de duob. reis (45, 2); c. 1. de contr. stip. (8, 38).*

per literas, die Schrift drängt sich in die Fugen der überlieferten *figura*, und es bereitet sich damit jener Zersetzungsprocess vor, welcher in der Stipulatsconstitution Justinian's offen zu Tage liegt.¹⁶⁾ Die Präsenz der Contrahenten war vor Justinian noch als Erforderniss gewahrt, aber die Skriptur übernahm die Rolle der *verborum figura*, und die Verpflichtungsformel ging nun nicht mehr vom *stipulator*, sondern vom *promissor* aus, was im Grunde eine Umstülpung des Ritus bedeutet.

V. Auch die Idee der obligatorischen Stellvertretung erweitert sich unter der Hand der Jurisprudenz, und Papinian scheint auch hier maassgebend gewesen zu seyn. 1) Was die Uebertragung der *actio institoria* auf die Fälle des Einzelauftrags (an einen Procurator, nicht *institor*) anlangt, so beruft sich Ulpian dafür auf Papinian,¹⁷⁾ und in den Digesten sind ausserdem dafür noch zwei Fragmente Papinian's enthalten.¹⁸⁾ 2) Die Römer sind, was insgemein unbeachtet gelassen wird, auch dazu fortgeschritten, dem Auftraggeber ohne Cessionsakt ein Klagrecht *utiliter* einzuräumen aus dem Rechtsgeschäft seines Vertreters, und auch dafür scheint Papinian's Autorität entscheidend gewesen zu seyn.¹⁹⁾ Ulpian bemerkt, dass selbst im Schiffsverkehr dieser Schritt geschehen sei, es werde hier durch den *Praefectus annonae* oder *Praeses provinciae extra ordinem* geholfen:²⁰⁾ wir erblicken da den Zusammenhang der Jurisprudenz mit dem von den kaiserlichen Behörden verfolgten System.

VI. Wenn ferner auf Julian's Autorität hin dem Haussohn die *persona standi in judicio* eingeräumt wurde,²¹⁾ so tritt auch diese Neuerung, welche ohne Präcedenz im *jus ordinarium* war, ganz aus dem Rahmen desselben heraus und erinnert an die gleichzeitige Ausbildung des *castrense peculium*, welche namentlich seit Hadrian Fortschritte machte;²²⁾ vielleicht ist auch das Eine und das Andere nicht ohne Zusammenhang, wenigstens nennt Julian in erster Linie

¹⁶⁾ Vergl. Kuntze Cursus § 656. 966. 974. Excuse S. 381. 463.

¹⁷⁾ fr. 13. § 25. *de act. emti (19, 1).*

¹⁸⁾ fr. 10. § 5. *mand. (17, 1); fr. 19. pr. de inst. act. (14, 3).*

¹⁹⁾ fr. 68. *de procur. (3, 3).* Dazu Ulp. in fr. 1. *de inst. act. (14, 3)* und fr. 13. § 25. *de act. emti (19, 1).* Kuntze Cursus § 610.

²⁰⁾ fr. 1. § 18. *de exerc. act. (14, 1).*

²¹⁾ *Juliano placet, posse eum utili judicio agere: Ulp. fr. 18. § 1. de judic. (5, 1).* Dazu fr. 13. *de O. et A. (44, 7)* und Kuntze Cursus § 328; Excuse S. 379.

²²⁾ s. unten § 66.

den *filiusfamilias legationis causa absens*, dessen Aehnlichkeit mit dem *filiusfamilias militans*, welcher ja gleichfalls *reipublicae causa occupirt* ist, auf der Hand liegt.

VII. Ich greife zum Schluss noch die erbrechtliche *divisio patrimonii*²³⁾ *inter liberos* heraus, für welche Scaevola²⁴⁾ und ganz besonders wieder Papinian²⁵⁾ anstossgebend gewesen zu seyn scheinen. Eine Constitution Diocletian's drückt den Grundgedanken dieser (von dem Justinianischen *testamentum parentis inter liberos* wohl zu unterscheidenden) *divisio* so aus:²⁶⁾ *Si cogitatione futurae successione, officium arbitri dividendae hereditatis praeveniendo pater communis iudicio suo suam declaraverit voluntatem*. Es ist das ganz den Worten Papinian's²⁷⁾ entsprechend: *non videri simplicem donationem, sed potius supremi iudicii divisionem*. Es liegt hier also eine Art letzten Willens vor, wodurch die Function des *arbitri divisionis* vom Erblasser selbst anticipirt wird; das ist weder Erbeinsetzung, noch Vermächtniss, noch letztwillige Freilassung, sondern eine vierte Art letztwilliger Anordnung, im Inhalt von allem Bisherigen verschieden.

§ 65.

II. Das jus naturale.

I. Wir kommen vom Juristenrecht zum *jus naturale*. Dieser Uebergang ist leicht genug, denn das *jus naturale* ist ein Elaborat der Jurisprudenz und zeigt uns diese auf der Höhe ihrer Leistungskraft und als das hervorragende Organ des Zeitgeistes. Es ist im Obigen vom *jus naturale* schon öfters die Rede gewesen, aber das schwierige und viel umstrittene Thema ist nur berührt worden, um hier noch *ex professo* behandelt zu werden. In der ersten Abhandlung gab uns die *Obligatio*, wo deren Entwicklung in der Kaiserzeit beleuchtet wurde, Anlass zur Berührung des Themas;¹⁾ dann war es Wlassak's wunderliche Misshandlung der *naturalis obligatio*,

²³⁾ Auch *divisio honorum* oder *successione* genannt: c. 10. *fam. herc.* (3, 36); fr. 20. § 3. *fam. herc.* (10, 2).

²⁴⁾ fr. 39. eod.; fr. 30. § 3. *de adim. leg.* (34, 4).

²⁵⁾ fr. 20. § 2. 5. 8; fr. 32. *fam. herc.* (10, 2).

²⁶⁾ c. 21. *fam. herc.* (3, 36).

²⁷⁾ fr. 20. § 3. cit.

¹⁾ s. oben § 42—44.

welche mich in der zweiten Abhandlung auf das Thema zurückzukommen nöthigte.²⁾ Aber nun gilt es, das Gesagte zusammenzufassen, und nicht bloss der *obligatio naturalis*, sondern dem ganzen *jus naturale* volles Recht zu erstreiten und dessen Zusammenhang mit dem System des *jus extraordinarium* (im weiteren Sinne) klar zu stellen.

Dieses System streckt, um im Bilde zu reden, zwei grosse Arme aus, um über das Römerthum hinaus die ganze Menschheit zu umspannen und sie an dem Glück eines geordneten und festen Rechtes Theil nehmen zu lassen: das sind das *jus naturale* und das *jus militare*.³⁾ Dieselben haben einen gemeinsamen Grundzug: sie tragen dem internationalen kosmopolitischen Bedürfniss der neuen Zeit Rechnung und thun das gewissermaassen mit Bewusstseyn und systematisch. Ja, es ist System in dieser neuen Richtung. Das Römerreich ist ein Weltreich geworden. Dass der Stand der Freigelassenen, welcher aus griechischen und barbarischen Stämmen erwächst, zahlreich und einflussreich ist, muss sich schliesslich im *jus commune privatorum* geltend machen und auf den Sklavenstand mächtig zurückwirken. Der Soldatenstand, das Volk des Imperator, welches aus germanischen, keltischen, slavischen und afrikanischen Stämmen sich rekrutirt, gilt als die Schutzmauer des Reichs, und die kaiserliche Politik verlangt Beachtung dieser unrömischen Elemente in besonderem Maasse. Juristischer Ausdruck dieses Doppelumstands ist jenes Geschwisterpaar im Privatrecht der Kaiserzeit: das Sklaven- und Soldatenrecht.

II. Ich nenne das *jus naturale* ein Sklavenrecht und meine damit dessen Herzpunkt getroffen zu haben, obwohl seine Peripherie bekanntlich weiter reicht. Es berührt auch das Hauskind, vorzugsweise den Haussohn, welcher im rechtsgeschäftlichen Verkehr thätig wird, sowie das Verhältniss zwischen Eltern und Kindern jenseits des väterlichen Gewaltbereichs, vorzugsweise die Verhältnisse des Concubinats seit der *lex Julia de maritandis ordinibus*; aber der Sklave als Person bildet doch den Mittelpunkt des *jus naturale* im Sinne der juristischen Klassiker, der Sklave freilich nicht als Vollperson, nicht als reife, sondern gleichsam als keimende Person. Im *jus naturale* keimt eine ganz neue Welt- und Rechtsanschauung,

²⁾ s. oben § 52. II.

³⁾ Vergl. Kuntze Excursus, S. 375.

welche dem Christenthum merkwürdig entgegenkommt und theils auf philosophischem, theils auf weltmännisch-praktischem Boden erwachsen ist; Philosophie und Humanismus sind das Elternpaar. Die juristischen Klassiker standen als Welt- und Staatsmänner auf der Höhe ihrer Zeit, deren internationaler kosmopolitischer Zug ihnen nicht fremd bleiben konnte; derselbe rang nach Ausdruck, und Ulpian und Genossen fanden die Rechtsform dafür. Es war eine schöpferische That ersten Ranges und die grossartigste Leistung der klassischen Jurisprudenz, welche unter allen Umständen in unserer Theorie des römischen Rechts zu rubriciren, nicht aber zu verneinen und herabzuwürdigen ist. Dies darf um so weniger geschehen, da das *jus naturale* eine ganz unvermeidliche Konsequenz des längst üblichen, wichtigen und unentbehrlichen Sklavenverkehrs war; denn sollte wirklich der Sklave im vollen Sinne Erwerbsorgan des Herrn seyn, so musste ihm eine abgeleitete Handlungsfähigkeit, wie dem Haussohne, zugestanden, d. h. eine Art *caput* zugeschrieben werden.⁴⁾ Es handelte sich dabei also nicht bloss um ideelle Menschlichkeit, sondern auch um reelle Verkehrszwecke, welchen eine dogmatische Grundlage gesichert werden musste.

Die gefundene Rechtsform war eine nothwendig gewordene Stufe der Rechtsanschauung, welche sich immer mehr aus den traditionellen Schranken des römischen Bürgerthums frei machte und in eine solche Region erhob, wo nicht bloss Bürger und Peregrinen, sondern auch Freie und Sklaven einander nahe kamen und fast gleich erschienen. Im *jus strictum* war eine weite Kluft zwischen Römern und allen übrigen Mitmenschen befestigt, von Rechtsgemeinschaft mit solchen konnte nur auf Grund einer Verbündung oder Unterwerfung die Rede seyn, und es gab der Brücken über jene Kluft nur wenige, z. B. die Gegenseitigkeit des *jus exsilii* und *postliminii*. Im *jus gentium* wird die Peregrinenwelt der Bürgerschaft ange nähert und bez. gleichgestellt: das ist ein Compliment, welches der willensstarke Römer dem phantasiereichen, gewandten und gebildeten Griechen macht, der zwar Peregrine, aber nicht Barbar ist. Die Reception der hellenischen Kunst und Wissenschaft musste im Recht einen Widerhall finden: dieser Widerhall ist das *jus gentium*, welches in das *jus civile* eindringt und die Grundlage des *jus honorarium* bildet. Das *jus gentium* als recipirter Bestandtheil des römischen

⁴⁾ Man vergl. z. B. die lehrreiche Stelle Ulpian's in fr. 8. § 4. *de accept.* (46, 4), auf welche ich noch mehrmals zurückkommen werde.

Rechts entspricht geschichtlich und ethnisch der Einverleibung von Grossgriechenland, Hellas und Kleinasien in das *nomen populi Romani*. Endlich aber erweitert sich dieses *Nomen* zum *Orbis terrarum*; der bis zum Danubius und Euphrat erweiterte *Orbis Romanus* ist der civilisirte Weltkreis geworden, in welchem allmählich die rechtliche Verschiedenheit der politisch geeinigten Völker unter- und aufgeht. Der Allen geschenkte und allenthalben gesicherte Friede hält den Krieg fern, und das „*tempus aureum*“ besinnt sich auf einen Zustand der Menschheit ohne Krieg, wo die Quelle der Sklaverei verstopft ist. Aus der Scheidung der Völker waren einst Krieg und Sklaverei entstanden; seit im geeinten Weltreiche die Völkerschranken gefallen sind, tritt an die Stelle dreier Stufen (Freie, Freigelassene und Sklaven) das *unum naturale nomen* „*homines*“.⁵⁾ Im *jus naturale* gewinnt diese Weltanschauung juristische Form.

Wir haben demgemäss einen Etagenbau von drei Regionen vor uns; die unterste umschliesst nur römische Bürger, die einzigen Rechtssubjekte, Rechtsgenossen oder Personen; die mittlere erstreckt sich auf die Peregrinen, und die oberste mit dem weitesten Horizont zieht auch die Unfreien zur (beschränkten) Theilnahme an der Rechtsordnung. Das ist der höchste, edelste, feinste Standpunkt mit dem alle Mitmenschen umfassenden freiesten Blick. Dem römischen Geiste sollte dieser Umblick versagt geblieben seyn auf der höchsten Höhe seiner Herrschaft, die zugleich eine Friedens- und Ordnungsmission war?

Die Stufenfolge ist klar genug. War das *jus civile* das alle Römer umschliessende Rechtsband und das *jus gentium* das alle Freien umschliessende, also den Römern mit den inländischen Peregrinen gemeinsame, so musste man das Gedankensystem zum Abschluss führen durch ein drittes Glied, das *jus naturale* in dem Sinne, dass es das alle Menschen, Freie und Unfreie, umfassende, also den Römern mit den Sklaven gemeinsame Rechtsband ist, welches allmählich dem freien Geist der mit hellenischer Humanität erfüllten grossen Juristen der Antoninisch-Severischen Zeit zum Be-

⁵⁾ Hermogenian sagt: *Ex jure gentium introducta bella, discretiae gentes, regna condita* (fr. 5. *de J. et J.* 1, 1), u. Ulpian fügt hinzu: *Manumissiones quoque juris gentium sunt... Jure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis; et cum uno naturali nomine „homines“ appellaremur, jure gentium tria genera esse coeperunt: liberi et his contrarium servi et tertium genus liberti, id est qui desierant esse servi* (fr. 4. eod.).

wusstseyn kommt. Ulpian formulirt es in den berühmten Aussprüchen, welche gewissermaassen das Digestenwerk Justinian's einrahmend am Anfang und Ende desselben zu lesen sind: *Jure naturali omnes liberi nascuntur*⁶⁾ und *quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt.*⁷⁾

III. Bekanntlich hat Savigny,⁸⁾ welcher von Gaius und der „*ratio naturalis*“ desselben⁹⁾ ausging, das *jus naturale* Ulpian's für einen Privateinfall dieses Klassikers gehalten. In der Gaianischen *ratio naturalis* freilich schwamm noch ineinander, was Ulpian dann scheidet: *jus gentium* und *naturale*: aber ist das Nichtdistinguiren ein Höheres als das Distinguiren? und ist es nicht gerade ein charakteristischer Vorzug der feineren, eleganteren Jurisprudenz seit Pomponius, dass sie die *rudis indigestaque moles juris* scheidet und durchleuchtet?¹⁰⁾ Und man kann das *jus naturale* weder einen blossen Einfall Ulpian's, noch auch einen Einfall bloss Ulpian's nennen, denn 1) der Jurist machte allerhand Anwendungen von dem Begriffe, auch war er ein praktischer und nüchterner Denker, welcher nicht nach Art doctrinärer Winkelköpfe sich in kuriosen Einfällen erging, sondern er hatte bei seinen Kategorien immer praktische Zielpunkte im Auge¹¹⁾ und entfernte sich nie von dem Bedürfniss und der Anschauung seiner Zeit; er stand im Mittelpunkte und auf der Höhe derselben und nicht in der Ecke eines staubigen Studierzimmers; 2) ausser Ulpian ist eine Reihe anderer Klassiker, welche ganz offenbar der von Ulpian nur am präzisesten ausgesprochenen, am rückhaltlosesten verkündigten Anschauung huldigen und zeigen, dass diese ein Gemeingut der Gebildeten der Zeit war.¹²⁾

Man kann Ulpian's Begriff nicht dadurch diskreditiren, dass man auf seine Definition hinweist, welche Menschen und Thiere, also alle lebenden Wesen (*omnia animalia*) zusammenwirft. Ungeschickt

⁶⁾ fr. 4. eod.

⁷⁾ fr. 32. de R. J.

⁸⁾ System I. S. 413 ff.

⁹⁾ fr. 9. de J. et J. (1, 1). Bei Ulpian finde ich diesen Ausdruck nur einmal (fr. 5. § 16. de agn. lib. (25, 3), bei Paulus mehrmals.

¹⁰⁾ Vergl. Kuntze Excursus S. 341.

¹¹⁾ Man sehe z. B. den in fr. 8. § 4. de accept. (46, 4) behandelten Fall, wo die *acceptilatio* für Obligationen des *jus civile, naturale* und *honorarium* in Frage ist.

¹²⁾ Vergl. Kuntze Excursus S. 371—4.

erscheint uns das allerdings, allein man vergesse nicht den Thierkultus der Heiden,¹³⁾ und dass Ulpian ein Heide war; es verbirgt sich die Wahrheit dahinter, dass, wie das Thier keine Geschichte hat, so auch das *jus naturale* eigentlich hinter oder über der geschichtlichen Bewegung steht und unveränderliche, unzerstörbare Grundsätze enthält, welche wohl zeitweise verkannt, unterdrückt oder zurückgedrängt werden können, aber immer wahr bleiben, weil sie in der reinsten und allgemeinsten Naturanlage des Menschen wurzeln und überall und immer durchleuchten, wo der Menscheng Geist sich civilisatorisch frei macht. Ihre Verdunkelung ist Verfall, ihre Anerkennung ist Rückkehr zum Bewusstseyn des Wahren und Annäherung an das Ideal einer Rechtsordnung des befriedeten Menschengeschlechts.

Florentin sagt in seinem Institutionenwerke:¹⁴⁾ *Jure naturali evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure fecisse existimetur, et cum inter nos cognationem quandam natura constituit . . .* und ferner: *libertas est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet*; Marcian verweist in seinem Institutionenwerke¹⁵⁾ wegen der Sklaven auf das *jus civile* und *gentium*, welchen beiden sie angehörten;¹⁶⁾ Tryphonin bezeugt: *libertas naturali jure continetur et dominatio ex gentium jure introducta est*;¹⁷⁾ Licinius bezeichnet es als das Aeusserste: *pupillus ne quidem jure naturali obligatur*;¹⁸⁾ Paulus führt mit Bezug auf *serviles cognationes* aus:¹⁹⁾ *in contrahendis matrimoniis naturale jus et pudor inspiciendus est*; er unterscheidet die *natura* von dem *gentium jus* und den *mores civitatis*,²⁰⁾ das *jus naturale* vom *jus civile* und *honorarium* und bezeichnet das erstgenannte als das, *quod semper aequum ac bonum est*;²¹⁾ Hermogenian endlich setzt, indem er Kriege, Staaten, Sonder-

¹³⁾ In der Vovirungsformel des *ver sacrum* hiess es: *quaecumque proximo vere nata essent apud se animalia, immolatueros* (Test. Ep. 379) und unter *animalia* wurden auch die *pueri ac puellae* mitverstanden.

¹⁴⁾ fr. 3. de J. et J. (1, 1); fr. 4. de statu hom. (1, 5). Vergl. auch fr. 3. de div. rer. (1, 8).

¹⁵⁾ fr. 5. eod.

¹⁶⁾ Vergl. auch fr. 2. 4. de div. rer. (1, 8).

¹⁷⁾ fr. 64. de cond. indeb. (12, 6). Dazu fr. 31. pr. depos. (16, 3).

¹⁸⁾ fr. 59. de O. et A. (44, 7).

¹⁹⁾ fr. 14. § 2. de ritu nupt. (23, 2).

²⁰⁾ fr. 34. § 1. de contr. emt. (18, 1).

²¹⁾ fr. 11. de J. et J.

eigenthum und Schuldverhältnisse auf das *jus gentium* und *civile* zurückführt, offenbar ein *jus naturale* daneben voraus.

Ulpian steht folglich mit nichten allein da, wenn er die dreigliederige Eintheilung des Privatrechts verkündigt, und es ist ihm Ernst damit. Die *maris atque feminae conjunctio* weist er dem *jus naturale*, die *servitus* und *manumissio*, dem *jus naturale* unbekannt, weist er dem *jus gentium* zu.²²⁾ *Jure naturali* zeugt der Senator mit der *concubina* Kinder, die als seine Kinder gelten, hat der Sklave *cognatio* und *affinitas*, kann sich der Sklave obligiren und durch *Acceptilation* befreien,²³⁾ ebenso wie das Hauskind;²⁴⁾ es nimmt der *servus ordinarius* zu seinen Untersklaven fast die Stellung eines *dominus* ein;²⁵⁾ der *natalibus suis restitutus*, welcher *beneficio Principis* zum *ingenuus* wird, erinnert im Sinne der Kaiserzeit an die ursprüngliche Freiheit sämtlicher Menschenkinder und findet in diesem Dogma seine tiefere Legitimation; Marcian bestätigt das in der Bemerkung: *illis enim utique natalibus restituitur, in quibus initio omnes homines fuerunt.*²⁶⁾ Der Princeps vermag sogar mit diesem Satze das positive Recht zu durchbrechen: *hic (restitutus) enim, quantum ad totum jus pertinet, perinde habetur, atque si ingenuus natus esset*: was eine neue Art *in integrum restitutio* oder Fiction ist. Und ist nicht der sich immer weiter ausbreitende und in alle Fugen der alten Rechtsordnung eindringende *favor libertatis* (besonders seit Hadrian) eine Konsequenz desselben Humanismus? Nur unter jenem Gesichtspunkt wird der wundersame Begriff der *possessio libertatis*, welcher in der Kaiserzeit eine Rolle zu spielen anfängt, für den logisch denkenden Juristen erträglich; nur so lässt sich die *libertas ex fideicommisso debita* konstruiren,²⁷⁾ nur so wird ein Rechtsstreit zwischen dem Sklaven und seinem Herrn juristisch möglich.²⁸⁾ Dieses *jus naturale* geschaffen oder zum Bewusstseyn gebracht, es zum Dogma erhoben zu haben, ist eine Arbeit, ein Ver-

²²⁾ fr. 1. § 3; fr. 4. eod.

²³⁾ In fr. 8. § 4. *de acceptil.* (46, 4) sagt Ulpian vom Haussohn: *accepto rogare potest, ut se liberet, quia ipse obligatus est, pater autem acceptum rogando nihil agit, cum non sit ipse obligatus, sed filius. Idem erit et in servo dicendum: nam et servus accepto liberari potest.* Das *caput servi* also ist entscheidend.

²⁴⁾ Vergl. Kuntze Excuse, S. 42. 372. und oben § 43.

²⁵⁾ Ulp. fr. 17. 19. *de pecul.* (15, 1).

²⁶⁾ fr. 2. *de natal. rest.* (40, 11).

²⁷⁾ s. Kuntze Excuse, S. 432—4.

²⁸⁾ s. oben § 41. II.

dienst der Kaiserzeit; der alten Welt des *jus ordinarium* war es fremd und fern geblieben. Darum sagt Ulpian:²⁹⁾ *Quod attinet ad jus civile,*³⁰⁾ *servi pro nullis habentur, non tamen et jure naturali.*

§ 66.

III. Das jus militare.

I. In der ältesten Zeit Rom's deckten sich die Begriffe des Vollbürgers und Soldaten, der aktive *populus* war der *exercitus*, der *miles Romanus* also der *civis Romanus* im eminenten Sinne. Weder der Plebejer, noch der Client war im Curienstaat *miles*, der „Tausendgänger“ ging aus den „*Patres*“ hervor. Mit der Servianischen Verfassung, welche in erster Linie wohl eine neue Militärverfassung war, fand die Plebs Aufnahme im *exercitus* und freilich damit zugleich im *populus*; die Militärdienstgemeinschaft war zugleich eine Rechtsgemeinschaft,¹⁾ die Rechtsgemeinschaft eine Staatsgemeinschaft, insoweit nicht das Auspicienwesen in Frage kam. Wieder — auch im Centurienstaat — erschienen also *populus* und *exercitus* als fast identisch. Immer blieb es römischer Grundsatz, dass das Heer das Volk in Waffen sei.

Aber seit Marius, Sulla, Pompejus und Caesar beginnen sich Heer und Volk, Heerwesen und Staatswesen zu scheiden. Das Heer löst sich ab vom Volke und wird ein Staat im Staat. Augustus versteht es, diese neue Strömung, welche die Gefilde des Reichs zu überschwemmen droht, in ein festes Bett zu leiten; er nimmt sich

²⁹⁾ fr. 32. *de R. J.*

³⁰⁾ Das *jus honorarium* wird hier ignoriert, weil es für die Sklaverei nicht speciell in Frage kam.

¹⁾ Die Gemeinschaft beider Körper, welche eine Erweiterung und Vergrößerung im Sinne tyrannischer Ziele war, wurde mit dem bekannten Superlativ ausgedrückt. *Jupiter (Optimus) Maximus — ludi maximi — Circus Maximus — Comitatus Maximus — Pontifex Maximus — (Praetor Maximus?) — ara maxima Herculis.* Der *Jupiter Maximus* war der den Patres und der Plebs gemeinsame Jupiter, und Optimus hiess er wohl im Gegensatz des *Vejovis* abseits (*ve—*) auf der Tiberinsel (der Kapitols-gott und der Inselgott!). Die *ara maxima* auf dem *Forum boarium* war der für Patres und Plebs gemeinsame Verkehrsplatz für den Mobilienhandel — nicht der Fleischmarkt, sondern der Rindermarkt, denn die alten Römer verspeisten nicht ihre Rinder, sondern brauchten sie zum Ackern; der Ackerstier (*bos arator*) war das Hauptstück neben dem *heredium*. Noch heute verkehren die Campagnolen, welche nach Rom kommen, besonders auf der Stätte der ehemaligen *forum boarium*.

das *Imperium militiae* als Reservatrecht und macht sich zum lebenslänglichen Generalgouverneur der einen grossen ideellen Provinz: Militärwesen, den *exercitus* zu seinem imperatorischen *populus*, die Soldaten zu seinen Unterthanen. Die *militēs*, gleichviel ob *cives*, *latini* oder *peregrini*, bilden nun einen Stand für sich, ein Volk von Privilegirten, eine exemte Unterthanenschaft, welche der Imperator auf jede Weise, durch *dona pecuniaria* und *beneficia juris*, an seine Feldzeichen zu ketten sucht.

Diese Ausscheidung und Auszeichnung ist eine Neuerung, das Einschlagen einer neuen Bahn, denn der traditionelle Grundsatz von der Identität des *populus* und *exercitus* wird aufgegeben, ein Dualismus an die Stelle gesetzt, und Konsequenz auf Konsequenz davon gezogen. Der römische *civis* ist fortan nicht mehr ohne Weiteres *miles Romanus*, der römische Soldat nicht immer mehr *civis Romanus*, und der Bürger hat als solcher sein Recht, wie der Soldat als solcher auch sein Recht hat. An die Stelle des einen grossen Standes sind zwei grosse Stände getreten, die Rechtskreise des *civis* und *peregrinus*, des *miles* und *paganus* schlingen sich in einander.²⁾ *Privatus* heisst der nichtdienende *civis*, *privatus* heisst er dem *fiscus* wie dem *miles* gegenüber, der *miles* ist also, wie der *fiscus* und andere *incerta corpora*, eine neue Art Personen;³⁾ die Systeme der fiscalischen und der militärischen Privilegien gehen Hand in Hand, als die Trabanten der kaiserlichen Sonne, welche neben der Sonne des *Senatus Populusque Romanus* aufgegangen ist und ihren Kreislauf am römischen Himmel angetreten hat.

II. Ich habe demgemäss längst schon ausgeführt, dass das *jus militum* ein neues System von Rechtsideen sei, welches bisher allzukärglich als ein blosses loses Aggregat von Singularitäten behandelt worden ist. In einem Rescript des Alexander Severus (a. 224.) werden *jus militare* und *civile* einander gegenübergestellt,⁴⁾ Julian nennt das Recht der nichtmilitärischen Römer *commune jus civium Romanorum*,⁵⁾ sonst heisst es *jus privatorum* oder *jus paganorum*, wie die *privati* oder *pagani* den Gegensatz zu den *militēs* bilden.⁶⁾

Wie Savigny und Wlassak das Dogma vom *jus naturale* verbannen möchten, so haben Fitting, Pernice u. A. von meiner

²⁾ Vergl. Kuntze Excurse, S. 361. 362. 661—5. 691—6. 698—700.

³⁾ Vergl. oben § 63. I.

⁴⁾ c. 9. de *inoff. test.* (3, 28).

⁵⁾ fr. 20. *pr. de test. mil.* (29, 1).

⁶⁾ Vergl. Kuntze Excurse, S. 664.

Aufstellung des *jus militare* als eines Rechtssystems nichts wissen wollen. Aber wir gerathen ohne diese Aufstellung mit der angeführten Quellenterminologie in's Gedränge, und kommen ohne sie auch nicht zurecht mit einer Reihe der bedeutendsten rechtsgeschichtlichen Erscheinungen der Kaiserzeit. Wir müssen eben uns klar werden, dass aus den anfangs vereinzelt Ausnahmen nach und nach ein System erwuchs, ein System, welches ausserhalb des Rahmens der ganzen bisherigen Rechtsordnung lag und seinen Rückhalt am *jus extraordinarium* hatte, als dessen eine Provinz es geradezu bezeichnet werden kann.

Es hat freilich mit dieser Provinz des *jus extrao.* seine eigene Bewandniss. Wie das oben dargestellte Constitutionenrecht der Stellung des *Princeps* zu Senat, *cives* und der senatorischen Provinzialwelt entspricht, so entspricht das unter dem Werderuf des Imperator entspringende Militärrecht der Stellung desselben zur *militia* und kaiserlichen Provinzialwelt. In dieser war der Kaiser als Imperator souverän — *Imperator et miles legibus (civilibus) solutus* —, hier brach er mit seinen Mandaten⁷⁾ ganz neue Bahnen, gleichwie er durch seine Legionen grosse Heerstrassen durch Apenninen und Alpen brechen liess; nicht die römische Tradition, sondern die kaiserliche Politik schrieb die Richtung vor. Aber diese Politik war ein System, und der Reflex dessen im Privatrechtsgebiet das *jus militare*. Dieses wird daher selbst nur als System recht gewürdigt.

Das *jus naturale* und das *jus militare* erheben sich aus dem Baukörper des *jus extrao.* wie zwei ragende Thürme, von deren Spitzen herab der Umblick weit hinaus in alle Länder, über alle Völker hinreicht, Bürger, Peregrinen und Sklaven umfassend. In ihnen offenbart sich der Zersetzungsprocess der Antike am frappantesten, der weitere Blick der umfriedeten und humaneren Civilisation am freundlichsten.

III. Man hat bisher nicht bloss den Fehler begangen, dass man das *jus militare* als ein Mosaik von Privilegien ansah, sondern man irrt auch darin, dass man im *jus militare* zuerst an den *filius-familias miles* zu denken pflegt. Nicht bloss um das *peculium castrense* handelt es sich, sondern um die Persönlichkeit des *miles Romanus* überhaupt. Gehen wir auf diese genauer ein, so treffen wir vor Allem auf eine Hauptkonsequenz des von mir angenommenen

⁷⁾ fr. 45. § 3; fr. 65. de *ritu nupt.* (23, 2).

Privatrechts-Dualismus. Wie sich *jus privatorum* und *jus militum* gegenüberstehen, so im *miles Romanus* zwei Personen, die civile und die militärische.⁸⁾ Zwar ist es schwer, dass Ein Mensch doppelt Person sei,⁹⁾ aber der Imperator hat das mit seinem Machtwort fertig gebracht; wie er die bürgerliche und die militärische Welt geschieden, die Staatssphäre in zwei Hemisphären getheilt hat, so spiegelt sich die Scheidung nun auch deutlich und rechtsbewusst im *Miles*, welcher Träger eines *divisum patrimonium* ist¹⁰⁾ und zwei Erbmassen hinterlässt,¹¹⁾ ähnlich dem mittelalterlichen Lehnsmann, welcher ein Allod und ein Lehnsgut in seiner Person vereinigte,¹²⁾ ähnlich auch unserem Kaufmann von heute, welcher sein Privatvermögen und seinen Geschäftsfond nicht bloss unterscheidet, sondern auch unterscheiden muss. *Duplex jus sustinet*, sagt Papinian markant;¹³⁾ zwei Principien privatrechtlicher Art treffen im *miles* zusammen, gleichwie im Augustus, welcher Princeps und Imperator zugleich ist, die zwei Staatssysteme zusammentreffen, welche von Mommsen als Dyarchie bezeichnet worden sind. Zweien Welten zugleich gehört der Reichssoldat an, der bürgerlichen: darum hat er ein *civiles patrimonium*, und der militärischen: darum hat er auch ein *militärisches patrimonium*; er hinterlässt zwei Erbschaften, deren jede ihr besonderes Schicksal haben kann, und Gaius sagt: *De militis testamento ideo separatim Proconsul edicit, quod optime novit, ex Constitutionibus Principalibus propria atque singularia jura in testamento eorum observari.*¹⁴⁾

Zwei Hauptgruppen von Rechtssätzen sind in der *libera testamenti factio* des *miles*¹⁵⁾ enthalten: 1) Die eine, deren Entwicklung mit Caesar und Trajan beginnt, betrifft die Form der Testamente: *nuda voluntas* ist entscheidend und genügt,¹⁶⁾ und daher *quocumque modo testamentum fecerit, novissima voluntate rescindetur.*¹⁷⁾ 2) Die andere, deren Entwicklung mit Augustus anhebt, betrifft den Inhalt

⁸⁾ Vergl. Kuntze *Cursus* § 935.

⁹⁾ Ausspruch des Paulus in fr. 9. *pr. de pact.* (2, 14).

¹⁰⁾ Paul. in fr. 25. § 1. *fam. herc.* (10, 2).

¹¹⁾ Julian und Gaius in fr. 17. § 1. *de test. mil.* (29, 1).

¹²⁾ Vergl. Kuntze *Excursus*, S. 691 ff. und 698.

¹³⁾ fr. 15. § 3. *de castr. pec.* (49, 17).

¹⁴⁾ fr. 2. *de test. mil.* (29, 1).

¹⁵⁾ fr. 1. *pr.* und fr. 29. § 3. *de test. mil.* (29, 1).

¹⁶⁾ fr. 1. *pr.* und fr. 35. *eod.* Vergl. Kuntze *Cursus* § 932. 933.

¹⁷⁾ fr. 34. § 2. *eod.*

der Testamente: der Soldat kann einsetzen, wen er will, auch Peregrinen, Kinder- und Ehelose, kann mehrere neben einander gültige Testamente errichten, kann seine Verfügung auf einen Theil der Erbschaft beschränken, successive Erben, Erben auf Zeit ernennen, sich über die *lex Falcidia* ebenso, wie über das Pflichttheilsrecht hinwegsetzen. Dazu kommt, dass *capitis deminutio* sein Testament nicht umwirft.¹⁸⁾

Ausserdem kommen die Constitutionen in Betracht, welche 1) die *veterani* berücksichtigen,¹⁹⁾ und 2) den Legionen ein besonderes (subsidiäres) Erbrecht gegenüber ihren Soldaten einräumen, was zuerst durch eine *Epistola Hadriani* geschehen zu seyn scheint.²⁰⁾

IV. Neben der neuen Gestalt des *paterfamilias miles* erhebt sich die ebenso neue Gestalt des *filiusfamilias miles*,²¹⁾ welcher die Schranken der *patria potestas* durchbricht und den ältesten und heiligsten Grundpfeiler des römischen Privatrechts ins Wanken bringt. Vorbereitet und sekundirt von der *libera administratio* und der *merx peculiaris*, welche einem *filiusfamilias paganus* concedirt werden konnten und ungewöhnliche Freiheiten gewährten, griff jener noch viel weiter gehende Gedanke einer principiellen Einschränkung der *patria potestas* Platz. Nicht eine Negation dieser Gewalt, nicht eine Emancipation des Sohnes, wie die s. g. *emancipatio germanica* durch Begründung eines eigenen Haushalts, war das, aber es gebot der *patria potestas* Halt vor der Militärgrenze des Haussohns.

Der *filiusfamilias miles* kann über seine militärische Errungenschaft seit Augustus testiren und seit Hadrian auch sonst (*inter vivos*) verfügen; die *patria potestas* gilt insoweit als nicht vorhanden,²²⁾ der Haussohn als selbständig;²³⁾ *vice patrisfamilias fungitur*;²⁴⁾ daher *filius duplex jus sustinet.*²⁵⁾ Der Prätor hatte bei dem *peculium (profecticium)* noch das alte Fundament gewahrt und den Sohn dem Vater, von dessen Concession Alles abhängig blieb, und der auch das *peculium* jederzeit zurückziehen konnte, soweit

¹⁸⁾ fr. 23. *eod.*

¹⁹⁾ z. B. eine *scriptio Hadriani: pr. J. quib. non est permissum.* (2, 12).

²⁰⁾ fr. 6. § 7. *de injusto test.* (28, 3).

²¹⁾ Kuntze *Cursus* § 937—941.

²²⁾ Papinian in fr. 14. § 1; fr. 15. § 3. *de castr. pec.* (49, 17).

²³⁾ c. 7. § 1. *ad Sc. Mac.* (4, 28).

²⁴⁾ Ulp. in fr. 2. *de Sc. Mac.* (14, 6) und fr. 6. § 13 *de inj. test.* (20, 3).

²⁵⁾ Papinian in fr. 15. § 2. *de castr. pec.*

nicht darin *dolus* gegen Dritte lag, abhängig und unterthänig gehalten. Diese Rücksicht gegen Dritte nach den Grundsätzen der *bona fides* war die einzige Schranke, welche vom Prätor aufgerichtet worden. Anders thut der Imperator. Er durchbricht grundsätzlich die *patria potestas*, um einen freieren Horizont zu schaffen. Er erkennt das *peculium castrense* als ein *quasi patrimonium proprium* ²⁶⁾ und bez. als eine *quasi hereditas* ²⁷⁾ an, und schreibt folglich dem *filiusfamilias* ein *duplex jus* zu. Freilich ist die *paterna verecundia* noch gewahrt, ²⁸⁾ und *filiusfamilias sine patris voluntate matrimonium non contrahit*; ²⁹⁾ daher ist das *jus patrisfamilias* nicht *abruptum*, sondern nur *in suspenso retentum* ³⁰⁾; allein es ist doch ein neues Princip neben das *pristinum jus* gestellt, und in das Mauerwerk des alten Systems eine Bresche gelegt, durch welche immer mehr neue Sätze einrücken konnten, bis auch die *patria potestas*, der festeste Thurm der altrömischen Burg, sich ergeben musste. Man erkennt, wie unzutreffend die Behauptung Wlassak's (S. 161) ist, dass die Kaiser in der Regel ihre Gewalt nicht dazu gebraucht hätten, „das geltende Recht in seinen Grundfesten zu erschüttern und die alt-hergebrachten Principien desselben durch neue zu ersetzen“.

V. Im *jus militare* gipfelt das neue System. Darum lässt sich der *miles* als die Kardinalgestalt des *jus novum* bezeichnen. Er stellt sich sowohl dem *paterfamilias* im Sinne des strengen Civilrechts, als auch dem *bonus vir* im Sinne des Prätorenrechtes gegenüber. Marcian konnte ohne Redensart das *jus honorarium* eine *viva vox juris civilis* nennen, ³¹⁾ denn der Prätor baute wirklich auf den alten Grundlagen fort und spann traditionelle Gedanken weiter; allein das *jus militare* war der volle Bruch mit der Antike, es verfolgte eine durchaus abwegige Richtung. Der *bonus vir*, die Centralgestalt des zweiten (prätorischen) Systems, war noch verträglich mit dem alten *paterfamilias*, der nur aus einem steifen ein schmiegsamer Mann ward; er war eben der *bonus paterfamilias*; aber nicht mehr war der alte *paterfamilias* wieder zu erkennen in dem neuen freigeistigen *miles* mit dem peregrinischen Provinzialblut in seinen Adern. —

²⁶⁾ Ulp. fr. 4. § 10. *de minor.* (4, 4).

²⁷⁾ Ulp. fr. 9. *de cast. pec.* (49, 17); dazu fr. 2. 14. § 2. *eod.*

²⁸⁾ Papinian in fr. 14. § 1. *eod.*

²⁹⁾ Papinian in fr. 35. *de ritu nupt.* (23, 2).

³⁰⁾ Gai. fr. 32. § 1. *de her. inst.* (28, 5).

³¹⁾ fr. 8. *de J. et J.* (1, 1).

Ueber ein reiches Gesamtbild ist unser Blick gestrichen. Aber ist es denn wahrhaft ein Gesamtbild? Ich denke: gerade so gut, wie das *jus civile* und *jus honorarium*, jedes in seiner Art. Zum *jus civile* wirkten *leges*, *plebiscita*, *mores civitatis*, *novae leges* ³²⁾ und Jurisprudenz, selbst einzelne *Seta* und *Constitutiones*, zum *jus honorarium* wirkten Edikt, *novae leges* bez. auch Jurisprudenz, *Seta* und *Constitutiones*, zum *jus novum* in erster Linie *Seta* und *Constitutiones*, in zweiter Linie auch die Jurisprudenz zusammen. Und wie das Prätorenrecht sich aus verschiedenen Gruppen und Massen von Rechtssätzen, welche verschiedenen Theilen des Privatrechts angehören, zusammen bildete, in ganz gleicher Weise zuletzt auch das *jus novum et extraordinarium*.

§ 67.

IV. Das jus publicum des Augustus.

1. Der geschichtliche Gesichtspunkt.

I. Wir kommen vom *jus militare* zum *jus publicum* der (vordiocletianischen) Kaiserzeit. Dieser Uebergang ist leicht genug, denn das *jus militare* spiegelt zum Theil die Linien des *jus publicum* in einer Weise wieder, dass wir Lehren daraus ziehen können. Der *Miles* und der Imperator sind entsprechende, zusammengehörige Gestalten. Wie der *civis militans*, so führt auch der Augustus eine Doppelrolle, diese Doppelrolle ist eben das absolut Neue in dem System der Kaiserzeit, die grosse Abweichung von allem Bisherigen. Wie der römische Kaisersoldat, so gehört auch der Kaiser selbst zweien Rechtswelten an: er ist erster Magistrat (wenn das Wort hier erlaubt ist) in der einen und ist Oberhaupt der zweiten Welt; dort steht er wie der erstgeborne Haussohn des Vaterlandes, hier wie ein selbständiger Kriegsmann (Kriegsherr); dort gleicht er dem einfachen *filiusfamilias*, etwa *cum libera administratione*, hier gleicht er dem *filiusfamilias miles*.

Dies ist der Grundgedanke in meiner Theorie des römischen Staatswesens der Kaiserzeit. Es liegt auf der Hand, dass in dieser Theorie ein complicirter Styl des Staatsrechts gesetzt ist; eine Um-schaffung des Staates, eine von der bisherigen fundamental abweichende Organisation der Staatsgewalten, ein neuer juristischer

³²⁾ s. oben § 53. III.

Styl, welcher alle Grundlinien erfasst, nichts unberührt lässt, jeden Theil in ein neues organisches Verhältniss überträgt.

Wie neu das Neue ist, wird aber erst dann recht deutlich werden, wenn man die zwei älteren Stylarten auseinander zu halten gelernt hat. Eine Unterscheidung solcher ist im *jus publicum* bis jetzt unserer Doctrin noch gänzlich fremd; es ist ein zwiefaches System, welches meiner Ansicht nach völlig dem privatrechtlichen *jus civile* und *honorarium* entspricht, und ich denke, dass mein Gegner Wlassak, wenn er erst die Furcht vor dem Splitter im fremdem Auge, d. h. vor der dogmatischen Construction geschichtlicher Stoffe männlich überwunden haben wird, seine helle Freude über die grössere Herrschaft des römischen *jus utrumque*, über welches hinaus er nichts Grösseres kennt, empfinden wird.

Sowohl geschichtlich, als dogmatisch ist uns die Zeit der Republik zum Verständniss der Kaiserzeit wichtig: geschichtlich, denn nur aus jener verstehen wir, wie das Augustische Kaiserthum entstand, und dogmatisch, denn nur im Gegensatz zur alten Republik verstehen wir, aus welchen Elementen das neue Staatssystem besteht.

Wir besitzen keine Gesamtdarstellungen des römischen Staatsrechts aus dem römischen Alterthum¹⁾ und entbehren daher auch einer Grundlage für die folgende Aufstellung. Ich denke aber, den Geist der Römer für mich zu haben, wenn ich im Einklange mit dem geschichtlichen Gange des Privatrechts auch drei Stufen oder Phasen des Staatsrechts unterscheide, und diese als *jus civile*, *honorarium* und *extraordinarium* bezeichne.

II. Selbstverständlich setzt unser geschichtlicher Rückblick im alten Regnum ein.²⁾ Es ist die *infantia* der *respublica*. Die juristische Natur dieses Regnum ist noch sehr bestritten; es haben sich meistens Philologen mit dieser Frage eingehend beschäftigt.³⁾

¹⁾ etwa von Polybius abgesehen.

²⁾ Vergl. Kuntze Prolegomena z. Geschichte Roms (1882) S. 191 ff.

³⁾ Die Philologen belehren uns gern über die Worte, aber die Begriffe fehlen ihnen oft dazu, die Rechtsbegriffe, die scharf zugespitzten und scharfkantigen Begriffe der Rechtswelt. Und doch war den Römern Wort und Begriff Eins, *nomen* war ihnen Begriff und Sache selbst, z. B. *nomen populi Romani* Staatsbegriff und Staatswesen. *Imperium* und *potestas* sind zwei Worte, zwei Begriffe, zweierlei Dinge; — im Wortlaut der *lex Horatia*, *Publilia* und *Hortensia* muss man einsetzen, um ihr Verständniss anzubahnen (*jubere*, *Quirites*, *Populus!*); — Imperator, Princeps, Augustus: diese längst bekannten drei Kaiserbezeichnungen hätten auch vor Mommsen

Ist der Rex Monarch, sein Staat eine Monarchie in unserem Sinne? Ist der Rex theokratischer oder militärischer oder patriarchaler Herrscher? Oder ist er etwa nur ein Magistrat im Styl des späteren Rom? Ich halte ihn für keines von alledem, sondern für einen Regenten, welcher an die Spitze des Staates gestellt ist, um den jungen Organismus zu bevormunden, wie der *tutor* den *homo sui juris impubes* zu bevormunden hat. Der *populus Romanus* ist *sui juris*, aber unter der Vormundschaft des creirten und mit *imperium (publicum)* ausgestatteten Rex; der Staat ist folglich im Princip (schon damals) Republik, aber eine temperirte, constitutionelle Republik, temperirt durch die formale Initiative, welche allein in die Hand des Regenten gelegt ist.

Ich kann mich für diese Auffassung auf Cicero⁴⁾ berufen, aber ich räume ein, dass sie eine Hypothese ist, welche um so schwieriger glatt zu begründen ist, weil die tarquinische Aera, eine fremdartige Episode des Regnum, dessen Linien mächtig stört. Nichts desto weniger beginne ich mit dieser Hypothese, weil aus dem Rex das Consuln paar hervorgegangen ist, und die Consuln die Erben des *regium auspicium imperiumque*,⁵⁾ geworden sind, und weil wir aus dem Regnum einen allgemeinen Grundgedanken lernen und in die nachfolgende Zeit herübernehmen: den organischen Parallelismus des *jus privatum* und *publicum*, welcher bis jetzt in der römischen Rechtsgeschichte ganz ausser Acht gelassen worden, aber ungemein fördernd und fruchtbar für die Rechtslehre ist.

III. Wenn ich von einem staatsrechtlichen *jus civile* oder civilen Staatsrecht rede, so denke ich an die Consulatsverfassung; nicht bloss das Regnum, sondern auch das Decemvirat ebenso wie die Jahre des consularen Militärtribunats bleiben hier, wie billig, ausser Ansatz. Rom gab sich die Consulatsverfassung, zunächst die einfache, in welcher Alles auf die Bürgerschaft berechnet, der Staat ein reiner Gemeindestaat ist, nur Organe für die *cives Romani* vor-

längst schon auf das dyarchische Verfassungsprincip und weiter führen müssen; — auch die Fragen der Unterscheidung der *Edicta* und *Mandata*, der *Rescripta* und *Decreta*, ihrer Tragweite und Dauer, muss vor Allem in Anknüpfung an die eigentliche und bisherige Wortbedeutung beantwortet werden.

⁴⁾ *De republ.* 2, 29: *Rex quasi tutor et procurator rei publicae*; dazu 2, 11: *populum adultum et paene puberem*.

⁵⁾ *Auspicium* ist das Korrelat zur *potestas* und mit dieser von selbst gesetzt, nothwendig verbunden; das eine Wort kann daher das andere vertreten, und in der altrömischen Staatssprache finden wir diese Vertretung.

handen, und diese Organe ungezwungen, naiv neben einander aufgestellt sind, wie auf ägyptischen oder assyrischen Wandflächen die Personen und wieder deren Arme und Füsse neben und nach einander. So steht Consul neben Consul, die Censoren und dann auch der Prätor neben den Consuln, so endlich die Volkstribunen neben oder richtiger, gegenüber den Magistraten. Der Aufbau dieses Gemeindefaustaats ist ohne Relief, ohne Hintergrund, ohne Perspektive, einfach, archaisch, hieratisch.

Die Seele des Staates ist republikanisch, aber noch immer ist es eine mehrfach temperirte Republik. Das eigentlich monarchische Princip beherrscht, abweichend davon, einmal das Privatrecht, wo der *paterfamilias* sein fast absolutes Scepter schwingt, und sodann das Kultsystem, wo der *Pontifex Maximus* der Erbe des Rex geworden ist. Der *paterfamilias* hat das *consilium amicorum*, der *Pontifex Maximus* das *collegium Pontificum* als Rath zur Seite, aber Willen und Entscheidung haben nur die Oberhäupter beider Sphären.

Wie stehen die Consuln zu einander? Sie sind Träger der einen ungetheilten Gewaltfülle, jeder für sich Organ des ganzen *auspicium imperiumque*, und nur im Intercessionsrecht,⁶⁾ also in der Negative zeigt sich ihr Zusammenhang, ihre Solidarität; ⁷⁾ sie gleichen durchaus zweien *contutores*, und nur mit solchen sind sie vergleichbar.

Das Consulat hat zwei Gruppen zur Seite, zur Rechten die Censur und Prätur, zur Linken die Quästur und curulische Aeditilität. Das organische Verhältniss dieser Nebenämter zum Consulat ist ebenso schwer zu construiren, wie das Verhältniss des dinglichen Rechtes an fremder Sache zum Eigenthum. Ich meine, das Nebenamt sei eine organische Abzweigung aus dem Inhalt des Hauptamtes,⁸⁾ eine Abzweigung in dem Sinne, dass der Consul nicht ohne Weiteres in die Thätigkeit des Nebenbeamten eingreifen und nur insoweit dieser unthätig oder nicht vorhanden ist, dessen Verrichtungen vornehmen

⁶⁾ Welches einfach auf dem logischen Grundsatz beruht: *in pari causa melior est conditio prohibendi*.

⁷⁾ Daher dürfen sie nicht mit den *correi* des Obligationenrechts verglichen werden.

⁸⁾ Ich bin der Ansicht, dass keines der obengenannten Nebenämter durch ein besonderes Centuriatgesetz, sondern dadurch eingeführt ward, dass der Wahlakt vorgenommen und (auf Grund der *patrum auctoritas*) die entsprechend modificirte *lex curiata de imperio* (den Coss.) ertheilt wurde. Die römische Tradition weiss von keinem Centuriatgesetz hier.

kann. An dieser subsidiären suppletorischen Concurrenz erkennt man, dass das Nebenamt aus der Fülle des Hauptamts hervorgegangen, aber das Hauptamt nicht durch das Nebenamt absolut beschnitten ist; in diesem Sinne ist, wie der Ususfruct eine *deductio* vom Eigenthum ist, das Nebenamt eine *deductio* vom Hauptamt.

Aber anders als die Consuln zu einander verhalten sich die Censoren unter sich, denn sie stehen auch in positiver Gemeinschaft des Amtes und gleichen insofern nicht den Contutoren, sondern den Collectivprokuristen unseres Handelsrechts. Der Prätor endlich hat das Besondere, dass er alleiniger Träger der Gewalt seiner Amtssphäre und mit ihm ein neues, dem Monarchismus verwandtes Princip inaugurirt ist. Er ist Consulatscollege geringeren Grades, aber mit der latenten Potenz, consularische Verrichtungen im Nothfalle zu übernehmen.

Dies ist der Grundriss der normalen Magistratur in der einfachen Consulatsverfassung. Es ist in unserm Zusammenhange kein Bedürfniss, auf die Gestaltung der zwei anderen Kardinalfaktoren des Staatswesens, wie sie betreffs der Komitien durch Servius Tullius, die *lex Valeria Horatia*, *Publilia Philonis* und *Hortensia*, sowie betreffs des Senats durch die *lex Ovinia* herbeigeführt wurde, einzugehen. Auch hier gilt das Princip der Coordination der Gewalten: die verschiedenen Komitien stehen neben, nicht über einander, Komitien, Senat, Magistratur stehen neben, nicht über einander; sie handeln unmittelbar *nomine populi Romani* und sind also Originalorgane des Staates, jedes in seinem Ressort.

Ausserhalb des eigentlichen Organismus steht das Volkstribunat.⁹⁾ Es ist nicht staats-, sondern völkerrechtlichen Ursprungs, nicht Satzung, sondern Vertrag, beruht nicht auf Volksschluss, sondern Volksschwur, enthält daher nicht *auspicium imperiumque*, sondern gewährt ein *auxilium adversus imperium*, und es hat eigentlich gar keinen positiven Inhalt, sondern die einzige Negative des Intercessionsrechtes ist seine ganze Seele; aber aus dieser Negative ist es im Laufe der Jahrhunderte zur stärksten magistraturgleichen Behörde herangewuchert. Wie ein fremder Keil in den jungen Staatsorganismus hineingetrieben, ist es in und mit diesem gewachsen, hat sein Wachstum angeregt, aber hat ihn endlich

⁹⁾ Schon an dem Antrittstag, der grösseren Collegenzahl (Plural statt Dual) und der Zusammenfassung zu einer Art Collegium als Körperschaft erkennt man das Abweichende seines Wesens.

sprengen helfen, und von Grund aus eine Anomalie mitten im Gefüge normaler Gewalten, ist es schliesslich eines der Elemente geworden, aus welchen die grösste und letzte Anomalie der Republik, das *Imperium* des Augustus sich zusammensetzte. Es ist gleichsam die Verticallinie in dem Concert der Horizontallinien, aus welchen der Verfassungsbau besteht, doch fügt es sich formell noch in das Gestaltungsprincip, welches ich oben das Flächensystem genannt habe.

IV. Im Zusammenhange mit den punischen Kriegen vollzieht sich im römischen Wesen ein allgemeiner Umschwung. Das *jus gentium* tritt in den römischen Horizont; für das Privatrecht, wie für das Staatsrecht eröffnen sich neue Perspektiven, das privatrechtliche *jus honorarium* steigt als neue Schicht empor und gestaltet sich zum System neben dem *jus civile*; auch das Staatsrecht nimmt an dieser Gesamtbewegung Theil. Der Staat sieht sich getrieben, aus einem Gemeindestaat ein Nationalstaat zu werden, welcher nicht bloss Rom, sondern viele Gemeinden in sich begreift, nicht bloss den römischen Bürgern, sondern auch den Peregrinen im Inlande ein staatsrechtliches Daseyn zuerkennt, und endlich über Italien hinaus eine geordnete Herrschaft des römischen Namens aufrichtet.

Bemerkenswerth ist auch hier ein Parallelismus der Entwicklung, denn gleichwie das *jus honorarium* im Privatrecht vom *Praetor* ausgeht, so ist es wieder die Prätur, von welcher die grössten Neuerungen des neuen Staatsrechts ausgehen.¹⁰⁾ Die wichtigsten der *magistratus minores*, nämlich die *praefecti juri dicundo* und *decemviri litibus judicandis* können als Dependenz des *Praetor* bezeichnet werden; der neue *Praetor peregrinus* ist das Abbild des Stadtprätor, die ersten Provinzialregenten sind Prätores mit militärischer, ausländischer Mission.

Die monarchische Seele der Prätur beginnt ihre Triebkraft zu äussern. Da der Prätor keine Collegen und eine streng abgegrenzte Amtssphäre (*jurisdictio inter Quirites*), gewissermaassen seine feste *provincia* hat, so eignet er sich dazu Dependenz zu schaffen und Vorbild für weitere (ideelle und geographische) Provinzen zu werden. So kommt Bewegung und Perspektive in die Composition des erweiterten Staatswesens, dessen ganzer Styl sich damit umgestaltet. Das Neue ist staatsrechtlicher Ausdruck des Umschwungs, welcher

¹⁰⁾ Die Prätur selbst ist Schöpfung alten Styls, aber die jüngste und eigenthümlichste, und von ihr geht dann unter dem Einflusse neuer Faktoren wesentlich die Schöpfung neuen Styls aus.

das Staatswesen aus einem Gemeindestaat zu einem Nationalstaat macht. Der Gedanke der Abstufung drängt sich in den Verfassungsbau ein, auch die *lex Villia annalis* (180 v. Chr.), welche die Bewerbungsstaffel feststellt, bringt jenen Gedanken¹¹⁾ im Aemtersystem zur Geltung und vertieft das Bild des Staatsganzen.

Folgende Erscheinungen treten nun in den Vordergrund.

1) Die *Praefecti* und bez. *Quatuorviri juri dicundo*, welche anstatt des *Praetor urbanus* in Kolonien, bez. Municipien, nachdem ganzen Gemeinden das Bürgerrecht verliehen worden, die civile Jurisdiction übten.¹²⁾ In ihnen tritt das Princip des *minor magistratus (minus auspicium)* rein hervor und taucht zum ersten Male der Gedanke auf, dass es innerhalb der Republik zugehörige abhängige Gemeinwesen gibt, denen doch ein relativ selbständiges jurisdictionelles Sonderleben eignet. Das Staatswesen beginnt sich abzustufen und zu gliedern in seinen Organen; je entfernter die Gemeinden waren, um so dringender und natürlicher war diese Entwicklung; sie bildeten gleichsam Filialdistricte oder Unterprovinzen in der Jurisdictionprovinz des Prätor und können mit den *vicarii* eines *servus ordinarius* verglichen werden, welchen von diesem Unterpeculien überlassen waren,¹³⁾ oder vielleicht auch mit dem *procurator* (Mandatar) *in rem suam*, welchem das Forderungsrecht zu eigener Geltendmachung überwiesen ist.¹⁴⁾

2) Die *Decemviri litibus judicandis*, welche den Prätor in der Leitung der Centumviralprocesse zu vertreten hatten.¹⁵⁾ Auch

¹¹⁾ *certus ordo magistratum.*

¹²⁾ seit dem 4. Jahrh. v. Chr.? Vergl. Mommsen Röm. Staatsr. I. (ed. 2.) S. 216. II. S. 218. Lange Röm. Alterth. I. (ed. 3.) S. 906 ff. II. S. 73.

¹³⁾ s. Kuntze *Cursus* § 760.

¹⁴⁾ Der Uebergang der Bestellung auf die Komitien wirkt Festmachung, Unwiderrufflichkeit; wie die *dementia* an den *debitor cessus*.

¹⁵⁾ Sie kommen m. A. n. erst seit d. J. 241 vor, sind also dem Peregrinenprätor gleichaltrig und haben nie Geschwornenfunction, sondern stets Magistratscharakter gehabt. Wenn Cicero von ihnen *lites judicante* sagt, so ist das ebensowenig ein Beweis für Urtheilsfunction, wie der sehr gewöhnliche Ausdruck *consul creat magistratum* die Wahl durch den Consul bezeichnet, — oder der bei Varro (Gell. 14, 7), in der *Lex Vespasiani de imperio* und sonst vorkommende Ausdruck *consul, Augustus facit Scutum* das *Scutum* als Consul- oder Kaisersatzung bezeichnen will. Was vom Magistrat zu Stande gebracht wird und nicht ohne ihn zu Stande kommt, wird seine Schöpfung genannt. Es bedeutet nur die Initiative, das Präsidium und die officielle Constatirung (Verkündigung) des Ergebnisses (des

in ihnen war also eine prätorische Unterprovinz abgezweigt im Interesse des Jurisdictionbedürfnisses der in Hauptstadt und Umgegend mächtig anwachsenden und erwerb- und processstüchtigen Bürgerschaft. Man kam eben infolge des Aufschwungs aller Verkehrsverhältnisse mit den wenigen Magistraten nicht mehr aus und bedurfte der Hilfsorgane, welchen eine Stellung im Verfassungsbau geschaffen werden musste.

3) Ein neuer Gesichtspunkt tritt in dem neuen Amt des *Praetor peregrinus* auf. Dieser ist ein *collega* des *Praetor urbanus*, er steht als gleichfalls hauptstädtischer Prätor unmittelbar neben jenem, aber er hat ein *divisum auspicium imperiumque*, seine eigene abgeschlossene Jurisdictionprovinz. Es liegt also hier eine Vervielfältigung der ständigen Provinzen vor: das ist das Eine. Und das Andere ist, dass in dem neuen Amte der Staat sich von Amtswegen der inländischen Peregrinenwelt annimmt, sich zu ihr in ein staatsrechtliches Verhältniss setzt und dadurch die Peregrinen im Lande aus *hostes*, mit denen keine Rechtsgemeinschaft ist, zu Unterthanen, für welche jurisdictionell zu sorgen ist, macht.¹⁶⁾ Dies ist die staatsrechtliche Seite der neuen Schöpfung, welche man nur vom Processstandpunkt aus zu betrachten pflegt. Es liegt eine gleichartige Vertiefung der Staatsgestaltung darin, dass der Staat auswärtige Gemeinden und nichtrömische Einwohner als Zugehörige, als Glieder des Ganzen, als Unterthanen (d. h. als unterthänige Gemeinden und Personen) behandelt. So ist aus dem internationalen ein staatsrechtliches Band geworden. Die Peregrinenwelt bildet fortan eine interterritoriale Provinz: darin liegt ein Fortschritt in der Ausgestaltung der Provinz-Idee. Es gibt nun peregrinische Staatsangehörige, der Staat ist nicht mehr identisch mit der Bürgerschaft, es unterscheiden sich nunmehr aktive und passive Staatsangehörige, das Territorium

Spruchs, der Wahl). Vergl. Kuntze Excursus S. 112—117. Es ist undenkbar, 1) dass Geschworne, die nicht Magistrate waren, für *sacrosanct* erklärt wurden (*lex Valeria Horatia!*), und 2) dass aus Geschwornen Magistrate wurden; eher kam es umgekehrt vor, dass Magistrate die Richterfunction mit übernahmen. Möglich wäre es, dass die *Decemviri lit. jud.* anfangs frei durch den Prätor ernannt wurden, wie die *Praefecti juri dic.*, erst später, wie diese *Praefecti* zum Theil, Magistrate durch Volkswahl wurden und seitdem *Decemviri* hiessen. Aber das Geschichtsbild bei Lange Alterth. I. S. 601. 903. 906 ist sicher falsch.

¹⁶⁾ Die Peregrinen auf römischen Boden sind nun nicht mehr bloss tolerirt, sondern incorporirt und naturalisirt; ihre Stellung ist nicht *conditio legitima*, sondern *imperio continens*.

entscheidet insofern über die Staatsangehörigkeit, und es bereitet sich damit das System der Ausdehnung des Staats über transmaritime Länder und Völker vor.

Die römische Kolonie war ein exterritorialer Theil des *ager Romanus*, also fingirte *pars agri Romani* und *effigies parva populi Romani*,¹⁷⁾ das Municipium war zuerst interterritoriales Ausland, also *extera civitas in agro Romano*, d. h. völkerrechtliche Enclave, gewesen, aber seit Einsetzung des *Praetor peregrinus* näherte sich das Municipium staatsrechtlich der *Colonia*, und die *lex Julia municipalis* vollendete die Entwicklung: es besteht nun ein grosses System von römischen Untergemeinden, die man als Filialrepubliken bezeichnen kann; aus den *peregrinae civitates*,¹⁸⁾ *quae semper rempublicam separatim a populo Romano habebant*,¹⁹⁾ sind *civitates sub imperio populi Romani* geworden,²⁰⁾ und die Staatsgewalt hat in den Peregrinen (als Unterthanen), sowie in den Untergemeinden (als politischen Faktoren)²¹⁾ neue Klassen von Objekten gefunden. Die abgeschlossene Jurisdictionprovinz des *Praetor peregrinus*²²⁾ und das naturalisirte Municipium bilden gedankenmässig den Uebergang zur geographischen Provinz, welche eine Pertinenz des *solum Italicum* genannt werden kann, wie das naturalisirte Municipium Pertinenz des *nomen populi Romani*: jenes exterritoriale, dieses interterritoriale Pertinenz.

4) Die überseeische bez. transalpine (geographische) *Provincia* ist ein neuer Typus. Rom recipirt nicht bloss Einzelne (Peregrinen) und Gemeinden (*Oppida*), sondern ganze Länderstriche in sein *Imperium*. Die geographische Provinz ist exterritoriale Pertinenz im staatsrechtlichen Sinne, nicht Theil, sondern Zubehör; in ihr gliedert sich der Staat, die Provinz wird Ausdruck der Partikularisirung, der beginnenden Decentralisirung. Jede Provinz ist ein Staat im Staat, aber nicht ein Ebenbild des Gesamtstaats, sondern die Provinz hat abweichend von diesem eine monarchische, ja eine absolutistisch monarchische Verfassung, der Statthalter ist Vicekönig, Gouverneur des Landes. Comitien und Senat wirkten bei der Kon-

¹⁷⁾ Gell. 16, 3.

¹⁸⁾ Gai. 1, 95.

¹⁹⁾ Fest. p. 142.

²⁰⁾ Ulp. 24, 28; Paul. fr. 26. *ad Scit. Treb.* (36, 1); Paul. Diac. s. v. *Municipium*.

²¹⁾ Vergl. auch fr. 7. und 19. § 3. *de captiv.* (49, 15).

²²⁾ Der Peregrinenprätor hatte seine eigene abgetheilte Ober- und Hauptprovinz, während die *magistratus minores* nun gleichsam eine zugeheilte Unterprovinz hatten.

stituierung mit (*lex provinciae*), dann ist der Statthalter nach der Staatspraxis unabhängig, so lange er im Amte ist.²³⁾

Die ersten Statthalter waren Prätores, man könnte sie neben dem *Praetor urbanus* und *peregrinus* als den Prätores mit *imperium domi*, „militärische Prätores“ als Prätores mit *imperium militiae* nennen. Aber dann gesellt sich das neue Princip der *prorogatio imperii* hinzu, d. h. den gewesenen Magistraten wird das *imperium* in der Gestalt eines *divisum imperium* erstreckt, so dass die Statthalter *pro magistratu* zu stehen kommen. Das ist eine neue Anomalie;²⁴⁾ der Gegenmagistratur der Volkstribunen kommt die Promagistratur der Statthalter (*Proconsules, Propratores*) zur Seite, und es ist ein Besonderes, dass dieses neue Amt als Anhang der eigentlichen Magistratur behandelt wird: unter diesem Titel wird es dem Verfassungskörper einverleibt.

Es schliesst sich damit der neue Ring. Wir unterscheiden darin eine innere und eine äussere Richtung: die innere gilt wesentlich dem Bürgerthum, sie zeitigt die *minores magistratus* und die *civitates sub imperio*; die äussere gilt wesentlich der Peregrinenwelt, sie zeitigt die Provinz des Peregrinenprätor und die Provinzen der Militärprätores, bez. der Proconsuln und Proprätoren.

Die geographische Provinz ist auch insofern ein neuer, ja abnormer Typus, als in der *prorogatio imperii* eine von dem ganzen bisherigen staatlichen Expansionssystem abweichende Expansionsform ersteht. Bisher waren folgende Formen zur Anwendung gekommen a) Fusion (z. B. der *Rammes* und *Tities*, der *Patres* und der *Plebs*), b) Subjection, entweder als *devictio (captivi)* oder als *deditio (dediticii)*, c) Föderation (*jure aequo vel iniquo*), d) Incorporation²⁵⁾ mit und ohne *praefecti juri dicundo*, e) Colonisation. Zu diesen Formen gesellt sich nun die Prorogation, und diese wird die umfassendste Expansionsform, welche das *nomen populi Romani* allmählich aus einem Nationalstaat zu einem Weltstaat übergehen macht. Auf sie beziehen sich die *lex Sempronia* (122) und *lex*

²³⁾ Der Provinzbegriff kann mit dem Peculiumbegriff parallelisirt werden. Jener enthält eine staatsrechtliche Figur, dieser eine privatrechtliche. Am besten lässt sich die Provinz dem Handelspeculium (*merx pecuiliaris* mit *actio tributoria*) vergleichen.

²⁴⁾ Vergl. Lange Alterth. I. S. 744. II. S. 72.

²⁵⁾ Einschreibung in die *Tribus* und *Centuriae*; die letzteren waren seit der Centurienreform (i. J. 241?) mit den ersteren in Verbindung und Harmonie gesetzt.

Cornelia (81) *de provinciis ordinandis*. Der Statthalter steht an der Peripherie des Reichs, und halb ausser oder neben dem alten Staatssystem, denn er vereinigt nicht bloss des *Praetor urbanus* und *peregrinus* Amt, sondern alle Magistratsgewalten für seine Provinz²⁶⁾ in seiner Person;²⁷⁾ er ist deren Monarch (auf Zeit), welcher seine Art Beamten (*Legatus, Quaestor*) hat, und er ist oberste Behörde zugleich für *cives* und *peregrini*; sein Gebiet ist nicht Theil, sondern nur Zubehör des Staats, und die Unterordnung unter diesen mit keiner der alten Expansionsformen identisch. Wie das alte Civilsystem im Volkstribunat, so hat auch das neue Honorarsystem seine Abnormität gezeugt in der Promagistratur, und diese jüngere Erscheinung gibt der älteren nicht viel nach an Abnormität des Charakters. Ich nannte das Volkstribunat einen in den Staatsorganismus hineingetriebenen Keil, die Promagistratur möchte ich einem Hebel vergleichen, welcher an der Reichsperipherie angesetzt das Staatsgefüge aus seinen Angeln heben konnte, wie wir das an Pompejus Magnus als Princeps und dem Dictator Caesar als Divus Julius sehen.²⁸⁾

5) Nebenbei bemerke ich, dass dem Staatsprogress ein Cultprogress zu secundären scheint. Das Pontifienkollegium entspricht dem Civilsystem, das Collegium der *Decemviri* (dann *XVviri sacris faciundis* für den *Graecus ritus* dem Honorarsystem, denn unter ihm stehen die fremden, peregrinischen Culte, welche in Rom tolerirt, bez. recipirt sind und dazu beitragen, die Römerwelt und die Peregrinenwelt einander anzunähern. Ebenso tritt neben das mit der Magistratur von Alters her verbundene römische Auspicienwesen die etruskische Haruspicin, welche besonders den Gewalten ausserhalb Roms, den Gewalten des Honorarsystems dienstbar wurde. Also überall, wohin wir blicken, entfaltet sich ein Dualismus politischer und religiöser Faktoren, aber es bleibt nicht beim Dual, die Staatsgeschichte Roms schreitet ebenso, wie die Privatrechtsgeschichte, fort zum Plural; eine dritte Schicht, ein drittes System bricht sich Bahn: der Compromissstaat des Augustus.

V. Octavian schliesst den Bürgerkrieg, die 100-jährige Revolution, den Janustempel. Er übernimmt 19-jährig die Fasces und das Consulat und wird Imperator in dem neuen Sinne des generali-

²⁶⁾ fr. 3. *de off. Praes.* (1, 18).

²⁷⁾ fr. 12. *eod.*

²⁸⁾ Mommsen Röm. Staatsr. II. S. 716. 734.

sirten *proconsulare imperium* (43 v. Chr.); er gibt 16 Jahre später die legitime Gewalt an Senat und Volk zurück (*restituit rempublicam*) und empfängt das Prädicat des Erhabenen (Augustus, Σεβαστός — 27 v. Chr.); durch ein Gesetz wird er Träger der *tribunicia potestas* in einem neuen Sinne, und er nennt sich demgemäss *Princeps* ²⁹⁾ (23 v. Chr.); er übernimmt auch das sacrale Amt des *Pontifex Maximus*, des Erben der regalen Sacralautorität (12 v. Chr.), ³⁰⁾ welches seitdem mit dem Principat wie in Personalunion verbunden bleibt; endlich nimmt er auf Antrag des Senats und Volks den Titel *Pater patriae* an (2 v. Chr.). Octavian's System ist damit thatsächlich zum Abschluss gekommen, Tiberius ³¹⁾ hat dann formulirt und die logischen Konsequenzen gezogen.

Nirgends wird (in den Quellen) der neue Regent als *Magistratus* bezeichnet; Octavian selbst, indem er als Triumvir sein *nomen gentile*, den Juliernamen, ablegt und nie wieder von ihm Gebrauch macht, zieht „eine Scheidelinie zwischen der herrschenden Familie und den übrigen Bürgern“; ³²⁾ zugleich hat er das Prädicat *Imperator* gewissermaassen als Namen ³³⁾ in seine Personbezeichnung aufgenommen. Hiermit ist ausgedrückt, dass er im *proconsulare imperium* den Kern seiner Machtstellung sah; indem er aber zugleich sich als *Princeps tribunicia potestate* bezeichnete, hat er die andere Potenz des alten Systems als wichtiges Stück seiner neugeschaffenen Stellung bezeichnet, und in der acceptirten *appellatio Augusti* seine das Bürgerthum schlechthin überragende Stellung für sich und seine Nachfolger markirt. Ein *magistratus* kann er um so weniger genannt werden, da er sich als *Pontifex Maximus* an die Spitze des

²⁹⁾ z. B. im *Monum. Ancyranum* zweimal. Vergl. Tacit. Annal. I, 9: *Principis nomine constitutam rem publicam*.

³⁰⁾ Liv. 2, 2. Dazu Marquardt Staatsverwalt. III (1878). S. 238.

³¹⁾ Der Jahre lang seine Muse benutzen konnte, in seinem krystallharten und krystallhellen Verstandeskopfe über das Geschaffene zu meditiren.

³²⁾ Mommsen II. S. 726.

³³⁾ als *cognomen*? (so Mommsen) als *praenomen*? (Sueton). Vergl. Mommsen S. 727. 728. Ich weiss nicht, ob es überhaupt zulässig ist den neuen Imperatornamen unter die altrömische Schablone zu bringen. Seit August ändert sich das Namensystem, d. h. es eilt dem Verfall zu, und August selbst beginnt es zu destruiren. *Imperator* war die höchste und jupiterähnliche Stellung, welche im alten System ein Römer erringen konnte; die Reminiscenz hieran mag August geleitet haben, als er das Wort *Imperator* zur Anrede wählte; jedenfalls wollte er so angeredet werden, insofern drückt Sueton wohl die Thatsächlichkeit richtig aus; ob

Cultus setzt ³⁴⁾ und von da ein zweites monarchisches Element (neben dem *proconsulare imperium*) seiner Stellung zuführt; indem er endlich den Titel *Pater patriae* annimmt, drückt er seiner Regentschaft den Stempel eines absolut neuen Typus auf. Es ist ganz unmöglich und unrömisch, den neuen Augustus unter eine der Rubriken des *jus ordinarium* zu bringen; sein Grundgedanke kann nicht treffender gekennzeichnet werden, als durch *jus (publicum) novum atque extraordinarium*. ³⁵⁾

Der neue Augustus, welcher *Imperator* (αὐτοκράτωρ), *Princeps* (ἡγεμών) und *Pontifex Maximus* (ἀρχιερεὺς, μέγας ἱερεὺς) in Einer Person ist, muss jedem klar Blickenden als eine Kolossalgestalt erscheinen, welche nirgends in die Maasse des alten römischen Systems passt; er sprengt den Rahmen, er ist nicht Monarch diocletianischen oder germanischen Styls, aber er ist ebensowenig Magistrat im republikanischen Sinne; er repräsentirt einen Mischstyl, ein Compromissstadium, eine Stufe im allmählichen Auf- oder Niederstieg von der Republik zur Monarchie. Er heisst nicht *Magistratus*, weil der alte Name auch der alte Begriff wäre, und er doch einen neuen Begriff verkörpert. Der Augustische Staat ist eine monarchisch temperirte Republik. Caesar, der *Parens Augusti*, wollte den diocletianischen Monarchismus anachronistisch anticipiren, und daran musste der von den göttlichen Ehren Berauschte zu Grunde gehen, denn das Römerthum war noch nicht entartet genug (oder noch nicht reif?), zur absoluten Monarchie überzugehen; der Adoptivsohn Octavian verstand seine Zeit und seine Römer besser; ³⁶⁾ er schuf den Staatstypus, welcher seiner Zeit, seinem Reiche, den Römern und Peregrinen zugleich entsprach ³⁷⁾ und 3 Jahrhunderte lang ein Ob-

August sich das Wort als eigentliches *praenomen* gedacht hat, mag dahin gestellt bleiben. Andererseits scheint für Mommsen die spätere Analogie des *cognomen Caesaris* zu sprechen.

³⁴⁾ während in der Consulatsverfassung das *Sacerdotium* principiell von der Magistratur geschieden und neben das Staatswesen gestellt war.

³⁵⁾ Sueton (Tiber. c. 21) stellt die Kaisersphäre dem *agi per magistratus et jure ordinario* gegenüber, und selbst Wlassak (S. 93) verschliesst sich dem nicht ganz, aber ohne ihm weitere Folge zu geben. Wenn das erste Consulpaar in der Kaiserzeit als *cons. ordinarii* bezeichnet ward im Gegensatz der nach einer neueren Uebung folgenden weiteren Paare, so weist auch diese Bezeichnung auf den *ordo* als republikanische Rechts- und Staatsordnung hin.

³⁶⁾ Mommsen (II. S. 733) beliebt es, das „einen Schritt zurücktreten“ zu nennen.

³⁷⁾ Vergl. Mommsen II. S. 811. Anm. 1.

nach der öffentlichen Ordnung, des Völkerfriedens und der Civilisation geworden ist. Octavian also verliess die Bahn seines Vorgängers und schlug eine eigne Bahn ein; freilich nahm er seine Wohnung eben da, wo Caesar gewohnt hatte, auf dem Palatin, wo auch die *casa Romuli* gestanden hatte, aber eben, indem er gleichsam an den ersten *Rex* anknüpfte, markirte er seine Stellung; er wollte nicht Monarch, sondern Regent, nicht *dominus*, sondern *tutor reipublicae* seyn: dasselbe sollte der Titel *Pater patriae* ausdrücken, und darauf zielte im Grunde auch der angenommene Name *Augustus*. Dieser Name ist recht eigentlich mit seiner Person identificirt worden, in ihm fasst sich am vollständigsten die Seele des neuen Staatssystems zusammen; auch das sacrale Colorit fehlt darin nicht, und es ist wichtig, im Auge zu behalten, dass der Augustus Oberhaupt nicht bloss der Provinzialwelt, sondern auch der Welt des Cultus war.³⁸⁾ Wie er an der Spitze der *militēs* stand, so auch an der Spitze der *sacerdotes*. In dem neuen Orden der *Augustales*, welcher unter Tiberius Fuss in Rom selbst fasste, erstand dem Augustus ein zweites Heer, welches das Reich zusammenhielt, alle Städte desselben verknüpfte und für den Monarchismus erfolgreiche Propaganda machte, ein wahres Vorbild des Jesuitenordens, welcher ebenso wie der Augustalenorden von Spanien (Tarragona) ausging. Das Augustalensystem, eine der merkwürdigsten Erscheinungen der Kaiserzeit, ist das Dritte grosse Cultsystem neben dem Pontificat und dem Collegium des *Graecus ritus*.³⁹⁾

§ 68.

2. Der dogmatische Gesichtspunkt.

I. Es handelt sich hier um den Schlussstein zu dem ganzen Gebäude des *jus extraordinarium*; darum muss es mir erlaubt seyn, noch etwas genauer auf die dogmatische Seite des Augustischen Verfassungsbaues einzugehen.

Die socialpolitische, weltgeschichtliche Bedeutung desselben ist

³⁸⁾ Vergl. Mommsen II. S. 16. 68. 740. 1019 ff.

³⁹⁾ Während die Gemeindebildner (denn das waren die *Pontifices*, welche die *pompae* ordneten und die *pontes* im Stand hielten) und die Opfermeister (*Viri sacris faciundis*) mehr und mehr zu Spiel- und Banketmeistern herabsanken, hoben sich die Kaiserverehrer (*Augustales*) zu grossem Ansehn. Die *Divi Augusti* drängten die *Dii patrii* sogut, wie die *Dii peregrini* in den Hintergrund.

der Uebergang Roms aus der Rolle eines Nationalstaates zur Rolle eines Weltstaates, welcher nicht bloss die römische, sondern viele Nationen, ja alle civilisirten Nationen umfasst. Dieser reformirte Staat ist der definitiv organisirte *Orbis terrarum*; *Orbis Romanus* ist er genannt worden. Dem konstruirenden Juristen bedeutet er einen im Uebergange von der Republik zur Monarchie begriffenen Staat, einen Uebergangsstyl, in welchem mit dem alten Styl gebrochen wird, ohne dass es bereits zu einem ganz neuen Princip gebracht wird. Eine Dyarchie ist er von Mommsen genannt. Ich acceptire diese Bezeichnung, aber mit dem Bemerkn, dass Mommsen selbst ihm dann widerspricht, wenn er den Princeps im Kaiser betont und ihn einen Magistrat nennt. Das wäre ja die alte Schablone wieder, welche nicht mehr ausreichen wollte, und mit welcher eben gebrochen werden musste. Nein, es war eine wahrhafte Doppelherrschaft, ein Reich mit zwei Gewaltsphären, mit zwei Souveränitäten an den Spitzen, auch der Regent ist in seiner Hemisphäre Souverän, gerade so, wie der *filiusfamilias miles in bonis castrensibus loco patrisfamilias* ist. Das Privatrecht und das Staatsrecht korrespondiren auch hier wieder einander, und ihr beiderseitiger Fortgang hält gleichen Schritt. Wie unter dem Drucke des Zeitbedürfnisses sich eine Militärsphäre privatrechtlich aussondert aus der bürgerlichen Originalsphäre des *miles*, so sondert sich auch staatsrechtlich eine Militärwelt (*res militaris*) aus der Consulatsphäre (*res publica*) aus. Freilich ist Beides nicht absolute Absonderung, sondern die Originalsphäre behält ein latentes, möglicherweise wieder erwachendes Recht, die abgesonderte Sphäre ist eine Filialsphäre, die zeitweise in die Vaterhand (in den Mutterschooss) zurückfallen kann.

Der Grundgedanke des Augustischen Reformplans war in der That der Vorbehalt des der öffentlichen Reichssicherheit dienenden Apparates, welcher in Einer energischen Hand concentrirt seyn musste, um der Welt das Erforderliche zu leisten.¹⁾ Darum galt es, das Militärwesen und alles damit wesentlich Zusammenhängende aus dem alternden Altorganismus auszuschneiden, in einem zweiten Organismus zu verjüngen und für die Action zu steigern; Alles, was der äusseren und inneren Sicherheit diene, Alles, was solchen Schutz verlangte, Militär- und Polizeiwesen, Proviant- und Bündniss-

¹⁾ Ungenau drückt der Dichter (Ovid, Fast. 1, 589) die Wiederherstellung der *res publica* durch *provincia populo reddita* aus, richtiger Vellejus (2, 89) m. d. W.: *prisca et antiqua rei publicae forma revocata*.

wesen, die Sicherheit der Residenz, der Länder und Meere ward in die Eine Hand gelegt, und derselben volle Unabhängigkeit eingeräumt. Diese *res militaris* ward zu Einer einzigen grossen Provinz, die sich aber natürlicher Weise wieder in Unterprovinzen gliederte, umgeschaffen, ²⁾ und der Imperator als ihr Oberhaupt anerkannt. Dies die erste That des Augustus, mit welcher er den Gedanken des *Sulla* und *Caesar* fortspann und zugleich läuterte.

Aber das war nicht das Ganze. Es galt weiter, die nunmehrige Doppelsphäre organisch zu verbinden. Das geschah dadurch, 1) dass der Regent als Princeps zugleich eine hervorragende Stellung in der Consulatverfassungssphäre erhielt, 2) dass der Staatsgewalt dieser Sphäre eine gewisse Superiorität der Autorität verblieb, und 3) dass in Mangel eines Imperator die volle Souveränität des Originärgorgans, das ist nun, des Senats, erwachte.

Bedenken wir, Alles zusammenfassend, dass der Augustus als Imperator zeitlebens souverän in seiner *res militaris* ist, dass er auch in der senatorischen *res publica* kraft seiner an Zeit- und Raumschranken nicht gebundenen *tribunicia potestas* als Princeps eine unvergleichliche Stellung einnimmt, und dass er endlich, was der Magistratur seit der Tarquiniervertreibung principiell genommen war, das Oberpriesterthum, die religiöse Regentschaft, mit jener politischen Competenz principiell wieder verbindet: so ist klar, dass man den Augustus nimmermehr einen „Magistrat“ nennen kann, und dass, wenn *Wlassak* es *Mommsen* ³⁾ nachspricht: der Kaiser sei der oberste Staatsbeamte gewesen, ⁴⁾ der Ausspruch zu einer laienhaften Plathheit herabsinkt, welcher man mit aller Mühe nichts abzugewinnen vermag. *Mommsen* hat Recht, wenn er, vom germanischen oder parthischen Königthum kommend warnt, den Augustus einen Monarchen zu nennen; aber wer von der römischen Magistratur kommt, hat Unrecht, wenn er den Augustus einen Magistrat nennt, er bringt Konfusion in eine schon an sich nicht einfache Sache. Man hat die neue Dyarchie ein *Mixtum Compositum* aus Volkstribunat und Proconsulat genannt: das ist nicht unrichtig, aber unvollständig, denn ein Drittes, der Punkt auf dem i, das Oberpontificat, kommt hinzu. Diese Erneuerung der archaischen Personalunion

²⁾ Diesem Gedanken entsprechend soll *Trajan* einst zum *Neratius Priscus*, den er sich zum Nachfolger bestimmt hatte, gesagt haben: *Com-mendo tibi provincias, siquid mihi fatale acciderit*. *Spart. Hadr.* 4.

³⁾ Man vergl. aber *Mommsen* II. S. 732.

⁴⁾ so *Wl.* wiederholt (S. 96. 148. 153. 165.).

von Staat und Cult ist die besondere Beisteuer des dritten Systems, und setzt eigentlich dem Ganzen die Krone auf. ⁵⁾ Augustus wollte weder König, noch Magistrat seyn; man wird ihm auch nicht gerecht, wenn man ihn „obersten“ Magistrat nennt; wer ein Stück Souveränität sein nennt, den als Magistrat vorzustellen, ist ein durch und durch unrömischer, falscher und verwirrender Gedanke.

II. Ohne zu berühren, wie diese neue Gestaltung mittelbar zurückwirkte auf das Strafrecht ⁶⁾ und Strafsystem, auf das Processrecht und Processsystem, auf das System der bürgerlichen Ehre und das Cultsystem, fassen wir jetzt die einzelnen Elemente der reformirten Verfassung analysirend ins Auge.

Ich habe die That des Augustus mit der des *Servius Tullius* verglichen. Beide Regenten konstituiren gewissermaassen einen zweiten Staat neben den ersten: der *Rex* den *Centurienstaat* neben den *Curienorganismus*, der Augustus den *Militärorganismus* (*res militaris*) neben den *Bürgerstaat* (*res publica*). Im *Curienstaat*, wie im *Bürgerstaat*, ruht der Accent auf der *potestas*, im *Centurienstaat*, wie im *Militärorganismus*, ruht der Accent auf dem *imperium*. Indem Augustus den alten Organismus respektirt (*rempublicam restituit*), hat er sich als ächten Römer erwiesen, denn Abbruch war nie römische Art; die Römer bauten an und weiter, ohne abzubrechen, das Alternde überliessen sie dem Naturprocess des Absterbens, und das ist das unschätzbare Verdienst August's, dass er in diesem Hauptpunkte sich frei machte von der Erbschaft *Caesars*, dessen freier, nicht natürlicher Sohn er ja war.

Seien wir aufrichtig! *Caesar* konnte den wilden Rausch seines Jugendlebens ebensowenig, wie die 15 Jahre seiner autokratischen, ultramontanen Provinzialherrschaft innerlich ganz verwinden. Der Imperator *Caesar* im Bunde mit dem Volkstribun *Vatinius*: das ist das anomale *imperium proconsulare* und die anomale *potestas tribunicia*, welche sich die Hand reichen in dem Komplott, die *duo firmamenta reipublicae*: Senat und *Auspicien*, über den Haufen zu

⁵⁾ *Mommsen* erwähnt dies mehr beiläufig und nachträglich (II. S. 1054), und er zählt das Oberpontificat zu den blossen Accessorien des Principats (S. 763. Anm.). Bei *Macrinus*, *Alexander*, *Maximus* und *Probus* wird der *Pontificatus maximus* neben dem *Imperium* und *Principatus*, zum Theil zuerst, aufgeführt (S. 763).

⁶⁾ Was z. B. das Strafrecht anlangt, so ist, wenn Privatdelicte nun auch criminell verfolgbar werden, das doch nicht eine blosse Processfrage, sondern eine materiell-rechtliche Frage im eminenten Sinne.

werfen und die Republik aus ihren Angeln und Fugen zu heben. Es sollte *tabula rasa* werden, auf welcher fortan die eine absolutistische Hand des ehrgeizigsten aller Römer ihre geheimnissvollen Schriftzüge aufzutragen lüstern war. Da öffnete die Gegenverschöpfung einem Verständigeren, Vorsichtigeren, Maassvolleren, römischer denkenden Manne Bahn, zum Heil der Welt und zur Ehre des Römerthums.

Augustus hütete sich, den alten Lebensfaden abzuschneiden; er rehabilitirte Senat ⁷⁾ und Auspicien, ⁸⁾ soweit das mit den damaligen ethischen Mitteln noch möglich war, und auch sonst respektrte er die Kontinuität, welche man die Seele Roms nennen könnte. Kontinuität erblicke ich selbst in der Art, wie Augustus, indem er die zwei überkommenen Abnormitäten: Volkstribunat und Provinzialherrschaft, zu einer neuen Rechtsfigur verband und die Dyarchie erbaute, in die uralten Begriffe *potestas* und *imperium* zurückgriff und sie verwendete. Er belebt sie gleichsam neu, indem er sie neben einander zu selbständigen Potenzen erhebt und zugleich in das umgekehrte Verhältniss bringt, d. h. indem er im *imperium* (*proconsulare*) einsetzt und in zweiter Linie die *potestas* (*tribunicia*) anfügt, während in der alten Ordnung das *imperium* wie ein Ansatz an die (immer durch die *creatio* ertheilte) *potestas* erschien.

Wenn man heutzutage die Worte *potestas* und *imperium* in den Mund nimmt, so muss man Stellung zu der Mommsen-Lange'schen Controvers nehmen, die traditionelle Doppelkategorie *auspicium imperiumque* genau analysiren und Farbe bekennen. Ich bekenne sie, indem ich erkläre, die Imperiumtheorie Mommsen's für einen groben Flecken in der bedeutendsten Leistung dieses grossen Gelehrten zu halten. Denn wie lässt sich glauben, dass der einfache und logische Sinn der alten Römer so confus zwei technische Ausdrücke ohne Zweiheit des Inhalts geschaffen und so überflüssig zwei gleichwerthige Begriffe gesetzt, eine nichtssagende Wiederholung des Bestallungsaktes vollzogen, eine Huldigung nach germanischem Be-

⁷⁾ Er steigerte sogar den Senat zum Repräsentanten des *Populus Romanus*, so dass es nun heissen konnte: *Senatus Populusque Romanus*, wenn der Senat entschieden hatte, und dass spätere Juristen, wie der Provinziale Gaius und dann auch der Koryphäe Paulus (fr. 9. § 5. *ad leg. Jul. pec.* 48, 13), dem Senat *jussus* beilegen.

⁸⁾ Er gab sogar den Auspicien eine neue Tragweite, indem er sie auf sich für den Imperiumkreis concentrirte und seinen Delegataren (Beamten) abgeleitete Auspicien verschaffte.

griffe für nöthig oder erspriesslich erachtet hätte? Wie lässt sich ferner glauben, dass zwei so elementare, so wichtige und so verschiedene Begriffe wie Handeln und Herrschen, Vollmacht und Zwangsgewalt, Beauftragter und Gebieter, Vertretung und obrigkeitliche Autorität, Souverän und Unterthan, nicht unterschieden und nicht organisirt worden seien? Wie lässt sich endlich glauben, dass das *auspicium* nicht zur *potestas* (Vollmacht zu handeln), sondern zum *imperium* (Ge- und Verbot) gehörte, und dass die alte Formel *auspicium imperiumque* ein schaler Pleonasmus sei? ⁹⁾ Wenn es gewiss ist, dass in der *potestas* die Pflicht zu handeln —, im *imperium* aber das Recht zu gebieten den Accent hat, so kann der Inhalt der *creatio* und der *lex curiata de imperio* nicht ein im Wesentlichen identischer gewesen seyn, und wenn es gewiss ist, dass das *auspicium* sich nicht auf das Gebieten, sondern auf das Handeln bezog, so kann das *auspicium* nicht zum *imperium*, sondern muss zur *potestas* gehört haben, und es muss die *creatio*, d. h. der Akt, welcher die *potestas* gab, zugleich und selbstverständlich das *auspicium* mit verliehen haben. In der *potestas* lag die Aufgabe des *agere cum et pro populo*, im *imperium* die des Zwangseingriffs in Person und Vermögen des einzelnen Volksgenossen; jene hatte es mit der *civitas*, diese mit dem *civis* zu thun. ¹⁰⁾ Beide aber ordneten das Verhältniss der *civitas*, wie des *civis* zu den Rechtsgenossen (*pares*), den einheimischen Göttern (*superi*) und den Nachbarn (*exteri*).

Und Augustus? Das Centrum seiner Imperatorstellung ist

⁹⁾ *Auspicium* ist mit *potestas* correlat, das *imperium* steht abseits und hängt mit einem anderen Temperamentum (dem *consilium*) zusammen. *Auspicium* und *potestas* gehören so zusammen, dass eines für das andere gesetzt werden kann. *Potestas* ist ein Handelnkönnen kraft Vollmacht, *imperium* ein Gebieten kraft Unterthänigkeitserklärung oder Gehorsamleistung. Man darf nicht die spätere Mengung der Worte und Begriffe der archaischen zuchtvollen Zeit unterscheiden und aus der späteren Confusion Rückschlüsse wagen, da man weiss, dass ursprünglich alle Magistrate *potestas* und *imperium*, die Volkstribunen keines von beiden erhielten, dass es dann auch Magistrate ohne *imperium* gab, und den Volkstribunen Etwas von *potestas* und *imperium* gegeben wurde, dass die Worte und Begriffe immer weniger streng unterschieden wurden, unter *ensoria potestas* ebenso, wie unter *patria potestas* ein Stück *imperium* mit begriffen wurde, der neue Mischbegriff des *imperium mixtum* (gemischt mit *potestas*) aufkam, und endlich die Worte geradezu vertauscht wurden, wie in *gladii potestas* (statt *imperium*) und *lex regia de imperio* (statt *potestas*).

¹⁰⁾ Vergl. Kuntze Excuse S. 72 ff.

das alte *imperium militiae* in neuer Anwendung, im neu umschriebenen, theils idealen, theils geographischen Gebiet, und das Centrum seiner Princepsstellung ist die alte *potestas*, aber zusammenfassend die ganze alte Magistratur und concurrirend also mit Consulat, Censur, Prätur, Aedilität und Quästur nicht minder, als mit dem Tribunat. Soweit ursprünglich ein Consul oder der *Praetor maximus potestas* und *imperium* hatte, hat sie nun der Augustus in Ausdehnung auf Lebenszeit und über den *Orbis Romanus*. Während die alte *potestas* vom *Populus* durch die *creatio* an erster Stelle ertheilt ward, wird die neue durch den *Senatus populusque* an zweiter Stelle ertheilt, und während das alte *imperium* durch die Curien an zweiter Stelle, wird das neue *Imperium* in erster Stelle und nicht durch die Curien, sondern durch den Vorgänger im *Imperium*, durch die Legionen oder subsidiär durch den Senat ertheilt. Augustus wirft auch hier nicht die zwei Grundbegriffe durch einander, sondern respektirt sie, indem er nur ihr Adhäsiv- oder Attractionsverhältniss umkehrt und beide zeitlich-räumlich erweitert. Das alte *imperium* galt den *cives*, weil sie zugleich *militēs* waren, das neue den *militēs*, die nicht mehr (schlechthin) identisch mit den *cives* sind.

Wir dürfen den Unterschied auch für Augustus's Zeitalter nicht preisgeben. Imperator und Princeps bedeutet Zweierlei.¹¹⁾ Als Imperator ist Augustus Haupt und Souverän einer eignen vom Ganzen auf Lebenszeit ausgeschiedenen, ihm reservirten Welt, als Princeps dagegen gehört er noch der alten Welt als (neues) Glied an, als erster Bürger, als *Primus inter pares*, und als erster der Beamten, als Magistrat schlechthin, als Magistrat und Tribun zugleich. Hauptsächlich als Imperator hat er sein Consilium, welches daher *contubernium imperatoriae majestatis* heisst (*Vita Hadriani* c. 8). Als Imperator hat er es mit seinen Provinzen, Prätorianern und Soldaten,¹²⁾ als Princeps mit Senat,¹³⁾ Comitien und Bürgern

¹¹⁾ Das *Imperium* erhielt Octavian gleich im Anfang, und er behielt es, da er die *res publica* restituirte und die *res militaris* davon ausnahm (27); das Principat empfing er durch einen Volksbeschluss dann besonders (23). Der ältere Schriftsteller zählt vom Imperatorjahr (43) an, der Kaiser selbst vom Principatsjahr (27) an (s. g. *Anni Augustorum*, welche üblich wurden). Mommsen II. S. 708. 709.).

¹²⁾ Daher gebühren nur ihm die Kriegsauspicien, die in ihm concentrirt sind, nur ihm die Prärogative des Triumphs.

¹³⁾ Daher hiessen die *Quaestores Candidati* officiell *Candidati Principis*: fr. 1. § 2. 4. *de off. Quaest.* (1, 13).

zu thun. In einer folgenden Zeit (namentlich seit Hadrian), welcher in gleicher Weise auch der Sinn für das traditionelle Namensystem verloren ging, werden die Ausdrücke Imperator und Princeps, einer für den anderen gebraucht, Constitutionen die Erlasse jenes, wie dieses genannt, und es wird bald von *imperatoriae*, bald von *principales constitutiones*, selbst in juristischen Werken¹⁴⁾ von *Mandata Principum* und einem *Princeps legibus solutus* gesprochen. Je monarchischer das Kaiserthum ward, um so weniger kam es mehr auf die alte Unterscheidung an, die nun fallen zu lassen im Interesse der Regenten selbst lag.¹⁵⁾ Uebrigens scheint es, als ob das Princepsprädicat in der Friedenszeit der Antonine die Superiorität gewann, und seitdem die Bezeichnung *Principales Constitutiones* allgemein und herrschend wurde.

III. Auch wir haben für das, was zunächst bemerkt werden soll, kein erhebliches Interesse, *imperium* und *potestas* zu unterscheiden, denn innerhalb der kaiserlichen Sphäre hängt Beides, soweit da *potestas* im festgestellten Sinne in Frage kommt, eng zusammen.

Der Kaiser ist, kann man sagen, Träger eines *imperium mixtum*, d. h. des *imperium* zum Zwecke und im ganzen Umfange des Reichsschutzes. Er ist Generalgouverneur einer Generalprovinz, nämlich des Sicherheitsbereichs, welches ihm zu eignem Recht übertragen ist, und in dessen Umkreis er auch volle Macht hat, für den Gesamtstaat zu handeln, allein zu handeln. Diese Gewährung auf Lebenszeit, ohne Verantwortlichkeit und zu eignem Recht ist etwas ganz neues, und weder mit dem *divisum imperium* des ältesten, noch mit dem *prorogatum imperium* des zweiten Systems¹⁶⁾ zu vermengen. Es ist ein *Imperium legibus solutum*,¹⁷⁾ eximirt von allen legitimen Gewalten, und eben dadurch hat nun der Weltstaat ein *duplex jus* (*duplex imperium* und bez. *duplex potestas*). Neben die *simplex et*

¹⁴⁾ Paul. fr. 3. *de off. Praes.* (1, 18).

¹⁵⁾ Parallel geht die Vermischung des Unterschieds von senatorischen und imperatorischen Provinzen und das Aufkommen des allgemeinen Titels: *Praeses provinciae* (seit Hadrian).

¹⁶⁾ s. oben § 67. S. 360. 362.

¹⁷⁾ . . . *iis legibus plebisque scitis Imperator Caesar Vespasianus solutus sit . . . ea omnia Imperatori Caesari Vespasiano Augusto facere licebat. Lex de imp. Vespas. Licet lex imperii sollemnibus juris Imperatorem solverit, nihil tamen proprium Imperii est, quam legibus vivere. Alex.* (233) in c. 3. *de testam.* (6, 23). Ulpian sagt freilich: *Princeps legibus solutus* in fr. 31. *de leg.* (1, 3).

divisa potestas trat auf der zweiten Entwicklungsstufe des Staats eine *minor potestas*, ein *ordo potestatum* (abgestufte Gewalt) und eine monarchieähnliche Gewalt (*prorogatio*), auf der dritten Stufe aber eine abgelöste, eximirte, monarchieartige Gewalt. Das erste System kennt streng genommen nur *collegae (maiores et minores)* und deren persönliche Gehülfen (Mandatare), das zweite kennt auch *magistratus minores* und *promagistratus*, das dritte fügt den Imperator und den Princeps, mit Einem Worte: den Augustus hinzu, welcher neben alle bisherigen Organe tritt und nun auch in seinem Gebiete ein neues Abhängigkeitssystem seiner Beamtenschaft etabliert.

Das ist das *delegatum imperium*. Der Generalgouverneur auf Lebenszeit ernennt Generalcommissare auf Zeit für die einzelnen Unterprovinzen seines Herrschaftsbereichs, nach Vorgang der proconsularischen Commissare (*Legatus, Quaestor*).¹⁸⁾ Diese neue Delegation¹⁹⁾ ist grundverschieden vom alten Mandat,²⁰⁾ denn es begründet nicht ein bloss persönliches Verhältniss, nicht eine auf den einzelnen Fall beschränkte Amtsbefugnis, sondern der kaiserlich abgeordnete Beamte führt das ihm zugetheilte Amt, bis er abgerufen wird, *proprio nomine*; es ist sein Amt, was er verrichtet, er ist wirklicher Staatsbeamter,²¹⁾ aber freilich abhängiger. Darum gilt zwar sein Decret, aber es kann dagegen an den Deleganten recurriert, d. h. im Appellationswege der Versuch der Cassirung durch die übergeordnete Autorität des Imperator gemacht werden. Dies war bis dahin regelmässig nicht statthaft; es gab eine Theilung, eine Rangordnung, aber keine staatsrechtliche Abhängigkeit der Amtsgewalten; im kaiserlichen Gebiet taucht also neben der getheilten und abgestuften die abhängige Gewalt als neuer staatsrechtlicher Begriff auf.

In dem *jus extraordinarium* der Kaiserzeit gibt es m. a. W. den Unterschied von Original- und Filialämtern, eine ganz neue Art von Abstufung,²²⁾ die sich nach unten fortsetzen und compli-

¹⁸⁾ Daher *Legati Augusti pro consule, pro praetore*.

¹⁹⁾ *delegare: legare (Legatus), praeficere (praefectus)*.

²⁰⁾ Vergl. fr. 6. pr. § 1. *de off. Proc.* (1, 16).

²¹⁾ Anders der Procurator, er ist eigentlich nur Mandatar, nicht Delegatar, seine Stellung also ganz willkürlich abhängige und auf den Augenblick gestellte, vergleichbar der schwebenden Staatsschuld im Gegensatz der fundirten.

²²⁾ Eine gewisse Analogie boten im alten System nur etwa die Aemter des *Magister Equitum*, des *Legatus Proconsulis* und des *Praefectus juri dicundo* (sofern dieser nicht creirt, sondern committirt war). Der Jurist

ciren kann. Der Gedanke des Instanzenzugs tritt neben den der Aemterstaffel und Collegenschaft. Auch an diesem Punkte werden wir also gewahr, dass das *jus extrao.* zugleich *jus novum* ist, mit welchem sich Wlassak gebührend abzufinden hat; wir erblicken hier den stärksten Gegensatz zu dem Flächensystem, in welchem der älteste Staat mit seinen coordinirten Aemtern und Gewalten gehalten war. Der Imperator ist nicht absolut dem Senat coordinirt, diesem eignet eine gewisse Superiorität, und andererseits sind die alten *Magistratus* dem neuen Princeps nicht absolut coordinirt, vielmehr eignet diesem eine gewisse Superiorität; aber am schwersten fällt der neue Begriff der Aemterdelegation in's Gewicht, er zeigt im Gegensatz zu dem alten nur durch einzelne Perspektiven belebten Flächenbau einen mächtigen, kolossalen Etagenbau mit dem Imperator als Grundpfeiler und Eckstein.

§ 69.

Kaisererlasse. Kaisersuccession. Corollar.

I. Controvers ist die gesetzgebende, d. h. Recht-schaffende Gewalt des Kaisers.¹⁾ Ich denke, dass auch hier wieder im Kaiser der Imperator und der Princeps unterschieden werden müsse. 1) Als Imperator gibt er seinen Delegataren Mandate, d. h. verpflichtende Aufträge und Vollmachten für ihre Amtsführung und seine Unterthanen, für Provinz und Soldaten mit, als Princeps ist er in der Lage, sich in Edikten an die Bürger zu wenden. In beiden können Generalnormen so gut, wie casuelle Willensakte (Specialanordnungen) enthalten seyn. Gehen wir einfach von der herkömmlichen Bedeutung der Worte aus, welche alte Worte in neuer Anwendung sind, so kann kein Zweifel seyn, dass, da der Imperator seinen (militärischen) Beamten mandiren, der Princeps kraft seiner *potestas (tribunicia)* den Bürgern ediciren kann, eben jene Worte diesen Bezug und die angegebene Bedeutung haben.

Ebenso verstehen wir auch leicht, was die Bedeutung der Re-

Aurelius Charisius vergleicht den *Praefectus Praetorio* mit dem *Magister equitum*: *Ad vicem Magistri equitum Praefectos Praetorio antiquitus constitutos esse, a quibusdam scriptoribus traditum est . . . Regimentis rei publicae ad Imperatores perpetuos translatis, ad similitudinem Magistrorum equitum Praefecti Praetorio a Principibus electi sunt.* Fr. 1. *de off. Pr.* (1, 11).

¹⁾ Vergl. oben § 57. III.

scripte und Decrete ist. In keinem der beiden Worte liegt ein specieller Bezug auf die eine der beiden Sphären des Kaisers, es ist daher anzunehmen, dass sie in beide einschlagen. Aber wie unterscheiden sie sich unter einander? Auch hier entscheidet der alte Begriff, welcher im Zweifel als fortgesponnen angenommen werden muss. Sie unterscheiden sich nur nach dem Processgesichtspunkt: ausserhalb der Schwelle der Rechtsstreitigkeit ist der Entscheid des vorgetragenen Falles ein Rescript, innerhalb des Processes ein Decret. Daher sind Rescripte aussergerichtliche, Decrete aber gerichtliche Bescheide; jene können die Grundlage eines Processes werden, diese einen Process beenden.

Mandata und *Rescripta* sind neue Worte in solcher Anwendung. In dem ersteren Worte liegt das ganz Neue und Besondere imperatorischer Machtvollkommenheit angedeutet, von welcher die Vollmacht ausgeht. Dem ganz neuen Inhalt entspricht das ganz neue Wort. In dem zweiten Worte liegt ebenso die ganz neue Kraft eines entscheidenden Gutachtens. Die für den Richter verbindliche Kraft des *responsum scriptum signatumque* war ein Neues, das kaiserliche Rescript nur eine Art solcher Responsen. *Edicta* und *Decreta* dagegen sind aus der alten Ordnung ererbte Termini und sind im alten Sinne zu verstehen; kraft des magistratischen Inhalts seines Principats kann der Kaiser ediciren, das *jus edicendi* gebührt jedem Magistrat, und der Princeps ist nicht weniger, sondern mehr als ein Magistrat, denn er ist ein Collectivmagistrat mit gesteigertem Gewaltumfang; aber auch das *jus decernendi* gebührt jedem Magistrat im Umkreise seiner Competenz, seiner Jurisdictionsgewalt und mithin auch dem Princeps. Natürlich kann der Kaiser auch im Umkreise seines *Imperium* ediciren und decerniren, aber das Ediciren hier unterfällt dem Mandatsbegriffe,²⁾ und das Decerniren hier pflegt durch den Processgang im Instanzenwege bedingt zu seyn.

2) Wir erkennen also, wie in der einen Gruppe der Augustus gleichsam sich in den Princeps und Imperator auseinanderlegt, in

²⁾ Man kann insofern die *Mandata* als *Edicta provincialia* den *Edicta urbana* des Augustus gegenüberstellen. Freilich hat der Imperator für sein Imperiumgebiet als Souverän gesetzgebende Gewalt, daher überragt das Mandat noch die Ediktsautorität und kommt dem *Senatusconsultum* (für das bürgerliche Gebiet) gleich. *Ergo si Senatoris filia libertino contra Scitum nupsit, vel provincialis mulier ei, qui ibi meret, contra mandata, valebit donatio, quia nuptiae non sunt.* Ulp. fr. 3. § 1. de don. i. V. et U. (24, 1).

der zweiten Gruppe er den Princeps und Imperator wieder in sich vereint.

Wir erhalten zugleich auch einen Maassstab für die Tragweite der kaiserlichen Erlasse. Die Edikte sind regelmässig Generalnormen, ebenso die Mandate, gleich den republikanischen Edikten; die Rescripte und Decrete sind regelmässig Specialnormen, welche aber in der Praxis leicht zu Generalnormen werden konnten.

3) Was aber die Zeitgrenze für die Geltung der Generalnormen anlangt, so liegt wieder im Wesen der *Edicta* sowohl, wie der edikt-mässigen *Mandata*, dass sie für die Regierungszeit, d. h. so lange, als sie nicht wieder zurückgenommen wurden, in Geltung blieben. Der Uebergang ihrer Geltung auf die Nachfolger ist eine Frage, die von der Auffassung der staatsrechtlichen Succession abhängt; m. A. n. war der Nachfolger, welcher auf Grund eines Willensaktes seines Vorgängers succedirte, vermöge des *nomen heredis* nicht weniger und nicht mehr gebunden, als der Vorgänger selbst, und nur der frei durch den Senat Ernante war ganz frei, so dass seine Erklärungen abzuwarten waren.

4) Man hat gefragt, welche Grenzen der gesetzgebenden Gewalt des Kaisers inhaltlich gezogen waren, und hat das Kriterium in der Grenze der Interpretationsaufgabe finden wollen. Mir scheint dieser Standpunkt an doctrinärer Engigkeit zu leiden. Es wäre damit nicht viel gewonnen, weil der Interpretationsbegriff von je bei den Römern ein flüssiger gewesen ist; man denke nur an die alte Erscheinung der *Interpretatio XII tabularum*. Seit dieser bedeutet den Römern *interpretatio* jede Entfaltung und Fortbildung des Rechts, welche auf dem Bisherigen beruht, also nicht bloss Auslegung, sondern auch analoge Ausdehnung im weitesten Sinne. Dies muss vor Allem im Auge behalten werden, wenn man aus einzelnen Aeusserungen des Codex eine Beschränkung des kaiserlichen Rechtswillens auf die Interpretationsaufgabe herausliest. Beim Interpretiren hatten die Römer nicht die Wissenschaft, sondern den Richterberuf, nicht die Auslegung als solche, sondern die Anwendung des Rechts zum Ziel; ihr Interpretationsbegriff war nicht bloss ein weiterer, sondern auch ein praktischerer, als unser Auslegungsbegriff, denn er sollte das Bedürfniss des Richters decken, welcher in erster Linie den Streit zu beenden, d. h. zu entscheiden hat, und zu dem Ende nicht bloss das geltende Recht anzuwenden, sondern wo dieses im Stiche lässt, auch mit Hülfe der Analogie (für den einzelnen Fall) zu ergänzen hat.

Aber abgesehen hiervon erscheint mir jenes Kriterium auch sonst, wenigstens für Edikte und Mandate, zu eng, denn es ist dabei nicht beachtet, dass des Princeps Erlasse nicht engere Grenzen haben konnten, als die Prätorenedikte, welche zu freien Schöpfungen heranwachsend auch jenen römischen Interpretationsrahmen bald sprengten; also auch die Kaiser werden sich in ihren Edikten nicht auf das Interpretiren beschränkt haben, und ihre Edikte standen dem *Edictum tralaticium* an Ansehn völlig gleich. Und was die *Mandata* anlangt, so standen sie den *Edicta* nicht nach, sondern ihnen gab sogar die souveräne Autorität des *Imperator in re militari* noch besonderes Gewicht. Die Rescripte und Decrete mögen in der ersten Kaiserzeit sich regelmässig auf das Interpretiren beschränkt haben, allein als der Rescriptregen seit Hadrian zunahm und die alten Unterscheidungen der Kategorien abgeflacht wurden, ist diese Grenze immer weniger sorgfältig eingehalten worden.³⁾

II. Die Frage der regentschaftlichen Succession (Thronfolge?) ist bis jetzt nur gestreift worden. Wir besitzen zwei interessante Textbruchstücke aus der ersten Kaiserzeit, welche für die Construction des Augustischen Staates von besonderem Werth sind: das s. g. *Monumentum Ancyranum* und die s. g. *lex de imperio Vespasiani*; das erstere der beiden schlägt hier zunächst ein.

Der Text desselben war ein Anhang zu August's Testament, welches er für die öffentliche Bekanntmachung bestimmt hatte. In ihm muss er sich über das Princip der Nachfolge erklärt haben, denn ein (öffentliches) Testament wäre es nicht gewesen ohne *institutio heredis (publici)*. Aber der Text ist uns unbekannt; nur ein Theil des angehängten Thatenverzeichnisses (*Index rerum gestarum Divi Augusti*) ist uns erhalten. Darin hebt Augustus die Ertheilung des *Imperium* durch den Senat (Cap. I.), und der *tribunicia potestas* durch Gesetz, sowie die *captio sacerdotii Pontificis Maximi* (Cap. 10) die *translatio reipublicae in Senatus Populique Romani arbitrium* und die *appellatio Augusti* durch den Senat (Cap. 34), endlich die *appellatio Patris patriae* durch Senat, Ritterstand und Volk (Cap. 35)

³⁾ Was von Mommsen über den transitorischen Charakter der Edikte als wahrscheinlich erklärt wird (II. S. 1069), das nimmt Wlassak (S. 151) unbedenken hin, und ihm wird aus der Hypothese ein Dogma. Was Mommsen S. 871 ff. und S. 1067 ff. sagt, verlangt zur Ergänzung das, was er über den Mangel jeglicher Erbfolge behauptet. Mit dem Einen wird auch das Andere hinfällig.

hervor.⁴⁾ Das Thatenverzeichniss gleicht dem eines triumphirenden Imperator, auf dem Imperium des Augustus liegt hier offenbar der Nachdruck, der Beschluss des Senats musste durch das Bild grosser Thaten bekräftigt werden. Das war für das Imperium mehr Bedürfniss, als für die *tribunicia potestas*, welche ihm durch eine *lex* ertheilt war. Darum haben wir in Testament und Index wohl hauptsächlich an die Militärrungenschaft August's zu denken, die sein Eigen war, über die er verfügen konnte, und über die auch wirklich letztwillig zu verfügen ihm als Römer zukam. Ein Römer dachte sich nur mit seinem Testament seinen Lebensabschluss. Wenn August Etwas hinterliess, so konnte er die Erbschaft nicht dem Zufall überlassen; wenn er Souverän in *re militari* war, so musste er als sorgsamer Herr auch über die zu hinterlassende *res militaris* verfügen, und wie von Alters her bei den Römern der testamentarische Delationsgrund in erster Linie stand, und die *delatio ex lege* nur subsidiär galt, so wird auch August in Konsequenz seines Systems das Letztwilligkeitsprincip für die Succession (sei es bloss thatsächlich oder auch formell) erklärt haben, ohne welches überhaupt eine Lücke im Augustischen Staatssystem wäre. Mommsen imputirt dem Heros Eponymos diese Lücke,⁵⁾ aber sie ist im römischen Kopfe ganz undenkbar. Augustus, welcher dem *filii-familias miles* die Prärogative gab, testamentarisch über seine *res militaris* zu verfügen, sollte versäumt haben, die gleiche Prärogative für seine Errungenschaft in *re militari* auszuüben? Und wie er jene Prärogative als generelle Norm setzte, sollte er nicht diese Prärogative gleichfalls als Princip verkündigt und die imperatorische Nachfolge geregelt haben? Sein Testament ist ohne diesen Schlussstein gar nicht denkbar. August war nicht bloss guter Römer,

⁴⁾ S. Kuntze Excuse, S. 350. 351.

⁵⁾ R. Staatsrecht II. S. 1088. Dazu Kuntze Excuse, S. 292. Mommsen scheidet sonst immer zwischen Imperium und Principat, warum nicht bei der Successionsfrage? Er verneint die Erbordnung für das Principat und mit Recht (II. S. 841. Anm. 2; S. 1079 ff.), denn auch für die republikanische Magistratur gab es keinen Erbgang; aber wie verhält es sich mit dem Imperium, das nichts mit Magistratur zu thun hat? Hier liegt es nahe genug, eine Erbfolge anzunehmen, freilich nicht eine *legitima*, sondern *testamentaria*; jedenfalls liegt das näher, als die Annahme eines blossen Vorschlagsrechts mit nachfolgender sanctionirter Willkür. Hierauf kommt Mommsens verwickelte Theorie hinaus, mit der angehängten Fiction, dass den Schöpfern des Principats der Glaube an sich selbst und ihre Schöpfung gemangelt hätte (S. 1088).

sondern auch ausgezeichnete Praktiker: in beiden Eigenschaften liegt die Gewähr dafür, dass er sein Testament nicht ohne Successionsnorm anfertigte und veröffentlichte. Wie mag man denken, August habe so die erste Maxime energischer Providenz ausser Acht gelassen, die Frucht seiner 50-jährigen Arbeit den Wogen des Zufalls preisgegeben und mit diesem Bewusstseyn das Diesseits verlassend die Worte gesprochen, dass er seine Rolle gut gespielt habe.

Freilich die Superiorität des Senats, als des nunmehrigen Vertreters des *nomen populi Romani* und der Spitze der eigentlichen *res publica*, ward anerkannt und in Konsequenz dessen die *res militaris* nur als *peculium castrense* im Verhältniss zur *res publica* gedacht.⁶⁾ Darin lag Zweierlei: 1) Während Lebens schlummert die Originärgewalt, und der Filialgewalt sieht man keine Abhängigkeit an; wie der *filiusfamilias miles* nicht nur *mortis causa*, sondern (seit Hadrian) auch *inter vivos* frei über sein Militärgut verfügen kann, so kann auch der Imperator nicht nur *mortis causa*, sondern (seit Hadrian) auch *inter vivos* durch Adoption, Designation oder Berufung in's *consortium imperii* frei, d. h. unabhängig vom Senat, über seine Militärsphäre verfügen.⁷⁾ 2) Im Todesfall erwacht, wenn die Filialgewalt von ihrer Prerogative keinen Gebrauch gemacht hat, das patrimoniale Recht der Originärgewalt, und dem Senat, welcher das Recht wie der *consecratio*, so der *damnatio memoriae* hat und übt, fällt die Bestimmung des Nachfolgers zu, wenn ihm nicht etwa die Militärhand der Legionen in den Arm greift und das Schwert in die Wagschaale der Friedensautorität wirft.

Der Senat kann sich anderseits — und das ist eine Art Compensation der Gewalten — nicht entbrechen, dem Gesamtinteresse Rechnung zu tragen, wenn der neue Imperator kommt und nach dem Principat begehrt. Wie kann die thatsächlich schwächere Hälfte dem versagt werden, welcher bereits die thatsächlich stärkere besitzt? Nach dem Naturgesetz der Schwerkraft, welches auch das *jus naturale* ohne positive Satzung beherrscht, attrahirt die grössere unter gleichartigen Grössen beim Zusammentreffen die kleinere. Darüber hat August schwerlich eine Bestimmung getroffen, aber eine eigentliche Lücke war das nicht, denn es war selbstverständlich und konnte dem Naturtriebe und Naturgange überlassen bleiben. Uebrigens

⁶⁾ Augustus freilich, der gleichsam *filiusfamilias miles* des *Senatus Populusque Romanus* war, nannte scherzweise die *res publica* seine Tochter, indem er sie mit der widerspenstigen Julia zusammenstellte.

⁷⁾ s. Kuntze Excuse, S. 291—3.

drückt sich darin, dass Augustus seine Regentschaft erst vom Principatsjahr an (27) rechnete und ihm die folgenden Augusti darin folgten, der Gedanke aus, dass mit Uebernahme des Imperium die Succession persönlich noch nicht entschieden war, sondern dass sie erst mit Uebertragung des Principats wirklich perfekt ward. Gewissenhafte Kaiser haben denn auch immer um Ertheilung des Principats, höfliche Kaiser sogar um Bestätigung des Imperium gebeten.

III. Ist demgemäss für die Successionsfrage, welche zunächst dem Imperium gilt, das Testament August's und der *Index rerum Augusti* wichtig, so weist uns die *lex de imperio Vespasiani*⁸⁾ auf das Principat hin, dessen Elemente einer Auseinanderlegung bedurften, weil sie nicht centraler, sondern mosaikartiger Natur waren. Mir ist kein Zweifel, dass diese *lex de imp. Vesp.* ihr Vorbild hatte, und wo kann das Urbild anders zu suchen seyn, als in jener *lex, qua tribunicia potestas Augusti sancta est?*⁹⁾ Mir ist ferner kein Zweifel, dass es diese *lex* ist, welche von Paulus, vielleicht nach des Plautius Vorgang, *lex Augusti* genannt wird,¹⁰⁾ und dass darunter nicht ein von August veranlasstes Specialgesetz zu verstehen ist, denn 1) konnte ein solches nicht *lex Augusti* genannt werden, es hätte müssen *lex Julia* oder *lex sub Augusto*¹¹⁾ heissen; 2) die dem Kaiser in der *lex Augusti* zugestandene *libera voluntas manumittendi*¹²⁾ war ein Element des magistratsartigen Principats; 3) die *lex Vespasiani* bezieht sich fast in jedem Passus auf den *D. Augustus*, immer mit den Worten anhebend: *uti licuit D. Augusto, Tiberio etc.*; 4) es war einfach, die Bezeichnung *lex de imperio*¹³⁾ (richtiger: *de principatu*) *Augusti* in die andere „*lex Augusti*“ abzukürzen, während aus *lex Julia* oder *Lex sub Augusto* nicht ohne Weiteres eine *lex Augusti* werden konnte. Dass der Zusatz (*lex*) *regia* ein späterer orientaler ist, scheint unbestreitbar; ebenso ist das unpassende Wort *imperium* (statt *principatus*) offenbar nicht durch die erste Zeit verschuldet. Ich halte mich demnach für berechtigt, der *lex regia de imperio Augusti* die *lex Augusti* oder *lex de prin-*

⁸⁾ Vergl. Kuntze Excuse, S. 288. 352.

⁹⁾ *Monum. Ancyrr. cap. X.*

¹⁰⁾ in fr. 14. § 1. *de manumiss.* (40, 1).

¹¹⁾ wie die *lex*, welche dem *Praefectus Aegypti imperium* zusprach: Ulp. fr. 1. *de off. Praef. Aug.* (1, 17).

¹²⁾ Ein Analogon der *libera testamenti factio et nuda voluntas militis* (fr. 1. *de test. mil.* 29, 1), aber diese Prerogative war nicht militärischer, sondern bürgerlicher Art.

¹³⁾ so Severus Alexander in c. 3. *de testam.* (6, 23).

cipatu oder *de potestate Augusti* zu substituiren und hierin die Principatsgrundlagen zu suchen.¹⁴⁾

Indem der Regent als Glied der alten *res publica* einverleibt ward, musste ausgesprochen werden, wie sich seine Gestalt ausnahm neben Magistraten und Volkstribunen, als Collectivbeamten ohne zeitlich-räumliche Schranken, und mit welchen Einzelprärogativen hier seine Stellung verbrämt und geziert werden sollte. Dies that der Volksbeschluss, welcher zum Vorbild für die Nachfolger wurde, und dann bei jedem neuen Nachfolger nur den Namen des letzten Vorgängers hinzu erhalten musste. In der That bietet das Bruchstück der *lex de imp. Vesp.* diese Physiognomie. Die Mitwirkung der Comitien ward dann fingirt, der Inhalt glich dem *Edictum perpetuum*.

Ich sagte: die *lex de imperio Augusti* müsste eigentlich *lex de principatu* heissen.¹⁵⁾ Dies darum, weil sie sich in erster Linie auf die Stellung des Augustus innerhalb der *res publica* bezog, was deutlich aus dem uns überlieferten Wortlaut erhellt. 1) In demselben wird Vespasian *Imperator*, nicht *Princeps* genannt: dies beweist, dass er *Imperator* schon war und *Princeps* erst (durch die *lex*) ward;¹⁶⁾ 2) die Vollmacht, Bündnisse abzuschliessen, den Senat zu berufen und zu leiten, Bewerber zu Aemtern zu kommandiren, (das *Pomerium* zu erweitern,) im Interesse der *res publica* auch sonst neue Einrichtungen zu treffen, wird dem Augustus in der *lex Augusti* ertheilt; 3) erst am Schluss wird er als *Imperator quibusdam legibus plebisque scitis solutus* anerkannt, und ihm als *Imperator* auch das Recht zu gewissen (d. h. doch wohl seinem *Imperium* unterfallenden) *acta gesta decreta imperata* garantirt: dieser das *Imperium* betreffende Theil war offenbar nur ein das *Imperium*, welches sich Augustus bei der *restitutio reipublicae* mittels Ausscheidung der *res militaris* vorbehalten hatte, bestätigender Anhang.

¹⁴⁾ Wie das *testamentum Augusti* vorzugsweise dem *Imperium* gegolten haben mag, so die *lex Augusti* dem Principat. Jenes war im alten Sinne *lex privata*, dieses aber *lex publica*. *Lex publica* konnte man August's Testament und die Anordnungen über sein *Imperium* nicht nennen, weil sie die *res militaris* (die Sondersphäre), nicht die *res publica* (Volkssphäre, Senatssphäre, Consulatsverfassung) betrafen.

¹⁵⁾ Vergl. dazu Mommsen II. 1. S. 841.

¹⁶⁾ *Imperator*, *Princeps* und Augustus sind m. A. n. ebenso wie *Pontifex M.* Prädikate und drücken Stellung und Amtssphäre aus; aber *Imperator*, Augustus und *Pontifex M.* figuriren zugleich als Titel (*Princeps* nicht), *Caesar* und Augustus werden ausserdem zu Namen und drücken eine Art Erbfolge indirekt aus.

In Bezug auf die Successionsfrage hat Mommsen *Principat* und *Imperium* durch einander gewürfelt. Richtig sagt er (S. 812), die tribunicische Gewalt empfangen der Kaiser von der Bürgerschaft; wenn er aber dann hinzufügt (S. 812): „übertragen wird überall das *Imperium* streng genommen nicht (?): es wird übernommen entweder auf Aufforderung des Senats oder auf Aufforderung der Truppen“: so kann man sich nicht wundern, wenn er weiter sagt (S. 814): „Es hat wohl nie ein Regiment gegeben, dem der Begriff der Legitimität so völlig abhanden gekommen wäre, wie dem Augustischen Principat; rechtmässiger *Princeps* ist der, den der Senat und (?) die Soldaten anerkennen, und er bleibt es, so lange (*sic!*) sie ihn anerkennen“. Welche Rechtlosigkeit, Unordnung und Konfusion, als Basis einer 300-jährigen Staatsordnung, welche als ein *tempus aureum* der Heidenwelt gepriesen wird! — Scheiden wir zwischen *Imperium* und *Principatus*. Nicht für das erstere, sondern nur für das letztere ist Erbrechtlosigkeit zu behaupten; freilich ist die Erbfolge nur letztwillige, nicht agnatische kraft objektiver Norm; und wenn Mommsen (S. 1082) bemerkt, dass „nach dem Zuge der politischen Entwicklung in dem Principat wohl die Erblichkeit enthalten gewesen sei, so ist dies allerdings für das *Imperium* und im Sinne einer agnatischen Erbfolge *ab intestato* zuzugeben, denn in der Theilnahme der Agnatenschaft des Kaisers an dessen Unverletzlichkeit, Ehrensitzvorrecht, Bildnissrecht, Mausoleum des Stifters, wie in der Ablegung des Geschlechtsnamens zeigt sich in der That ein Streben nach Ergänzung der testamentarischen Erbordnung durch die Intestaterbfolge, ohne dass es dazu rechtlich gekommen ist. Wenn sich Mommsen (S. 812) dafür, „dass die Creirung des Kaisers durch den Senat zunächst sich auf die *Imperatorstellung* bezieht“, und dass „durchgängig als der eigentliche Senatsbeschluss, der den Kaiser creirt, derjenige, welcher das *nomen imperatorium* und die proconsularische Gewalt überträgt“ auf die (S. 762. Anm. 4) zusammengestellten Zeugnisse, beruft, so hat er kein Recht dazu, denn theils sind da die Fälle mangelnder Bestimmung durch den Vorgänger von den anderen Fällen zu scheiden, theils findet sich unter den zusammengestellten Zeugnissen in drei Fällen und zwar in den drei ersten nur das Principat, nicht das *Imperium* als auf Senatsbeschluss ruhend genannt.

IV. Ich fasse die gewonnenen Grundzüge in kurzen Sätzen zusammen.

1) Octavian hat die alte Republik nicht umgestürzt, sondern ausdrücklich anerkannt und ihr Gebiet nur beschränkt.

2) Die Beschränkung liegt zunächst darin, dass er von der *res publica* die *res militaris* in Abzug brachte.

3) Das Verhältniss dieser *res militaris separata* zur (restituirten) *res publica* gleicht dem eines *peculium castrense* zum *patrimonium patrisfamilias*.

4) Augustus hat sich die *res militaris* vorbehalten, er steht zu ihr *loco patrisfamilias*, d. h. der Imperator ist in seinem Bereiche Souverän, ausschliesslicher Souverän, also ohne Kollegen, doch hat er sein Consilium.

5) Das Imperium-Gebiet ist eine auf Lebenszeit überlassene Generalprovinz, welche der Imperator mit seinen Delegataren (Beamten) und Mandaten regiert. Die militärische Hierarchie untersteht dem Imperator (nicht dem Princeps).

6) Auch Italien und selbst Rom sind von dieser ideellen Generalprovinz nicht ausgenommen.

7) Ausserdem kommt dem Augustus eine Stellung und zwar eine eminente, innerhalb der *res publica* zu, denn *res publica* und *res militaris* gehören im Grunde zusammen und sollen nicht, wie *dissecta membra*, auseinanderfallen.

8) Träger der republikanischen Souveränität ist der Senat (zugleich in Vertretung des Populus).

9) Neben die republikanische Magistratur tritt der Augustus als Kollektiv- oder Generalmagistrat; er concurrirt mit den Consuln, Prätoeren und Volkstribunen, und hat das Recht, Edicte zu erlassen, wie jene; aber hier ist er dem Senat untergeben.

10) Er ragt über alle Magistrate hinaus durch die zeitlich-räumliche Unbeschränktheit seines Amtes, hat in diesem Umfange keinen Seinesgleichen und folglich *auspicium majus*; er ist *primus inter pares (cives)* und heisst in dieser Stellung Princeps.

11) Die dritte Seite des Regenten ist, dass er auch *Pontifex Maximus* ist und als solcher in seiner Person die sacrale mit der profanen Welt verbindet; daher nimmt das Oberpontificat „den ersten Platz in der kaiserlichen Titulatur“ ein.

12) Das Imperium und das Oberpontificat liefern den monarchischen, das Principat den republikanischen Beitrag. Alle drei Seiten fassen sich im *nomen Augusti* zusammen.

13) Geschichtlich betrachtet ist dieses *nomen Augusti* eine persönliche Verbindung dreier gewissermaassen nebenstaatlichen Abnor-

mitäten aus der Vergangenheit: des Volkstribunats, Proconsulats und des einst dem *Rex (sacrorum)* genommenen Oberpontificats.

14) In seinen Wurzeln abnorm, hat sich aber der Augustische Staat zu einem eigenen Styl aufgeschwungen. Es ist ein Mischstyl, aber er entspricht dem Geist und Bedürfniss einer grossen Uebergangszeit, die ihre neuen besonderen Aufgaben hat.

15) Normal ist der Empfang des Imperium kraft Willens des Vorgängers, denn der herrschende Imperator kann über das Schicksal des Imperium nach seinem Tode verfügen, subsidiär tritt die Entschliessung des Senats (senatorische Wahl) ein. Die Legionen können dazwischen treten.

16) Die Verleihung des Principats und wohl auch des Oberpontificats ruht formell in der Hand des Senats (bez. der Comitien); ohne sie erlangt der Imperator nimmer das *nomen Augusti*, und durch sie zugleich eine Bestätigung seines vom Vorgänger überkommenen Imperium.

17) Keinem Anderen, als wer das Imperium hat, gebührt die Anwartschaft auf das Principat, das Oberpontificat und das *nomen Augusti*.

18) Nur das *nomen Augusti* umfasst die Totalität der regentschaftlichen Attribute und Competenzen und ist daher später der Terminus für das volle *consortium imperii*; weder Imperium, noch Principat leistet diesen Dienst, doch werden diese Ausdrücke später — seit der Abschleifung der anfänglichen Begriffsschärfe und Denaturierung des staatsrechtlichen Begriffsinhalts — generell und *promiscue* gebraucht.

19) Als Imperator ist der Regent (Augustus) in gewissem Sinne *legibus solutus*, als Princeps aber an die republicanischen Normen gebunden, wie jeder republikanische Magistrat.

20) Die Gesamtsstellung des Augustus überragt alle seit dem *Regnum* anerkannt gewesenen Gestalten des Staatswesens so weit, dass sie nicht in dem alten Rahmen unterzubringen ist; der Augustus gleicht am Meisten dem alten *Rex*, ist aber weder Monarch, noch Magistrat, sondern ein neuer und eigner staatsrechtlicher Typus. Er gehört — im System römischer Rechtsbegriffe dogmatisch gesprochen — nicht dem *ordinarium*, sondern dem *extraordinarium jus* an.

V. Man muss mit Blindheit geschlagen seyn, wenn man hier mit der rein republikanischen Schablone auszukommen denkt und im *nomen Augusti*, welches sich mit dem *nomen populi Romani* zu einem so eigenartigen Staatsgebilde verschlingt, nur ein Conglomerat

vieler Singularitäten wahrnimmt, welche als Ausnahmen in dem Schema der Republik unterzubringen wären. Wlassak¹⁷⁾ hat diese Unterbringung versucht, in Konsequenz seines streng dualistischen Principis; aber wir sahen,¹⁸⁾ wie schwer sich die begehrte Unmöglichkeit an dem Ixion rächt; die allerwunderlichsten Früchte, centaurenhafte Resultate mit zweifelhafter Vernunft, sind bei der Wolkenumarmung herausgekommen. Gewiss und klar ist: 1) dass der Augustische Senat, der Vertreter des *Populus*, mehr ist, als der bisherige Senat; auf ihn gilt die *majestas populi* als übertragen; 2) dass der Princeps mehr ist als irgend ein einzelner der republikanischen Magistrate und mit keinem der bisherigen Exekutivorgane verglichen werden kann; 3) dass der Kaiser als Imperator gar Souverän in seiner Militärsphäre ist, und 4) zugleich ordnungsmässig als Träger des Oberpontificats gilt. Ist dem so, so ist weiter gewiss, dass man die neue Ordnung nicht treffender bezeichnen kann, als mit *jus extraordinarium*, und dass darin eine vollkommene Parallele zu dem *jus privatum extraordinarium* zu erkennen ist. Jenes ist zugleich ein Argument für dieses mit; denn trägt das *nomen Augusti* extraordinäres Gepräge, so ist anzunehmen, dass dasselbe Gepräge den neuen mit dem *nomen Augusti* wesentlich zusammenhängenden Schöpfungen im Privatrecht eignet; die Neuheit des Senats und des Augustus als Organen des Staatswillens ist ein Beweis dafür, dass die *Seta* der Kaiserzeit und die kaiserlichen Constitutionen einem neuen System angehören und Quellen eines neuen Rechtes sind.

Es ist wahr, dass in den Anfängen der neuen Schichtbildung sich die Menge der *beneficia juris* und *jura singularia* ohne geplanten und bewussten Zusammenhang häufte; der Begriff der „Ausnahme“ schwebte über diesen Anfängen, und eine solche Vorstellung klingt noch bei Gaius (2, 114) betreffs des *jus militare* nach. Aber gerade in diesem Bezuge hat sich uns oben so klar, wie möglich, herausgestellt, dass ein System im Anzuge war, welches dann reifte und zum vollen Bewusstseyn im Kopfe der Koryphäen kam. Man kann auch zugeben, für das *jus publicum* habe die Annahme eines

¹⁷⁾ Wlassak hat, wie ich schon bemerkte, auf S. 92 den Gebrauch des Wortes *ordo* im Sinne der republikanischen Staatsordnung zugegeben. Aber warum gibt er dem für das *jus publicum* keine Folge? Er lässt diesen Punkt ohne Motivierung fallen. Warum? ich weiss keinen anderen Grund, als weil er ihm unbequem war und er die Konsequenzen scheute. *Noti turbare circulos meos!!*

¹⁸⁾ s. oben § 51. S. 254. § 54.

bloßen Conglomerats von Ausnahmen dies für sich, dass sie vor der plump naiven Vorstellung einer Monarchie unseres germanischen Styls uns bewahrt, und energisch die noch immer dauernde formelle Oberherrschaft des republikanischen Gedankens festhält. Aber es gilt auch nach der anderen Seite hin Front zu machen: die Bezeichnung des Kaisers als Monarchen kann als ein Protest gegen die flache Reducirung des Kaiserthums auf eine Summe von Ausnahmen gelten.

Dem Privatrecht ward es nicht so gut, wie dem Staatsrecht, welches — eine Pallas aus des Zeus Haupte — aus Augusts Kopfe fast fertig und vollgerüstet entsprang, sondern es musste sich in mühsamer Zusammenarbeit des Senats, der Kaiser und Juristen zum System allmählich durchdringen. Aber das ist auch geschehen, und nur wenn wir diesen Erfolg rückhaltlos anerkennen, werden wir dem Römerthum gerecht, und erhalten wir ein sachlich richtiges Bild von den juristischen Thaten und Zielen der Kaiserzeit. Ohne die Annahme des *jus extraordinarium* würde eine grosse Lücke in dem von der klassischen Antike und ihren letzten Phasen zu entwerfenden Gesamtbilde bleiben. Wenn wir dieses auf seine Grundlinien zurückführen wollen, so lässt sich sagen, dass wir es mit drei concentrischen Kreisen zu thun haben: das *jus civile* füllt den Innenkreis; um diesen setzt sich ein zweiter Ring an, welcher das freiere, das Römerthum mit der Peregrinenwelt verbindende *jus honorarium* darstellt, und den äussersten Ring erblicken wir in dem *jus extraordinarium*; er ist der äusserste, weil in ihm die Rechtsentfaltung Roms peripherisch ausläuft, und der weiteste, weil in ihm allen Nationen und selbst den Unfreien eine Rechtsstellung im *Orbis Romanus* zugeheilt ist. Doch ist es immer wieder zu betonen, dass, ob es zwar die beginnende Zersetzung des alten Systems ist, es zugleich im Grossen und Ganzen ein Ansatz an jenes System ist, und das ist der Unterschied von der nachklassischen Zeit. Das Recht der christlichen Kaiser dringt in das alte System selbst ein, stört nicht bloss, sondern zerstört dasselbe und führt zur völligen Zersetzung. Im *jus extrao.* ist noch etwas von römischer Art, denn es lässt im Grossen und Ganzen die Fundamente, z. B. die *patria potestas*, *dos*, *stipulatio*, principiell fortbestehen.

§ 70.

V. Schlussbetrachtung.

I. Ich komme zum Schluss, in der Hoffnung, dass es mir gelungen ist, nicht nur durch Beleuchtung der in der ersten Abhandlung enthaltenen Fragen neue Anregung zum Durchdenken gegeben und in der zweiten Abhandlung den vermissten Vollbeweis des *jus extraordinarium* als geschichtlicher Thatsache erbracht, sondern auch das, was am Schluss des § 1. von mir angedeutet worden ist, bewahrheitet zu haben: dass an mehr als Einem Punkte der Inhalt der ersten und zweiten Abhandlung wirklich zusammenhängt.¹⁾ Ich kann aber von meinem Doppelthema nicht scheiden, ohne einen Blick von da über dasselbe hinaus zu werfen, einen Blick auf die heutige Bewegung unserer Rechtswissenschaft in zwei Richtungen, deren eine mehr die materielle, die andere mehr die formelle Seite der wissenschaftlichen Methode betrifft.

Unsere Rechtswissenschaft geht dermalen in viele Strömungen aus einander. Drei Hauptströmungen lassen sich, so scheint mir, unterscheiden, welche ich die Constructiv-, Comparativ- und Socialjurisprudenz nennen will. Unter der letzteren verstehe ich die naturalistische Richtung, welche im Bunde mit der Volkswirtschaftslehre steht und die Rechtsinstitute durch Hinweis auf ihre Lebenszwecke physiologisch zu beleben sucht; ihrem Unternehmen haftet die Gefahr an, dass Grund und Zweck verwechselt, die ethische Ordnung in den Dienst des Materialismus gedrängt und die Aufmerksamkeit des Denkers von der Cardinalfrage der rechtlichen Structur der Rechtsinstitute abgelenkt wird. Ihr Schicksal hängt darum eng zusammen mit dem Schicksal der constructiven Richtung. Ueber die Aufgaben und Leistungen der comparativen Richtung habe ich mich so eben erst an anderer Stelle ausgesprochen;²⁾ auch sie hat ihre Verdienste und Gefahren. Und die constructive Richtung?

Ihr möchte die vorliegende Arbeit dienen, welche eine geschichtliche und eine dogmatische zugleich seyn will. Nur wenn Geschichte und Dogmatik sich wechselseitig durchdringen, beleben und controliren, wird das Construiren in der rechten Bahn bleiben. Unsere Constructivjurisprudenz darf nicht auf dem Standpunkt der

¹⁾ Vergl. oben § 51. II.

²⁾ Krit. Vierteljahrsschrift N. F. IX. (1886) S. 113 ff.

historischen Schule ausruhen, aber darf diesen auch nicht ablehnen, noch weniger verachten.

In Nichts zeigt sich, scheint mir, die Tiefe der wissenschaftlichen Erregung im heutigen Rechtsgebiet so, wie darin, dass überall nach ganz neuen Ausgangspunkten gesucht, ja ghascht und auf grosse Entdeckungsreisen ausgegangen wird. Manche tragen geradezu einen Antagonismus zur historischen Schule zur Schau, nicht Wenige stellen solche Wahrheiten und Dogmen in Frage, welche seit der Zeit der römischen Juristen als fundamentale Begriffe und Anschauungen geachtet worden sind, und indem man *ab ovo* zu denken und zu construiren unternimmt, setzt man sich kühn oder leichtsinnig über alle Elemente des Construirens selbst hinweg und muthet dem juristischen Denker, welcher folgen will, zu, die Reise um die Welt zu machen, um an einem einzelnen Punkte des Rechtsgebiets Fuss zu fassen. Das ist oft ganz geistreich, aber selten recht fruchtbar und nöthigt die Kräfte an falscher Stelle zu vergeuden; es verstimmt, statt zu belehren und wahrhaft zu fördern.

Ich habe solche Anfänge *ab ovo* zu vermeiden gesucht, ja ich habe überhaupt nichts Neues sagen wollen, vielmehr — man gestatte mir, diese Bemerkung einzuflechten — im Wesentlichen nur in meinen Excursen über römisches Recht Gesagtes wiederholt. Gegenwärtige Arbeit ist fast nur die Ausführung einer Anzahl von jenen Excursen, welche hier weiter entwickelt und in Zusammenhang gestellt sind. Dieselben haben bis jetzt nicht das Glück gehabt, ernsthaft berücksichtigt zu werden, mit Einer Ausnahme, und diese Ausnahme ist ein ganz und gar abfälliges Verdict über ein Thema, auf welches ich gerade Werth lege: das Thema vom *jus extraordinarium*.

Dass hier der Widerspruch sich mächtig und nicht bloss vorübergehend regen würde, war vorauszusehen. Man weiss ja, dass der Baum nicht auf einen Hieb zu fallen pflegt; auch ist es für Viele äusserst unbequem, und setzt ein gutes Maass innerer Freiheit voraus, wenn ein eingewurzelttes Herkommen überwunden, ein festes Lehrsystem gewandelt werden soll. Mit der Annahme eines *jus extraordinarium*, d. h. einer dritten Rechtsschicht, muss unser bisheriges Lehrsystem umgestaltet werden. Aber eben diese Tragweite des Problems reizt im Kampfe um die Wahrheit zur höchsten Energie der streitenden Denker. Man muss heraus mit den innersten und tiefsten wissenschaftlichen Ueberzeugungen; es scheint ein Kampf auf Leben und Tod, und an nicht wenigen Stellen kommt, wo die Intuition zu Ende ist, die Logik in Frage, und inappellable Aussprüche

müssen laut werden, an welchen sich die Geister und die Methoden scheiden. Diese sind wissenschaftliche oder unwissenschaftliche.

II. Es ist schwer, ruhigen Ganges vorwärts zu kommen, wenn man dem Wesen der Obligatio nachspürt, die doch ein Gebilde des positiven Rechtes ist. Wie in einem Gewittersturm hat sich die neuere Doctrin entladen und losgebrochene Felsblöcke, entwurzelte Baumstämme, als kämen sie aus Centaurenhand, auf die Bahn geschleudert, welche sich durch das Gefilde wissenschaftlicher Forschung zieht. So muss man denn sich Luft machen nach Rechts und Links, und ich habe das oben im 4. Kapitel der I. Abhandlung nicht gescheut; aber ich habe meine Gründe, hier nochmals auf diesen Zustand zurückzukommen, bevor ich schliesse.

Der Gewittersturm geht in die Tiefe. Es handelt sich nicht bloss um Eigenthum und Obligatio, sondern um Privatrecht und Civilprocess in ihrer gegenseitigen Abgrenzung bei der Stellung und Lösung der Probleme, ja um die Elemente und das Wesen des Rechtes überhaupt. Einst waren Privat- und Criminalrecht, Contract und Process ziemlich gemischt und fast Eins; es scheint, als steuere ein Schiff unserer Doctrin nach solchem Indifferenzzustand zurück und leugne den Werth des Distinguirens. Das Recht soll nicht mehr eine Macht seyn, in welcher der Wille des Gemein- oder Einzelwesens sich äussert, um sich wesentlich auszuwirken, sondern ein rechtlich geschütztes Interesse, ja das Recht soll nur die Schale des Interesses seyn.³⁾ Der Richter bedarf der Analogie, so gut wie der Auslegung bei der Anwendung des Rechtes und der Entscheidung des Rechtsstreits: vielleicht darum will man die theoretische Grenze zwischen Analogie und Auslegung beseitigt wissen. Ausgesprochener Maassen vom Prozesse ausgehend will man die alte Unterscheidung zwischen Richterspruch und Gesetzesrecht, Rechtsentscheidung und Rechtsschaffung, Richteramt und Rechtsquelle zurückdrängen, im Gebiete der Rechtsbildung den Richter dem Gesetzgeber ebenbürtig stellen und das Präjudiz aus einem Antrieb zum Gewohnheitsrecht in ein Surrogat des Gewohnheitsrechts ummodellern, um so dem im Leben verkümmerten Factor des Gewohnheitsrechts neues Leben einzuhauchen. Offenbar reicht diese Theorie der vorhergenannten die Hand. Sie betont, dass der Richterspruch nicht bloss Denkarbeit und „Wahrheitsfindung“, sondern Willenssetzung und „Rechtsanordnung“ ist, und rückt den Unterschied der Tragweite für den Einzel-

³⁾ Vergl. § 11. S. 91.

fall und für die Fülle der Fälle, worauf es doch bei der Rechtsquelle in der Theorie vor Allem ankommt, in zweite Linie. Dieser alte Begriff der Rechtsquelle ist in Gefahr, wenn man die Gerichte eine Rechtsquelle und die Grenzmauer zwischen Gesetz und Richteramt ein Vorurtheil nennt. Das ist eine neue Theorie, die, wenn sie aufwuchert, den Gesetzgeber unausbleiblich zur Nothwehr im Style Justinian's aufrufen wird. Ein Begriff, in welchem sich objektive Rechtsnorm und casuistische Rechtsentscheidung zur Einheit mengen, welchen theoretischen Werth hat er, und welche praktischen Früchte soll er zeugen? Hier ist es, wo der Civilist auf der Hut seyn muss entgegen dem Processualisten, welchen es, wie er augenblicklich einen Vorsprung in der Reichsgesetzgebung voraus hat, gelüftet, auch in der Bestimmung der Grundbegriffe und Grundverhältnisse im Reiche des Rechtes die Führerschaft zu nehmen.

Freilich die civilistische Jurisprudenz erscheint vielfach rathlos und irrt wie in unbekanntem Welttheilen herum, indem sie der alten Begriffswelt den Rücken kehrt. Manche der neuesten Theorien kommt darauf hinaus, dem Privatrecht seine beste Substanz zu rauben, d. h. sie an das öffentliche Recht zu verrathen und in dessen Strömung hineinzureissen: so soll von der Obligatio wie vom Eigenthum für das Privatrecht nur der durch Verletzung bedingte Anspruch übrig bleiben, alles Uebrige soll dem öffentlichen Recht gehören.⁴⁾ Und wenn es nun an das eigentliche Construiren geht, wie bereit ist man da, von allen bisher anerkannten begrifflichen Ausgangspunkten abzusehen und Flüssiges an die Stelle des Festen zu setzen! Bisher construirte man, weil man jedes Rechtsverhältniss als eine (Willens-) Beziehung zwischen Subjekt und Objekt ansah, vom Subjekt und Objekt aus; jetzt wähnt man, dieser Faktoren entrathen zu können. Ich habe vor 30 Jahren einmal Subjekt und Objekt die beiden logischen Elemente oder Pole des Rechtsverhältnisses genannt und nun an der neuesten Literatur erst recht erkannt, wie wahr und wichtig das ist.

An die Stelle von Subjekt und Objekt setzt man das Arcanum „Zweck“. Aus dem Subjekt wird ein Zweckvermögen, aus dem Obligationsobjekt ein Haftungszweck, daher findet sich das Wesen der Obligatio in das Exekutionsmittel verlegt.⁵⁾ Bei der Construction der Singularsuccession gibt man das Subjekt, bei der Construc-

⁴⁾ s. § 21. I.

⁵⁾ s. § 23. III.

tion der Obligatio das Objekt⁶⁾ als Basis Preis und eröffnet damit einen Krieg Aller gegen Alle. Ich frage, wie es zu rechtfertigen sei, dass man an die Stelle der Sache selbst, um die es sich handelt, ihren Zweck setzen will. Der Zweck ist doch nicht identisch mit der Sache, welche ihm dient.⁷⁾ Man kann die Sache haben ohne den Zweck, den Zweck ohne die Sache. Man kann die Sache erkennen, ihren Zweck vielleicht nicht, oder den Zweck erkennen, aber die Sache vielleicht nicht, die ihm dienen soll. Eine Sache kann mehreren Zwecken, mehrere Sachen können Einem Zwecke dienen.⁸⁾ Wesen und Zweck ist also Zweierlei, und die Construction will in das Wesen der Sache dringen; der Zweck kann die Structur nicht ersetzen, er ist ihr äusserlich. Daher sind die Zwecktheorien ganz geeignet, fortzeugend Zweckmässigkeitstheorien zu gebären und Utilitätsmaximen zur Herrschaft im Rechtsgebiet zu bringen. Und weiter: der Zweck setzt eine zwecksetzende Intelligenz voraus; denken wir also das Eine, so müssen wir das Andere hinzudenken, und so weist uns der Zweck immer unausweichlich über sich hinaus und auf die Person als Subjekt zurück. Das Recht ist eine Macht, welche einem Subjekt zusteht, und an einem Objekt sich erweist. Ohne Objekt wäre das Recht keine Macht; es ist aber eine Macht.⁹⁾ Obligatio ohne Objekt wäre also kein Recht, sondern Ohnmacht; freilich ist auch das behauptet worden, allein ohne Ueberlegung, und man kann nicht stark genug dagegen protestiren.¹⁰⁾ Binden wir also den Luftballon allerhöchster Spekulation los von den zwei Haltpunkten Subjekt und Objekt, so wird derselbe bald in der Aetherregion dem Blicke der Irdischen entschwinden.

Soll ich noch von solchen Experimenten reden, welche aus der

⁶⁾ s. § 21. III. Dazu § 39. I. und § 46. I.

⁷⁾ Durch Zweckerfüllung geht daher z. B. die Obligatio durchaus nicht nothwendig, durchaus nicht immer unter.

⁸⁾ z. B. Novation und Cession dem Verkehr mit obligatorischen Werthen; dann auch die obligatorische Singularsuccession.

⁹⁾ Alles Recht muss von da aus betrachtet, begriffen und construirt werden. Ohne Auffindung und Nachweisung des Objekts kommt keine Construction vom Flecke. Es gibt eine ganze grosse Disciplin im Recht welcher diese Erkenntniss und daher die Grundlage principieller Construction noch fehlt: das Staatsrecht. Dasselbe gliedert sich vernünftiger Weise nur nach dem Objekt; die Objekte der Staatsgewalt (Land — Leute — Aemter und locale Gemeinwesen) zeigen die Theile des Staatsrechts.

¹⁰⁾ s. § 21. S. 93.

Delictsoobligation eine Quasicontractsoobligation, oder aus der Contractsoobligation eine Delictsoobligation heraus destilliren?¹¹⁾ Es wird damit die Anarchie im Reiche des Rechtsgedankens proklamirt. Solchen Wagnissen, Abenteuern und Ungeheuern gegenüber wird mein Versuch des Construirens altväterisch, nüchtern und prosaisch erscheinen; er hält sich auf vertrauter Bahn, operirt mit bekannten Begriffen und respektirt die seit der römischen Jurisprudenz und auf Grund derselben angenommenen Kategorien. Aber vielleicht zieht er Manche gerade dadurch an und kann dann die Befestigung der wissenschaftlichen Ueberzeugung fördern. Jedenfalls habe ich den Vorgang der römischen Juristen für mich, welche sich stets auf die Schultern ihrer früheren Meister stellten, so die Stetigkeit des Fortschritts wahrten, den Frevel des Mauersprungs fern hielten und ihre Wissenschaft theilnehmen liessen an der soliden Festigkeit und wohlthuenden Durchsichtigkeit ihres Rechtes.

III. Die erste Abhandlung beschäftigt sich mehr mit Dogmatischem, die zweite mehr mit Geschichtlichem. Ich hatte es dort mit Vielen, hier nur mit Einem zu thun, dessen Gegnerschaft in Betracht kam: insofern war meine Position hier eine leichtere, das zweite Thema ein beschränkteres. Allein der Gegensatz der Meinungen ist hier in seinen letzten Gründen schwerer erkennbar; es ist ein Gegensatz der Methoden, welchen ich vorerst durch Nebensstellung eines anderen Gegensatzes in helleres Licht zu setzen versuchen will.

Zu den im Vorhergehenden aufgeführten Zügen in der Physiognomie unserer neuesten Jurisprudenz muss noch ein Zug hinzugefügt werden, damit nicht eine wesentliche Lücke bleibt: das Einsetzen der juristischen Forschung in ausserrechtlichen, ausserethischen, animalischen, physiologischen Fragnpunkten. In einem grossangelegten und aufsehenerregenden Werke eines der gefeiertesten Rechtslehrer unserer Tage ist der Zweck im Recht auf's Korn genommen, und die ganze Untersuchung mit einer Betrachtung thierischer Seelenzustände begonnen worden (v. Ihering). Ich halte diesen Weg für einen falschen, so verdienstlich auch die Aufweisung der vielen Verbindungsfäden zwischen Rechts-, Gesellschafts- und Naturordnung ist. Das Wagniss ist frappant, aber ist es auch fruchtbar, für menschliche Themata mit der Thierwelt zu beginnen, für Fragen des Menschengeistes, des Ethos und der Willensfreiheit Antworten aus

¹¹⁾ s. § 21. I.

der naturgebundenen Thierseele zu erwarten, und so den Menschengeist, statt die Adelsgestalt des Menschenleibes zur Fülle ihrer Schönheit zu entbinden, in ägyptische Menschenleiber mit Thierkopf oder pelasgische Thierleiber mit Menschenhaupt zurückzubannen? Die Menschenseele kennen wir erfahrungsmässig aus unsrer eignen Seele, die Thierseele nun und nimmer: hier sind wir daher auf zweifelhafte Schlüsse (vom Aeusseren auf's Innere) angewiesen, während wir dort die Basis der Selbstbeobachtung und Selbsterfahrung, sowie den Leitstern einer festen Analogie haben. Hier ist der Jurist Dilettant, dort ist er in seiner Domäne. Der methodische Denker, welcher in die Tiefen strebt, beginnt stets mit sich selbst: Selbsterkenntniss ist ja, wie schon Sokrates gesagt hat, aller Erkenntniss Anfang, und Cartesius hat sich dem mit seinem Centralsatze: *cogito, ergo sum*, principiell angeschlossen. Und welch' himmelweiter Unterschied ist denn doch zwischen dem Zwecke, welcher im Menschengeist frei geboren und also vom Menschen selbst ausgehend sein Wollen und Handeln regiert, und dem Zwecke, welchen Gott der Natur in allen ihren gesetzlichen Bewegungen und dem der Natur eingefügten und ganz in ihr aufgehenden Thiere gegeben hat!

Ein anderer Forscher setzt mit geistreicher und eleganter Feder, um die Wurzeln alles Wollens und Handelns zu gewinnen, im Muskel- und Nervenapparat des menschlichen Organismus, also in physisch-psychischen Vorgängen ein; Wille ist ihm derjenige psychische Akt, durch welchen unmittelbar die motorischen Nerven erregt werden, Phantasie und Intelligenz scheinen ihm nicht neben dem Willen originale Potenzen zu seyn (Zitelmann). Er setzt also zwar im Menschen (nicht im Thier), aber in der Physis (nicht im Ethos) des Menschen ein, und ich frage wieder, was dabei für das Recht und seine Probleme herauskommen kann? Der Wille, welcher das Element des Rechtes, seine Quelle ebenso wie sein Gegenstand ist, muss ja freilich analysirt und bis ins Aeusserste untersucht werden, und zwar mehr und genauer als bisher — dies die berechnete Seite des Werkes über Irrthum und Rechtsgeschäft —, aber der Wille als Geistesfrucht und Geistesthat hat nichts unmittelbar mit der Physis zu thun. Die Jurisprudenz ist eine ethische, oder wie Andere sagen, eine historische Wissenschaft, und dabei wird es wohl bleiben; darum dürfte es eher verwirren, als fördern, wenn physiologische Probleme hineingemengt werden, und Juristen sich über ihr Reich hinauswagen.

Aber warum sage ich das hier, wo ich mich Wlassak gegen-

über befinde? Sein Standpunkt ist der diametral entgegengesetzte; er hat nicht einen zu weiten, sondern zu engen Gesichtskreis. Er tritt mit der kahlen Logik an die geschichtlichen Stoffe, er zieht gleich von vorn herein die Formel des *ius utrumque*, wie eine Semiramismauer, um seinen Horizont. Er thut zu wenig, wo die vorher Genannten zu viel thun. Er richtet eine falsche Schranke auf, während jene die rechte Schranke durchbrechen. Eines ist so ungesund, wie das Andere. An Wlassak bewährt sich dass, denn gerade seine Logik kommt in Gefahr.¹²⁾

IV. Der Grundgedanke meiner Beweisführung, d. h. mein eigentliches Beweisthema ist, dass die Welt neuer Erscheinungen, mit welchen wir es auf dem Rechtsboden der Kaiserzeit zu thun haben, ein System, nicht ein Conglomerat ist. Eigentlich liegt nur hier der Differenzpunkt zwischen mir und meinem Gegner. Ich muss bitten, das nicht aus dem Auge zu verlieren. In vielen Einzelpunkten sind wir ziemlich einig; wir beide finden, dass hier wirklich Neues, wirklich eine Abweichung von der bisherigen Hauptlinie, von der grossen römischen Heerstrasse offenbar wird. Aber wir trennen uns da, wo mein Gegner immer nur Einzelnes sieht, ich aber ein Ganzes sehe.

Freilich kündigt sich schon bei den einzelnen Punkten — wie nicht anders seyn kann — die Differenz an, indem ich die einzelne Abweichung zu vertiefen, zu begründen bestrebt bin, z. B. im *fideicommissum hereditatis* den Begriff der Universalsuccession *sine heredis nomine* betone und mithin, während mein Gegner auf das Wort *fideicommissum* den Accent legt, ich den Accent auf das zweite Wort rücke. So ist, was wir anrühren, dasselbe und doch in der Hand eines Jeden etwas Anderes. Aber auch beim einfachen *fideicommissum* trennen wir uns, wenn mein Gegner die äussere Formlosigkeit, welche doch gar nichts so Unerhörtes für den Römer jener Zeit war (weil der Prätor längst in dieser Richtung vorgearbeitet hatte), betont, ich aber die innere Form als das eigentlich Neue ansehe, weil hier die Region des Willens verlassen, und dem Willen als zeugende Potenz der Wunsch zur Seite gestellt wird. Dass der Rechtssinn nun auch dem unfertigen oder zaghaften Willen, dem blossen Wunsche Rechnung trägt, ihm in dem höchsten Gebiete des Privatwillens Rücksicht angedeihen lässt, ist ein Hinausrücken der Grenzen des Rechts, eine Erweiterung des antiken *Pomerium*, eine

¹²⁾ s. oben § 51. S. 254.

Ausweitung des rechtlichen Horizontes, und eine Zulassung von Linien, welche den Eindruck des Nebelhaften, Unsicheren, Ungreifbaren und Gefährlichen machen, daher etwas nicht mehr recht Klassisches, etwas Unrömisches an sich haben.

Mein Gegner wird zugeben, dass hier etwas aus der römischen Art Schlagendes vorliegt, aber er beschwichtigt sein juristisches Gewissen, indem er das von keinem grossen Belang hält und einfach die unrömischen Momente registriert. Mir dagegen scheinen diese Momente in erheblicherem Grade unrömische zu seyn, und ferner: ich suche die treibenden Ideen in dieser Schicht unrömischer Stoffe und die Faktoren auf, welche den inneren Zusammenhang an die Hand geben; ich erblicke in ihnen eine einheitliche Kulturerscheinung.

Die *Seta* und *Constitutiones* klingen in einem grossen Accord zusammen. In allen hervorgehobenen Quellen des *jus extraordinarium* erblicken wir bald mehr, bald weniger eine Deviation von der traditionellen Linie, eine Zersetzung des festgefügtten Systems, ein Durchbrechen des nationalen Rahmens, und dass dies so ist, zeigt sich am Unwidersprechlichsten auf dem Gebiete, wo sonst der römische Geist die grösste Zähigkeit bewies: im Erbrecht. Dieses auf den Begriffen der *familia* und *patria potestas* aufgebaute System wird an immer mehr Stellen durchbrochen: das *Scutum Trebellianum* bringt eine successive Erbfolge, wenigstens indirekt, zuwege; das *Scutum Apronianum* lässt auch auf *incerta corpora* das *nomen heredis (a liberti)* übergehen; das *Scutum Tertullianum* etablirt endlich gar ein Erbrecht im Widerspruch mit den Konsequenzen der *patria potestas*; im *jus militare* wird der Kreis der Abweichungen von den Grundlinien noch weiter hinaus gerückt, indem successive Erbfolge in direktem Sinne, Verträglichkeit der beiden Delationsgründe, Formlosigkeit letzter Willen u. s. w. anerkannt werden und keiner der Grundpfeiler der alten Erbordnung unangetastet bleibt. In dieser Fülle von Abweichungen bloss ein Mehr oder Weniger gegenüber dem *jus honorarium* erblicken, verräth eine Flachheit juristischer Anschauung, welche nicht mehr erlaubt ist, nachdem einmal der Blick für die Grösse des Unterschieds geöffnet ist. Nein, es liegt ein Princip in den Abweichungen und ihrer Häufung, ein über Rom hinausliegendes kosmopolitisches Ziel ist unverkennbar; es birgt sich darin ein Gegensatz zu den Grundlinien der alten Ordnung und Anschauung.

Es ist nicht bloss eine Frage des geschichtlichen Sinnes, sondern auch der Schärfe des juristischen Construirens. Es geht nicht mehr

an, dass, nachdem wir allgemein die Structur der Rechtsinstitute schärfer ins Auge zu fassen gelernt haben, dieser Fortschritt hier wieder rückgängig gemacht wird, die Institute des neuen Kaiserrechtes auf dieselbe Fläche gestellt werden, welcher die Institute des vorkaiserlichen Rechtes angehören, und Gleichgültigkeit gegen ihre Stylverschiedenheit unter dem Panier exacter Methode proklamirt wird.

V. Es ist eine Frage der Methode, auf welche Wlassak so oft emphatisch provocirt. Dem Flusse der geschichtlichen Bewegung gegenüber ruft er die absolute Herrschaft seiner logischen Begriffe auf. Ueberall arbeitet er, so scheint mir, nur mit logischen Kriterien. Es geht ihm, wie dem Talmud, diesem im Sonnenbrand fanatischer Dialektik ausgedörrten System, welches den Strom der Geschichte erstarren macht und wie ein Medusenhaupt auf die in seinen Bannkreis Gezogenen wirkt. Solchen Fanatikern der logischen Analyse verflüchtigen sich die Artunterschiede in graduelle Differenzen, die uns gleichgültig lassen und alle lebendige Anschauung rauben; sie erblicken in Tönen und Farben nichts, als eine grössere oder geringere Anzahl von Luft- und Aetherschwingungen und bemessen den rauschenden Strom der Geschichte nach der Menge der Wellen, den Rhein nach der Anzahl der Tropfen, die er ins Weltmeer treibt.

Es gibt in der Theorie einen logischen — oder wenn man will, dialektischen — Standpunkt, welcher seine volle Berechtigung hat; von ihm aus kann viel zur Aufhellung und Controle der Resultate gewonnen werden. Aber wehe, wenn er das Recht der Ausschliesslichkeit usurpirt. Noch hat die Logik das Eigenthum oder den Bundesstaat, oder das *jus postliminii*, oder das *judicium pendens* zu definiren, die Compensation oder die gegenseitige Obligation zu begründen nicht vermocht. Wenn überall mit den Mitteln der juristischen Konsequenz weiter zu kommen wäre, dann hätte es des Prätorenedikts wahrlich nicht bedurft; es wäre Vergeudung nationaler Kräfte gewesen, dass die Prätores neue schöpferische Impulse in die stagnirende Civilrechtsmasse warfen und in mehrhundertjähriger bewundernswerther Arbeit ein neues System von Rechtsideen zur Welt brachten, und wiederum, dass dann im Kaiserrecht anderes Neue, Kompromisse und Transactionen eingehend, sich dem Alten anschloss und wundersame, aber der Wirklichkeit angehörende, reale Mischbildungen hervorrief.

Das wahrhaft Schöpferische in der Welt der Thatsachen lässt sich immermehr auf logische Elemente und Schlussfolgerungen redu-

eiren, das Organische lässt sich nie in den Maschen eines Netzes oder in den Punktstrichen des Zirkels abfangen und aufzeigen. Das Beste liegt eben zwischen den Maschen und Punkten, unerreichbar für den Logiker. Die reine Logik ist niemals schöpferisch, daher auch nie befähigt, freie Gebilde zu begreifen. Sie vermag, kritisch zu zerlegen, aber nicht, schöpferisch zu gestalten, und sie wird sich immer zu bescheiden haben, wo es gilt, neue Schöpfungen dem bisherigen Leben und Bewusstseyn einzuverleiben. Wer zur Begreifung solcher Wandelungen keine Intuition mitbringt, ist zu klein für das Grosse; er vermag nicht, das Schaffen in seinem Geiste nachzuschaffen, und wem er seine Kritik octroyirt, dem wird er die Einsicht hemmen. Den römischen Juristen gebrach es an jener Intuition nicht, wie v. Bethmann-Hollweg mit Recht betont, und v. Ihering warnt mit gleichem Recht unsere Doctrin vor einer Ueberschätzung der logischen Seite des Rechts.¹³⁾

Mit dem Gerügten steht, so scheint mir, Folgendes in einem gewissen Zusammenhang. Es ist unter jüngeren Juristen eine Art Mode geworden, Rudorff, den letzten Koryphäen der historischen Schule, abzutrumpfen; ich kann in diese Mode nicht einstimmen. Er hatte einen selten hellen Blick für die Eigenart des römischen Rechts und den Fluss seiner Entwicklungslinien. Was er in § 21. 64. 68. des 1. Bandes seiner römischen Rechtsgeschichte über das *nomen patrisfamilias* als Kern des altrömischen Privatrechts, in § 15 über das Verhalten der *lex Licinia Sextia* zu der Majestät des Eigenthums, in § 27 über die Augustische Reformgesetzgebung, in § 49 über das neue Princip, welchem das *Scutum Vellejanum* des Consuls Vellejus Rufus Bahn macht, bemerkt hat, gehört zu dem Feinsten, was über den Geist des römischen Rechtes gesagt worden; seine Entdeckung des *jus extraordinarium* ist ein bleibendes Verdienst.

VI. Unsere deutsche Rechtswissenschaft ist, wenn ich recht sehe, dermalen an einem kritischen Punkte angelangt. Die Menge umfassender und einschneidender Gesetze, welche neu auf den Plan gekommen sind, fordern zu exegetischer, logischer, dialektisch zerlegender Arbeit auf. Unter ihnen stehen die Processgesetze in vorderster Linie, und diese sind ihrer ganzen Natur nach besonders dazu angethan, die logische Methode herauszufordern. Dazu kommt eine gewisse talmudistische Neigung, welche unserem Zeitalter nicht

fremd ist; gar Mancher ist Sklave seiner sophistischen Passion. So wird die freie, gestaltende Intuition mit gewandten Wendungen oft in den Winkel gedrängt, falsch drapirt, und wohl gar in's Lächerliche gezogen. Das Gesammtfacit droht, dass der geschichtliche Lebensodem unserer Wissenschaft verkümmert wird und das eintritt, was v. Savigny seinerzeit prophezeite, als er mit genialem Instincte die Gefahren der Codification schilderte. Ich bin kein Gegner derselben, ich halte sie für ein praktisches und nationales Bedürfniss, aber ich verkenne auch nicht die Gefahren, welche von da unserer Wissenschaftlichkeit und Wissenschaft drohen, indem sie deren freien, gesunden, lebensvollen und schöpferischen Fortschritt in Frage stellen. Die einseitige Logik richtet eine Mauer mit reichen scharfen Zinnen auf, welche nicht bloss den freien Umblick hemmen, sondern auch lähmend zurückwirken auf die wissenschaftliche That- und Schöpferkraft; die Zinnen glänzen hell im Aether der Logik, aber die Räume innerhalb der Mauer werden dumpf, wenn dem frischen Luftzug jener Kraft der Eintritt verschlossen wird.

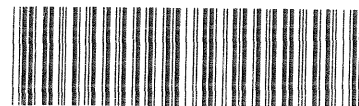
¹³⁾ Vergl. dazu Kuntze Excuse, S. 6—8.

Berichtigungen und Zusätze.

- S. 48. Z. 3 (des Textes) v. u. ist zu lesen: *voti nuncupatio*.
- S. 69. Anm. 7 ist hinzuzufügen: Vergl. auch fr. 33. *de nov.* (46, 2) und fr. 22. § 2. *mand.* (17, 1).
- S. 71. Anm. 14. Z. 3 v. u. sind die Worte „oder Anspruch“ in Wegfall zu bringen.
- S. 72 gehört die Anm. 18 nicht zu No. 3, sondern zu No. 1 (bei den Worten: anordne und vornehme).
- S. 90 oben ist zu lesen: § 21 (statt § 11).
- S. 102. Z. 4 v. o. ist einzuschalten (nach: mengt): oder wohl auch sich in dem begleitenden Pfandrecht verliert.
- S. 132. Z. 20 v. o. ist nach dem Worte *novatio* einzuschalten: oder in der Wendung *obligationem mutare* (fr. 45. § 1. *mand.* (17, 1).
- S. 177. Z. 3 (des Textes) v. u. ist zu lesen 6. (statt: 5).
- S. 274. Anm. 21 ist hinzuzufügen: Vergl. *ordinariam actionem* in c. 5. *Si aliena res* (8, 16).
- S. 293. Anm. 5 ist nach d. W. „Anm. 6“ einzuschalten: § 62. VII. § 63. II.

REV15

ÚK PrF MU Brno



3 1 2 9 S 0 4 2 3 5

220,-