

I. dcd. 214.

I dcd

ÜBER DIE

Inv. Cls.: 97
Sign: 41

CIVILRECHTLICHE WIRKUNG

DER

VERBOTSGESETZE

NACH GEMEINEM RECHTE.

I. dcd. 214.

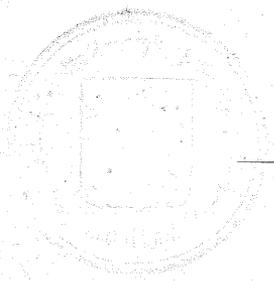
VON

DR. FRIEDRICH ENDEMANN,

GERICHTS-ASSESSOR UND PRIVATDOCENT AN DER FRIEDRICH-WILHELMS-UNIVERSITÄT ZU BERLIN.

Cl. 2938/I.

711177116



[Handwritten signature]

568/584.

LEIPZIG,

FUES'S VERLAG (R. REISLAND).

1887.

Inhalt.

	Seite
Ziel und Aufgabe	1
Caput I. Die gemeinrechtlichen Gesetzesvorschriften über die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze.	
I. Das ältere römische Recht.	9
II. Das Recht des Codex	24
III. Inhalt und Rezeption der Constitutio Theodosiana	29
Caput II. Die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze im heutigen Rechte.	
I. Verbot und Nichtigkeit	69
II. Verbot und Anfechtbarkeit.	93
III. Verbot und Gültigkeit.	102
IV. Die Strafverbote	107
V. Ergebnis	121

ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA
PRÁVNICKÉ FAKULTY UJEP
STARÝ FOND 04230
č. inv.:

Ziel und Aufgabe.

Die Untersuchung über die civilrechtliche Wirkung der Verbots-gesetze betritt ein Gebiet, welchem die neuere Rechtslehre nur geringe Beachtung zugewandt hat. Und doch handelt es sich dabei um einen Rechtsstoff, der in unmittelbarer Fühlung steht zu Problemen, deren Ergründung man gerade heute ein besonderes Interesse entgegen-bringt.

Eine Klarlegung des Begriffes der gesetzlichen Verbote war vornehmlich für die Theorie des Strafrechtes Bedürfnis, und vom Stand-punkte dieser Rechtsdisciplin aus ist denn auch zuerst in eingehenden Untersuchungen es unternommen worden, die Beziehungen zwischen der rechtswidrigen That und dem Strafgesetze, zwischen Strafverbot und Strafgrund aufzudecken. Dann aber ist aus dem an die „Normen-theorie“ sich anknüpfenden Kampfe der Meinungen auch für das Be-reich des Civilrechtes lebhaftere Anregung gewonnen. Welches ist der Grund der verpflichtenden Kraft des Rechtes; in welcher Beziehung stehen die Normen zu dem subjektiven Rechte; welches ist die Be-deutung der erlaubenden und befehlenden Gesetzesvorschriften, und wie äußert sich der rechtsgeschäftliche Wille in seiner Abhängigkeit von den Vorschriften der Rechtsordnung: das sind Fragen, deren Lö-sung für die gesamte Rechtslehre grundlegend — sein kann, deren Behandlung von neuen, den bisherigen Annahmen widersprechenden Gesichtspunkten aus daher nicht verfehlen konnte, die Aufmerksamkeit und Beteiligung weitester Kreise auf sich zu ziehen.

Die hierauf gerichteten Untersuchungen streben indessen vor-zugsweise der allgemeinen abstrakten Begründung der angebahnten Theorieen zu und legen den Nachdruck auf die begriffliche Auslegung von Recht, Norm, Gesetz, Rechtsgeschäft. Infolgedessen ist neben dem Bemühen nach einer rechtsphilosophischen Klärung der aufge-

stellten Grundbegriffe die für die Erkenntnis und Anwendung des positiven Rechtes mir ungleich wichtiger scheinende Prüfung meist unbeachtet geblieben, nämlich die Prüfung nach der Richtung hin, wie denn der im Gesetze niedergelegte Wille der Gesamtheit seine Wirkung in den Rechtshandlungen der einzelnen zum Ausdrucke und zur Geltung bringt. Von hier aus sind die konkreten Fragen zu stellen: welche Befehle haben die Gesetze erteilt und welche Grundzüge lassen sich aus dieser thatsächlichen Gestaltung des Rechtes für die Aufgaben des Gesetzgebers, für die Grenzen seiner Machtbefugnis und für die unmittelbare rechtliche Beeinflussung der Privatwillenserklärungen ableiten? Die Lösung dieser Fragen scheint vor allem durch das praktische Bedürfnis erheischt zu werden, und erst von den hier erlangten Ergebnissen aus dürfte ein Fortschritt in der Darstellung der allgemeinen Gesetzeslehre und die Anbahnung einer Verständigung über die grundlegenden Theorien zu erwarten sein.

Nur als ein Teil dieser umfassenden Aufgabe wird aus den vielen hier auftauchenden Rechtsproblemen eines der nachstehenden Abhandlung zu Grunde gelegt. Dafs dieses gerade herausgegriffen ist, hat seinen Grund darin, dafs für das Civilrecht unter allen Gesetzen diejenigen, welche ein Verbot enthalten, eine ganz gesonderte Stellung einnehmen und eigenartige, fast ungeprüfte Schwierigkeiten verursachen. Für den Ausgang aber, welchen die Untersuchung nimmt, kommt eine praktische Veranlassung hinzu. Gerade heute wird mit grofser Lebhaftigkeit vor allem in der Rechtssprechung, aber auch in der Theorie ein Rechtssatz verteidigt und angewandt, dessen Inhalt eine derart einschneidende Bedeutung für die Behandlung der Verbotsgesetze hat, dafs zu ihm von allen Seiten Stellung genommen werden mufs. Derselbe pflegt so formuliert zu werden:

jedes Verbotsgesetz bewirkt nach gemeinem Rechte die Nichtigkeit des verbotswidrigen Rechtsgeschäftes.

Damit ist ein Prinzip ausgesprochen, welches für die Rechtssprechung wie für die Gesetzesauslegung von entscheidender Wirkung und von täglicher Verwertung sein mufs. Und dennoch, welche Unklarheiten verbinden sich mit ihm, wie wenig ist sein wahrer Inhalt erforscht. Mufs es schon befremden, wenn bereits bei dem ersten Blicke auf unsere Rechtslehre es sich zeigt, dafs in der Beantwortung dieser Rechtsfrage die Meinungen sich scharf gegenüberstehen, Autorität stellt sich gegen Autorität: so ist es noch auffallender, dafs wohl Behauptungen hierüber ausgesprochen, eine eingehende Begründung derselben aber, so viel zu sehen ist, nirgends gegeben wird. So lange man bei diesem Verfahren stehen bleibt, wird sich eine Verständigung,

so notwendig auch immer diese erscheinen mufs, nicht erzielen lassen; Willkür oder Zufall werden über die Auslegung der Verbotsgesetze mehr oder weniger entscheiden.

Die Methode, nach welcher hier nun versucht werden soll, einen festeren Anhaltspunkt in dem Schwanken der Meinungen zu geben, ist folgende. In derselben mag zugleich die Rechtfertigung liegen für den Umfang, den ich der Bearbeitung glaubte zumessen zu müssen.

1. Die Behauptung, jedes Verbotsgesetz ist eine *lex perfecta*, läfst sich nur begründen oder bekämpfen von der allgemeineren Untersuchung aus: welche civilrechtlichen Wirkungen sind aus der Natur und der thatsächlichen Gestaltung der Verbotsgesetze als mögliche festzustellen, und wie äufsern dieselben sich in ihrer Verschiedenheit? Insofern also wird über die Specialfrage hinaus auf den Inhalt der Verbotsgesetze überhaupt einzugehen sein. Im übrigen aber soll das Thema streng begrenzt bleiben. Es kann bei einer auf ein bestimmtes Ziel gerichteten Bearbeitung nicht für entsprechend erachtet werden, wenn jeder der zur Anwendung gelangenden Rechtsbegriffe nach seinem ganzen Inhalte dargelegt und geprüft wird. Durch ein solches, den Anschein tiefster Gründlichkeit annehmendes, Verfahren wird nur zu oft die Aufmerksamkeit abgelenkt und das Ziel selbst aus der richtigen Bahn verschoben.

Ein gewisser Bestand an rechtlichen Grundbegriffen mufs als sicher unterstellt werden; sonst würde jede Specialuntersuchung sich zu einem Rechtssysteme erweitern müssen. Ich werde daher, so nahe dies liegen könnte, auf die nähere Prüfung selbst solcher Rechtsbegriffe, die, wie Nichtigkeit, Anfechtbarkeit, Rechtsgeschäft, teils nach ihrem Umfange und ihrer Abgrenzung, teils sogar in ihrer juristischen Existenz bestritten werden, um so weniger eingehen, als ich die von der herrschenden Lehre bezüglich derselben festgehaltene Auffassung durch die Angriffe neuerer nicht für erschüttert erachten kann.

2. Die Wirkung des Verbotsgesetzes auf Rechtsgeschäfte bildet den Gegenstand der Untersuchung. Nur von solchen Verbotsgesetzen ist daher zu handeln, welche eine Einwirkung auf die Geschäfte des bürgerlichen Rechtsverkehres ausüben und nur diese civilrechtliche Bedeutung, nicht die strafrechtlichen oder prozessualen Folgen der Verbotsübertretung sollen dargelegt werden.

Wieweit hierfür der Begriff des Verbotsgesetzes ausgedehnt werden mufs, mag zweifelhaft erscheinen; die Gesetzestechnik bietet keinen ausreichend sicheren Anhalt. Gewifs ist, dafs dieser Begriff alle diejenigen Gesetze umfaßt, welche ausdrücklich besagen, dies

soll nicht, dies darf nicht geschehen; ebenso ist in jeder Strafanordnung ein Verbot enthalten, denn bestraft wird nur, wer einem „du sollst nicht“ zuwiderhandelt. Indessen der Gesetzeswortlaut ist nicht allein maßgebend; zufällige Umstände und äußere Gründe lassen oft verbietende Bestimmungen ohne Verbotsform erscheinen. Das Reichstrafgesetzbuch enthält nur Begriffsbestimmungen nebst Straffestsetzungen, und die Fragmente der Digesten befehlen nicht, sondern stellen das geltende Recht dar.

Um für die folgende Untersuchung eine vorläufige Begrenzung des Begriffes der Verbotsgesetze zu erhalten, werden die civilrechtlichen Gesetze nach ihrem Inhalte derart geschieden:

a. Gebietende Gesetze sind diejenigen, welche bestimmte positive — materielle und formelle — Erfordernisse für den Begriff der civilrechtlichen Geschäfte vorschreiben. Sie ordnen an, welche Thatbestandsmerkmale ein Geschäft besitzen muß, um als „Rechtsgeschäft anerkannt zu werden.

b. Die verbietenden Gesetze wehren zum Schutze der Rechtsordnung die beabsichtigten Rechtshandlungen ab, schliessen deren Vornahme gänzlich aus. Sie negieren eine Willenserklärung, die nach den positiven Erfordernissen der Rechtsordnung Wirkung haben würde, die aber nun kraft der Gesetzesvorschrift als rechts„widrig“ erscheint.

Bei der Gebotsverletzung tritt das Geschäft nicht in das Rechtsgebiet ein; bei der Verbotsübertretung durchbricht es die gezogenen Schranken der Rechtsordnung.

3. Die Mittel, durch welche die Verbotsgesetze sich Achtung verschaffen, können verschiedenartige sein. Hier ist ausschliesslich die Rede von der bürgerlichen Rechtswirkung, und deren Garantie liegt in der civilrechtlichen Sanktion. Da es sich beim bürgerlichen Rechte um die Anerkennung und die rechtliche Wirkung von Privatwillenserklärungen handelt, so hat die Rechtsordnung als stärkste Waffe in der Hand: die Abweisung der Verkehrshandlung als Rechtsgeschäft, den Ausspruch, daß diese Willenserklärung rechtlich keine Existenz und Bedeutung hat. Indessen nicht überall wird zu diesem Extrême gegriffen werden; die sanktionierte Wirkung wird nach der Schwere der Mifsachtung der rechtlichen Ordnung sich bemessen, und da manche Verbote erlassen werden, deren Beachtung zwar erstrebt wird, zu deren Bedeutung aber eine volle Vernichtung der Rechtswirkung in keinem entsprechenden Verhältnisse stehen würde, so haben es die Gesetze dort bei milderer Einwirkung und selbst bei der unversehrten Gültigkeit des verbotswidrigen Rechtsgeschäftes be-

wenden lassen. Terminologisch soll hier zwischen Gültigkeit und Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte derart geschieden werden, daß letzterer Begriff die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit umspannt.

Auf der einen Seite haben wir die Gesetzesverbote, auf der anderen die möglichen Grade der civilrechtlichen Sanktion ihrer Übertretung: in welcher Beziehung stehen beide zueinander, welche Sanktion entspricht einem bestimmten Verbotsgesetze, und welches ist der innere Grund der Verbindung beider? Während die Antwort hierauf bei den rechtlich „gebotenen“ Voraussetzungen der Rechtsgeschäfte sich aus der essentiellen oder nicht essentiellen Natur der gesetzlichen Thatbestandsmerkmale ergibt, scheint es an einem solchen Maßstabe bezüglich der civilrechtlichen Wirkung der „Verbotsgesetze“ zu fehlen. Die eben gestellten Fragen auch bezüglich dieser zu einem Ergebnisse zu führen und mithin die Grundzüge der civilrechtlichen Auslegung der Verbotsgesetze aufzufinden, wird die Aufgabe der folgenden Untersuchung sein.

4. Ein fester Anhalt ist für die Begrenzung der Darstellung zunächst gegeben durch eine Konstitution Theodos' II., die als 1. 5 Cod. de legibus 1, 14 von Justinian aufgenommen wurde. In ihr glaubt man das entscheidende und alleingültige Prinzip gefunden zu haben: jedes Verbot bewirkt von selbst, ohne daß es einer gesetzlichen Äußerung hierüber bedürfte, die Nichtigkeit des unerlaubten Rechtsgeschäftes. So spricht Theodos und so ist daher jedes ältere und jedes moderne Verbotsgesetz auszulegen. Einer weiteren Begründung hält man diesen Rechtssatz nicht für bedürftig.

Bei diesem Stande der Dinge muß die genannte Constitutio Theodosiana den Angelpunkt unserer Feststellungen bilden. Auszugehen ist von der Prüfung des vor jenem Gesetze bestehenden Rechtszustandes, besonders wie dieser sich in den Anschauungen der römischen Juristen nach dem Digestenrechte widerspiegelt. Entscheidend sind sodann die weiteren Fragen: welcher gesetzliche Inhalt der lex 5 Cod. cit. für das römische wie für das gemeine deutsche Recht zuzuerkennen ist, was ihr Wortlaut besagt und welches ihre Wirkung und Bedeutung sein konnten.

Anschließend daran soll der Versuch gemacht werden, ob über die Antwort auf die Frage nach der rechtlichen Verwertung der Constitutio Theodosiana hinaus als positives Resultat eine systematische Darlegung der civilrechtlichen Wirkung der Verbotsgesetze für das heutige gemeine Recht zu gewinnen ist. Auch in diesem letzteren Teile wird der Nachdruck auf einen streng analytischen Gang der Untersuchung gelegt werden. Nicht neue Theorien, sondern praktische

Rechtssätze sollen gesucht werden, die sich aus den Verbotsgesetzen des geltenden Rechtes ableiten und auf sie verwenden lassen. Von der Bildungsfähigkeit dieses Stoffes wird es also, zum Teil wenigstens, abhängen, ob hierfür klare und bestimmte Regeln sich aufstellen lassen oder nicht.

5. Von einer wissenschaftlichen Auslegung und Prüfung der Gesetze kann nur die Rede sein, wenn von freiem Standpunkte aus der Sinn derselben erforscht wird, nicht der Wortlaut den einzigen Maßstab bildet. Entschiedene Verwahrung ist einzulegen gegen jene Methode, welche bei jedem Verbotsgesetze volle civilrechtliche Sanktion verlangt und jeden Zweifel hieran abweist, weil die Gesetzesachtung zu hoch zu halten sei, als daß der Private gegen diese ankämpfen könne. Es sollte nicht nötig sein zu versichern, daß jedes verfassungsmäßig erlassene Gesetz volle Autorität und Achtung zu beanspruchen hat. Mit jener orthodoxen Wendung aber umgeht man nur das Problem: denn es handelt sich nicht darum, muß der Gesetzesbefehl befolgt werden, sondern allein um die Prüfung, was befiehlt denn hier das Gesetz, welche Sanktion will es civilrechtlich seinem Verbote geben? Ist dies im Gesetzestexte selbst angeordnet, so ist jede Schwierigkeit beseitigt, der Befehl wird einfach befolgt. Wenn aber ein Gesetzesverbot über seine civilrechtliche Wirkung schweigt: dann ist die Frage offen, und nur eine systematische Untersuchung, nicht aber ein abstraktes Dogma kann hier die Anleitung geben, wie die Antwort zu finden sei.

CAPUT I.

Die gemeinrechtlichen Gesetzesvorschriften über die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze.

I.

Das ältere römische Recht.

Welche civilrechtlichen Folgen mit der Nichtbeachtung der Verbotsgesetze verknüpft sind, ist nach Digestenrecht nicht in einen einheitlichen Grundsatz zusammenfafsbar. Die verschiedenen verfolgten Rechtszwecke finden in bald schärferer, bald milderer Sanktion des Gesetzesbefehles ihren Ausdruck, und der Gegensatz zwischen *ius civile* und *ius honorarium* tritt in der Wirkung der Gesetzesverbote entscheidend zutage.

Nach den überlieferten Gesetzesvorschriften sind für das ältere römische Recht drei Arten von Verbotsgesetzen zu unterscheiden. Die Norm dieser Einteilung geben die gesonderten Rechtsfolgen der Gesetzesübertretung. Die Benennung der Kategorieen und das Prinzip ihrer Scheidung sind einem Ausspruche Ulpian's zu entnehmen. Derselbe ist indessen nur sehr fragmentarisch erhalten und seine Ergänzung erscheint gerade bezüglich der wichtigsten und anscheinend regelmäfsigen Folgen der Verbotsgesetze keineswegs als sichergestellt.

Es ist deshalb geboten, zur Klarstellung der einzelnen Arten mit der Besprechung der überlieferten Einteilungen zu beginnen, um aus den dann verbleibenden Gesetzen den Umfang der unbekanntnen Kategorie bestimmen zu können.

1. *Leges minus quam perfectae*.

Die Definition dieser giebt Ulpian mit den Worten: *minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri et si factum sit, non rescindit, sed poenam iniungit ei, qui contra legem fecit*¹⁾.

¹⁾ Ulp. fragm. princ. § 2.

Es sind dies reine Pönalgesetze. Die dem Verbotsgesetze widerstrebende Handlung ist civilrechtlich von voller Wirkung, aber sie wird mit Strafe belegt. Die Anerkennung der Existenz solcher Gesetze ergibt die für den weiteren Verlauf dieser Untersuchung wichtige Konsequenz, daß in der auf eine Rechtshandlung gesetzten Strafandrohung keineswegs notwendig die civilrechtliche Nichtanerkennung derselben ausgesprochen liegt. Strafverbot und Ungültigkeit sind keine coincidierenden Begriffe.

Als Beispiel giebt Ulpian selbst für solche Gesetze die *lex Furia testamentaria*¹⁾.

In den sog. *fragmenta de iure fisci* scheint ebenfalls von *leges minus quam perfectae* die Rede zu sein. Es heißt daselbst: *edicto divi Traiani cavetur, ne qui provincialium cum servis fiscalibus contrahant nisi adsignante procuratore: quod factum dupli damno vel reliquorum exsolutione pensatur.* Da bei der Übertretung der anderen Gesetze ausdrücklich dort hinzugefügt wird, daß das Rechtsgeschäft nullius momenti ist, so dürfte aus dem Fehlen einer derartigen Bestimmung sowie aus dem technischen Ausdrucke „*contrahant*“ sich schließen lassen, daß in unserem Falle der Vertrag civilrechtlich gültig bleibt. Ausdrücklich gesagt ist dies in einer kurz darauf folgenden, freilich nur sehr lückenhaft erhaltenen Stelle: *qui mutuam pecuniam contra interdictum dispensatori vicariove eius crediderit — in poenam — enitur, quia quod credidit non amisit*²⁾.

2. Leges imperfectae.

Kunde über den Begriff dieser Gesetze giebt Macrobius³⁾: *inter leges illa imperfecta dicitur, in qua nulla deviantibus poena sancitur.* Aus dem fragm. Ulp. ergibt sich außerdem, daß diese Art der *leges* die verbotswidrige Rechtshandlung nicht nur unbestraft läßt, sondern auch ihre rechtliche Wirksamkeit nicht zerstört: „*non rescindit*“⁴⁾.

¹⁾ Ulp. fragm. l. c.: *quae plus quam mille asses legati nomine mortive causa prohibet capere praeter exceptas personas et adversus eum qui plus ceperit, quadrupli poenam constituit.* — Vat. fragm. § 301.

²⁾ Über die Lesart der citierten Stellen: Krüger in der *Collectio lib. iuris antejust.*, tom. II pag. 163 v. 16—19; pag. 164 v. 5—8.

³⁾ Kommentar zu Cicero: *somnium Scipionis* II 17 § 13.

⁴⁾ Da es sich für diese Untersuchung vorzugsweise um die materielle Darlegung der verschiedenen Wirkungen der Gesetze handelt, so gehe ich auf die Versuche, den Ausspruch Ulpian's nach seinem Wortlaute zu restituieren, nicht näher ein. Die beste Abhandlung hierüber ist von Schilling: *animadversionum criticarum ad Ulpiani fragmenta* p. 24 ff. Nach ihm ist zu lesen: [*imperfecta lex est quae vetat aliquid fieri, et si*

Unvollkommen heißen diese Gesetze deshalb, weil das gegebene Verbot nicht durch rechtlichen Zwang geschützt ist¹⁾. Das Gesetz beschränkt sich auf den Befehl: dies soll nicht geschehen, ohne demselben durch eine Sanktion Nachdruck zu erteilen.

Ein solches Gesetz hat oft also nur instruktionelle Bedeutung; seine Beobachtung beruht auf der sittlichen Achtung vor dem Gesetzesbefehl oder in der Kraft der Amtspflicht. Bezeichnend ist hierfür der Ausspruch von Livius²⁾: *Valeria lex, cum eum, qui provocasset, virgis caedi, securique necari vetuisset, si quis adversus ea fecisset, nihil ultra, quam improbe factum adiecit. Id — qui tum pudor hominum erat — visum, credo, vinculum satis validum legis: nunc vix serio ita minetur quisquam.*

Weitere Beispiele solcher instruktionell-unvollkommener Gesetze sind: die Vorschrift, es sollen keine bedingten Urteile erlassen werden³⁾; das Verbot, daß aktive Soldaten zu Prozeßvertretern bestellt werden⁴⁾; das Verbot, daß den auf Zeit Relegierten durch Urteilsspruch Güter entzogen werden⁵⁾. Auch werden hierher die

factum sit, non rescindit, nec poenam iniungit ei qui contra legem fecit; qualis est lex Cincia, quae plus quam — donari] prohibet exceptis quibusdam cognatis et si plus donatum sit, non rescindit. Huschke: *Jurisprud. Anteiustinian.* p. 454 hat diese Ergänzung wörtlich angenommen. — Daß dieselbe sachlich zutreffend diese Kategorie der römischen Gesetze charakterisiert, ist nicht zu bezweifeln. Vgl. auch Krüger in tom. II der *Collectio librorum iuris anteiustiniani* pag. 5.

¹⁾ In ähnlichem Sinne wird *imperfectus* angewandt: *Frgm. Ulp. XXII § 34*: „*sub imperfecta cessione*“. L. 7 D. de m. c. donat. 39, 6: *imperfecta donatio.* L. 3 D. de testam. mil. 29, 1: *imperfectum testamentum.* Ebenso L. 35 eod. und L. 2 § 1 D. testam. quemadm. aper. 29, 3. Pauli sent. V 4 § 14: *flagitio imperfecto.* Vatican. frgm. 312: *imperfecta donatio.* — Anders: L. 9 pr. D. de contr. empt. 18, 1: *emptio imperfecta,* wenn die Parteien über den Inhalt des Kaufvertrages dissentieren.

²⁾ *Historiarum lib. X cap. 9.*

³⁾ L. 1 § 5 D. quando appelland. sit 49, 4: *sane quidem non est sub condicione sententia dicenda: sed si fuerit dicta, quid fiet? et est utile statim tempora ad appellandum computari debere.*

⁴⁾ L. 8 § 2 D. de procur. et def. 3, 3: *veterani procuratores fieri possunt: milites autem nec si velit adversarius procuratores dari possunt, nisi hoc tempore litis contestatae quocumque casu praetermissum est.* Vgl. L. 7 Cod. de procur. 2, 12.

⁵⁾ L. 7 § 4 D. de interd. et relegatis 48, 22: *ad tempus relegatis neque tota bona neque partem adimi debere rescriptis quibusdam manifestatur, reprehensaeque sunt sententiae eorum, qui ad tempus relegatis ademerunt partem bonorum vel bona, sic tamen ut non infirmarentur sententiae, quae ita sunt prolatae.*

Vorschriften über die Einlegung der Berufung insofern zu beziehen sein, als die irrtümliche Anrufung eines höheren Richters statt des niederen ohne Rechtsnachteil ist¹⁾.

Das klassische Beispiel einer *lex imperfecta*, auf welches auch Ulpian nach allgemeiner Annahme²⁾ sich bezogen hat, bietet die *lex Cincia*. Dieselbe untersagt jede übermäßige Schenkung, aber [si plus donatum sit, non rescindit] sie beläßt der trotz des Verbotes geschehenen Schenkung die volle civilrechtliche Wirkung. In dieser Bedeutung, welche der *lex Cincia* nach dem *ius civile* zukommt, ist sie jedenfalls ein der Sanktion entbehrendes unvollkommenes Gesetz.

Dem civilen Verbotsgesetze erteilte aber der Prätor durch Einführung der *exceptio legis Cinciae* praktische Wirkung: der Einklage der unerlaubten Schenkung trat jetzt eine zerstörende Einrede gegenüber; zugleich ward auf das verbotene Übermaß eine Rückforderungsklage gegeben. Damit ist das Gesetzesverbot zu einem vollkommenen gestaltet, die Rescission der unerlaubten Schenkung ist anerkannt, so daß die *lex Cincia* nun nicht mehr unter die Definition der *lex imperfecta* fällt³⁾.

¹⁾ L. 1 § 3 D. de appellat. 49, 1. Vgl. auch L. 14 § 14 D. de religios. 11, 7: Divus autem Marcus rescripsit eum heredem, qui prohibet funerari ab eo, quem testator elegit, non recte facere: poenam tamen in eum statutam non esse.

²⁾ So Cuias, *Observat. lib. 19 cap. 30*. Zimmern, *Histor. iuris rom. I*, § 17 p. 62. Meermann, *Thesaur. t. VII*, p. 742. Schilling, *Animadvers. crit. p. 34*. Huschke, *Jurisprud. Anteiust. p. 454*. Gneist, *Institutionum etc. syntagma 2. Aufl. p. 309* und andere.

³⁾ Vatican. fragm. 266: unde si quis contra legem Cinciam obligatus non excepto soluerit, debuit dici repetere eum posse; nam semper exceptione Cinciae uti potuit. (Ulpian.) — L. 21 § 1 D. de donat. 39, 5: — habeo adversus debitorem meum „rescissoriam“ in id, quod supra legis modum tibi promisit — habeo contra te „conditionem“. L. 24 eod. Gai: *Inst. IV § 121*. — Die *lex Cincia* ist demnach nur unter Vorbehalt noch als Beispiel der *leges imperfectae* zu benennen. Schilling l. c. p. 33 allerdings meint, jene Rückforderungsklage zerstöre den ursprünglichen Begriff der l. C. deshalb nicht, weil sie nur auf einer durch auctoritas prudentium eingeführten Erweiterung der *lex* beruhe. — Indessen ist es gleichgültig, wer diese verstärkte Wirkung verursacht hat. Dieselbe ist thatsächlich vorhanden; und wenn der gegebenen Einteilung der Gesetze eine rechtliche Bedeutung zukommen soll, so müssen die überlieferten Definitionen streng beachtet und der Widerspruch zwischen der *lex imperfecta* [non rescindit] und der l. Cincia [rescissoriam] anerkannt werden. Die Berufung Schillings auf Mühlenbruch ist verfehlt, da dieser als *leges imperfectae* nur anerkennt: quae, licet exceptionibus repellant agentes, impleta tamen negotia retractari non sinunt. (Doctr. pandect. I § 46.) —

3. Leges perfectae.

Für diese Kategorie der Verbotsgesetze liegt ein unmittelbares Quellenzeugnis nicht vor; ein Restitutionsversuch des Wortlautes, den Ulpians Ausspruch gehabt hat, kann sich hier nur auf Vermutung gründen. Dennoch läßt sich für den Begriff und Umfang der *lex perfecta* ein sicherer Anhalt aus den überlieferten Rechtsquellen gewinnen.

Die beiden bisher besprochenen Arten der Verbotsgesetze vereinigen sich in dem sie charakterisierenden Merkmale, daß die verbotene Rechtshandlung trotz ihrer Gesetzwidrigkeit gültig ist; sowohl bei der *lex imperfecta*, wie bezüglich der *lex minus quam perfecta* betont die überlieferte Definition, daß sie das untersagte Geschäft „non rescindit“. Der logische Gegensatz verlangt daher die Gegenüberstellung solcher Verbotsgesetze, welche dem Befehle durch Vernichtung der verbotenen Handlung Nachdruck verleihen: einer „lex quae vetat aliquid fieri et si factum sit rescindit“.

Die Bezeichnung dieser Gesetze als *leges perfectae* ist im Anschluß an die vorbesprochenen *leges* zutreffend gewählt¹⁾. „Vollkommen“ ist ein solches Gesetz, weil es der Achtung des Verbotes die höchste civilrechtliche Sicherung dadurch verschafft, daß es der widersprechenden Handlung die begehrte Wirkung versagt. In dieser Rechtsfolge steht das Verbotsgesetz in engster Beziehung zu den Gebotsgesetzen.

Gerade dem *ius civile* mußte die vernichtende Kraft des Gesetzesgebotes entsprechen, da es den Rechtsverkehr mit engen Schranken umschloß und zahlreiche Geschäfte nur anerkannte, wenn sie in be-

Nachträglich finde ich noch folgende Äußerung: Antonii Schultingii, *iurisprudencia vetus ante-iustiniana*. 1717 pag. 562 nr. 7 zu Ulpian fragm.: verum quod legi [sc. Cinciae] defuit, iurisdictione a magistratibus aliquatenus suppletum est, data exceptione ei qui conveniebatur ex sua liberalitate ultra modum a lege definitum — nec non prodita actione rescissoria, per quam rescinderetur, quod ultra modum donatum erat.

¹⁾ Perfectus wird in dem Sinne von vollkommen, vollwirksam, endgültig, abgeschlossen, vollendet in der Rechtssprache ständig verwandt; z. B. *aetas perfecta* in L. 32 D. de minor. 4, 4; *perfecta donatio* in L. 2 § 2 D. de donat. 39, 4. L. 17 D. communia praediorum 8, 4. Vatican. fragm. § 96; *negotium perfectum* in L. 9 § 3 D. quod metus causa g. e. 4, 2; *emptio perfecta* in L. 8 pr. D. de peric. 18, 6; L. 39 D. de solut. 46, 3; L. 43 § 9 D. de aedil. edict. 21, 1; L. 12 C. de contr. e. 4, 38. Über letzteren Begriff vgl. Puntchart, *Die fundamentalen Rechtsverhältnisse* § 5 S. 41 ff., § 6 S. 48 ff. und § 19 S. 228 ff.

stimmten Formen zum Abschluss gebracht waren. Infolge dieser exklusiven Natur der Rechtsordnung bedurfte es, um andere Rechtsgeschäfte auszuschließen, hier weder des Verbotes, noch der Erklärung, daß die unerlaubte Handlung unwirksam sein sollte. So galt der Grundsatz, daß *res mancipi* nur durch solennen Rechtsakt übertragen werden können; ohne weiteres Gesetzesverbot ist also die formlose Tradition derselben civilrechtlich wirkungslos. Nur die vom Gesetz bestimmten obligatorischen Versprechen sind nach Civilrecht als gültig anerkannt; die übrigen entbehren dadurch von selbst, ebenso wie wenn sie ausdrücklich verboten wären, der rechtlichen Bedeutung.

Das Gesetz giebt hier also zwingende Voraussetzungen, die gewahrt sein müssen, wenn anders ein vollwirksames Rechtsgeschäft vorliegen soll. Dies absolute Gebot wirkt durch seine ausschließende Kraft wie ein Verbotsgesetz mit vollkommener Sanktion.

Verbotsgesetze, in denen ausdrücklich bestimmt ist, daß die verbotswidrige Handlung rechtsunwirksam sein soll, finden sich im älteren römischen Rechte in zahlreichen Beispielen. Ich nenne nur die *lex Aelia Sentia*, *lex Fufia Caninia*, *lex Julia de maritandis ordinibus*¹⁾.

Indessen fragt es sich, ob der Begriff der *lex perfecta* für das römische Recht nicht noch weiter zu fassen ist, und ob nicht darunter auch solche Gesetze zu verstehen sind, welche nicht ausdrücklich und nicht vollkommene Ungültigkeit anordnen.

In dieser Beziehung kommt in Betracht, daß es in der heutigen gemeinrechtlichen Doktrin üblich ist, die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte nach zwei Richtungen zu scheiden: in Nichtigkeit, nach welcher dem der Existenzbedingungen ermangelnden Geschäfte eine Rechtswirkung überhaupt nicht zukommt, und in Anfechtbarkeit, welche — besonders im Wege der Einrede — eine Vernichtung des

¹⁾ *pr. Inst. qui quib. ex caus. manumittere n. p. 1, 6: is, qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agit, quia lex Aelia Sentia impedit libertatem. — Gai Instit. I, 46: quia lex Fufia Caninia, quae in fraudem eius facta sint, rescindit. — L. un. § 1 D. unde vir et uxor 38, 11: liberta ab invito patrono divortit: lex Julia de maritandis ordinibus retinet ipsam in matrimonio, dum eam prohiberet alii nubere invito patrono. item Julia de adulteriis, nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto habet. — Ferner bezügl. der lex Julia de fundo dotali, z. B. L. 42 D. de usurpat. et usuc. 41, 3: — venditio non valet. — Bezügl. der Ehevorschriften § 12 Inst. de nuptiis 1, 10: si adversus ea quae diximus aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiae, nec matrimonium, nec dos intellegitur. — Bei Nichtbeachtung des Verbotes der oratio D. Severi: L. 5 § 14 D. de rebus eorum qui sub tutela 27, 9: nullam esse venditionem nullumque decretum.*

mangelhaften Geschäftes gestattet. Unter Benutzung dieser Einteilung wird nun die Definition gegeben: eine *lex perfecta* ist dasjenige Gesetz, welches die verbotene Handlung zu einer nichtigen macht¹⁾.

Diese Auffassung kann als zutreffend nicht anerkannt werden. Es wird dadurch ein Gegensatz in die Definition der *lex perfecta* gelegt, welcher weder der Darstellung Ulpian's, noch dem Digestenrechte überhaupt entspricht. Entscheidend ist für jenen Gesetzesbegriff einzig die Rescission des unerlaubten Geschäftes. „Rescindere“ geht aber nicht in dem modernen technischen Begriffe „nichtig“ machen auf. Die römischen Juristen gebrauchen die Ausdrücke: *nullum esse, ipso iure non valere, irritum esse, revocari, rescindi, infirmari* und andere derart ohne technische Unterscheidung, daß nur der eine Schluß dahin möglich ist, daß sie eine den modernen Begriffen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit entsprechende Scheidung nicht kannten. Insbesondere bezüglich des hier interessierenden Begriffes „rescindere“ ist festzustellen, daß derselbe vereinzelt als gleichbedeutend mit absolut wirkungslos gebraucht wird, nach dem gewöhnlichen, in den Quellen weitaus überwiegenden Sprachgebrauch aber die Auflösung eines an sich wirksamen Rechtsgeschäftes ausdrückt²⁾. Mit

¹⁾ So u. a. Glück, *Komment.* Bd. I § 4 S. 52; Göschen, *Vorles.* über gem. Civilr. Bd. I § 18 S. 60; Puchta, *Institutionen* Bd. I § 74 S. 290; Dernburg, *Pandekten* Bd. I § 31 S. 68. Generell verweise ich für diese Fragen auf das erst nach Abschluss dieser Arbeit erschienene Werk: Gradenwitz, *Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*. Zum erstenmale sind hier in eingehendsten Quellenstudien die Formen dargelegt, in denen die Ungültigkeit im römischen Rechte entwickelt worden ist.

²⁾ Für ersteren Sprachgebrauch ist zu vergleichen L. 64 § 1 D. de condit. et demonstr. 35, 1 (*Terentius Clemens ad legem Juliam et Papiam*): *interpretandum ipso iure rescindi quod fraudandae legis gratia esset adscriptum.* Auch L. 7 § 16 D. de pactis 2, 14 (*Ulpian*): *et si stipulatio sit interposita de his, pro quibus pacisci non licet, servanda non est, sed omnimodo rescindenda.* — Für die Anwendung im letzteren Sinne L. 34 § 2 D. de milit. testam. 29, 1 (*Papinian*): *quocunque modo testamentum fecerit [sc. miles], novissima voluntate rescindetur, quoniam voluntas quoque militis testamentum est.* — L. 9 § 3 und 4 D. quod metus c. 4, 2 (*Ulpian*): *Gegen ein erzwungenes Rechtsgeschäft, mag es durch Zahlung, Schuldverlaß etc. bereits erfüllt sein oder nicht, steht sowohl Klage wie Einrede zu. Volenti autem datur et in rem actio et in personam rescissa acceptilatione vel alia liberatione, d. h. nachdem durch Klage oder Einrede der Schuldverlaß etc. zu einem unwirksamen gemacht worden ist.* — L. 47 § 3 D. de pecul. 15, 1 (*Paulus*): *ut rescisso superiore iudicio in alterum datur ei actio.* — L. 23 D. locati 19, 2 (*Hermogenian*): *praetextu minoris pensionis locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit,*

anderen Worten also: die als überliefert anzunehmende Definition „lex rescindit“ umfaßt, um mich der heutigen Terminologie zu bedienen, sowohl Anfechtbarkeit wie Nichtigkeit; die Wirkung der lex perfecta nach diesen beiden Richtungen hin ist in der zur Charakterisierung dieser Gesetzesart benutzten Bezeichnung zum Ausdruck gebracht.

Zur Vervollständigung dieser Darlegung ist es indessen nötig, noch auf die materielle Unterscheidung der in den leges perfectae enthaltenen Wirkungen einzugehen. Es führt dies auf den Gegensatz zwischen ius civile und ius honorarium, und das darnach hervortretende Problem lautet: inwieweit besteht eine innere Verschiedenheit zwischen civilrechtlicher und prätorischer Ungültigkeit?

Ein solcher Gegensatz war prozessualisch ohne Zweifel vorhanden. Das ius civile hielt mit vollster Strenge das Prinzip der Einheit der Fragestellung im Prozeß aufrecht; die intentio ist entweder begründet oder unbegründet, und die einzige Verteidigung ist die Negation des Klageanspruchs. Dennoch sind diese Extreme sich nicht so schroff gegenübergetreten: ein Ausgleich ergab sich durch die Form der Fragestellung. Diese lautete nicht: hat der Beklagte vom Kläger x zum Darlehn erhalten, sondern: ist der Beklagte schuldig, x an den Kläger zu zahlen (dare oportere). In diesem „schuldig sein“, in der auf Feststellung der gegenwärtigen Zahlungsverpflichtung gerichteten Fassung war ein Spielraum geboten, in dessen Umfange die verschiedenartigsten Gegenansprüche und Einwendungen des Beklagten sich Geltung verschaffen konnten¹⁾.

Indessen blieb immerhin die Negation der Intentio das wesentliche Verteidigungsmittel: rechtliche Momente, welche nicht in der

rescindi locatio non potest. — L. 1 § 12 D. si quid in fraud. patron. 38, 5 (Ulpian): neque omnimodo rescindere debemus venditionem, quasi libertus ius vendendi non habuerit. — L. 78 § 1 D. de legat. II (Papinian): cum post mortem emptoris venditionem rei publicae praediorum — rescindi heredibus pretio restituto iussisset. — L. 18 D. de interrog. in iur. fact. 11, 1; L. 5 D. ad leg. Jul. de vi publ. 48, 6. — Pauli sent. III 6 § 92. — L. 6 § 1 D. de b. p. 37, 1 (Paulus): propter aequitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem praetor. Vgl. auch Brissonius: de verborum significatione: s. v. rescindere: Rescindi proprie dicitur, quae alias iure legitimo valent, non quae ipso iure nulla sunt. — Aliquando generalius usurpatur etiam de iis actibus, qui ipso iure nulli sunt.

¹⁾ Dies ist überzeugend dargethan von Jhering, Geist des röm. Rechts Bd. III S. 56 ff., bes. 105, 126: das alte Recht hat an Stelle der Exceptionen „etwas anderes besessen, mit dem es ganz dasselbe ausgerichtet hat, wie das neuere mit den Exceptionen.“

Intentio enthalten waren, welche das „schuldig sein“ selbst nicht unmittelbar betrafen, konnten gegen den Klageantrag nicht wirken. Anschliessend an dieses Grundprinzip des älteren Prozesses, nach welchem eine Einrede im eigentlichen Sinne als ein auf einen selbständigen Rechtsvorgang sich stützendes Verteidigungsmittel unmöglich und als die Klage negierendes Moment unnötig erscheint, wird die civilrechtliche Aufhebung des Klageanspruches und überhaupt die auf Grund des Gesetzes erlangte Vernichtung des Klagerechtes als ipso iure wirkend und eintretend bezeichnet.

Aus dieser Wirkung ergibt sich aber nicht, daß alle nach dem ius civile geltend zu machenden Einwendungen nur auf ipso iure eintretende Ungültigkeit oder Nichtigkeit sich gründen müßten. Gewiß, das ältere Recht kannte keine Exceptionen und keine prozessual zum Ausdruck gelangte Anfechtbarkeit; aber dennoch gehen seine durch die Fragestellung der Intentio für die Prozeßverteidigung ermöglichten Ungültigkeitsgründe über die Geltendmachung der Nichtigkeit im heutigen Sinne hinaus. Neben denjenigen Gründen, welche z. B. wegen formaler Mängel die rechtswirksame Entstehung des klägerischen Rechtes verneinen, konnte der Anspruch auch beseitigt werden durch Nachweis einer vollzogenen nexi liberatio und acceptilatio. Diese spätere Vernichtung eines vordem begründeten Rechtsanspruches fällt aber nicht unter den Begriff von Nichtigkeit. Dazu kommt, daß in anderen Fällen, wo eine Ablehnung des in der intentio erhobenen Klagebegehrens nicht geschehen konnte, dennoch gewisse Gegenansprüche des Beklagten Berücksichtigung prozessualisch fanden, ohne daß es hierzu des Mittels der exceptio bedurfte. Ein Hauptbeispiel eines solchen durch die Art der Klageanstellung wirkenden, keineswegs auf Nichtigkeit sich stützenden Gegenrechtes geben die Worte: argentarius — cogitur cum compensatione agere¹⁾.

Ebensowenig wie die civilrechtliche Ungültigkeit gleich Nichtigkeit war, kann die auf prätorischem Rechte beruhende Ungültigkeit mit Anfechtbarkeit identifiziert werden. Die gesonderte Stellung des letzteren Rechtes beruht in der Form, in welcher dieses als exceptio zu selbständigen, der intentio entgegretenden Einwendungen sich gestaltete, und seine Bedeutung darin, daß in den prätorischen Exceptionen sich eine durchgreifende materielle Änderung des Inhaltes und der klageweisen Durchführung der Rechtsansprüche vollzog. Und insofern hat jene Scheidung der prätorischen Rechts-

¹⁾ Gai, Institut. IV § 64. Ferner Jhering, Geist des röm. Rechts Bd. III § 52, bes. S. 79 ff.

bildung für die Erkenntnis der Rechtsentwicklung und besonders auch für die Umgestaltung des Einflusses der Verbotsgesetze und deren civilrechtliche Folgen eine tiefgehende Bedeutung¹⁾.

Vergleicht man dagegen die Wirkungen der prätorischen Exceptionen und diejenigen der civilrechtlichen Ungültigkeit und ermißt danach die Bedeutung der Gesetzesverbote, so ergibt sich, daß materiell beide zueinander nicht im Gegensatze standen. Beide vereitelten in ihrer Durchführung den vom Kläger erhobenen Anspruch; ein qualitativer Unterschied dieser Unwirksamkeit²⁾ bestand für beide nicht. Allerdings fand die exceptio nur dann Beachtung, wenn sie im Verfahren in iure bereits geltend gemacht und in die formula aufgenommen wurde, aber deshalb war ihre Wirkung für den Kläger und den Beklagten nicht minderwertig im Verhältnis zu den Ungültigkeitsgründen des ius civile.

Zahlreiche Aussprüche der Digesten beweisen, daß die prätorischen Exceptionen nicht nur — nach der oben erwähnten üblichen Terminologie — Anfechtbarkeit, sondern ebensowohl auch Nichtigkeit bewirken können³⁾.

¹⁾ Vgl. Savigny, System Bd. V S. 184.

²⁾ Später — vgl. Caput II, Abschnitt II — wird sich zeigen, daß Nichtigkeit und Anfechtbarkeit begrifflich wohl zu scheiden sind und sich die von ihnen betroffenen Rechtsgeschäfte nach ihrem Inhalte und ihrer Rechtskraft materiell eigenartig charakterisieren. — Hier handelt es sich dagegen um die Unterscheidung, welche im römischen Rechte sich vorfindet, und danach ist zu sagen: die römischen Juristen haben nicht civilrechtliche und prätorische Ungültigkeit derart getrennt, daß diese Gegensätze mit den heutigen Begriffen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit sich deckten. Beide letzteren Wirkungen sind in jeder der genannten Rechtsbildungen enthalten, und zwar, ohne daß eine technische Scheidung, wie wir diese machen, rechtlich angewandt wurde. Da außerdem beide Arten in ihrer rechtlichen Endwirkung völlig übereintreffen, so dürfen wir bezüglich der leges perfectae eine Scheidung nicht machen, die dem römischen Rechte ganz fremd war.

³⁾ Hier ebensowenig wie sonst — vgl. oben S. 15, Anm. 2 bezügl. des Begriffes rescindere — werden beide Bedeutungen von den römischen Juristen geschieden. — Für letztere Wirkung der Exceptionen seien folgende Quellenzeugnisse angeführt: L. 112 D. de regul. iur. 50, 17: nihil interest ipso iure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur (Paulus). L. 13 eod.: non videtur cepisse qui per exceptionem a petitione removetur; L. 66 eod.: desinit debitor esse is qui nactus est exceptionem iustam; L. 115 eod.: non potest videri accepisse qui stipulatus potest exceptione summoverti. L. 42 § 1 D. de obl. et act. 44, 7: creditores eos accipere debemus, qui aliquam actionem vel civilem habent, sic tamen, ne exceptione submoveantur, vel honorariam actionem vel in factum. L. 25 D. de verb.

Thatsächlich bildeten denn auch civilrechtliche und prätorische Unwirksamkeit des Klageanspruches so wenig Gegensätze, daß beide vielmehr sich ergänzen und ineinander übergehen. So blieben auch für das prätorische Recht die ipso iure wirkenden Einwendungen der Zahlung, der Ungültigkeit des Schuldbegründungsaktes wegen formeller Fehler etc. durch die Fragestellung „dare oportere“ erhalten. Andererseits aber mußte, da es mit dem Fortschritte der Rechtsentwicklung für den iudex immer schwieriger wurde, die zur Gültigkeit eines Rechtsaktes erforderlichen Handlungen nach den Gesetzesvorschriften zu beurteilen und für die Verletzung der letzteren den richtigen Maßstab zu finden: der Prätor Veranlassung nehmen, auch solche Einwendungen, welche nach Civilrecht ipso iure gewirkt hätten, in die Form einer exceptio zu kleiden. Daher kommt es denn, daß auch gegen Ansprüche aus gesetzwidrigen Handlungen¹⁾ eine prätorische Exception erteilt wurde und daß ausdrückliche Verbotsgesetze des ius civile erst durch Vermittelung der exceptio zu einer wirksamen Sanktion und damit zu dem Charakter einer lex perfecta gelangten²⁾.

obl. 45, 1: obligabitur ex superiore stipulatione quia superior quasi nulla sit exceptione obstante. Ähnlich L. 7 § 8 D. de dolo m. 4, 3: quasi nulla actio sit quae per exceptionem repellitur. L. 55 D. de verb. sign. 50, 16: creditor is est, qui exceptione perpetua summoverti non potest. L. 7 § 16 D. de pactis 2, 14: et generaliter quotiens pactum a iure communi remotum est, servari hoc non potest, nec legari nec iusiurandum de hoc adactum ne quis agat servandum Marcellus libro secundo digestorum scribit: et si stipulatio sit interposita de his, pro quibus pacisci non licet, servanda non est, sed omnimodo rescindenda. L. 17 § 2 D. de pactis 2, 14: de pignore iure honorario nascitur ex pacto actio: tollitur autem per exceptionem quotiens paciscor ne petam. L. 20 § 3 de liberali c. 40, 12: obligatum accipere debemus si exceptione se tueri non potest: ceterum si potest, dicendum non esse obligatum. — Vgl. im übrigen Savigny, Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. Bd. IV S. 24: die per except. ungültigen Obligationen werden als inanes obligationes nach durchgehender Ansicht der römischen Juristen praktisch als nicht vorhanden angesehen. — Eisele, Die materielle Grundlage der exceptio S. 119 ff. Zimmermann, Kritische Bemerkungen zu Eisele S. 28 ff. — Lenel, Exceptionen § 13. — Schloßmann, Zwang § 3.

¹⁾ So sagt Gaius L. 3 D. de except. 44, 1: perpetuae atque peremptoriae [sc. exceptiones] sunt, quae semper locum habent nec evitari possunt, qualis est doli mali et rei iudicatae et si quid contra legem senatusve consultum factum esse dicetur. Vgl. auch L. 1 § 16 D. de flum. 43, 12. — Gai, Instit. IV, 121.

²⁾ Dies ist bezügl. der lex Cincia bereits oben ausgeführt. Vgl. S. 12 und die in der Anm. 3 citierten Stellen (non excepto: Vat. fragm.

Von ganz besonderer Bedeutung ist es, daß auch nach Ausbildung der Exceptionen eine Reihe von Senatuskonsulten es vermieden, ihrem ausgesprochenen Gesetzesverbote selbst die volle Sanktion zu erteilen, vielmehr den Prätor anwiesen, dem Verbote durch Exceptionen die entsprechende Rechtswirkung zu verleihen¹⁾. Die Gleichstellung der prätorischen *exceptio* mit der Sanktion und eventuellen Nichtigkeit des Gesetzesrechtes ist damit anerkannt. Den Grund aber, aus welchem das S. C. nicht selbst über die Rechtsfolgen seiner Nichtbeachtung verfügte, muß, scheint mir, darin gefunden werden, daß eine absolute, überall eintretende Vernichtung der verbotswidrigen Rechtsgeschäfte nicht dem Zwecke der Gesetzesvorschriften entsprach. Die Fälle aber zu finden, in denen nicht vollkommene Vernichtung der Rechtshandlung, sondern nur gleichsam bedingungsweise Ungültigkeit oder sogar Wirksamkeit der verbotenen Geschäfte als rechtlich entsprechend anzunehmen waren: dazu mußte der inmitten des Rechtslebens stehende Prätor und als Mittel für ihn die frei bewegliche *exceptio* vorzugsweise geeignet sein. Auch hieraus ergibt sich, daß die civilrechtliche Ungültigkeit gesetzwidriger Handlungen ihre Ergänzung finden konnte in der prätorischen Exception, und daß die Wirkung letzterer der gesetzlichen Nichtigkeit gleichwertig ist.

Als Ergebnis läßt sich demnach feststellen, daß die heute angewandten Begriffe Nichtigkeit und Anfechtbarkeit sich nicht mit dem Gegensatze *ius civile* und *ius honorarium* decken, noch auch innerhalb dieser beiden Rechtsbildungen sich eine rechtlich fixierte und

266; *Cinciae legis exceptio obstat*: eod. 310). Die Exceptionen, welche in dieser Weise kraft prätorischen Rechtes und als Bestandteile des *ius honorarium* bewirken, daß ein Rechtsgrundsatz des *ius civile* zu prozessualischer und materieller Wirkung gelangt, werden als *civile* Exceptionen bezeichnet. Als Beispiel dieser ist ferner zu nennen: die *exc. legis Plaetoriae* zum Schutze des *minor* gegen die Klage aus einem betrügerischen, der *lex Plaetoria* widersprechenden Rechtsgeschäfte. L. 7 § 1 D. de *except.* 44, 1. Über den an diese *lex* sich anschließenden Streit, ob bereits zur Zeit der Legisaktionen der Schutz jener *exceptio* durch Präjudizialsponsionen erreicht worden sei: Jhering, *Geist d. röm. Rechts* Bd. III § 52 A. 160 S. 119 (2. Aufl.), welcher mit Recht jene Form des Rechtsschutzes als hier unbewiesen verwirft.

¹⁾ So S. C. *Velleianum*, L. 2 § 1 D. ad S. C. *Vell.* 16, 1: *arbitrari senatum recte atque ordine facturos ad quos de ea re in iure aditum erit si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur.* — S. C. *Macedonianum*, L. 1 § 19 etc. D. h. t. 14, 6; L. 40 pr. D. de *cond. indeb.* 12, 6. — P. C. *Trebellianum*, L. 1 § 2 etc. D. h. t. 36, 1; L. 1 § 8 D. *quando de pec.* 15, 2. — Vgl. Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilprozess* Bd. II § 99 Anm. 48 S. 393. Schilling, *Institutionen*

technisch von den römischen Juristen festgehaltene Trennung in Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe ausgebildet hat. Allerdings machen sich in der Form der prätorischen Exceptionen auch Einwendungen geltend, welche im Gegensatze zu den civilrechtlichen Verteidigungsmitteln selbständige Gegenrechte verfolgen und dabei den Rechtsbestand des Klagerechtes selbst nicht zu einem unwirksamen gestalten: so bei *Kompensation*, beim *pactum de non petendo* und anderen. Aber daraus folgt keineswegs, daß der Begriff der *exceptio* in seinem ganzen Umfange und in seiner materiellen Bedeutung einen von der civilrechtlichen *Negation* wesentlich verschiedenen Charakter besitzt. Die angeführten Aussprüche der Quellen beweisen vielmehr die Gleichstellung beider.

Dies Resultat nun angewandt auf den Ausgangspunkt der Untersuchung ergibt: daß nicht angenommen werden kann, daß die römischen Juristen und speciell Ulpian¹⁾ eine Unterscheidung, die im übrigen der Rechtslehre fern lag, da zum Ausdruck haben bringen wollen, wo es sich um eine allgemeine dogmatische Darstellung der Wirkungen der Gesetze handelte. Konkret also: der Begriff der *leges perfectae* kann sich nicht auf den Fall der Sanktion der vollkommenen Nichtigkeit beschränkt haben, sondern er umfaßt auch solche Gesetze, deren Übertretung nur durch das Mittel der *exceptio* gestützt wurde. Die Folgen der Verletzung einer *lex perfecta* waren nach dem heutigen Sprachgebrauche: Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit²⁾, da die römischen Juristen für beide Wirkungen eine Scheidung nicht anerkannt haben.

Bd. III S. 931 Anm. dd. Savigny, *System* Bd. V § 227. Sohm, *Institutionen* § 40 S. 173. 2. Aufl. — Nach Lenel, *Exceptionen* S. 49, ferner das S. C. *Hosidianum*, L. 52 D. de *contr. empt.* 18, 1 und S. C. *Osterianum*, L. 1 pr. D. de *adsign. lib.* 38, 4. Karlowa, *Rechtsgeschäft* S. 137.

¹⁾ Vergleiche über Ulpian noch unten S. 32, Anm. 3.

²⁾ Man beachte auch als *argumentum e contrario*, daß, wenn *lex perfecta*, wie behauptet wird, nur Nichtigkeit bewirkte, in der Einteilung Ulpians eine unausfüllbare Lücke entstehen würde. — Man darf hierbei nicht etwa annehmen, daß Ulpian sich nur auf die Einteilung der civilrechtlichen *leges* und *plebiscita* beschränkt habe. Der Gegensatz dieser zu anderen Gesetzen hatte damals, als Ulpian schrieb, keine maßgebende praktische Bedeutung mehr, und es liegt kein Grund vor, jener Einteilung einen solchen beschränkten Charakter zuzuschreiben. Ulpian selbst gebraucht auch sonst *lex* in dem weiteren Sinne, so z. B. L. 1 § 1 D. de *constit. princ.* 1, 4: *quodcumque igitur imperator — praecepit, legem esse constat.* — Dementsprechend ist es denn auch in der Litteratur überall rezipiert, den Begriff *leges perfectae* etc. in dem weiten Sinne als *Verbotsgesetze* aufzufassen und *plebiscita*, S.-C., *Konstitutionen* und *moderne Gesetze* als Beispiele derselben anzuführen.

Von einigen Autoren¹⁾ wird versucht, neben der genannten Dreiteilung der *leges* eine vierte Kategorie als *leges plusquam perfectae* aufzustellen. Es sollen als solche diejenigen Gesetze gelten, welche die rechtswidrige Handlung civilrechtlich für unwirksam erklären und außerdem noch mit Strafe belegen²⁾. Indessen zu einer derartigen Scheidung liegt weder nach den Quellen, noch aus inneren Gründen irgend eine Veranlassung vor. Vollkommener als durch Vernichtung der Wirkung eines Rechtsaktes kann kein Verbotsgesetz civilrechtlich eingreifen, die hinzukommende Bestrafung ist hierbei ein weder wesentliches noch verstärkendes Moment. Dementsprechend ist neuestens diese vierte Kategorie fast allgemein fallen gelassen³⁾.

Betont sei noch, daß auch bei denjenigen *leges perfectae*, die dem Zuwiderhandelnden Strafe auferlegen, die Ungültigkeit der verbotenen Handlung durch *exceptio* zum Ausdruck kommen kann⁴⁾.

Überblicken wir das Ergebnis der bisherigen Untersuchung, so zeigt sich, daß nach dem Digestenrechte der Einfluß der Verbots-gesetze auf die unerlaubte Rechtshandlung ein sehr verschiedenartiger sein konnte. Nicht durch ein starres, gleichförmiges Prinzip, sondern durch eine der Bedeutung und den Zwecken der Verbote entsprechende Wirkung wird dem Gesetzeswillen Nachdruck verliehen. Auch hier also war Äquität das höchste Prinzip⁵⁾, und sie fand ihren Ausdruck in der Möglichkeit, daß nicht stets die volle civilrechtliche Konsequenz,

¹⁾ Zimmern, Geschichte des röm. Privatrechts Bd. I S. 62; Hugo, Lehrbuch der Gesch. d. röm. Rechts S. 434.

²⁾ Als Beispiel möge dienen § 12 J. de nuptiis 1, 10: die verbots-widrige Ehe ist nichtig: *nec vir nec uxor nec nuptiae nec matrimonium nec dos intellegitur* — außerdem heißt es: *qui autem prohibitas nuptias coeunt et alias poenas patiuntur, quae sacris constitutionibus continentur*. Ferner L. 4, L. 6 C. de incestis et inutilibus nuptiis 5, 5; L. 10 C. de sacros eccles. 1, 2.

³⁾ Vgl. besonders Schilling, *animadvers. crit.* p. 25. Glück, *Komment.* Bd. I § 4 S. 52. Puchta, *Institutionen* Bd. I § 74. Dernburg, *Pandekten* Bd. I § 31 S. 68.

⁴⁾ So heißt es: (Ulpian?) *fragm. de iure fisci* § 8 (Huschke, *iurispr. anteiust.* S. 523 und ebenso Krüger in der *collectio librorum iuris anteiustiani* tom. II pag. 164): *qui contra edictum divi Augusti rem litigiosam a non possidente comparavit, praeterquam quod emptio nullius momenti est, poenam quinquaginta sestertiorum fisco repraesentare compellitur*, und Gai, *Instit.* IV 117^a: *item si fundum litigiosum sciens a non possidente emeris eumque a possidente petas, opponitur tibi exceptio, per quam omnimodo summo veris*.

⁵⁾ Bezeichnend ist hierfür: L. 3 D. de offic. praetor. 1, 14 (Ulpian). Ein entlaufener Sklave hatte in Rom als Praetor fungiert; nach strenger,

sondern die nach dem Grade der Rechtsverletzung bemessene Folge des gesetzwidrigen Handelns gezogen wurde. Denn oft genügt es, durch Strafen abzuschrecken, durch erschwerende Formen, durch Anregung des moralischen und amtlichen Pflichtbewußtseins zur Gesetzesachtung anzuhalten, ohne daß es erforderlich ist, sogleich die Ungültigkeit des Rechtsgeschäftes anzuordnen, welche stets die Ruhe und Sicherheit des Verkehrs in erheblicher Weise und oft für weite Kreise an der Gesetzesverletzung Unbeteiligter stört.

Daß in dieser Hinsicht es das römische Recht verstanden hat, durch freie Bewegung der Gesetzessanktion zugleich in dem Schutze und der Sicherung der Rechtsordnung die freiheitliche Entwicklung des Rechtsverkehrs zu gewährleisten, wird als großer Vorzug und als Zeichen vortrefflicher Gesetzespolitik hervorzuheben sein¹⁾.

von Pomponius vertretener Ansicht war er rechtlich nicht Praetor. Sollen nun aber alle seine Amtshandlungen nichtig sein? oder soll nicht lieber zum Nutzen der Parteien die strenge Rechtsanwendung ausbleiben? Ulpian ist für letzteres: *et puto nihil eorum reprobari: hoc enim humanius est*.

¹⁾ Charakteristisch ist die bittere Vergleichsziehung, welche Savigny zwischen dem römischen und damaligen [1818] deutschen Rechte giebt. *Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissenschaft* Bd. IV S. 1 und 2: Savigny bespricht den Zweck der *lex Cincia* als einer *lex imperfecta*: „man glaubte diesen Zweck nur auf Umwegen und nur mit äußerster Schonung der individuellen Freiheit verfolgen zu dürfen. Eine solche Umsicht muß uns, nach dem, was wir in solchen Fällen von den Gesetzverfassern neuerer Zeiten zu erfahren gewohnt sind, sehr fremdartig vorkommen.“ Besonders, da diese in einem Beschlusse des römischen Volkes angewandt worden ist, und dort weit leichter „der täuschende Schein entstehen konnte, daß der gesetzgebende Souverän kein Recht und keine Freiheit der einzelnen zu schonen habe.“ — Danz, *Geschichte des röm. Rechts* Teil II 2. Aufl. S. 5, erklärt, es habe genügt, durch eine *lex imperfecta* ein Verbot zu erlassen, da gegen die unerlaubte Handlung jedermann „vis“ erlaubt sei, so daß eine besondere Sanktion unnötig war. — Dies kann indessen nur von einer beschränkten Anzahl der Gesetze gelten; vis wird in den meisten Fällen den gewollten civilrechtlichen Erfolg des Verbotes nicht ersetzen können.

II.

Das Recht des Codex.

In dieses für das Digestenrecht entwickelte System der Wirkungen der Verbotsgesetze haben, wie es scheinen mag, vor allem zwei in den Codex Justinianus aufgenommene Kaiserkonstitutionen eingegriffen.

1. Die erste derselben ist im Jahre 213 unter dem Konsulate des Antoninus und Balbinus erlassen. Sie lautet: *pacta, quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati iuris est.* l. 6 C. de pactis 2. 3.¹⁾

Wie man in diesen Worten die Aufstellung des dem bisherigen Rechte derogierenden, neuen Rechtsprinzipes: daß jedes Verbotsgesetz Nichtigkeit der unerlaubten Handlung bewirke, hat finden können²⁾, dürfte nur schwer zu erklären sein. Die Fassung des Ausspruches — *indubitati iuris est* — zeigt deutlich, daß nicht eine neue Rechtsvorschrift gegeben, sondern ein aus der Betrachtung der bestehenden Gesetze sich ergebendes Resultat dahin ausgesprochen wird: Verabredungen, die den ausdrücklichen Vorschriften der Gesetze nicht entsprechen, sind bekanntlich unwirksam. Erwägt man dabei, daß je allgemeiner eine solche Sentenz gefaßt ist, ihre juristische Bedeutung um so geringer ist, so wird man es ablehnen müssen, in jener Konstitution einen zwingenden, ausnahmslos geltenden Rechtsgrundsatz zu finden. Richtig ist, dass zumeist ein gesetzwidriges Thun ungültig ist; mehr ist dort nicht gesagt.

Eine rechtliche Bedeutung hat die Konstitution nur insofern, als aus derselben sich der positive Satz ergibt, daß zwingende gesetzliche Voraussetzungen existiren, von denen die Gültigkeit der Ver-

¹⁾ Dasselbe sagt übrigens bereits Paulus: *sentent. lib. I. 1 de pactis § 4a* (*collectio libr. i. anteinst. t. II, pag. 48*): *pactum contra ius aut constitutiones aut senatus consulta interpositum nihil momenti habet.*

²⁾ So das Reichsgericht. *Entscheid. B. V. S. 128.*

träge abhängig gemacht ist. In diesem Sinne entspricht sie fast wörtlich der l. 7 § 7 D. de pactis 2. 14: *ait praetor: pacta conventa quae neque dolo malo neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo*¹⁾.

Man mag indessen der Konstitution eine noch so weitgehende Bedeutung für die Auslegung der Verbotsgesetze beilegen, jedenfalls ist der Rechtssatz, den man in ihr hat finden wollen, viel eingehender behandelt und bestimmter ausgesprochen in der zweiten Konstitution. Will man daher die rechtlichen Grundsätze, die im Codex über die Wirkung der Verbotsgesetze vorgeschrieben sind, einer genauen juristischen Prüfung unterziehen, so wird für diese ausschliesslich die zweite Kaiserverordnung, zu der ich nunmehr übergehe, maßgebend sein müssen.

2. Die in den Codex als l. 5 de legibus 1. 14²⁾ aufgenommene Konstitution Kaiser Theodos' II. vom Jahre 439 enthält zwei Rechtsvorschriften.

a. Als allgemeine Regel wird vorangestellt, daß eine Rechts-handlung nicht nur dann als gesetzwidrig erscheint, wenn dieselbe gegen den ausdrücklichen Wortlaut des Verbotes verstößt, sondern auch dann, wenn sie die Gesetzesworte umgehend (*scaeva*: von links her, hinterlistig seitwärts) gegen den Rechtsinhalt des Gesetzes gerichtet ist. Die Verbotsverletzungen werden daher seit der Glosse terminologisch unterschieden als: *facere contra legem* und *facere fraudem legi*³⁾; beide sind gemeinsam enthalten in dem Ausdrucke, den das Gesetz hier braucht: *committere in legem*.

Dieser Rechtssatz ist bereits in den Digesten ausgesprochen⁴⁾.

¹⁾ Diese Bedeutung ist der *qu. Const.* bisher übereinstimmend beigelegt: Vgl. Glosse h. t.; Brunne mann *Comment. in Cod. lib. 6. lex. 2 tit. 3: regula in hac lege — intellegenda est, quando lex aliquid disponit ob publicam utilitatem aut quando actibus privatorum solennitatem certam praescribit, ut in testamentis etc.* — *Sintenis*: *Civilrecht Bd. I. § 24 A 11. S. 218.* Glück: *Comment. B. I. § 14c zu A. 12, S. 107 (2. Aufl.)*. Dernburg: *Pandekten I, § 31, S. 68 A. 8.*

²⁾ Dieselbe wird erst unten S. 30/31 wiedergegeben.

³⁾ Das Beispiel der Glosse für die fraudulöse Gesetzesumgehung ist: l. 3 § 3 D. ad. S. C. Macedon. 14. 6.

⁴⁾ L. 29 D. de legibus 1. 3 (Paulus) *contra legem facit qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit.* L. 30 eod. (Ulpian) *Fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit: et quod distat ἡγρόν ἀπὸ διανοίας, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit.*

Er findet hier im Codex seine besondere Erklärung durch die Veranlassung, aus welcher, wie unten gezeigt werden soll, die Konstitution ihren Ursprung genommen hat.

Das Verbot des Handelns in fraudem legis ist indessen kein für sich unabhängig bestehendes, es ist nur bestimmt, das primäre Gesetzesverbot zu sichern. Es muß genügen, wenn das Gesetz ein Prinzip ausspricht und jede Zuwiderhandlung untersagt. Benennt es hierbei einzelne Rechtsformen, so sind dies nur Beispiele, nicht enthalten diese die für den Begriff der Verbotsübertretung erforderlichen Thatbestandsmerkmale. So verbietet das Gesetz Zinsnehmen über einen bestimmten Betrag; damit ist zugleich auch verboten, durch Vorwegnahme vom Kapitale bei Hingabe des Darlehns jenen Betrag zu überschreiten. Nicht die Form, sondern der Rechtsinhalt¹⁾ eines Geschäftes entscheidet dessen Charakter. In welchen Handlungen aber eine solche Umgehung des Gesetzesverbotes zu finden ist, muß durch Auslegung der Absicht und des Inhaltes, nicht durch den Wortlaut des Gesetzes bestimmt werden²⁾.

b. Das zweite Prinzip der Konstitution lautet: bei älteren wie neueren Gesetzen genügt der Ausspruch des nackten gesetzlichen Verbotes, um die unerlaubte Handlung nebst allen ihren Konsequenzen³⁾ zu einer rechtlich wirkungslosen, ungeschehenen zu machen (non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur — cassum atque inutile esse).

Es bedarf hierfür keiner besonderen Bestimmung, denn in jedem

¹⁾ Bähr: Urteile des Reichsgerichtes S. 57 sagt: „Verbote — verfolgen praktisch in der Regel nicht einen juristischen, sondern einen wirtschaftlichen Zweck, indem das Gesetz gewisse wirtschaftliche Resultate ausgeschlossen sehen will.“ Vgl. auch Dernburg: Pandekten B. I S. 69 § 31 A. 11. — Statt von wirtschaftlichem Zwecke erscheint es geeigneter, von materiellem Rechtserfolge zu sprechen. Eheverbote sind der Umgehung z. B. durch Eheabschluß im Auslande ausgesetzt; die Schließung der Ehe ist aber doch kein „wirtschaftlicher“ Zweck.

²⁾ Savigny: System I, 325: „wir haben nicht das Gesetz zu interpretieren, welches ganz deutlich und zureichend ist, sondern die einzelne Handlung.“ — Zuweilen giebt das Gesetz selbst Anleitung, um die Verbotsumgehung auszuschließen. So erläßt der Code civil art. 1099, 1100 zur Sicherung des Verbotes der Schenkungen unter Ehegatten die praesumptio iuris et de iure, daß bestimmte Personen als „personnes interposées“ gelten, derart, daß jede Schenkung eines Gatten an diese nichtig ist.

³⁾ Si quid fuerit subsecutum ex eo — und § 2: nec stipulationem — nec mandatum ullius esse momenti.

Verbote ist zwingend der Wille¹⁾ enthalten, dass jede civilrechtliche Wirkung den verbotswidrigen Geschäften versagt sein soll. Der casus der Glosse drückt dies so aus: nullum pactum, nulla conventio, nullus contractus factus contra mentem legis valet, et hoc extenditur ad leges antiquas et novas. Nam eo ipso quod aliquid prohibetur, videtur habere tacitam clausulam derogatoriam et annullatoriam eius, quod fit, et etiam eius, quod sequitur ex eo vel ob id.

Anschließend an die beiden genannten Kaisergesetze ist nunmehr folgende Theorie entwickelt worden.

Durch die von Theodos gegebene Konstitution ist zwingend angeordnet, dass jede verbotswidrige Handlung civilrechtlich nichtig ist. Seitdem ist die Unterscheidung der Gesetze nach ihrer verschiedenwirkenden Sanktion hinfällig geworden: jedes Verbotsgesetz hat jetzt den Charakter einer lex perfecta. In der älteren Litteratur ist dieser Standpunkt allerdings nur selten vertreten; soviel ich finde, ist Cuias der einzige, der jenen Satz als absolut gültigen hinstellt²⁾. Die große Bedeutung, welche man dessen Äußerung zuzulegen pflegt, entspricht indessen kaum dem wahren Werte seiner kurzen Behauptung. Cuias referirt doch schließlich nur den Inhalt der Const. Theodosiana, ohne sich über deren praktische Gültigkeit auszulassen: eine gelegentliche historische Bemerkung, mehr giebt Cuias hier nicht.

Dagegen hat sich in neuerer Zeit die Doktrin wiederholt für die unbedingte Anwendung jenes Prinzipes ausgesprochen³⁾. Besonders

¹⁾ Cetera quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere.

²⁾ Cuias: observationes l. 19, cap. 30. Nachdem er die Einteilung der Gesetze nach Ulpian besprochen: sed hoc discrimen postea sustulit l. non dubium C. de legibus, quae omnem legem vult esse perfectam. Man könnte noch hinzufügen: Ud. Zasius, der an zwei Stellen jene Konst. als unbedingt anzuwendende nennt: Consilia: lib. II cons. VII: acta nulla sunt utpote contra legem facta; und eod. cons. IX nr. 54: quia quod contra legis prohibitionem fit, pro infecto habetur: l. non dubium C. de legibus.

³⁾ Besonders: Savigny: System B. IV, § 203, S. 551: jedes verbietende Gesetz ist stets als eine perfecta lex anzusehen. Puchta: Pandekten § 67 A. b. Besonders ausführlich und gut: Weber: Lehre v. d. natürl. Verbindlichkeit § 74 und Cohn: in Endemann Handbuch des HR. B. III, § 299 bei Besprechung der Lotterieverbote. — Man beachte: der Nachdruck im Texte liegt darauf, daß die qu. Konstit. als unbedingt, absolut für alle Verbotsgesetze gültige behauptet werden. Nur diejenigen, welche obigen Lehrsatz als das einzig maßgebende Prinzip anführen, sind daher hier zu nennen. Daß es im übrigen der Natur der Verbote entspricht, daß sie gesetzwidriges Handeln häufig oder meist ver-

bedeutsam ist es, daß auch die höchsten Gerichtshöfe sich dem angeschlossen haben, und ohne Einschränkung und ohne weitere Prüfung aus den Kaisergesetzen den für ältere wie für moderne Gesetze ausschließlichs maßgebenden Grundsatz entnehmen: jedes verbotene oder mit Strafe bedrohte Rechtsgeschäft ist absolut nichtig¹⁾. Ob das Gesetzesverbot nicht auf Gründen beruht und Zwecke verfolgt, die eine solche Vernichtung als nicht beabsichtigt erkennen lassen, kann nicht einmal in Frage kommen, da die Interpretationsregel der genannten Konstitutionen formal zwingend ist.

Eine nähere Begründung dieses Prinzipes, dessen große Tragweite unter dem Schutze der Autorität der höchsten Gerichtshöfe nicht zu verkennen ist, scheint für überflüssig erachtet zu werden. Der Wortlaut der Codexstelle genügt. Ob dieser aber eine geeignete Grundlage ist, mag die folgende Untersuchung ergeben.

nichten, wird ausserdem von vielen Schriftstellern anerkannt, aber derart mit Ausnahmen und Gegenregeln versehen, daß es klar ist, daß sie die freie Interpretation der verbietenden Gesetze durch jene Kaiserverordnungen nicht für untersagt oder ausgeschlossen erachten. Daher sind Mühlenbruch, Göschen, Sintenis, Wächter etc. nicht hierherzubeziehen. Vgl. über diese unten S. 62. Anm. 2; daselbst auch über die Stellung, welche Glück einnimmt.

¹⁾ So: das preuss. Ober-Tribunal: Erk. 20. Febr. 1877 in Seuffert Archiv B. 33 nr. 24, S. 34. Das O.A.G. zu Lübeck im Jahre 1840: eod. B. II nr. 162, S. 205. Das Reichsoberhandelsgericht: Erk. 7. Mai 1875, Band 17, S. 382 (über das für Aktiengesellschaften bestehende Verbot des Ankaufes eigener Aktien). Das Reichsgericht B. V, S. 127 (bei Gelegenheit der Lotterieverbote). Über die beiden letztgenannten Rechtsfragen vgl. unten Caput II, Abschnitt III und IV.

III.

Der Inhalt und die Rezeption der Constitutio Theodosiana.

Zwei Erwägungen sind es, von denen aus, wie ich meine, der Wortlaut der Constitutio Theodosiana auf das seinem Inhalte entsprechende Maß zurückzuführen ist.

1. Der Gesetzgeber ist materiell-rechtlich nicht unbeschränkt und absolut in der Anordnung von Rechtsvorschriften. Seine Stellung zu dem vorhandenen Rechtszustande zwingt ihm Schranken auf, die seinem Willen und Können, wenn anders er nicht zu einer vollständigen neuen Kodifikation schreitet, Maß und Ziel setzen. Soweit das erlassene Einzelgesetz diese Schranken überschreitet, ist sein Inhalt unverbindlich. Die Constitutio Theodosiana nun besitzt entweder solchen unverbindlichen Gesetzesinhalt oder ihre Wortfassung ist sehr restriktiv zu interpretieren von dem Gesichtspunkte aus, daß nur das mögliche, erreichbare angeordnet werden sollte.

2. Das römische Privatrecht gilt bei uns als Ergebnis der auf Annahme eines praktisch geltenden Rechtes gerichteten Rezeption. Durch diese ist der Constitutio Theodosiana ein beschränkter Inhalt und Umfang erteilt worden, der für uns maßgebend ist und heute nicht durch einseitige Betonung des ursprünglichen Gesetzestextes beseitigt werden kann.

Nach diesen beiden Richtungen hin muß nunmehr meine Beweisführung vorgehen.

1.

Für die Auslegung der Konstitution Theodos' II.¹⁾ ist es von Bedeutung, ihre ursprüngliche Fassung mit derjenigen, die sie im Codex Justinianus erhalten hat, in Vergleich zu setzen. Es ergibt sich

¹⁾ Daß diese allein für die weitere Untersuchung in Betracht kommt, ist oben S. 24/25 begründet.

hierbei, daß sie im vollsten Sinne ein Gelegenheitsgesetz ist. Sie wurde veranlaßt durch einen Bericht über das Verfahren der Curialen, welche das Verbot, die procuratio fremder Güter zu übernehmen, dadurch umgingen, daß sie diese Güter pachteten. Daraufhin verfügte der Kaiser, diese fraudulöse Übertretung des Gesetzes sei ebenso zu behandeln wie dessen offene Verletzung, und zugleich schloß er an diesen Spezialfall eine allgemeine Verordnung über die Beachtung der Verbotsgesetze überhaupt.

Die, lediglich in Kürzung nicht in Wortveränderung bestehende, Abänderung Justinians ist dadurch zum Ausdrucke gebracht, daß in dem folgenden Texte der Novella Theodosiana [ed. Hugo lib I, tit 8; nov. IX ed. Haenel] die in den Codex nicht aufgenommenen Stellen in Klammern gesetzt sind.

Non dubium est, in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem. Nec poenas legibus insertas evitabit, qui se contra iuris sententiam scaeva praerogativa verborum fraudulentè excusat.

[Curiales ne ad procurationem rerum alienarum accederent cautum est providentissima sanctione, cuius in fraudem conducendi eos sibimet usurpare licentiam, sublimitatis tuae suggestione comperimus. Quos licet pristinae legis laqueis irretiri cernamus — conductionem namque speciem esse procurationis, certissimum est — attamen ne sub fraudis suae velamine legis lateant contemtores, neve iis fucata suae calliditatis excusatio relinquatur, hac perpetuo lege valitura sancimus, conducendi quoque fundos alienos licentiam curialibus amputari, locatas res fisci viribus vindicari. Conductor itaque locatori, vel contra locatori conductori contra hanc legem nulla tenebitur actione.] Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes tam veteres quam novellas trahi generaliter imperamus, ut legislatori, quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat, cetera quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere: hoc est ut ea quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est, sed et si quid fuerit subsecutum ex eo vel ob id quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus.

[Sed quo omnis fraudis semen per hanc legem curialibus radicibus amputetur, nec fidem suam pro conductoribus fundorum interponere concedimus curiales. Cur enim conductio prohibetur, si conductionis

periculum vel sollicitudo permittitur?] Secundum praedictam igitur regulam, quam ubique servari factum lege prohibente censuimus, certum est, nec stipulationem eiusmodi tenere, nec mandatum ullius esse momenti, nec sacramentum admitti, [nec actionem quolibet pacto adversus eum fideiussorem competere locatori, Florenti, parens carissime atque amantissime].

Nach dem Wortlaute des Mittelsatzes der vorliegenden Konstitution mag die Annahme nahe liegen, daß die Regel ausgesprochen und mit verbindlicher Kraft der Rechtssatz zur Geltung gebracht ist: jedes Gesetzesverbot bewirke, daß die unerlaubte Handlung civilrechtlich vollkommen nichtig sei. Dennoch glaube ich, daß hiergegen sich erhebliche Zweifel geltend machen müssen.

Bei einem Gesetze, welches, wie das vorcitierte, bestimmt erscheint, in die Würdigung aller Verbotsgesetze des älteren und neueren Rechtes einzugreifen, wird sich die Auslegung nicht nur darauf richten dürfen: was sagt rein äußerlich die Formel des Erlasses, sondern die Prüfung muß davon ausgehen: was konnte der Gesetzgeber dem bestehenden Rechte gegenüber als allgemein maßgebende Regel anordnen, und hiernach ist zu ermessen, was ist durch seinen Ausspruch als Recht gesetzt worden. Bei dieser Fragestellung zeigt sich sofort, daß weder Theodos, noch Justinian daran gedacht haben können, vorzuschreiben, daß jedes gesetzliche Verbot die volle Vernichtung des trotzdem abgeschlossenen Geschäftes bewirken sollte. Eine solche Vorschrift wäre gleichbedeutend gewesen mit der Umstofsung einer Reihe der wichtigsten Rechtssätze, und während Justinian den Codex gerade zur Herstellung seiner Übereinstimmung mit den Rechtsregeln der Institutionen und Digesten einer Umarbeitung hat unterwerfen lassen, so würde durch jenes Gesetz der vollste Widerspruch zu den verschiedenen in letzteren enthaltenen leges imperfectae und minus quam perfectae hervorgerufen sein. Was aber noch wichtiger, ist die Thatsache, daß auch im Codex trotz der vorliegenden Konstitution sich verbietende Gesetze vorfinden, welche keineswegs das unerlaubte Rechtsgeschäft vernichten, sondern es ungeachtet der Übertretung des Verbotes als gültig anerkennen.

Es ist der Witwe verboten, vor Ablauf des Trauerjahres zu neuer Ehe zu schreiten; thut sie dies dennoch, so wird sie mit verschiedenen Strafen belegt, aber die verbotswidrige Ehe selbst bleibt gültig. L. 1. 2 C. de secund. nupt. 5. 9.

Bemerkenswert ist ferner, wie wenig präcis da, wo der Gesetzgeber Veranlassung nimmt, die Folge einer Verbotsübertretung —

crimen — zu benennen, deren civilrechtliche Bedeutung zum Ausdrucke kommt: ein Beweis dafür, daß der Grundsatz der constitutio Theodosiana keineswegs allgemeine Beachtung fand. Die in ihrer Auslegung vielbestrittene l. 1 C. si quis aliquem test. prohib. 6, 34 lautet: civili disceptationi crimen adiungitur si testator non sua sponte testamentum fecit, sed compulsus ab eo qui heres est institutus¹⁾.

Wiederholt ist das Verbot ausgesprochen, daß die hierzu nicht berufenen Beamten und clerici sich der Mitwirkung bei der Testamentsöffnung und Insinuation zu enthalten haben. Dies Verbot wird durch Strafsetzung verstärkt: poena feriendis temeratoribus praesentis sanctionis quinquaginta librarum auri. Dennoch übt die Gesetzesübertretung auf die civilrechtliche Gültigkeit keinen benachteiligenden Einfluß aus: nec enim concedendum est, ut suprema vota deficientium eversionis quicquam ex incongrua insinuatione contrahant. L. 23 extr. C. de testam. quemadm. t. o. 6. 23 und l. 40 (41) C. de episcopis et clericis l. 3.

Ebensowenig entspricht es der vorhandenen Rechtsordnung, wenn aus der Konstitution der Rechtssatz entnommen wird, daß die Wirkung jedes Verbotes in absoluter Nichtigkeit besteht. Trotz der verschärften Ausdrucksweise, deren sie sich bedient, muß es von vornherein zweifelhaft sein, ob sie überhaupt solche Nichtigkeit anordnet. Es ist bereits oben²⁾ dargelegt, daß im römischen Rechte ein Gegensatz zwischen anfechtbar und nichtig nicht zu scharfer Fixirung gelangt ist. Beide Begriffe sind, wie der Sprachgebrauch der Quellen beweist, so wenig nach Inhalt und Terminologie unterschieden, daß dasselbe Geschäft öfter als ipso iure nullum und dann wieder als revokabel bezeichnet wird³⁾. Es ist daher auch nicht an-

¹⁾ Viele, u. a. auch Windscheid, Pand. B. III, § 548, A. 2, nehmen hier nur Anfechtbarkeit an.

²⁾ Bei Erklärung des Begriffes rescindere S. 15 A. 2 und bezügl. der Wirkungen der Exceptionen S. 18 A. 2. Vgl. Schilling: animadversiones p. 32; Savigny: System Bd. IV, S. 538, Anm. e.; Schloßmann: Zwang, S. 23; Sintenis: Civilrecht, B. I, § 24, A. 1. Windscheid: Pandekten, B. I, § 82, A. 2.

³⁾ Für diesen schwankenden Gebrauch ist besonders bezeichnend, daß Ulpian l. 3, § 10, D. de donat. inter vir. et uxor. 24. 1 sagt, die Wirkung des Schenkungsverbotes ist: ut ipso iure nihil valeat, quod actum est, und dass er selbst in l. 5, § 18 D. eod. über denselben Gegenstand sagt: in donationibus autem iure civili impeditis hactenus revocatur donum ab eo ab eave, cui donatum est, ut, si quidem exstet res, vindicetur, si consumpta sit, condicatur. — Vgl. auch l. 5 § 5, l. 7 § 6, l. 31 § 4, l. 32 § 21, l. 52 § 1 D. eod. 24. 1: woselbst es

zunehmen, daß die Konstitution selbst hier den technischen Begriff der absoluten Nichtigkeit hat einführen wollen, der die ausschließliche Wirkung aller Verbotsgesetze kennzeichnen sollte. Immerhin ist nicht zu übersehen, daß die gewählte Fassung durch die Worte: nullum contractum subsecutum; non solum inutilia, sed pro infectis habeantur; cassum atque inutile esse; nec ullius esse momenti: auf die Absicht hindeutet, eine gesteigerte Unwirksamkeit als Folge der Verbotsübertretung anzuordnen¹⁾.

bezügl. dieser Schenkung weiter heißt: nullius momenti esse, retractari, irritum esse, infirmari, iure vulgato nulla est, nihil agitur. — Von einem Testament heißt es, es sei, nullius momenti und darauf: quia non totum testamentum infirmant filii — l. 43 § 2 D. de vulg. et. pup. subst. 28. 6. — Ebenso wird in l. 22 D. quae in fraud. 42. 8 die geschehene Veräußerung als: nullius momenti charakterisiert; gleichzeitig aber anerkannt, daß erst noch eine Rescissionsklage nötig sei. — In l. 3, § 3 D. pro socio 17. 2: heißt es: societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo. Dennoch liegt hier nur ein anfechtbarer Vertrag vor. — Auch im Codex wechselt in dieser Weise der Sprachgebrauch. l. 2, § 1 C. si propter publ. pensitat. 4. 46: sin autem venditio nulla — facta est, hanc ratam haberi iura non concedunt, idque quod frustra gestum est revocari oportet. — Ebenso wird im Codex rescindere für nichtig gebraucht in l. 9 C. de praed. et aliis reb. minor. 5. 71 und l. 2 C. de mancip. et colon. patrim. 11. 63; dagegen rescindere für anfechtbar in: l. 3 C. de donat. mort. c. 8. 56; l. 8 C. de donat. ante nupt. 5. 3; l. 24 C. de inoff. test. 3. 28; l. 16 C. famil. ercisc. 3. 36; l. 1 C. de fide instr. 4. 21; l. 13 C. de donat. inter vir et uxor 5. 16.

¹⁾ Besonders der Ausdruck „infectus“ wird regelmässig für volle Ungültigkeit angewandt. So: l. un. § 1 D. unde vir et uxor 38. 11; l. 2 D. de rescind. vendit. 18. 5: discessimus a priore emptione, potest enim, dum res integra est, conventionem nostram infectam fieri emptio. l. 20 C. de donat. inter vir. et uxor. 5. 16: nec consensus debitoris — ad dominium transferendum prodesse quicquam potuit, cum tam ea quae simulate aguntur, quam —, propter iuris civilis interdictum pro infectis habeantur. l. 20. pr. C. de donat. ante nupt. 5. 3: insinuare autem eas [sc. donationes] actis intervenientibus supersedebant, ut ineffectae maneat et ipsi quidem commoda dotis lucentur. — Infectus bedeutet hier gleichmässig, daß die Rechtshandlung als ungethan, nicht vorhanden erachtet wird. — Es sei noch darauf hingewiesen, daß hier infectus als die stärkere Rechtswirkung im Gegensatz zu inutile gesetzt wird. Inutile selbst aber wird schon gleichbedeutend mit nichtig verwandt. So heisst es l. 11 D. de liberat. legata 34. 3: inutile legatum est quod debitor creditori suo legat; ebenso l. 25 D. eod.; l. 1 § 10 D. ad leg. Falc. 35. 2 und ferner l. 13 D. l. c. 34. 3: nullius momenti legatum erit, und l. 28, § 13 D. eod.: si debita fuissent, nullum esse fidei-

Indessen mag die Sanktion der Ungültigkeit der verbotenen Geschäfte noch so streng gefasst sein, aus materiellen Gründen kann diesen Worten keine andere, als jene weite, nicht-technische Bedeutung zuerkannt werden, in welcher die für „rechtlich unwirksam“ angewandten Bezeichnungen im römischen Rechte überhaupt gebraucht werden. Die Konstitution kann nicht sagen wollen, daß jedes verbotene Geschäft im technischen Sinne nichtig sei, weil in den Digesten und vor allem auch im Codex das Gegenteil wiederholt anerkannt ist. Auch bei denjenigen Verbotsgesetzen, die ohne Zweifel die Ungültigkeit der unerlaubten Handlung anordnen, tritt diese, nicht bloß ausnahmsweise, sondern gerade in besonders wichtigen und häufigen Fällen nur in der Wirkung einer *exceptio* zu Tage und setzt das Geschäft selbst nur der Rescission aus. Die verbotswidrige Rechts-handlung ist hier außerdem so wenig als ungethan — *infecta* — erachtet, daß öfter sie nur teilweise aufgelöst wird und sogar ihre völlige Konvalescenz als möglich erscheint¹⁾.

commisum. — Es ergibt sich also auch aus dieser Gegenüberstellung, wie wenig terminologisch festgestellt die verwerteten Begriffe sind, denn über nichtig hinaus kann es doch eine Steigerung nicht geben.

¹⁾ Über das Digestenrecht ist diesbezüglich bereits oben S. 15 und 18 gehandelt. Ich beschränke mich hier auf Stellen des Codex und der Novellen, damit durch gleichzeitige und spätere Gesetze die beschränkte Auslegung unserer Konstitution als um so gebotener erscheine.

1. Vor allem lehrreich ist für unsere Zwecke die Behandlung des S. C. Velleianum. Das in diesem enthaltene Verbot ist jedenfalls ein vollkommenes und vielfach ist ausgesprochen, daß die Bürgschaft der Frauen eine ungültige sei. So l. 1 pr. D. h. t. 16. 1: *plenissime comprehensum est, ne pro ullo feminae intercederent*. l. 1. § 1 D. eod.: *pleraque ipso iure non valent, ita multo magis adimendum eis fuit id officium sc. der Bürgschaftsübernahme*. l. 8. § 9 D. eod. *inanem enim obligationem*. l. 8. § 12 D. eod. *cum non obligatae cum effectu successerit*. — Dennoch ist, wie allgemein anerkannt wird, (Puchta: Pand. § 369; Göschen, Vorles. II 2, S. 528; Mühlenbruch: doctr. pand. § 488; Glück: Comment. XIV, S. 458; Windscheid: Pand. II, § 487 A. 1 und besonders: Sintenis in Sell Jahrbücher II, S. 343) die Intercession der Frau keineswegs nichtig im technischen Sinne, sondern nur durch *exceptio* entkräftbar. Und was im Verhältnis zu der uns vorliegenden *Constitutio Theodosiana* besonders wichtig ist: gerade im Codex wird überall anerkannt, daß das S. C. Vellei. nur durch *exceptio* das gesetzliche Verbot sanktioniert. l. 14 C. h. t. 4. 29: *mulierem contra S. C-i Velleiani auctoritatem non posse intercedere eademque exceptione fideiussorem eius uti posse iuris auctoritas probat*. l. 8 C. eod. *propter exceptionem, quae ex S. C-o Velleiano descendit*; l. 12 C. eod.: *pertinere ad te beneficium S.C-i*; l. 16 C. eod.: *cum ei per exceptio-*

Wenn nun nicht bezweifelt werden kann, daß neben der uns vorliegenden Konstitution sowohl die in dem *Corpus iuris* enthaltenen

nem S. C-i succurratur. Über die Bestätigung der ungültigen *Intercession*: l. 22 C. eod.; Nov. 61. cap. I, § 1 extr.

2. In gleicher Weise wird durch das S. C. Macedonianum ein Verbot gegeben, welches nur durch *exceptio* wirkt. z. B. l. 1 C. h. t. 4. 28: *exceptio ei denegabitur*; l. 6 C. eod.: S. C-i *auxilium*. In l. 7 C. eod. wird sodann die *Ratihabition* des ursprünglich ungültigen Darlehensvertrages durch nachfolgende Genehmigung des Vaters als wirksam anerkannt.

3. Die Nov. 115, cap. 3, 4 enthält ein striktes Verbot: *sancimus non licere — liberos praeterire aut exheredes in suo facere testamento*. Das verbotswidrige Testament ist dennoch stets gültig bezüglich der sonstigen Bestimmungen, Vermächnisse etc.; und ferner ist, wenigstens nach einer von vielen heute geteilten Anschauung, die gesetzeswidrige Erbeinsetzung nicht absolut nichtig, sondern nur rescissibel durch *querela inofficiosi testamenti*.

4. Schenkungen unter Ehegatten sind verboten, l. 3, § 10 D. de don. inter vir. et ux. 24, 1: *ipso iure nihil valeat*; dennoch ist ihre Konvalescenz anerkannt l. 32, § 2 D. eod. l. 3 C. h. t. 5. 16; und durch den Tod des Schenkers wird sogar das nicht erfüllte Schenkungsversprechen zu einem vollgültigen. l. 2 C. de dote cauta 5. 15. Nov. 162 cap. 1, § 1. Daß letztere nicht von den Glossatoren rezipiert ist, bleibt für unsere Zwecke, wo es sich um die Ordnung des römischen Rechts handelt, außer Betracht.

5. L. 6 C. de nuptiis 5. 4: *etsi contra mandata principum contractum sit in provincia consentiente muliere matrimonium, tamen post depositum officium si in eadem voluntate perseveraverit, iustae nuptiae efficiuntur*. cf. l. 65, § 1 D. de ritu nupt. 23. 2.

6. L. un. § 1 C. de contract. indicum l. 53: *donationes vero omnimodo recusant scientes non esse validas eas in quibuscumque rebus et quacumque aestimatione, nisi post administrationem depositam vel specialiter in scriptis donator eandem donationem ratam habuerit vel tempus quinquennale praeterierit*.

7. Die mit einem verbotenen Rechtsgeschäfte verbundenen Nebenbedingungen fallen keineswegs, wie die *Constitutio Theodos.* sagt, immer fort (*subsecutum ex eo vel ob id.*). So z. B. l. 9 C. de praediis vel al. reb. minor. 5. 71: — *venditio contra divi Severi orationem facta praesidis sententia non immerito rescissa est*. *Pignora sane, quae ob evictionis periculum idem curator ex rebus propriis tibi obligavit, non prohiberi persequi*.

8. Wegen des gebrauchten Ausdruckes *infectum* sei noch eine wichtige Stelle aus den Digesten hinzugefügt, in der ausdrücklich anerkannt wird, daß die Überschreitung des Gesetzesverbotes nicht immer Nichtigkeit bewirkt: L. 11. pr. D. de divortiiis 24. 2 (Ulpian): *quod ait lex: „divortii faciendi potestas libertae, quae nupta est patrono, ne esto“, non infectum videtur effecisse divortium quod iure civili dissolvere solet matrimonium, quare constare matrimonium dicere non possumus, cum sit separatum* (Anm. Mommsen: sed nec dissolutum esse in totum).

Gesetze mit unvollkommener Sanktion, wie auch diejenigen in voller Gültigkeit verbleiben, welche als Folge der Gesetzesübertretung nur Exceptionen oder Ungültigkeit, welche die Konvalescenz offen hält, bestimmen; und wenn wir weiter annehmen müssen, dass Theodos wie Justinian in Kenntnis dieser Gesetze und ihrer fortdauernden Gültigkeit die neue Konstitution als organischen Teil der gesamten Rechtsordnung haben einfügen wollen: so ergibt sich, daß trotz der allgemeinen Wortfassung das Gesetz materiell nicht über alle verbietenden Gesetze verfügt und nicht für alle vollkommene Nichtigkeit als gleichmäßige Folge bestimmt haben kann. Wieweit dies beabsichtigt war, und zugleich eine Erklärung der über den wahren Willen hinausgehenden Fassung der Konstitution ergibt, wie es scheint, die Entstehung derselben.

Die Kurialen haben das Verbot der Prokuration von Gütern durch fraudulöse Pachtverträge umgangen. Der Kaiser erläßt daher das neue Gebot, daß auch diese Verträge verboten sein sollen. Diesem neuen Gesetze zuwider, — *contra hanc legem* — soll eine Klage nicht zugelassen werden, denn, — *nullum enim pactum*, — verbotene Verträge sollen keinen Rechtserfolg haben; wie denn überhaupt — *ad omnes etiam* — bei Verbotsgesetzen von selbst der unerlaubte Vertrag als rechtsunwirksam anzusehen ist. Zur vollen Sicherung des neu erlassenen Gesetzes wird den Kurialen auch noch untersagt, Bürgschaft für einen Gutspächter zu übernehmen. So steht also die ganze Konstitution in engstem Zusammenhange zu dem gerade speziell vorliegenden Gesetzeserlasse.

Daraus ergibt sich aber, daß der generalisierende Mittelsatz nur die Bedeutung einer analogen Ausdehnung des für den gegebenen Einzelfall bestimmten gesetzgeberischen Gedankens auf gleichartige Fälle hat. Das den Ausgang bildende Verbot aber ist ein derart striktes und auf derartigen Erwägungen des Gesetzgebers beruhendes, daß ein Zweifel darüber nicht bestehen kann, daß hier jeglicher Vertragsabschluß verhindert werden und der verbotswidrig geschehene einer jeden Rechtswirkung entbehren soll. Wenn also die gleichen Erwägungen, wie in diesem Falle, bei anderen Gesetzesverboten den Grund zu deren Erlaß geben, so ist als Absicht des Gesetzgebers zu unterstellen, daß er die verbotswidrige Rechtshandlung, soweit sie civilrechtlichen Erfolg begehrt, nicht als wirksam anerkennt. Dies ist der erkennbare und der vorhandenen Rechtsordnung entsprechende Inhalt unserer Konstitution.

Die besonders scharfe und pointierte Ausdrucksweise, welche über

den beabsichtigten Zweck in der Wortfassung hinausgeht, findet ihre Erklärung in dem Übereifer, in den die spezielle Veranlassung versetzte. Jedes Gelegenheitsgesetz, jeder von einem Einzelfalle aus generalisierende Erlaß ist der Gefahr unterworfen, daß er über das Ziel hinauschießt. Der Blick ist befangen von der Eigenart des gerade vorliegenden Thatbestandes und allzunahe liegt die Verleitung zu sagen, wie bei diesem Verbot geht auch bei allen anderen die Absicht auf die vollste civilrechtliche Sanktion.

Hier aber kommt noch der berechtigte Unwille hinzu über die hinterlistige Umgehung der erlassenen Gesetzesvorschrift. Um diese zu unterdrücken, schienen ganz besonders scharfe Vorschriften und besonders energische Betonung der vollsten Gesetzesachtung angebracht. So wirkt die gelegentliche Veranlassung bestimmend auf die Fassung unseres Gesetzes ein und es besteht der Eindruck, als ob der ganze Inhalt desselben in allen Teilen sich auf das *facere fraudem legi* beziehe. Es wird hiernach nicht zu schwierig erscheinen, zuzugestehen, daß der allgemeine Ausspruch der Konstitution erst auf ein gebotenes und entsprechendes Maß und Gebiet beschränkt werden muß: wieweit dies zu geschehen hat, kann sich erst später ergeben. Wie nahe es aber für den Gesetzgeber liegt, Verbot und Gesetzesumgehung in engste Verbindung zu bringen, mag sich belegen durch L. 10 § 1 C. de sacros. eccles. 1. 2: *quod etiam in omnibus causis cupimus observari, ut generaliter, si quid eiusmodi contra ius vel utilitatem publicam in quolibet negotio proferatur, non valeat. quidquid enim in fraudem istius legis quolibet modo fuerit attemptatum, id navigii quod excusatur publicatione corrigimus.*

Auch im übrigen wird unsere Konstitution durch eine ungenaue, über Absicht oder Können des Gesetzgebers hinausgehende Fassung charakterisiert.

Volle Verwahrung ist vor allem einzulegen gegen die Vorschrift, das Gesetz solle gelten: *ad omnes legum interpretationes tam veteres quam novellas*. Insofern dies Gesetz Bestandteil des Codex geworden ist, kann es sich zunächst nicht um Gesetzes-Interpretation im eigentlichen Sinne handeln, denn Justinian hat ausdrücklich verordnet: nur der Kaiser kann die Gesetze auslegen¹⁾. Vielmehr heißt dies: allen Verbotsgesetzen ist auf Grund dieses Erlasses die nachbenannte Wirkung beizumessen. Eine weitere Interpretation, welche ja eventuell

¹⁾ L. 12 § 3 C. de legib. 1. 14: *et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet. L. 2 § 21 C. de veteri iure enucl. 1. 17: cui soli concessum est leges et condere et interpretari. Vgl. Savigny: System B. I., § 47, S. 302 ff.*

zu anderem Resultate führen könnte, wird gerade ausgeschlossen; und sie hat kein Anwendungsgebiet, da die Folge des Verbotes absolut vorgeschrieben ist.

Bei jener Bedeutung aber überschreitet die *Constitutio Theodosiana* das dem Gesetzgeber zustehende Machtbereich: wegen seines Inhaltes ist das Gesetz unverbindlich. Und zwar zunächst soweit es sich auf die älteren Gesetze bezieht. Denn alle bereits oben aufgeführten Verbotsgesetze mit anderer Sanktion bleiben in Geltung¹⁾. Theodos hat gar nicht daran gedacht, diese sämtlich umzugestalten, und ihr fortdauerndes Bestehen ergibt sich aus der Bedeutung, die sie für die Kompilatoren des Justinianischen Gesetzeswerkes hatten. Ihnen gegenüber ist daher die Vorschrift der *Constitutio* trotz ihrer imperativen Form nichts mehr als ein didaktischer Lehrsatz; ein solcher bindet aber nicht kraft des Ausspruches der gesetzgebenden Staatsgewalt, sondern nur, weil und wenn er wahr ist und logisch richtig abgeleitet wurde: ein Erfordernis, dessen das Gesetz hier zweifelsohne ermangelt.

Zur Unterstützung dieses Ergebnisses glaube ich mich auf die Untersuchungen berufen zu dürfen, welche von Eisele und Wendt²⁾ gleich vorzüglich unternommen sind. Gerade das hier vorliegende Gesetz scheint mir eine bedeutsame Ergänzung zu den von jenen Schriftstellern angezogenen Beispielen zu bieten: nicht nur die Grenze, welche das objektive Recht nach seinem Wesen für alle Zeiten und Völker giebt, sondern auch die Grenze, welche in dem thatsächlich gebildeten Rechtszustande und der aus ihm erwachsenen Rechtsanschauung liegt, ist für den Gesetzgeber bei allen Einzelerlassen, „verbindlich“, und seine Autorität muß versagen, wo er, ohne Abänderung der bisherigen Rechtsordnung, aus dieser einen logischen Schluß ziehen will, dessen Voraussetzungen sich als unrichtig erweisen.

Aber auch für alle späteren Gesetze will die Konstitution eine bindende Norm geben. Eine dem kaiserlichen Übermute entsprungene Gesetzesphrase! Es ist kaum zu fassen, wie man heute anzunehmen vermag, daß hierdurch auch eine für alle modernen Gesetze anzuwendende legal verpflichtende Vorschrift gegeben sei. Offenbar hat man die Prämissen einer solchen Anschauung auch nicht einen Augenblick in Erwägung gezogen. Thatsächlich sagt Theodos doch: in jedem künftig

¹⁾ Zu vergleichen ist generell hierfür noch: L. 41 D. de poenis 48. 19 (Papinian).

²⁾ Eisele: unverbindlicher Gesetzesinhalt: im Archiv f. d. civ. Praxis B. 69, S. 275 ff. Wendt: Rechtssatz und Dogma in Jhering Jahrbücher B. 22, S. 299 ff.

erlassenen Gesetzesverbote liegt ipso iure der Wille, das unerlaubte Geschäft zu vernichten. Ist dies nun, wie behauptet wird, zwingender Rechtssatz für uns, so sind folgende Schlüsse nicht zu umgehen:

1. Es giebt keine modernen Gesetze, welche mit dem Verbote nur unvollkommene civilrechtliche Wirkung verbinden. Was aus den thatsächlich geltenden *leges imperfectae* wird, deren das heutige Recht eine große Anzahl enthält, scheint jene Theorie nicht zu bekümmern.

2. Für das Gebiet und für die Dauer der Gültigkeit des römischen Rechtes ist der Gesetzgeber unfähig, ein Verbot auszusprechen, ohne mit demselben Nichtigkeit zu verbinden. Theodos, und warum nicht jeder römische Kaiser, vermochten es also, durch ihren Willen einen Bann auf die Entschliessungen unserer gesetzgebenden Gewalten zu legen, oder zum mindesten ihnen aufzuerlegen, daß sie, wenn die modernen Verbote andere als die den römischen Kaisern gutdünkenden Wirkungen haben sollten, dies ausdrücklich vorschreiben müssen. Ob dies letztere nach der orthodoxen Anschauung überhaupt wirksam sein kann, scheint mir freilich sehr fraglich.

3. Oder aber Theodos hat durch *divinatio* voraus erkannt, daß jeder Gesetzgeber künftiger Geschlechter mit jedem Verbotsgesetze diese Wirkung verbinden wollte, und somit konnte er für uns diesen Offenbarungssatz gesetzlich aussprechen.

Eine weitere Illustrierung dieser Konsequenzen erscheint überflüssig. Will man sie aber nicht annehmen, dann ist soviel doch klar, daß die heute beliebte Argumentation ebenfalls zu verwerfen ist, nach der es heisst: es kommt hier das Gesetz X zur Anwendung; dasselbe spricht ein Verbot aus; das verbotene Rechtsgeschäft ist also auf Grund der *Constitutio Theodosiana* (l. 5 Cod. de legibus) nichtig. Entweder die römische *lex* gilt absolut mit allen Folgerungen oder die Geltung ist einzuschränken: dann aber kann auch nicht die bloße Berufung auf ihren Text volle Beweiskraft haben.

Gewiss Theodos mußte alle diese Einwendungen selbst auch erkennen. Wenn er dennoch dies Gesetz mit dieser Fassung erließ, so ist dies ein weiterer Beweis für meine obige Behauptung, daß wir es hier mit einem äußerst oberflächlich redigierten und blindlings an die vorliegende Einzelveranlassung anschließenden Gesetze zu thun haben. Wie wenig Autorität und wortgestrenge Bindung kann daher diese gelegentliche Äusserung des fremden Kaisers zumal da beanspruchen, wo er über die Rechtsanschauung urteilt, von welcher spätere Gesetzgeber bei Erlaß von Verboten ausgingen!

Ein Bedenken könnte allerdings in Anschluß an diese Ausführung

laut werden, ob nicht Justinian unserem Gesetze eine verstärkte Bedeutung dadurch beigelegt hat, daß er es von der konkreten Veranlassung entkleidete und nun den Gesetzesbefehl abstrakt und als allgemein gültigen hinstellte. Hiergegen streiten aber zwei Gründe. Einmal die thatsächlichen Widersprüche, in die das Gesetz sich nicht minder, wie die *Constitutio Theodosiana* in ihrer ursprünglichen Gestalt mit dem bestehenden Rechte setzen würde. Sodann aber würde in einer solchen Annahme eine Überschätzung der Bedeutung der *Codex-Kompilation* liegen. Aufgabe der Kommission war es¹⁾, aus den zur Entscheidung einzelner Fälle dienenden Reskripten unter Weglassung alles zufälligen Beiwerkes den Kern jeglicher Gesetzesvorschrift herauszuschneiden. Dies ist nun bezüglich des vorliegenden Gesetzes in der flüchtigsten Weise geschehen. Statt die Konstitution nach ihrer inneren und materiellen Bedeutung zu prüfen, sind einfach alle Sätze, welche von den Kurialen handelten, weggelassen, und das übrige, so wie es gerade dastand, ist zusammengesetzt und dem *Codex* einverleibt.

Daher ist an zwei Stellen das deutliche Merkmal geblieben, daß der Gesetzeswortlaut ohne weitere Überlegung aus Bruchstücken aneinandergesetzt wurde. Die Worte *nullum enim pactum squ.* stehen nach der Fassung des *Codex* in gar keinem Zusammenhange mit dem vorausgehenden Satze. Vielmehr ist hier eine empfindliche Lücke: der Gedankengang springt von fraudulöser Gesetzübertretung unvermittelt über auf die Wirkung des *facere contra legem*. Im ursprünglichen Texte war die Vermittelung des Überganges durch die Exemplifikation auf die Kurialen völlig klar gegeben; daran schloß sich die Verordnung, daß: *contra hanc legem nulla tenebitur actione*, und speziell an diesen Ausspruch knüpfte sich das folgende durch „*enim*“ an. Obwohl man nun die Vordersätze wegließ, fügte man dennoch den stehengebliebenen Rest ein in der logischen Form eines Nachsatzes. Dasselbe vollzieht sich am Ende der Konstitution, wo es heißt: *nec stipulationem eiusmodi tenere*. Dies ist in der Fassung Justinians völlig unverständlich, denn die Worte, auf welche hier Bezug genommen wird: *nec fidem suam interponere*, sind ausgelassen.

Die allgemein gültige Vorschrift: aus jedem gesetzlichen Verbote folgt zwingend die absolute civilrechtliche Nichtigkeit des verbotenen Geschäftes, ist mithin in l. 5 *Cod. de legibus* weder ausgesprochen, noch konnte sie mit verbindlicher Kraft ausgesprochen werden. Häufig wird dies die Folge des Gesetzesverbotes sein, aber

¹⁾ Vgl. die *Constit. haec quae necessario und summa rei publicae*.

es ist keineswegs derart zwingend überall der Fall, daß jedes Verbot ohne weitere Frage solche Wirkung haben wollte und mußte.

2.

Hieran anschließend glaube ich nun — als zweiten Teil der für diesen Abschnitt gestellten Aufgabe — den Beweis erbringen zu können, daß die *Constitutio Theodosiana* für unser gemeines Recht jedenfalls nur in dem angegebenen Sinne Gesetzeskraft hat, da sie nur mit solchen Beschränkungen rezipiert ist, welche der freien Auslegung der Verbotsgesetze den entsprechenden Spielraum gewähren.

Als Grundzug aller eingehenderen, für die Rezeptionsgeschichte in Betracht kommenden, Darstellungen unserer Rechtsfrage tritt entgegen das Bestreben, eine Vereinigung zu finden zwischen dem strikten Wortlaute der l. 5 *Cod. de legibus* und den — thatsächlich oder scheinbar — widersprechenden sonstigen gesetzlichen Vorschriften. Der kasuistischen Methode der mittelalterlichen und später auch der gemeinrechtlichen deutschen Juristen bot sich hier ein weites Arbeitsfeld; sie haben es reichlich nach ihrer Weise ausgebeutet. Die Zahl der *oppositiones*, welche der *lex „non dubium“* entgegengestellt werden, steigert sich bald ins Ungemessene, und in den jeder *oppositio* beigefügten Lösungsversuchen treten die Meinungen der einzelnen Juristen in verwirrender Fülle und Gestaltung gegen einander in Kampf. Diesen gesamten Auslegungsapparat bis in seine verschlungenen Einzelwege hinein zu verfolgen, dürfte ein wenig lohnendes Beginnen sein; die weitschweifige Breite, mit der alle verschiedenen Anschauungen und die oft kleinlichen Spitzfindigkeiten vorgetragen werden, entspricht nicht dem Interesse, welches wir an jenen Rechtsmeinungen zu nehmen vermögen.

Indessen ist ein großes Verdienst dieser Juristen nicht zu verkennen. Ich finde dies in der Entwicklung der Rechtsanschauung, welche alle ihre Ausführungen beherrscht und welche dahin geht, daß über dem Wortlaute des einzelnen Gesetzes die *ratio* der gesamten Rechtsordnung stehen muß. Daher konnte es ihnen nicht, wie dies die heutige Lehre hervorzudrängen versucht, genügen, den Wortlaute der *Constitutio Theodosiana* ausschließlich zu betonen und diesen zum alleingültigen Dogma zu erheben. Als organischer Teil des ganzen Rechtssystemes muß auch dieses Gesetz einer Interpretation unterworfen sein, welche ihm die Schranken setzt aus seiner Beziehung und dem Maßverhältnis zu den übrigen Gesetzen. Bei aller Achtung, die dem Gesetzeswillen gezollt wird, ist doch — und hierdurch ge-

winnt diese Frage weiteren Ausblick und allgemeinere Bedeutung — der Gesetzesausleger nicht der Sklave des einzelnen Gesetzeswortes.

Von diesem Gesichtspunkte aus suchen nun die Rechtslehrer aus den vorgefundenen widersprechenden Gesetzen allgemeine Grundsätze abzuleiten, welche einschränkend neben oder sogar aufhebend über das Prinzip der *lex „non dubium“* zu stellen sind. Die großen Schwierigkeiten, welche einer solchen systematischen Einteilung und Begrenzung der Wirkungen der Verbotsgesetze sich entgegenstellen, haben hierbei zu den mannigfachsten Versuchen geführt, die zum Teil des Namens einer wissenschaftlichen Lösung unwert sind. Aber unter der Menge der Theorien haben einige Anschauungen sich zu allgemeinerer Anerkennung durchgerungen und verdienen auch ihres Inhaltes wegen Beachtung. An diesen soll gezeigt werden, daß Theorie und Praxis sich von jeher der *Constitutio Theodosiana* gegenüber den Standpunkt freier Gesetzesauslegung gewahrt und sich niemals durch den Wortlaut dieses Gesetzes allein für zwingend gebunden erachtet hat. Zwar wechseln die Meinungen und außer den auf Ablehnung jenes Gesetzesprinzipes als eines allgemein gültigen gerichteten finden sich vermittelnde und solche, welche dessen alleinige oder doch vorzugsweise Anwendung verlangen. Allein der dort gebotene Grundsatz mag noch so sehr verteidigt werden: die beigelegten *rationes dubitandi* beweisen, daß die verordnete Wirkung der Verbotsgesetze als zutreffend anerkannt wird, nicht weil der Buchstabe jener Kaiserkonstitution so lautet, sondern weil außerdem innere Rechtserwägungen trotz entgegenstehender und keineswegs a priori wegen jenes Gesetzes wirkungsloser Bedenken zu dieser Rechtsfolge hinführen.

Allen späteren Autoren haben in der Behandlung unseres Gesetzes die Glossatoren als Führer gedient. Da ihren wissenschaftlichen Arbeiten als eines der Hauptziele gerade dies gesteckt war, die einzelnen Teile des Gesetzeswerkes Justinians in organische Verbindung miteinander zu bringen, so mußten die Schwierigkeiten, die hierfür sich aus den Worten der *lex „non dubium“* ergaben, die Einsetzung ihrer vollen Kraft erfordern. Ihre umfassende Gesetzeskenntnis lieferte ihnen hierzu reiches Material. Wie aber eine Lösung zu finden sei, erschien streitig.

Über einige Bedenken half man sich durch kurz ablehnende Bemerkungen hinweg¹⁾. So heißt es: *opponitur de iis quae non debent fieri, facta tamen tenent* [wie nach l. 1 § 5 D. quando appelland.

¹⁾ Zum Folgenden vgl. die gl. pro infectis ad l. 5 Cod. de legibus.

sit. 49. 4 beim bedingten Urteile]: *sed illud non est contra legem sed praeter legem; lex enim non resistit sed assistit*. Ferner: *opp. de iis quae etiam postea confirmantur: sed ea sunt prohibita fieri vel inchoari non confirmari*. Am gewagtesten ist die Bemerkung: *opp. de iis quae inutilia sunt per exceptionem ut in Maced. et Vell. et dolo et metu*. Rsp. *perinde est ac si ipso iure sunt inutilia quoad effectum*. Diese Lösung hat denn auch später allseitigen Widerspruch erfahren.

Zu ernsteren Zweifeln führten die Gesetzesworte: *sed et si quid fuerit subsecutum ex eo vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum, atque inutile esse praecipimus*. Dem gegenüber steht l. 9 § 1 Cod. de praed. vel aliis rebus minor. 5. 71, wonach bei dem gegen das Verbot der *oratio D. Severi* abgeschlossenen Kaufe eine wirksame Pfandbestellung „ob *evictionis periculum*“ zugelassen wird. *Martinus*¹⁾ hilft sich mit der Behauptung, die *lex non dubium* gälte nur „in *perpetuo prohibitis*“. Da nun das Verbot der *oratio D. Severi* keineswegs ausnahmslos und immer zur Anwendung käme, so sei ein Widerspruch nicht vorhanden. So großen Anklang diese Theorie auch nachmals gefunden hat: den anderen Glossatoren erschien hier, wie so oft²⁾, des *Martinus* Ansicht zu gewagt und zu weitgehend: *si in perpetuo prohibitis tantum servatur haec lex, in paucissimis casibus locum haberet; quia vix est aliquid sic generale, cui non derogetur per speciale*³⁾.

Mafsgebenden Einfluss dagegen gewann die Auffassung *Azo's*. Die Anwendung der *lex non dubium* ist nach ihm auf den Fall beschränkt, daß im Gesetze bloß ein nacktes Verbot ausgesprochen ist; die Übertretung desselben bewirkt dann Nichtigkeit. Ist aber im Verbotsgesetze ein weiterer Zusatz gemacht, so wird durch diesen jene allgemeine Vorschrift beseitigt, und je nach dem Inhalte des Zu-

¹⁾ Gl. ob id ad leg. cit.

²⁾ Vgl. *Landsberg*: Die Glosse des *Accursius*. S. 15.

³⁾ Dennoch entbehrt die Anschauung des *Martinus* nicht eines gewissen Anhaltes in den Quellen. Es heisst nämlich in l. 35 § 1 D. de verb. sign. 45. 1 (*Paulus*): *item quod leges fieri prohibent si perpetuam causam servaturum est, cessat obligatio, veluti si sororem nupturam sibi aliquis stipuletur*. — Auch bei späteren findet sich dieselbe Lehre: z. B. *Barbosa*: *Collect. in Codicem Iust. tom. I lib. 1. tit. 14 l. 5. nr. 11*: nur wenn die *prohibitio* eine *perpetua* ist, bewirkt sie Nichtigkeit, nicht aber, wenn sie geschehen ist *ex causa non perpetua*. Ferner unten S. 49. *Sylvester* u. a.

satzes ist die verbotene Handlung gültig oder durch exceptio zu beseitigen oder nachmals zu bestätigen¹⁾).

Diese Lehre ist im vollen Umfange von der Glosse als die richtige anerkannt worden. Trotz der ihrem Wortlaute nach absoluten und alleingültigen Vorschrift der Nichtigkeit sämtlicher verbotswidriger Rechtshandlungen bleiben zahlreiche Gesetze, welche eine andere Rechtsfolge der Verbotsübertretung anordnen, in Kraft: *si autem ultra procedat, serva quod statuit; nec habet locum haec lex generalis, cum speciales clausulae habeant locum*. Damit ist der erste Schritt gethan, um dem Gesetze Justinians seine starre ausschließliche Anwendung zu nehmen. Dem allgemeinen Prinzipie geht vor der Wortlaut und, wie bald hinzugefügt wird, die innere Willensabsicht des einzelnen gesetzlichen Verbotes; ersteres ist nur die subsidiäre allgemeine Regel²⁾.

Eine Untersuchung, die regelmäsig hiermit verknüpft wird, stellt diese Anschauung in noch schärfere Beleuchtung. Paulus giebt in l. 6 § 2 D. de iure patronatus 37. 14 das Beispiel freier juristischer Auslegung: *quamvis nulla persona lege excipiatur tamen intellegendum est, de his legem sentire, qui liberos tollere possunt*. Also über dem Wortlaute des Gesetzes steht seine ratio. Azo, ebenso wie Dinus (Mugellanus) und Cinus³⁾, der Lehrer des Bartolus, stimmen darin

¹⁾ Azo: *summa in primum libr. Codicis rubr. 14 de legibus nr. 18: si velit quis evitare omnes istas oppositiones, dicat l. istam non dubium habere locum tantum in eo casu quando lex simpliciter prohibet, nec ultra progreditur. Si autem progrediatur ultra vel prohibita fieri non infrigendo vel prohibita postea confirmando vel cassando per exceptionem, servabitur illa specialis cassatio et speciale statutum in prohibito, non hoc generale.*

²⁾ Übrigens ist nicht zu verkennen, dass der so gefundene Grundsatz eine volle Lösung der Schwierigkeiten nicht bietet. Gerade das Verbot der *oratio Severi* — der Ausgang dieser ganzen Untersuchung in der *gl. ob id* — beweist dies. Denn hier ist ohne Zusatz das nackte Verbot ausgesprochen und dennoch tritt zugestandenermaßen die *lex non dubium* nicht in volle Wirkung. Die *gl. l. c.* fällt daher zum Schlusse in die vorher verworfene Ansicht des Martinus zurück, indem sie die Gesetzesdivergenz und die Anwendung der *lex generalis* leugnet: *quia huiusmodi oratio non semper innuit contra.*

³⁾ Azo: *l. c. nr. 19: pro hoc est illud generale, sensum non verba spectari.* — Cinus *de pistorio: lectura super Codice. de legibus. lex non dubium: z. B. propter rationem non scriptam postest deviari et recedi a verbis legis, dum tamen illa ratio sit naturalis et communiter et naturaliter possit probari per simile; per quam rationem etiamsi lex est in contrarium mitigari potest.* — Ebenda auch über Dinus [Dynus]. — Cinus will gerade die Meinungen der neueren Rechtslehrer zum Ausdrucke bringen und verbreiten. Vgl. Savigny: *Gesch. d. r. R. im Mittelalter B. VI, S. 87.*

überein — und zwar gerade im Anschlus an die Frage der Auslegung der *lex non dubium* — das es gestattet ist „*verba legis offendere*“, wenn dies der Gesetzessinn verlangt; nicht nach dem Wortlaute, sondern nach seinem Inhalte bindet jedes Gesetz, und eben diesen Schranken ist auch unsere Codexkonstitution unterworfen.

Derselbe freiere Standpunkt machte sich geltend in den Vorlesungen des Odofredus¹⁾. Die zahlreichen gegen unsere Konstitution zu erhebenden Bedenken werden, ohne das eine Bindung an den Gesetzeswortlaut für geboten erachtet würde, anerkannt und eine Lösung meist unter Beseitigung jenes allgemeinen Prinzipes gesucht. Seltsam ist ein — übrigens auch von anderen²⁾ hervorgehobener — Einwand: *pro infecto habetur; sed probo contrarium, si aliquis deliquit*. Denn wenn auch die Missethaten *pro infectis* anzusehen sind, würde ja eine Strafe nicht möglich sein! Er schließt seine Darstellung zusammenfassend: entweder der Grundsatz der *lex non dubium* würde dem Gesetzesübertreter zum Vorteil gereichen, „*ut potest videri in maleficiis et in omnibus in quibus lex statuit poenam*“, dann gilt jene allgemeine Vorschrift nicht, vielmehr gilt die That in *sui praeiudicium* für rechtlich geschehen und vorhanden. Oder die gesetzwidrige Handlung würde durch ihren Bestand dem Interesse des Thäters dienen, dann tritt die *lex non dubium* in Geltung: in *sui praeiudicium habetur pro infecto*. Diese Formulierung, die für die Gesetzesauslegung einen elastischen Maßstab darbot, ist von vielen späteren aufgenommen worden.

Der hierdurch gekennzeichneten Richtung folgen gleichmäsig die Kommentatoren, die französische, holländische und gemeinrechtlich-deutsche Schule. Aus der übergroßen Anzahl der Theorien, die zur Erklärung aller der *lex non dubium* widerstreitenden Verbotsgesetze allgemeingültige Normen aufstellen wollen, hebe ich nur zwei hervor. Es mag sich an diesen erweisen, wieweit die Rechtsanschauung

¹⁾ In *Codicem. ad l. non dubium*. Wenngleich der Einfluss dieses Rechtslehrers im Vergleiche zu dem seines Vorgängers Accursius und seines Nachfolgers Cinus ein vorübergehender war (cf. Savigny: *Geschichte des r. R. im Mittelalter, Band V, § 119, S. 365*), so ist doch nicht zu verkennen, das Odofredus in unserer Lehre wenigstens für viele spätere als Autorität galt und seine Meinung regelmäsig in Verbindung mit der herrschenden Anschauung genannt wird.

²⁾ Die *gl. pro infectis ad l. 5 Cod. de legib.* sagt bereits *opponitur de maleficiis; sed hic loquitur in his quae de iure sortiuntur effectum, ut pacta, similia*. Ferner z. B. Baldus: *Comment. ad Cod. tit. de legib. l. non dubium nr. 11.*

und Gesetzesauslegung sich durch Justinians Vorschrift als gebunden erachtete.

I. Die erste und wichtigste Frage, die im Anschlusse an die *Constitutio Theodosiana* eine scharf gefasste Antwort erheischte, mußte sein: wann ist die gesetzlich verbotene Handlung ohne civilrechtliche Wirkung? Daß man hierin zu einem abschließenden Ergebnisse gelangt sei, wird sich kaum behaupten lassen. Aber in einem wesentlichen Punkte herrscht vollste Übereinstimmung, daß ein solches Ergebnis auch nicht durch die l. 5 Cod. de legib. erreicht worden ist, und nirgends genügt ernstere Untersuchung sich mit der einfachen Berufung auf jene Gesetzesvorschrift. Jede Scheidung und Prüfung der Wirkungen der Verbotsgesetze enthält schon einen Widerspruch zu Justinians Worten und bezeugt den auf selbständige Prüfung gerichteten Willen, der es verschmäht, die befohlene notwendige Folge gleichsam arithmetisch zu ziehen, vielmehr jener Rechtswirkung nur Anerkennung erteilt, wenn die inneren Gründe des einzelnen Verbotsgesetzes solches verlangen.

Bartolus, dessen herrschender Einfluß sich auch in dieser Lehre geltend gemacht hat, stellt, im wesentlichen sich den Glossatoren anschließend, diese Dreiteilung auf¹⁾:

a. aut lex procedit ultra confirmando: et valet.

b. aut lex procedit ultra dando modum infirmandi, et infirmabitur illo modo (besonders durch Exceptionen).

c. quandoque lex ultra non procedit et tunc est inutile ipso iure et perinde ac si hoc exprimeretur ab ipsa lege. Jedoch bleibt auch dies letztere nicht ohne Einwand²⁾.

Baldus, welcher diese Theorie billigt, muß bei einigen Fällen noch besondere Gründe der Nichtanwendbarkeit der *lex non dubium* beibringen³⁾. Bezüglich der in *integrum restitutio minorum* sagt er z. B.: *interdum fit contra legem, interdum contra beneficium legis. Primo casu ipso iure non valet; secundo casu valet, sed beneficio legis minor uti potest.* Ferner: *quando quid est prohibitum respectu sui, tunc quidquid sequitur ob id eadem persona non valet. Sed quatenus praetenditur in personam non prohibitam et subest ratio aequitatis, tunc valet.*

¹⁾ Commentaria ad libr. I. Codicis tit. de legibus, l. non dubium, nr. 21.

²⁾ Vgl. unten S. 55/56 und l. c. nr. 22: *quaero quod si lex procedit ultra poenam imponendo, de nullitate autem nihil dicit?*

³⁾ Commentaria in Codicem tit. de legibus, l. non dubium, nr. 11, 21, 24, 25.

Beiden schließt sich an Paulus de Castro¹⁾. Die Vorschrift des Codexgesetzes gilt ihm keineswegs als eine absolute, vielmehr bleibt die Prüfung ihrer Anwendbarkeit, wie dies die vielfachen Entscheidungen, die P. trifft, beweisen, für jeden Fall vorbehalten. Auch sagt er an einer Stelle ausdrücklich: *nota — quod illa, quae sunt de mente legis, habentur pro expressis.*

Auf einem anderen Standpunkte steht der von Späteren vielgenannte Vantius²⁾. Wie Martinus behauptet er, daß die Nichtigkeit des verbotenen Geschäftes eintreten müsse: *si causa prohibendi fuerit perpetua.* Von diesem Verbote ist wohl zu scheiden, wenn das Gesetz eine bestimmte Form, Stempelabgabe etc. „*post actum iam factum*“ befiehlt. Eine solche Form ist bloß accidental und, wenn das Gesetz nicht ausdrücklich ein anderes bestimmt, so bleibt der Rechtsakt gültig, „*donec fuerit per sententiam irritatus*“.

In der humanistischen Schule verstärkt sich die Unabhängigkeit, welche die Rechtslehre sich der *lex non dubium* gegenüber vindiziert. Alciat³⁾, der unserer Frage sich mit großer Ausführlichkeit widmet und die vielen Zweifel nach allen Seiten hin prüft, scheidet, auslegt, genügt sich nicht mit dem einfachen Grundsatz des Codexgesetzes. Ein Rechtsgeschäft kann aus verschiedenen Gründen abgewiesen werden (*pactum reprobatum*). So z. B. *quia contra bonos mores sit; quia adversus ius publicum sit; cum lex pactionem reprobat propter varias civium utilitates; cum pactio in odium creditoris a lege reprobatum etc.* Bei diesem völligen Heraustreten aus der Richtung und dem Ziele unseres Gesetzes, das doch gerade solche weiteren Unterscheidungen erübrigen will, kann es nicht verwundern, wenn Alciat zum Schlusse die Frage aufwirft: *numquid ex hisce contractibus, quibus lex occurrit obligatio saltem naturalis oritur?* — und die Antwort giebt, regelmäsig ist solcher Vertrag nullius momenti: *non tamen id perpetuum est, sed quandoque naturalis obligatio oritur, ut cum non occursu legis sed ratione aliqua civili contractus impeditur, veluti cum pater filio donat.*

Im Anschlusse hieran ist von besonderer Bedeutung die Ansicht, welche Donellus⁴⁾ als die maßgebende hinstellt. *Quaecumque conventio est contra leges aut in fraudem legum, nisi quid aliud appareat de sententia legis, ea ipso iure est inutilis: quia quod fit lege pro-*

¹⁾ In primam Codicis partem. tit. de legibus, *lex non dubium*.

²⁾ De nullitate. Im tract. tract. tom. IV. Fol. 380. nr. 52, 53, 55.

³⁾ Opera tom. III. Comment. in Codicem. tit. de pactis. lex 6.

⁴⁾ Comment. de iure civili lib. XII. cap. 21.

hibente, placet pro infecto haberi. Sed hoc ita est, inquam nisi appareat aliud sensisse legem, quae quid fieri aut contrahi vetuit.

Bevor ich in der Darstellung dieser Entwicklung auf die späteren Juristenschulen eingehe, gebietet es der Einfluß, den das kanonische Recht auf deutsche Rechtsbildung ausübte, einen Blick auf die Lehre der Kanonisten über unsere Frage zu werfen. Die Methode der Rechtsdarstellung der letzteren kennzeichnet das stetige Bestreben, nach den Gesetzesvorschriften des geistlichen wie weltlichen Rechtes durch Auslegung, Einschränkung, Ausdehnung eine Grenze abzustecken, wieweit Parteiwillen und Rechtsgeschäft unbeschadet des Seelenheiles und der Rechtmäßigkeit sich bewegen darf. Die Wirkung eines gesetzlichen Verbotes festzustellen, mußte daher vorzugsweise in den Bereich ihrer Rechtsdarstellung fallen.

Außer Zweifel steht, daß die *lex non dubium*, wie jedes bürgerliche Gesetz, als verpflichtender Gesetzeserlaß anzuerkennen ist; gerade mit Bezug auf diese *lex* heißt es: *quia etiam lex civilis obligat in conscientia*. Ferner ist ihr Inhalt ausdrücklich durch kirchliche Satzung bestätigt: *lex illa canonizata est*. Dies ist geschehen:

1. de regul. iuris in VI^o regula 64: *quae contra ius fiunt, debent utique pro infectis haberi*.

2. decret. causa 25 qu. 2. cap. 13 (Gregorius Papa in Regesto lib. 7. indict. 2. epist. 7.): *imperiali constitutione aperte sancitum est, ut ea quae contra leges fiunt, non solum inutilia, sed etiam pro infectis habenda*.

Dennoch genügten sich die Kanonisten nicht durch die Heranziehung lediglich dieser Gesetzesvorschriften, und noch weniger galt ihnen der Wortlaut derselben als einzig ausschlaggebend. Ebenso wie den Juristen erschien ihnen der Grundsatz der *lex non dubium*, so richtig seine Intention sein mochte, viel zu allgemein und weitgehend gefaßt, als daß er in dem beanspruchten Umfange zur Geltung kommen könnte. Ferner fehlt es auch im kanonischen Rechte nicht an Vorschriften, die jenem Gesetzeserlasse widersprechen, und die durch diesen Widerspruch zu einer Vereinigung und dadurch zu einer einschränkenden Auslegung jener *lex generalis* drängten. Besondere Schwierigkeiten bereitete hierbei der Ausspruch in cap. 16 X. de regularibus 3. 31: *quia multa fieri prohibentur, quae si facta fuerint, obtinent firmitatem*. Aber auch andere Stellen lassen sich dem Satze, daß die verbotswidrige Handlung rechtlich als ungeschehen, nicht vorhanden anzusehen sei, nicht anpassen. So z. B. cap. 1 X. de matrimonio contracto contra interd. ecclesiae 4. 16; cap. 21 caus. 35. qu. 3; cap. un. de voto in VI^o 3. 15.

Die radikalste Meinung, die unter den Vereinigungsversuchen aufgestellt wurde, ging darauf hinaus, nur dann komme die Generalregel zur Anwendung, wenn: *ius prohibet et addit, quod si contra prohibitionem fiat, non valeat*¹⁾. Das einfache Gesetzesverbot soll also die vernichtende Kraft nicht haben. Indessen fand diese Behauptung der *lex non dubium* gegenüber keine weite Verbreitung. Man schloß sich vielmehr zunächst den Theorien an, welche die Kommentatoren des Civilrechtes entwickelt hatten. Da diese oben bereits auseinandergesetzt sind, so gehe ich auf sie hier nicht näher ein. Wohl aber ist eine Richtung hervorzuheben, welche, von den einflußreichsten Kanonisten selbständig eingeschlagen, dauernde Bedeutung für die Rechtsauffassung über Verbotsgesetze erlangt hat.

In erster Linie ist hierfür zu nennen: Sylvester de Prierio, dessen Summa für die kanonistische Doktrin des 16. Jahrhunderts und vor allem auch in unserer Frage die Führung übernahm. Die für uns wichtigste Abhandlung in der Summa Sylvestrina ist die qu. 28 sub verbo *lex*. Sylvester geht zunächst auf die gegen den Grundsatz der *lex non dubium* zu erhebenden Zweifel ausführlich ein; das Ergebnis dieser Untersuchung ist folgendes. Unrichtig ist, daß stets absolute Nichtigkeit die Wirkung der Verbotsübertretung sei: *non semper ex non observantia legis inducitur ipso iure nullitas*; sed aliquando irritat ipso facto, aliquando praestat causam irritandi. Daneben giebt es zahlreiche Fälle, in denen die verbotswidrige Handlung rechtsbeständig ist. Von den Gründen, die Sylvester für diese letztere besonders bedeutsame Rechtswirkung angeht, — *ratio, quare aliqui actus contra legem facti tenere dicuntur et non sunt nulli ipso iure* —, sind hervorzuheben:

1. die Rechtshandlung ist gültig, wenn: *causa prohibitionis est temporalis et non perpetua*. Da es nun nicht feststeht, wann die *causa* eine *perpetua* ist, so bleibt es im wesentlichen der Begutachtung des einzelnen Gesetzesauslegers überlassen, ob er dies annehmen und die *lex non dubium* anwenden will oder nicht. Der an sich zwingenden und absoluten Vorschrift des letztgenannten Gesetzes wird also nur der Charakter einer bedingungsweise eintretenden Rechtsfolge zuerteilt. Als Beispiel einer *causa temporalis* gilt: *si prohibeatur matrimonium propter venerationem certae diei*.

2. Ein weitgehender Grund ist ferner der: *quando prohibitio legis concernit principaliter favorem alicuius, quia talis prohibitio*

¹⁾ So — *quidam distinguere volunt* — nach Angabe des Jo. Andreae in der Glosse zu: De regul. iuris VI^o. regula 64.

Endemann, Civilrechtl. Wirkung der Verbotsgesetze.

habet potius vim exhortationis. Der durch das Gesetz Begünstigte kann auf dessen Wohlthat verzichten und damit die ihm gesetzlich verbotenen Handlungen rechtmäßig vornehmen. Als Beispiel dient dist. 4, cap. VI, § 4.

3. Eigenthümlich ist die Regel für die Gültigkeit trotz des Verbotes: *quando lex dat certam formam super eo, quod alicui convenit ex sua potestate*. Ist jemand im Besitze einer Amtsgewalt, das Gesetz verbietet ihm aber, diese anders als in bestimmter Form auszuüben, so ist die verbotswidrig vollzogene Handlung dennoch rechtswirksam: *si episcopo, qui absolvere potest ex sua iurisdictione ab excommunicatione — lex mandet, quod non absolvat, nisi faciat sic vel sic: quia si contrarium faciat, absolutio tenet*. Das Gegenteil gilt, wenn das Gesetz diese Amtsgewalt selbst erst unter gewisser Form zu übertragen gebietet; denn dann wird mit der Formversäumung auch die Rechtshandlung hinfällig.

Das Prinzip der *lex non dubium* wird also in wesentlichen Punkten zurückgedrängt, seine Autorität als alleingültiger Maßstab der Rechtswirkung des Verbotsgesetzes wird nicht anerkannt. Die Bedeutung der Ausführungen Sylvesters wird dadurch gehoben, daß in ihnen sich die gemeine Anschauung der Kanonisten widerspiegelt. Bereits Nicolaus de Tudeschis s. Panormitanus († 1453) hatte im wesentlichen die nun von Sylvester formulierte Meinung vertreten¹⁾, und fast sämtliche späteren Kanonisten schlossen sich der Autorität der *Summa Sylvestrina* an²⁾.

Bei der Kontinuität dieser Rechtsauffassung im großen und ganzen gehe ich auf die einzelnen Abweichungen bezüglich der Nebenpunkte nicht näher ein. Wohl aber ist die Lehre eines Kanonisten noch hervorzuheben, dessen Werk über den Begriff und die civilrechtliche Wirkung der Gesetze zu dem Bedeutendsten zu zählen ist, was über diese Fragen geschrieben wurde. Mit Unrecht haben Neuere diesem Werke die Beachtung versagt. Der volle Titel desselben lautet: *tractatus de legibus et deo legislatore autore Francisco Suarez Granatensi e societate Jesu*; die *censura* ist dem Buche erteilt im Jahre 1611.

¹⁾ Vgl. besonders *Comment. ad c. 16 X de regularibus* 3. 31 nr. 10 und *ad c. 5 X de rebus eccles. alien.* 3. 13. Ferner *Summa Angelica verbo lex* nr. 18.

²⁾ So z. B.: *Sotus de iustitia et iure* lib. IV qu. 5 art. 2. Lopez: *De contractibus* lib. 28 tit. 11. partit. 5 nr. 7. Navarrus: *Summa* cap. 20 nr. 19. Covarruvias: *In c. quamvis pactum* p. 2 § 4 nr. 6. Molina: *De iustitia et iure tract. 2 de iustitia disp.* 88.

Suarez hat die Verbotsgesetze nach ihrem Inhalte und Wirkung der eingehendsten Prüfung unterworfen; mit reichem Quellenmaterial und sicherer Kenntnis der weit verzweigten Litteratur über diese Rechtsmaterie verbindet er eine nach Auffassung und Form gleich vorzügliche Darstellung. Das Ergebnis seiner Forschungen wird von ihm dahin zusammengefaßt.

Die Verbotsgesetze sind nach zwei Richtungen hin zu unterscheiden und auszulegen.

1. Die erste Art ist die *lex pure prohibens ex sola rei natura*, d. h. das Verbotsgesetz wird zunächst nur nach seiner inneren, aus dem Wesen und Begriffe des Verbotes geschöpften Natur betrachtet; nur aus dieser ursprünglichen und wahren Beschaffenheit, nicht nach besonderer gegebener Rechtsvorschrift wird die Wirkung des Gesetzes beurteilt. Hiernach aber ist zu sagen: *ex sola rei natura legem pure prohibentem non irritare actum, nisi alio modo talis effectus seu intentio legislatoris sufficienter declaretur*. — *Ratio vero eius ita potest explicari, quia prohibere actum et irritare illum sunt effectus valde diversi — per solum verbum prohibendi non explicatur effectus irritandi*¹⁾.

Wenn man hierbei erwägt, welch großen Nachdruck die Kanonisten gerade auf die „Natur der Sache“ und das hieraus gebildete *ius naturae* legten, und wie sie dieses als das ursprüngliche, göttliche Recht in allem als das maßgebende hinstellen, dessen Änderung und Beschränkung durch das menschliche *ius positivum* nur widerstrebend anerkannt wird: so wird die Bedeutung dieses von Suarez auf eingehende Erwägungen gestützten Resultates für die kanonistische Lehre sehr hoch angeschlagen werden müssen. Der Satz: Verbot bewirkt nicht Ungültigkeit, giebt die Grundlage; alle anderen Vorschriften sind nur — und zwar eng zu begrenzende — Ausnahmen. Als solche kommt in Betracht die

2. Art der Verbotsgesetze: *de verbo prohibendi ut ampliato seu extenso per legem aliquam humanam constituentem regulam generalem sic interpretantem iuridice sensum legis prohibentis, ut vim habeat irritantis*. Ein solches allgemein interpretierendes Gesetz ist die *lex non dubium*. Die Kraft dieses, von dem *ius naturae* eine Ausnahme anordnenden Gesetzes geht nun nicht so weit, daß die vorgeschriebene

¹⁾ Vgl. besonders lib. V, cap. 25, nr. 21.; ferner eod. cap. 27, nr. 6, wo Suarez abschließend sagt: *dico ergo, legem pure prohibentem nunquam irritare actum, nisi ex ea constet, non solum prohibere actum sed etiam impedire effectum seu obligationem*.

irritatio auch in conscientia verpflichte, noch auch daß diese Rechtswirkung einträte, bevor der Richter sie ausgesprochen hätte. Da es ferner nur auf der positiven menschlichen Rechtsgewalt beruht, so gilt es nur bei den *leges*, quas *imperator interpretari potest*, nicht also für die Gesetzesverbote, welche von Herrschern erlassen sind, die dem *imperator* nicht Gehorsam schulden. Und abschließend ist zu sagen: das Civilgesetz kann allerdings anordnen, daß Nichtigkeit die Folge des Gesetzesverbotes sei; aber dies muß dann ganz ausdrücklich und klar ausgesprochen sein. Im übrigen ist in *dubio* anzunehmen, daß ein Verbot nicht die *irritatio actus* bewirkt, sondern es der Entscheidung des Richters überläßt, welche Wirkung eintritt, und diese Entscheidung ist zu entnehmen: *partim ex verbis partim ex materia legis*¹⁾.

Damit ist der Auslegungsregel Justinians über die Wirkung der Verbotsgesetze die Spitze abgebrochen. Nicht ein absoluter Grundsatz gilt hierfür, sondern aus dem Inhalte und Zwecke des Gesetzes ist seine rechtliche Bedeutung abzuleiten. Ein Zeitgenosse des Suarez: Joan. de Salas, Gumielensis, kann nun die Behauptung vertreten: *non omnia quae humana lege simpliciter sunt prohibita, sunt irrita; in hac conclusione, ut credo, conveniunt omnes*. Und weiterhin meint er, es sei überhaupt zu bezweifeln, dass: *lex non dubium integre recepta est in terris, quae reguntur iure Caesareo*²⁾.

Gleichzeitig mit dieser Entwicklung der kanonistischen Lehre trat in der holländischen Schule eine Richtung auf, welche im wesentlichen demselben Resultate zustrebte. Offenbar von den Kanonisten beeinflusst, haben die holländischen Juristen entschieden gegen die wörtliche Anwendung der *lex non dubium* Front gemacht und haben ihre Anschauung dann auf die deutsche gemeinrechtliche Schule fortgepflanzt.

Auf der Schwelle des neuen theoretischen Aufbaues steht Henricus Zoes († 1627). Indem er sich zum teile der älteren Doktrin anschließt, giebt er andererseits doch zu, daß ein Verbot keineswegs immer vernichtet. Diesen Erfolg soll es vielmehr nur dann haben: *si videatur illum effectum intendere, nam in dubio et obscuro legem in partem mitiorem interpretamur*. Vollends für das Gebiet des kano-

¹⁾ Lib. V, cap. 28, nr. 7, 14, 15 ff., 21.

²⁾ Vgl. tractatus de legibus quaest. 96, tract. 14. disp. 16, sect. 8, fol. 427 und eod. nr. 26, fol. 429. Das Werk hat die approbatio erhalten im Jahre 1608. Druck: Lugd. 1611.

nischen Rechtes tritt Vernichtung nur ein, wenn diese Absicht *ex verbis vel particularibus signis* erkennbar gemacht ist¹⁾.

Entscheidend und von größtem Einflusse für unsere Frage ist aber das Eintreten von Hugo Grotius. Seine Lehre ist diese²⁾. Eine verbotene Ehe ist keineswegs immer nichtig; *sunt enim diversa prohibere et irritum facere*. Zwar hat Theodos verordnet, jedes Gesetzesverbot bewirke Nichtigkeit: *sed haec extensio non fit ex vi solius prohibitionis, sed ex vi novae legis, quam alii populi sequi necesse non habent*. *Saepe enim indecentia est maior in actu quam in effectibus, saepe etiam incommoda, quae rescissionem sequuntur maiora quam ipsa indecentia aut incommoda actus ipsius*.

Denselben Grundsatz drückt Johannes Voet³⁾ dahin aus: *invaluit illud vulgatum, multa prohiberi in iure fieri, quae tamen facta tenent*. Viele Fälle giebt es außerdem, in welchen nur Rescission die Folge der Verbotsverletzung ist. Da es nun oft zweifelhaft sein kann, welche Wirkung die Verbotsgesetze haben, so ist es durch allgemeinen Gerichtsgebrauch angenommen, nicht, wie die Const. Theod. verordnet, die unerlaubten Geschäfte sofort der Nichtigkeit zu unterwerfen, sondern sie nur als rescissibele zu behandeln⁴⁾.

Die holländischen Juristen gehen indessen noch weiter. Zuerst Grotius⁵⁾ und im Anschluß an ihn Voet behaupten: *communis praxeos fundamento niti putem, — ita demum contra leges gesta ipso iure infirma esse, si id lex nominatim expresserit; vel ei qui quid gessit aut fecit gerendi facultatem et habilitatem denegaverit*.

Bei dem wohlbegründeten Ansehen, in welchem beide Autoren

¹⁾ Commentarius ad pandectarum libros. lib. I, tit. 3. nr. 48, 50, 52 ff.

²⁾ De iure belli et pacis. lib. II. cap. V, § 16, nr. 1 und 2.

³⁾ Comment. ad Pandectas tom. I, lib 1, tit. 3. § 16. fol. 42—44.

⁴⁾ Diese allgemeine Praxis wird bestätigt durch: Groenewegen: Comment. in Codicem, tit. in quibus caus. i. integr. rest. Derselbe führt eine Reihe von Urteilen hierfür an. Ferner: Johannes van Lochow: disput. de legibus. 1737. cap. 3, § 3. Friesen: De lege imperfecta. Jena. 1683. thes. XI.

⁵⁾ Inleyding tot de hollandsche Regtsgeleertheit. B. I, Teil 2: Een Wet kan hebben drie werkingen. — De derde werkinge is een vernietinge van allen daden met de wet strijdende, te weten, so wanneer de wet sulx uytdruckt, ofte yemant de magt beneemt, ofte so wanneer de daedt heft een gestadige onbehoorlikheyt. — Es ist also ungenau, wenn Weber S. 301 (oben S. 27) und Glück (unten S. 62) behaupten, Grotius sage, die verbotene Handlung sei nur nichtig, wenn das Gesetz dies ausdrücklich verordnet hätte. Grotius kennt drei Gründe der Nichtigkeit, die übrigens auch Voet nicht vollständig aufzählt.

stehen, ist an der Richtigkeit ihres Berichtes nicht zu zweifeln¹⁾. Dies um so weniger, als ihre Theorie auch bei deutschen Juristen Vertreter fand. So sagt Pütter in seiner berühmten *theoria de nullitate*, § 17: um eine Rechtshandlung als nichtig zu charakterisieren, genüge es nicht, daß diese gegen ein Gesetzesverbot verstöße; nichtig sei nur das: *quod lege positiva expresse nullum declaratum est*²⁾.

Im übrigen wird unsere Frage von den älteren gemeinrechtlichen deutschen Juristen, soviel zu sehen ist, nur gelegentlich berührt, nicht eingehender behandelt. Um so wichtiger ist das Zeugnis, welches Wissenbach giebt, indem er Cuias widersprechend behauptet: *neque tamen novum est in iure quaedam prohiberi quae tamen non infirmarentur, si alio modo facta sint quam fieri debuerunt*. Ebenso kommt er unter Berufung auf die holländischen Juristen Grotius, Sande etc. und auf Mauser, Beust, Carpzov zu dem Ergebnis, daß der in l. 2 D. de ritu nupt. 23. 2 enthaltene Ausspruch: *nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est qui coeunt quorumque in potestate sunt*: nicht mehr als maßgebend anzuerkennen sei; vielmehr gälte der Satz: *contractas [sc. nuptias] non solvunt mores hodierni*³⁾.

Am weitesten geht indessen Augustin Leyser⁴⁾. Selbst wenn das Gesetz ausdrücklich anordnet, daß der nicht unter Benutzung von Stempelpapier vollzogene Vertrag nichtig sein soll, so ist dennoch hiergegen Restitution zu gewähren und der Vertrag selbst für gültig zu erachten. So hat das Spruchkollegium zu Helmstädt im Mai 1717 erkannt.

II. Besonders wichtig war im Anschluß hieran die zweite Frage: wie es zu halten sei mit der Wirkung eines Geschäftes, welches durch das Gesetz verboten und mit bestimmter Strafe belegt ist, ohne daß über die civilrechtliche Gültigkeit oder Ungültigkeit desselben etwas verordnet wäre. Bereits die Thatsache, daß hierüber ein Streit entstehen konnte, beweist, wie wenig zwingende Kraft man dem Wortlaute der Const. Theod. beilegte, denn dieses Gesetz giebt zu solcher Unterscheidung keine Veranlassung; Nichtigkeit ist ihm die stete Folge jedes Verbotes, einerlei ob Strafe hinzutritt oder nicht. Noch weiter führt aber die Behandlung und Beantwortung der Frage selbst.

1) Wie Cohn l. c. (oben S. 27 A. 3), S. 80 dies andeutet.

2) Ähnlich auch: Aug. Wilhelm Meier: *De nullitate sententiarum*, § 5.

3) *Commentationes in libros Codicis lib. I, tit. 15, nr. 11.*

4) *Meditat. ad pandect. tom. IV, spec. 262, § 3.*

Der *lex non dubium* wird in diesem Sonderfalle die Autorität Papinians entgegengestellt. Derselbe sagt (l. 41 D. de poenis 48, 19): *sanctio legum, quae novissime certam poenam irrogat his, qui praeceptis legis non obtemperaverint, ad eas species pertinere non videtur, quibus ipsa lege poena specialiter addita est. nec ambigitur in cetero omni iure speciem generi derogare, nec sane verisimile est delictum unum eadem lege variis aestimationibus coerceri*. Also, so schloß man, wenn eine Handlung mit besonderer Strafe belegt ist, so kann die allgemeine Strafe der Nichtigkeit nicht noch hinzukommen; das verbotene und bestrafte Rechtsgeschäft bleibt daher civilrechtlich regelmäsig in Gültigkeit.

Diese Anschauung hat sich mit großer Schärfe und in bewußtem Gegensatze zu der *lex non dubium* herausgebildet. Praktisch ist sie zu weiter Verwertung und Bedeutung gelangt, denn gerade die zahlreichen Strafverbote enthalten regelmäsig keine gesetzliche Bestimmung über ihre civilrechtliche Wirkung, so daß also die von der Theorie aufgestellte allgemeine Regel Platz greifen und zur Aushilfe dienen mußte.

Bereits Odofredus¹⁾ faßt seine Meinung dahin zusammen: in omnibus in quibus *lex statuit poenam, si illud facit: non habet locum haec poena huius legis [sc. l. non dubium]*, ut habeatur pro infecto, immo habetur pro facto in sui praeiudicium, ut maleficia non remaneant impunita. Klarer und bestimmter auf die civilrechtliche Bedeutung hin äußert sich Cinus²⁾: *quaero l. reperitur quae statuit certam poenam facienti contra l. numquid nihilominus habet locum poena h. l., videtur quod non, quia clausula generalis non refertur ad ea quae specialiter cauta sunt*. Richardus Malumbra hat nach des Bartolus Zeugnis — seine Schriften sind uns nicht erhalten — dieselbe Lehre wie Cinus vertreten, und ebenso wird Jacobus Buttrigarius von Baldus als einer der hervorragendsten Anhänger dieser Theorie genannt.

Bartolus teilt die erwähnte Anschauung nicht ganz. Nach ihm muß die Absicht des Gesetzes [*de mente legis*] untersucht und aus dieser entschieden werden, ob „*annullatio ipsius actus*“ neben der Strafe beabsichtigt ist oder nicht³⁾. Danach trennt er:

1) In Codicem ad l. non dubium am Schlusse.

2) *Lectura in Codicem ad h. l.*

3) Bartolus: *Comment. in digestum novum tit. de operis novi nunt. l. praetor ait*. Ich gebe die folgende Stelle ausführlich, um an einem Beispiele zu zeigen, mit welcher vollen Freiheit sich die Doktrin über die Const. Theod. hinwegsetzte.

a. aut apponitur poena extrinseca, puta qui hoc fecerit solvat decem nomine poenae — et tunc poena non esset poena actu remanente invalido, et tunc actus remanet validus.

b. aut poena potest concurrere cum actus nullitate et tunc:

α. aut nullitas actus respicit praeiudicium eius cui poena tantum imponitur, et tunc actus est nullus.

β. aut respicit alterius praeiudicium, et tunc actus non est nullus.

Letzterer Meinung schließt sich in vollem Umfange an: Alexander Imolensis¹⁾: si lex — imponat poenam pro aliquo facto vel actu, non per hoc tamen videtur annullare actum, quando illa annullatio actus non tenderet ad praeiudicium illius, cui poena imponitur.

Eine sehr sorgfältige Prüfung unserer Rechtsfrage giebt Baldus²⁾; er ist es auch, welcher für die späteren Juristen die Richtung hier angab. Baldus hat das eifrigste Bestreben, das allgemeine Prinzip der lex non dubium auch auf Strafverbote auszudehnen: indessen muß er sich von der Unausführbarkeit dieses Vorhabens überzeugen und gelangt nun zu folgender Einteilung. Nichtigkeit und Strafe können in einzelnen Fällen zusammen miteinander eintreten, in anderen schließten sie sich aus. Die Entscheidung hierüber hängt davon ab, ob in casu die civile Nichtigkeit als poena im eigentlichen Sinne, oder ob sie als eine solche nicht aufzufassen ist. Das letztere ist der Fall, wenn wie z. B. bei einem Veräußerungsverbote die Ungültigkeit eine aus der inneren Natur des Rechtsgeschäftes selbst hervorgehende, also nicht durch besondere Vorschrift hinzugefügte ist. Eine hier noch besonders auf die Veräußerung gesetzte Strafe steht zu der Frage der Gültigkeit in keiner Beziehung, sie hat durchaus selbstständige Bedeutung; beide, Nichtigkeit und poena, bestehen nebeneinander. Wenn aber „nullitas proprie est poena“, sie also erst mittelbar aus dem Verbote und nicht aus den Grundlagen des Rechtsgeschäftes selbst abzulösen wäre, dann allerdings schließt die gesetzlich besonders ausgesprochene poena die weitere Folgerung auf die Nichtigkeit des Aktes aus: contractus valebit, quia statutum ultra procedit imponendo diversam poenam a poena nullitatis et ideo poena specialis impedit poenam generalem. Er fügt hinzu: aliud etiam hic dico, quod quando poena venit ad rescindendum et non obviat contractui a principio quod non rescindit ipso iure, nisi nominatim hoc exprimatur in lege.

¹⁾ Consilia lib. VI consil. 24.

²⁾ Commentaria in Cod. ad. h. l. nr. 28.

Vantius¹⁾ faßt diese Regel allgemein in die Worte: si vero lex post prohibitionem super actu huiusmodi disponendo ulterius procederet, puta poenam irrogando, actus in contrarium factus non esset ipso iure nullus, sed eo casu procederet regula, quia multa prohibentur fieri quae tamen facta tenent.

Die Kanonisten haben sich überwiegend dieser Theorie angeschlossen. Sylvester²⁾, der auch hier die führende Stellung innehält, nennt als einen der Gründe „quare aliqui actus contra legem facti tenere dicuntur et non sunt nulli“ ausdrücklich: quando lex punit contrafacientem, quia tunc, si expresse non annulletur, factum contra [sc. tenet.]. Derselben Ansicht sind Panormitanus, Salas und im Resultate auch Suarez. Besonders hervorzuheben wegen seines Einflusses auf die deutschen Juristen ist noch Prosp. Farinacius³⁾. Auch er schließt sich dem Satze an: lex sive statutum quando prohibens actum ulterius procedit imponendo poenam, tunc speciali poena per legem imposita cessare actus nullitatem.

Für die gemeinrechtliche Doktrin ist in gleicher Weise zu behaupten, daß der in der angegebenen Weise entwickelte Grundsatz einheitlich der lex non dubium gegenüber zur Anerkennung gelangte. Widersprechende Ansichten habe ich nicht vorgefunden. Es wird daher genügen, wenn ich die wesentlichen Vertreter der römischen Rechtlehre, soweit sie unserer Frage nähere Beachtung zugewandt haben, aufzähle.

Zoës: Commentarius ad pandectarum libros, lib. I tit. 3 nr. 50: si legislator poenam specialem adiecerit, videtur ea contentus a generali recessisse. Das Rechtsgeschäft bleibt gültig.

Ebenso: Arnold Vinnius selectae quaestiones lib. I, cap. I, nr. 3.

Joh. Voet: Commentarius ad pandectas. tom. I. tit. 3, § 16: nec ipso iure nulla sunt contra leges gesta, si lex poena in contravenientes statuta contenta sit; arg. l. 41 D. de poenis.

Jo. a Sande: theatrum practantium s. decisiones aureae lib. II, tit. 1. def. 6: ad legem poenalem recepta distinctio Bartoli est — et hic est casus noster: annullatio tendit in praeiudicium alterius, qui non deliquit et tunc actus est validus et poena speciatim expressa locum habet.

Ulrich Huber: praelectiones iuris rom. tom. II, lib. I, tit. 3

¹⁾ De nullitate. tract. tract. t. IV. fol. 380. nr. 53, 54.

²⁾ Summa Sylvestrina verbo lex qu. 28. gegen Ende.

³⁾ Farinacii, J. C., Rom. olim in sacra clementis VIII. P. M. Consulta consiliarii: fragmentorum Criminalium pars II. Lit. L. nr. 195. Ausgabe: 1614.

§ 11: *recepta est distinctio talis*: neben der Strafe kann noch Nichtigkeit eintreten, oder letztere wird durch erstere ausgeschlossen: *tum actu salvo poena sola exercetur*.

Westenberg: *Princip. iuris. Dig. tit. de legibus* § 15: durch die angeordnete Sonderstrafe ist die Gesetzesübertretung erledigt, es tritt nicht noch als allgemeine Strafe Nichtigkeit hinzu.

Brünnemann: *Comment. in Cod. lib. I. tit. 14. l. 5*: *omnisque contractus prohibente lege factus ipso iure nullus est, quando scil. lex aliquid vetat nulla poena adiecta. — quia lex poenam imponens simpliciter regulariter non censetur actum annullare*. In der Auslegung des Codex hatte das Werk Brünnemanns für die deutsche gemeinrechtliche Lehre die Führung übernommen.

Wolfgang Adam Lauterbach: *Colleg. pandect. tom. I, lib. I, tit. 3, nr. 23*, schließt sich durchaus der Lehre an, welche Vinnius zu der *lex non dubium* gegeben: *limitationes collige ex Arn. Vinn.* — Ferner sagt er in: *Conclus. forens. exerc. II th. 6*: ein verbotenes Rechtsgeschäft ist nichtig, es sei denn, daß: *lex actum simpliciter fieri vetet et poenam nominatim adiiciat*.

Thesaurus civilis: von Schützio-Lauterbachio 1717 zur Darstellung der *communis opinio* angefertigt, berichtet *lib. I, tit. 3 de legibus nr. 19*: *de legibus, quae prohibent et poenam statuunt recepta est distinctio, ut si nullitas simul cum poena consistere nequeat tunc actu salvo poena sola exercetur. — Vel dici potest, quod lex alternative obliget vel ad observantiam vel ad poenam, ut actus subsistat nisi poenae clausula annullatoria fuerit adiecta*.

Mich. Gottfr. Wernher: *Commentationes ad digesta lib. I, tit. 3, § 10*: das verbotene Rechtsgeschäft: *subsistit soluta poena statuta*.

Joh. Reinhard Raysius in seiner vortrefflich geschriebenen *diss. de irritu effectu legis Gisae 1703, § 17* bezeugt als herrschende Ansicht, Nichtigkeit tritt nicht ein, wenn: *lex actum simpliciter fieri vetet et poenam, si contra factum fuerit, nominatim adiiciat*.

Denselben Satz bestätigt Joannes van Lochow in seiner *disput. de legibus, Traiecti ad Rhenum 1737. cap. 3, § 3*.

Durch den hier gegebenen Überblick der rechtlichen Behandlung der *lex non dubium* sollte der Nachweis erbracht werden, daß diesem Gesetze für das Geltungsgebiet des gemeinen Rechtes in Deutschland keineswegs die allgemeine, lediglich an den Gesetzeswortlaut sich anschließende Bedeutung zukommt, welche neuere ihr zu geben beabsichtigen. Um diese Entwicklung nach ihrem materiellen Inhalte zu zeigen, habe ich diejenigen Fragen herausgegriffen, aus welchen sich

am schärfsten die Stellungnahme der älteren Doktrin gegenüber der *lex non dubium* erkennen läßt. Nach ihrem zeitlichen Umfange bringt die Untersuchung die Anschauungen derjenigen Juristenschulen zum Ausdruck, auf deren Autorität sich die Rezeption des römischen Rechtes stützte und von denen sie ihre inhaltliche Begrenzung empfing. Als Ergebnis der Prüfung dieser Anschauungen der maßgebenden Juristen lassen sich die Sätze feststellen: die *lex non dubium* bindet nicht nach ihrem Wortlaute, sie ist der freien Interpretation unterworfen und der in ihr ausgesprochene Grundsatz selbst ist wegen seines vielfachen Widerspruches zu anderen Gesetzen wie auch zur *ratio* des Rechtes ein nur subsidiär, bedingungsweise geltender.

Ist dieses nun der Standpunkt, welchen auch wir für das heutige gemeine Recht dem Gesetze Justinians gegenüber einnehmen müssen? Diese Frage glaube ich entschieden bejahen zu sollen.

Allerdings ist man gerade in neuester Zeit über die Bedeutung der Rezeption und den Einfluß von Theorie und Praxis auf die innere Ausbildung und Umgestaltung der römischen Rechtsinstitute in erhebliche Zweifel geraten, und wenn heute bezüglich der *lex non dubium* die wörtliche Anwendung als die einzig mögliche und selbstverständliche behauptet wird: so folgt man hierbei konsequent nur einer Richtung, welche, besonders vom Reichsgerichte angebahnt, auf dessen Autorität hin auch in der Rechtssprechung anderer Gerichtshöfe befolgt wird. Das Gesetzeswerk Justinians ist nach dieser Anschauung sowohl in seinem materiellen Inhalte wie in seiner formalen bindenden Kraft einem bei uns erlassenen Gesetze — dies in streng technischem Sinne gefaßt — durchaus ebenwertig. Als zweites Prinzip kommt hinzu das absolute Festhalten an dem von Justinian ausgesprochenen Gesetzeswillen, dem gegenüber gewohnheitsrechtliche Bildungen kaum noch anerkannt werden. Darum denn auch bei der *lex non dubium* der einfache Schluß, der einer besonderen Begründung nicht bedürftig erscheint: so spricht Justinian, und wörtlich so gilt sein Gebot für uns. Ja während bei modernen Gesetzen freiere und oft ziemlich zwanglose Auslegung für durchaus zulässig erachtet wird und man mit Recht besonders da, wo es sich um die Vereinigung neuerer reichsgesetzlicher Vorschriften mit den bestehenden Partikularrechten handelt, mehr Nachdruck auf den Geist und Zweck des Gesetzes als auf dessen Wortlaut legt: verzichtet man auf eine entsprechende Behandlung der Aussprüche des römischen Rechtes, und nur blinde Befolgung derselben erscheint als geziemend.

Diese Theorie hängt, wenn dies in den Entscheidungen auch

nicht wörtlich zum Ausdrucke kommt, inhaltlich auf engste zusammen mit der vom Reichsgerichte festgehaltenen Ansicht über die Voraussetzungen und die materielle Kraft des Gewohnheitsrechtes¹⁾. Hier gerade wird nach fester Rechtsprechung dem Gerichtsgebrauche die Fähigkeit versagt, abändernd auf Gesetze durch langdauernde Übung einwirken zu können, und als Gesetze im eigentlichen Sinne gelten auch die Vorschriften des römischen Rechtes. Folgerichtig muß also auch eine Einwirkung, welche Praxis oder Theorie zu irgend einer Zeit, — denn es kann doch nur auf die innere Bedeutung der rechtsbildenden Faktoren, nicht auf den Zeitpunkt ihrer Thätigkeit ankommen, — einem zwingenden Gesetze wie der *lex non dubium* gegenüber ausgeübt haben, ohne Bedeutung für unsere heutige Rechtsanwendung sein, und schließlic wird die ganze Frage der Rezeption, wie sie denn auch thatsächlich nicht beachtet wurde, von diesem Standpunkte aus als eine müßige erscheinen müssen.

Einer derartig fest eingewurzelt und energisch durchgeführten Rechtsmeinung gegenüber wird eine mit Gründen kämpfende Deduktion sich kaum einen erheblichen Erfolg versprechen können. Wenn wir uns aber mit derselben Energie für die gegenteilige Anschauung erklären, so haben wir wenigstens die seit Savigny von den besten Autoritäten vertretene und allseitig bisher anerkannte, auf die geschichtliche Entwicklung des gemeinen Rechtes sich gründende Lehre von der Bedeutung der Rezeption für uns. Von dieser befestigten Stellung aus werden allerdings nicht die Gegenbehauptungen, wohl aber die Gegengründe sich widerlegen oder klären lassen, und bis solche beigebracht sind, genügt auch für die vorliegende Frage die Berufung auf die gemeine Lehre über die Rezeption.

Nur nach einer Richtung hin erscheint eine Beweisführung nötig. Sie soll den Satz stützen, daß nicht — wie man öfter den Vorwurf beliebt — ein leeres theoretisches Bedürfnis, sondern gerade die wahre und echte praktische Rechtsanschauung zu der Auffassung und daher zur Untersuchung des gemeinen deutschen Rechtes als eines geschichtlich gewordenen hindrängen muß.

1. Die Vorschriften des römischen Rechtes sind für uns nicht „Gesetze“ i. e. S. geworden. Daher entbehren alle Sätze, welche die

¹⁾ Ich gehe auf diese Streitfrage hier nicht näher ein. Sie erscheint durch die vortrefflichen Arbeiten von Bähr, Urteile des Reichsgerichtes S. 184, und Zitelmann, Archiv für civ. Pr. B. 66, nr. 13 hinreichend klar gestellt, um den vollen Widerspruch zu der Theorie des Reichsgerichtes zu begründen.

Wirkungslosigkeit gewohnheitsrechtlicher Bildungen gegen römische Rechtsregeln als gegen zwingende Gesetze behaupten, der Grundlage. Daher kann es weiter nicht genügen, den Wortlaut einer römisch-rechtlichen Vorschrift ausschließlich zu betonen und daraus allein den Schluß auf deren heutige Gültigkeit zu ziehen. Es giebt keinen Gesetzesakt, welcher das römische Recht derart umfassend und absolut bei uns eingeführt hätte. Fragen wir, wie es denn bei uns Rechtens geworden, so kann die Antwort nur sein: nicht weil Justinian diesen Rechtssatz anordnet, gilt er für uns, sondern weil er gewohnheitsrechtlich — und zwar vorzugsweise durch Gerichtsgebrauch — rezipiert ist; und nicht so, wie Justinian ihn ausspricht, gilt er, sondern nur so, wie er rezipiert wurde.

2. Die große Bedeutung dieses geschichtlichen Vorganges für die innere Ausbildung der Rechtsinstitute liegt in der Läuterung, die sich hier vom praktischen Standpunkte aus an den römischen Rechtsbildungen vollzogen hat. Nur dasjenige, was für unser Rechtsleben verwertbar erschien, und nur so, wie es Verwertung finden konnte, wurde übernommen, und der Nachdruck liegt darauf, daß dies rezipierte Recht ein allgemeines, ein geltendes Recht sein sollte. Somit hat denn die Rezeptionsgeschichte für jeden Rechtssatz auch heute noch eine tiefgreifende innere Bedeutung. Was aber hier vorzugsweise interessiert: durch die Aufnahme dieses Rechtes als eines praktischen mußte und hat sich in der That eine Reinigung der Rechtsordnung von vielen Zufälligkeiten und besonders von demjenigen vollzogen, was wir heute als unverbindlichen Gesetzesinhalt bezeichnen. Freilich ist nicht überall dies Streben zur Vollendung gelangt, und gerade in neuerer Zeit hat das einseitige, die historische Verbindung verschmähende Zurückspringen auf den ursprünglichen Wortlaut jene Versuche verdeckt: aber es wird sich erweisen lassen, daß viele Probleme der heutigen Rechtswissenschaft, die aus dem Widerspruche zwischen Rechtsanordnung und Rechtsleben sich herleiten, bereits damals behandelt wurden und teilweise sogar, — wie dies z. B. bezüglich der Frage der Gefahrtragung beim Kaufe der Fall ist —, zu den nämlichen Theorien und Systemen geführt haben, die nun in neuerer Zeit aufgestellt werden.

3. Dieselbe Läuterung hat sich durch die Rezeption an der *lex non dubium* vollzogen. Aus diesem Gesetzeserlasse ist der zu weit gehende, die Grenzen der vorhandenen Rechtsordnung und der *ratio iuris* verletzende Inhalt von den mittelalterlichen Juristen in der Form der „*oppositiones*“ ausgeschieden, und nur soweit für diese *lex* hiernach praktische Gültigkeit übrig blieb, wurde sie als „Recht“

rezipiert. Nur insoweit also auch hat diese römische Rechtsvorschrift gemeinrechtlich Boden gewonnen und für uns Wirkung erlangt. So zeigt sich also gerade durch die geschichtliche Entwicklung des gemeinen Rechtes der Umfang der Verwertbarkeit des kodifizierten römischen Rechtes, und die oben (S. 38 ff.) gemachten Einwendungen gegen den Inhalt der *lex non dubium* erhalten eine wesentliche Stütze und Bestätigung aus den Anschauungen der für die praktische Rechtsanwendung arbeitenden Juristen der Rezeptionszeit.

Das Resultat, daß der *lex non dubium* keine nach ihrem Wortlaute formal bindende Kraft zukommt, steht mit der heutigen Doktrin des gemeinen Rechtes nicht in gleich schroffem Gegensatze, wie mit der gerichtlichen Praxis. Selbst solche Schriftsteller, welche wie Glück¹⁾ sich gegen die Lehren eines Voet, Vinnius etc. höchlichst ereifern und für die unbedingte Anwendung unseres Gesetzeserlasses eintreten, müssen, den Thatsachen weichend, eine grössere Anzahl von Ausnahmen eingestehen. Überwiegend ist aber die Anschauung, daß das Prinzip der *lex non dubium* nur im Zweifel zur Anwendung komme, während im übrigen der Interpretation freie Hand zu belassen sei²⁾. Ein näheres Eingehen auf die Fragen, wann solche Zweifel eintreten können und wann sie begründet sind, durch deren Beantwortung doch erst der wissenschaftliche und praktische Werth des aufgestellten Grundsatzes erkennbar werden könnte, wird dagegen regelmäsig vermieden.

Die neuere französische Jurisprudenz hat ebenfalls Gelegenheit genommen, über unsere Frage zu urteilen. Ein Vorzug der dort gegebenen Darstellungen ist es jedenfalls, daß man in der Erkenntnis der großen Schwierigkeiten des vorliegenden Problems ausgiebiger

¹⁾ Kommentar B. I, § 14 b, S. 96 ff., 2. Aufl. Eine gelegentliche Äußerung ferner: B. XVI. S. 51.

²⁾ So: Götschen: Vorlesungen I, § 18, S. 61: „im Zweifel ist jedes Prohibitivgesetz für eine *lex perfecta* zu halten“. — Mühlenbruch: *Doctrina pandect.* I, § 46: „nonnunquam tamen ab hac regula receditur, ut, rato manente negotio, aut sola poena solvenda sit“ squ. — Hofacker: *Princip. iuris civ.* § 210. — Heimbach: im *Rechtslexikon* B. IX, S. 233. — Sintenis: *Civilrecht* B. I, § 24, S. 218, Anm. 7. — Wächter: *Pandekten* B. I, § 20, i. f.: Die Folgen der *lex cogens* sind durch Interpretation zu ermitteln. Führt diese zu keinem sicheren Resultate, so ist im Zweifel absolute Nichtigkeit als gewollt anzunehmen. — Dernburg: *Pandekten* B. I, § 31, S. 68 und *preuß. Privatrecht* B. I, § 79, A. 1. Ferner, da jenes Gesetz auch für das deutsche Privatrecht Beachtung beansprucht: Stobbe: *D. Privatrecht* B. III, § 195, S. 343 zu A. 8. — Beseler: *D. Privatrecht* B. I, § 22.

auf die einzelnen Streitpunkte einging. Indessen zu einem Abschlusse ist man ebensowenig gelangt wie zu einer Einigung. Bei Abfassung des *Code civil* hatte die Gesetzgebungs-Kommission die Absicht, einen Artikel des Inhaltes einzusetzen: „les lois prohibitives emportent peine de nullité, quoique cette peine n'y soit pas formellement exprimée“. Dieser Artikel wurde gestrichen, und es ist nun streitig, wieweit trotzdem der Grundsatz der *lex non dubium* als gültig zu erachten ist.

Als Verteidiger der bejahenden Ansicht steht voran: Merlin¹⁾: „on voit clairement — que les lois prohibitives sont toujours censées annuler tout ce qui se fait contre leurs dispositions“. Sehr schroff tritt ihm entgegen: Toullier²⁾. Das Prinzip der *lex non dubium* ist nicht auf die *ratio iuris* gegründet, bei der großen inneren Verschiedenheit der Verbotsgesetze läßt sich ein einheitlicher Maßstab nicht feststellen: tout dépend de la volonté du législateur. Diese letztere Ansicht ist die herrschende geworden³⁾, und obwohl Laurent den entgegengesetzten Standpunkt vertritt⁴⁾, muß er doch zugestehen: la doctrine de Merlin — est aujourd'hui presque abandonnée.

¹⁾ Besonders beachtenswert sind seine Ausführungen im *Répertoire universel de jurisprudence*, mot: nullité § 1.

²⁾ *Le droit civil français*, tom. VII, nr. 480 ff.

³⁾ Zachariae: *französ. Civilrecht*, 7. Aufl. B. I, § 36, A 3; § 37 A. 8.

⁴⁾ *Principes de droit civil*, tom. I, nr. 58 ff. — Laurent sagt z. B. nr. 65: La prohibition emporte presque toujours nullité: les exceptions sont rares et s'expliquent facilement — prohiber c'est annuler, sauf dans les cas où il n'y a eu cause que des intérêts purement privés.

CAPUT II.

Die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze
in dem heutigen Rechte.



Es ist ein negatives Ergebnis, zu welchem die bisherige Untersuchung geführt hat. Bei der Auslegung der Wirkung eines Verbots-gesetzes können wir uns für das Gebiet des gemeinen Rechtes nicht mehr mit dem Wortlaute der *lex non dubium* begnügen, die *Constitutio Theodosiana* hat keine formal bindende Gesetzeskraft im Umfange ihrer beanspruchten Allgemein- und Alleingültigkeit.

Was ist damit nun gewonnen? Zwar sind wir hierdurch von Fesseln befreit, die den älteren wie den modernen Gesetzen gegen-über gleich drückend wirken mußten. Andererseits aber läßt sich nicht verkennen, daß nun die Rechtswissenschaft, anstatt mit Hülfe eines bestimmten durchschneidenden Prinzipes jedes Verbots-gesetz in seiner Bedeutung erledigt zu sehen, vor ein Problem gestellt ist, dessen Lösung eine schwierige und dem Schwanken der verschiedenen Ansichten unterworfen ist. Gewiß kein erwünschtes Resultat. Aber ein nicht zu vermeidendes, wenn anders der Wahrheit eines Rechts-satzes vor der Bequemlichkeit seiner Verwertung der Vorzug ge-geben werden muß.

Um so dringender wird das Bestreben sein müssen, den Umfang, in welchem der Grundsatz der *lex non dubium* noch zur Anwendung zu gelangen hat, scharf zu begrenzen und für die übrigen Fälle mög-lichst genaue und allgemeingültige Merkmale zu suchen, aus denen die civilrechtliche Wirkung des Verbotes erkennbar werde.

Wie weit hierin ein Erfolg erreichbar, ob überhaupt bei dem heutigen Rechtszustande ein einheitliches Prinzip möglich ist, mag vorab offene Frage bleiben. Ebenso wenig wie dem Bestreben des Theodos nach Feststellung einer einheitlichen Norm vermag ich der positiv schaffenden Arbeit der mittelalterlichen Juristen hierin einen erheblichen Erfolg zuzusprechen. Die Bemühungen der letzteren, im

Kämpfe gegen des Theodos' Gebot einheitliche Regeln für die Ausnahmen aufzustellen, sind zumeist bei unzulänglichen Versuchen unterlegen, und vielfach auch hat gerade der Widerspruch gegen die *lex non dubium* dazu verleitet, den in dieser ohne Zweifel enthaltenen richtigen Grundgedanken viel zu wenig zu beachten, ihn zu weit abzuweisen.

Wenn man zu irgend einem Ergebnisse in unserer Frage gelangen will, so scheint nur ein Weg sich darzubieten. Abstrakt aus der Natur der Rechtsordnung lassen sich keine Regeln über die Wirkung der Verbotsgesetze ableiten. Der Gesetzgeber ist weder in der Form, in der er seine Erlasse giebt, noch in der Willensabsicht gebunden, in welcher er Befehle erteilt und in der er diese Befehle durch civilrechtliche Sanktion schützt. Es wird sich also nur prüfen lassen: welche verschiedenen Wirkungen können mit einem Verbots-gesetze verbunden sein, und wie wird jede einzelne erkennbar. Naturgemäß kann auch dieses nicht durch eine allgemein umfassende Regel für alle Zeiten sich feststellen lassen, sondern nur für eine bestimmte, in innerem Zusammenhange stehende Rechtsperiode ein Ergebnis liefern. Aber gewisse innere Grundzüge werden sich auch als bleibende aus dem Begriffe und der Natur der Verbotsgesetze ablösen.

Damit ist der Gang für die folgende Untersuchung vorgezeichnet. Das gemeine Recht, so wie es heute in Verbindung mit neueren deutschen Gesetzen als das geltende sich darstellt, ist auf den Inhalt der Verbotsgesetze zu prüfen. Im analytischen Verfahren ist dann der Versuch zu machen, ob die verschiedenen bei Verbotsübertretung möglichen civilrechtlichen Wirkungen sich auf bestimmte erkennbare Prinzipien zurückführen lassen. Das Gesetzesverbot ist also in seiner Beziehung zu Nichtigkeit, Anfechtbarkeit, Gültigkeit darzulegen; anschließend hieran ist auf die civilrechtliche Bedeutung des Strafverbotes einzugehen. Dann erst wird sich zeigen, ob ein weiteres Resultat, sei es im Anschlusse, sei es im Widerspruche zum Grundsätze der *Constitutio Theodosiana*, zu erlangen ist.

I.

Verbot und Nichtigkeit.

Die an erster Stelle zu nennende Wirkung des gesetzlichen Verbotes ist die Nichtigkeit der unerlaubten Handlung.

So natürlich diese Rechtsfolge erscheint, und so sehr es den Zielen und der Würde der Rechtsordnung angemessen sein mag, daß sie durch diese vollste civilrechtliche Wirkung sich Achtung verschafft, so ist dennoch die innere Beziehung zwischen Verbot und Nichtigkeit keineswegs klar zu Tage liegend. Gleichwohl begnügt man sich heute zumeist mit der bloßen Thatsache, daß ein Gesetz diese Wirkung hat, ohne näher zu untersuchen: wie greift ein Verbot in den Bestand eines Rechtsgeschäftes ein, und warum hat es diese vernichtende Kraft. Um hierauf eine Antwort zu finden, muß weiter ausgeholt werden. Die Vorfrage ist zu stellen, aus welchem Grunde und zu welchem Zwecke spricht das Gesetz ein Verbot aus. Dann erst können aus dem Begriffe der Verbotsgesetze die Folgerungen gezogen werden, welche erkennen lassen, inwiefern von einer Nichtigkeit der verbotenen Rechtsgeschäfte gesprochen werden kann, und wann beide — Verbot und Nichtigkeit — in notwendiger Relation stehen.

I. Was ist ein Verbotsgesetz, läßt sich überhaupt ein solches als technischer Begriff rechtfertigen? Gerade diejenige Theorie, welche als Verteidigerin der unbedingten Anwendung der *lex non dubium* auftritt, müßte hierfür eine in gleichem Maße bestimmte Erklärung bieten können. Dennoch ist von dieser Seite für die Begrenzung des aufgestellten Axioms nichts gethan.

1. Am nächsten liegt es, lediglich den Gesetzesausdruck zu betonen, und thatsächlich genügt man sich zumeist mit dem Satze: Verbotsgesetze sind diejenigen Gesetze, welche nach ihrem Wortlaute ein Verbot aussprechen.

Ein Blick auf die bei der Abfassung der römischen und der heutigen Gesetze angewandte Technik genügt, um das Unzureichende dieser Definition darzuthun.

Die römische Rechtssprache verwendet die mannigfachsten Bezeichnungen, um die Verbotsabsicht zum Ausdrucke zu bringen. Besonders energisch ist, soviel zu sehen, die Fassung hierfür in dem Zwölftafel-Gesetze gewesen. Es heißt dort z. B.: *ne solvito, ne sepelito neve urito, ne facito*; ferner nach Cicero's Bericht: *conubia ut ne plebei cum patribus essent — sanxerunt*; und nach Gaius: *prohibemur in sacrum dedicare*. Diese Form ist auch in späteren Gesetzen beibehalten. Man vergleiche die *lex Latina tabulae Bantinae* (Bruns, fontes, 5. Aufl., pag. 51) *lex Julia de vi publica et privata* (eod. pag. 110) *lex Ursonensis* z. B. § 94 (eod. pag. 126). Auch der Prätor bediente sich im Edikt häufig der direkt verbietenden Form in teilweise stereotypischer Fassung: *vim fieri veto, facere immittere veto, ut navigare liceat interdicam*; dann auch: *ne postulent, ne dentur cognitores, ne actio eo nomine detur*. In den Kaiserkonstitutionen des Codex kommt als besonders übliche Wendung hinzu: *nulli licere, ne cui liceat, nulli sit liberum nulli permissum, sancimus non sit ei licitum*.

In den Schriften der römischen Juristen dagegen tritt naturgemäß diese imperative Form zurück; sie fehlt daher regelmässig in den Digestenfragmenten. Nur da, wo es sich um Inhaltsangabe eines Gesetzeserlasses handelt, wird auch in jenen Schriften der verbietenden Ausdrucksweise gedacht, so z. B.: *lex Julia quae — prospexit ne id marito liceat* L. 4 D. de fundo dot. 23. 5; *lex Julia quae vetat fundum dotalem alienari* L. 16 D. eod.; *quod ait lex divortii faciendi potestas libertae ne esto* l. 11 D. de divort. et rep. 24. 2; *imp. Severi oratione prohibiti sunt tutores — praedia distrahere* l. 1 pr. D. de reb. eor. qui sub tutela 27. 9. *quoniam nominatim lege Junia prohibitus est*. Ulp. regul. 20, 14. *infames, qui postulare prohibentur* Paul. sentent. I. 2. 1.

Im übrigen aber wird gerade von den klassischen Juristen ein Nachdruck auf die verbietende Form nicht gelegt; ja es ergibt sich, daß sie Verbot und Gebot vom Standpunkte der juristischen Technik aus überhaupt nicht scheiden. Im Zwölftafelgesetz heißt es VI 7: *tignum iunctum aedibus vineave et concapit „ne solvito“*: und Paulus

faßt dies Verbot dahin: *tignum alienum aedibus iunctum nec vindicari potest propter legem duodecim tabularum*.

Auch in Gesetzen ist oft da, wo ein Verbot erwartet wird, die bedingte Androhung eines Rechtsnachteiles verwendet: *patronus si clienti fraudem fecerit sacer esto* XII tab. 8. 21; *si quis servum — occiderit — damnas esto* (lex Aquilia); *si quis — violare temptaverit, sacrilegii poenam sustineat* l. 4 Cod. de privil. eorum qui in sacr. pal. milit. 12. 28. Oder es heißt: *neminem — binas uxores habere posse patet*; *cum ancillis non potest esse connubium* l. 2, 3 C. de incest. et inut. nupt. 5. 5.

Es verschwindet hierbei also nicht nur die befehlende Form, sondern auch die Scheidung, ob im gegebenen Falle das Gesetz den Nachdruck auf das Verbieten oder auf das Gebieten einer rechtlichen Voraussetzung legt. Denn in gleicher Weise heißt es: *inter patrem et filium contrahi emptio non potest; nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes*.

Vollends im Sprachgebrauche der modernen Gesetze ist die verbietende und befehlende Form fast verschwunden. Nur vereinzelt, wie z. B. in den Prozeßvorschriften wird durch „sollen“ und „müssen“ Befehl erteilt; in den Civilgesetzen dagegen ebenso wie in den Strafgesetzen heißt es regelmässig¹⁾: diese Rechtshandlung hat diese Erfordernisse; wer dies thut, erleidet diese Rechtsnachteile, diese Strafen: man hat die didaktische Redeweise dem ausdrücklichen Befehle vorgezogen. Schwerlich zum Vortheile der Gesetzesklarheit und der vielfach von der Bestimmtheit des Befehles abhängigen Gesetzesbeachtung.

Bei dieser Sachlage könnte es mithin als das Richtige erscheinen, der Ansicht Savigny's zuzustimmen: „Ferner unterscheiden sich gebietende und verbietende Gesetze nur durch die logische Form der Bejahung und Verneinung, welcher an sich gleichgültige Umstand keine Einteilungsglieder begründen kann²⁾“. Die Verbote würden sich dann also lediglich als negative Voraussetzungen der Rechtshandlungen charakterisieren.

Dies würde indessen schwerlich zu einem systematisch befriedigenden Resultate führen. Es dürfte kaum unserer juristischen Denkweise entsprechen, wenn in den logischen Begriff eines Rechtsgeschäftes die möglichen Verbote als negative Thatbestandsmerkmale aufgenommen würden. Vor allem würde durch eine Generalklausel:

¹⁾ Anders z. B. H.G.B. art. 18, 173, 175. Gew.O. § 115.

²⁾ Savigny, System B. I, § 16, S. 59.

eine emptio venditio liegt vor, wenn — vorausgesetzt, daß sie nicht einem Gesetzesverbote widerspricht: kein begriffliches Moment der Kaufdefinition hinzugefügt, sondern in den Begriff dieses Vertrags würde nur ein fremdes verwirrendes Element hineingetragen, welches, in seinem Werte und seiner civilrechtlichen Bedeutung durchaus verschieden von den wirklichen Thatbestandsmerkmalen, zu der falschen Anschauung verleiten würde, als ob jedes Kaufgeschäft besonderer Erlaubnis bedürfte.

Die Trennung in Gebote und Verbote entspricht in der That einer inneren und logischen Qualifikation der Gesetze. Der Gesetzgeber bewegt sich auf anderer Grundlage, wenn er anordnet: zum Übergange des Eigentumes ist Tradition erforderlich, als wenn er sagt: den Soldaten sind Pachtverträge verboten.

Ich finde diese Verschiedenheit in Folgendem.

Vorab ist zu bemerken, daß es sich nur um Civilverbote handelt; wieweit die strafrechtlichen Verbotsgesetze für die hier verfolgten Zwecke in Betracht kommen, wird später unter Abschnitt IV erörtert. Allerdings wird diese Grenze bisweilen sich nur schwer ziehen lassen. Dann muß die civilrechtliche Bedeutung, nicht die äußere Form entscheiden. Deshalb beziehe ich z. B. das Wucherverbot trotz seiner legislatorischen Einfügung in das Strafgesetzbuch zu den Civilverboten, weil die dort gegebene — ins Str.G.B. gar nicht gehörige — civilrechtliche Vorschrift der Nichtigkeit des wucherischen Darlehens die für meine Aufgabe einzig bedeutsame Gesetzesbestimmung ist.

2. Ob den Civilverboten die Berechtigung einer selbständigen Existenz zuzuerkennen ist, hängt vorzugsweise ab von der Aufgabe, welche man dem Gesetzgeber auf dem Gebiete des Privatrechtes zuweist. Eine auch von Neuere vielfach geteilte Anschauung geht dahin, daß alle civilrechtliche Wirkung geschaffen wird durch die Rechtsordnung; in der speziellen Sanktion der letzteren liegt die Ursache zu jedem rechtlich bedeutsamen Vorgange. Das Recht bietet unter bestimmten Bedingungen seine Mitwirkung an, und ausschließlich durch deren Erfüllung kann der Private seiner Handlung den Charakter eines Rechtsgeschäftes beilegen. Für Verbote würde bei folgerichtiger Durchführung dieser Ansicht eine Verwertung nicht sein. Die Rechtsordnung braucht ja nur die zu verbietenden Geschäfte nicht zu sanktionieren, und jede Rechtswirkung ist ihnen von vornherein abgeschnitten. Einige Ausnahmen von allgemein erteilten Sanktionen oder die präzisere Fassung der letzteren würde genügen.

Die Richtigkeit dieser Auffassung von einer schaffenden Kraft der

Rechtsordnung muß indessen bestritten werden. Denkbar wäre es ja, daß eine privatrechtliche Kodifikation sich diesen Charakter beilegte und streng exklusiv nur dasjenige anerkennt, was nach den gegebenen zwingenden Normen vollzogen wurde. Wenn dies aber dennoch in den positiv geltenden Rechten nirgends geschehen ist, so liegt der Grund in der thatsächlichen Unausführbarkeit und in dem inneren Widerspruche, in den ein solches Vorgehen mit der geschichtlichen Entwicklung der Rechtsinstitute und der eigensten Natur des Civilrechtes sich verwickeln müßte. Die Ordnung der Vermögensverhältnisse, die ja im wesentlichen das Substrat des Civilrechtes bildet, ist aus den Lebensbeziehungen der Menschen zu einander mit gewisser Notwendigkeit zu einer Selbstregelung vorgeschritten, ehe und ohne daß Rechtssetzungen hier bildend eingegriffen hätten. Selbst heute: was ist die im Leben den Besitz, Gütererwerb, Gemeinschaftsverhältnisse schaffende, vermittelnde Macht? Der Parteiwillen und die Überzeugung von Treue und Redlichkeit, wie letztere den ethischen Forderungen und nicht zum wenigsten dem Selbstinteresse entsprechen. Die Rechtsordnung aber wird zumeist erst dann zu Rate gezogen, wenn die normalen Verkehrsverhältnisse in einen gewissen pathologischen Zustand geraten sind. Und fragte man weiter, woher denn die Rechtsordnung ihre innere Macht nimmt und die von ihr gesetzten Regelungen herleitet, so ist die Antwort wiederum diese: nicht aus sich selbst, nicht aus philosophischen Abstraktionen, sondern aus der inneren und notwendigen Gestaltung der Verkehrsbeziehungen, wie diese im Leben des Menschen sich kund thun.

Das Recht erzeugt also nicht die Gebilde des Verkehres; als ordnende Gewalt leitet es nur die Willensbestimmung in gewisse Bahnen und regelt deren Wirkung. Die Gründe, welche für die hier bekämpfte Theorie vorgebracht werden, scheinen wesentlich irregeleitet zu sein durch die mehrfache Bedeutung, in der das Wort „Recht“ benutzt wird. Gewiß, nur dasjenige ist Rechtens, welches sich auf die Anerkennung oder Sanktion der Rechtsordnung berufen kann. Aber damit ist doch nicht ausgemacht, daß die Schaffung eines rechtlichen Erfolges überall nur dieser Ordnung zu verdanken sei. Gerade auf dem Gebiete des Privatrechtes steht obenan die Privatwillenserklärung selbstthätig und selbstschaffend, und diese Selbstbestimmung und Selbstverwaltung erkennt die Rechtsordnung im Prinzip als rechtserzeugend an. Eine ungegründete absolutistische Meinung ist es, welche dies natürliche Verhältnis umkehrend sagt: da nur dasjenige „Recht“ ist, was positiv als solches durch die Rechtsordnung anerkannt wird, so ist alles, was als subjektives Recht

sich darstellt, ein Erzeugnis dieser Rechtsordnung. Die generelle Anerkennung, welche privatrechtlich allen Verträgen grundsätzlich zukommt, wird hierbei unterdrückt.

Diese ihr auf dem Gebiete des Privatrechtes zugewiesene Aufgabe erfüllt die Rechtsordnung nun in folgender Weise. Aus der Mannigfaltigkeit der Verkehrserscheinungen hat sie die festen Gestaltungen, welche sich in regelmässiger Wiederkehr im Verhältnisse zu den dauernden Bedürfnissen des Rechtslebens gebildet haben, nach ihren begrifflichen Merkmalen und ihrer Eigenart zu fassen. Mit ihnen soll sie die nach der guten Verkehrsübung als geboten und entsprechend festgestellten Wirkungen verknüpfen. Und indem so festgesetzt wird, was im einzelnen Falle von diesem zu leisten, von jenem zu begehren ist und diese bisher verkehrsblichen ethischen Pflichten an die bestimmten Gestaltungen gebunden und mit gerichtlichem Zwange versehen werden: verstärkt die Rechtsordnung diese Pflichten zu Rechtspflichten oder, was dasselbe heisst, sie erhebt die aufgenommenen Verkehrsgeschäfte zu Rechtsgeschäften.

3. Durch die Rechtsordnung werden hierbei zwei Funktionen ausgeübt. Die erste, — welche für meine Aufgabe nur geringe Bedeutung hat —, ist die der Sicherung und Ergänzung der Parteiwillenserklärungen. Ebenso wie nach der Verkehrsanschauung mit bestimmten Handlungen typische Wirkungen verbunden werden, giebt die Rechtsordnung den entsprechenden Befehl: dieses Rechtsgeschäft hat diese Rechtsfolgen. Nach der Erfahrung und Beobachtung des Lebens nimmt die Rechtssatzung hier eine Normalabsicht an und reflektiert diese auf alle Einzelhandlungen, welche einer bestimmten Rechtsgestaltung zu subsumieren sind.

Ähnliches vollzieht sich beim Abschluss eines Geschäftes auf Grund von Statuten oder Reglements, z. B. beim Versicherungsvertrag, Eisenbahntransportgeschäft, Lotterievertrag. Insofern ist es jedenfalls zutreffend, wenn der Begriff des Rechtsgeschäftes nicht ausschliesslich auf die Absicht, bestimmte Rechtswirkungen hervorzu- bringen, gestellt wird. Es vollzieht sich eben hier im kleinen und speziellen, was bei Setzung der Rechtsordnung im grossen geschieht. Massgebende Grundlage bleibt die Verkehrsabsicht; was durch diese bestimmt und gewollt ist [es ist hier nur vom dispositiven Rechte die Rede], wird wirksam. Im übrigen aber ist zu fragen: welcher Rechtsgestaltung entspricht diese Verkehrshandlung und sodann: welche Wirkungen hat die Rechtsordnung als normale mit diesem rechtlichen Vorgange verknüpft. Und diese Wirkungen treten dann ein, ohne das zu fragen ist oder es Vorbedingung wäre, das die Beteiligten sich

derselben positiv bewußt geworden, sie in ihre Absicht positiv aufgenommen haben. In diesem Sinne ist zu sagen, das es zu dem Begriffe des Rechtsgeschäftes nicht gehört, das die rechtliche Wirkung der Zweck der Partei ist, „wohl aber, das sie als ihr Zweck erscheine“¹⁾.

Die zweite Funktion der Rechtsordnung besteht in der Einschränkung der Verkehrsfreiheit; der Wille des einzelnen wird unter die Ordnung der Gesamtheit gebeugt. Hier also tritt — eventuell oder sicher — die Rechtssanktion in Widerspruch zur Verkehrsabsicht: aber die dem Privaten gesetzten Schranken sind nicht nach Willkür hervorgesuchte, sondern sie ergeben sich entweder aus der Natur der Rechtsgeschäfte selbst — sind also ihrem Wesen nach deklarative Vorschriften —, oder die Rechtsordnung bedarf ihrer, um die Rechtssicherheit und das Bestehen ihrer eigenen Ordnung zu schirmen.

Diese Funktion wird auf doppelte Weise erfüllt.

a. Die Rechtsordnung setzt zwingende Erfordernisse und sagt: nur diejenigen Verkehrshandlungen erkenne ich als Rechtsgeschäfte an, welche den hierdurch gegebenen Voraussetzungen entsprechen. Welche Merkmale als solche zu gelten haben, ist hier nicht zu untersuchen; es genügt die Thatsache, das der Begriff jeglichen Rechtsgeschäftes aus einer Anzahl solcher Erfordernisse besteht; diese sind erst die einzelnen Thatbestandsmerkmale, aus welchen sich als Gesamtheit ein Rechtsgeschäft zusammensetzt.

b. Auf der anderen Seite bedient sich die Rechtsordnung des Mittels des civilrechtlichen Verbotes. Dasselbe tritt der Verkehrsabsicht unmittelbar entgegen; es ist gerichtet gegen die Vor- nahme eines bestimmten Rechtsgeschäftes; nicht setzt es für dessen Anerkennung rechtliche Vorbedingungen.

Aus der Art und Weise, wie zur Erfüllung dieser letztgenannten

¹⁾ Pernice: in Grünhut, Ztschr. VII 465, 494. Lenel's Definition in den Jahrb. f. Dgmt. XIX 250: „Rechtsgeschäft ist jede juristische Privatwillenserklärung, deren Rechtsfolge bestimmt ist, der Verwirklichung der erklärten Parteiabsicht zu dienen“: kann dagegen nicht gebilligt werden. Der Relativsatz müsste lauten: welcher das Recht Folgen beilegt, die bestimmt sind, der Verwirklichung — zu dienen. — Zustimmend dagegen sagt Bechmann: Kauf II 37: „menschlichen Handlungen können rechtliche Wirkungen beigelegt werden ausserhalb der Tragweite der bewußten Absicht“. Ferner ist zu vergleichen: Schlossmann in Grünhut, Ztschr. VII 545. Thon: Rechtsnorm S. 12, 363. Regelsberger in Endemann, Handbuch des Handelsrechtes B. II, S. 399 A. 1, S. 404 A. 1.

Aufgabe das Recht sich dem Privatwillen gegenüber verhält, wird sich dann erlauben lassen, warum es sich der Verbote bedient und inwiefern durch diese andere Zwecke als durch die erstgenannten Gesetze erreicht werden sollen.

Im Gegensatz zu den Verbotsgesetzen werde ich für alle diejenigen Gesetze, welche die begrifflichen Voraussetzungen der Rechtsgeschäfte, deren Wirkung und Bestand, kurz den positiven Inhalt der Rechtsordnung feststellen, als technische die Bezeichnung Gebotsgesetze anwenden.

II. Wenn die Rechtsordnung so, wie wir sahen, in Widerspruch zur Verkehrsabsicht des einzelnen tritt, so wird vorab die Machtfrage aufzuwerfen sein und es wird sich darum handeln, über welche Mittel das „Civilrecht“ verfügt, um seinen Willen zur Herrschaft zu bringen. Die Antwort, soweit sie die „Richtung“ eines solchen Vorgehens des Rechtes betrifft, kann nicht zweifelhaft sein. Da es sich im bürgerlichen Rechtsverkehr, so oft die Rechtsordnung in Funktion tritt, um Erzielung von rechtswirksamen und durch Klage geschützten Geschäften handelt: so steht als Waffe gegen den Ungehorsam zu Gebote die Verminderung oder Versagung der Rechtswirkung für das intendierte Rechtsgeschäft. Das stärkste Mittel — von den anderen wird später zu handeln sein — ist in dieser Richtung die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes.

1. Soweit man heute die Nichtigkeit als selbständigen Rechtsbegriff anerkennt, geht deren Definition dahin: nichtig ist ein Rechtsgeschäft, „welches die von ihm beabsichtigte rechtliche Wirkung gar nicht erzeugt, ebenso wenig, als wäre es nie abgeschlossen worden“¹⁾.

Damit von einem nichtigen Rechtsgeschäfte gesprochen werden kann, bedarf es stets eines thatsächlich vollzogenen Substrates, und dieses muß derart in Beziehung zur Rechtsordnung getreten sein, daß es in der Meinung der jedesmaligen Interessenten den Anschein besitzt und den Anspruch erhebt, einen Rechtserfolg zu erzielen. Diese bei den Kontrahenten thatsächlich vorhandene Absicht nenne

¹⁾ So: Windscheid: Pandekten I, § 82. 6. Aufl., S. 246. Ähnlich: Savigny: System IV, § 202. — Sintenis: Civilrecht I, § 24. — Puchta: Vorlesungen I, § 67. — Göschen: Civilrecht I, § 107. — Unger: österr. Privatr. II, § 91. — Dernburg: Pandekten I, § 120. — Vgl. auch Karlowa: Rechtsgeschäft, § 20, S. 116.

ich die Verkehrsabsicht¹⁾. Die Nichtigkeit besteht nun darin, daß die Rechtsordnung der Verkehrsabsicht gegenübertritt und erklärt, daß sie derselben den Charakter einer wirksamen Rechtsabsicht nicht zuerkennt. In wirklichem realem Gegensatze stehen und müssen also stehen Thatsache und Rechtsanerkennung.

Indem wir so das intendierte Geschäft als ein rechtlich nicht vorhandenes bezeichnen, teilen wir der Handlung eine innere Qualifikation mit, die rechtlich erheblich ist und die Parteihandlung selbst nach ihrem Rechtswerte bestimmt. Es ist von großem systematischem wie praktischem Werte, auch in dieser negativen Form die Privatwillenserklärungen rechtlich d. h. vom Standpunkte der Rechtsordnung aus zu charakterisieren. Korrekter wäre es allerdings, hier von rechtlich nichtigen Verkehrsgeschäften zu sprechen, und so die übliche Nebeneinanderstellung der sich gegenseitig ausschließenden Begriffe „nichtig“ und „Rechts“geschäft zu vermeiden²⁾. Indessen bei der allgemeinen Rezeption dieser Sprachweise ist ein Mißverständnis nicht zu befürchten, und jedenfalls giebt der ungenaue Ausdruck keinen Grund zur Verwerfung des Nichtigkeitsbegriffes selbst.

Wirkung und Erfolg der Nichtigkeit sind damit richtig dargelegt, nicht aber der Begriff dieser selbst. Vor allem bleibt die Frage offen, welches die inneren Gründe sind, aus denen die Rechtsordnung Nichtigkeit anordnet und ob der Verschiedenheit dieser eine verschiedene Art der Willensbethätigung in der Form der Rechtssatzung entspricht?

2. Die Nichtigkeit ist ein Erzeugnis des positiven Rechtes. Dem Verkehrsleben, solange dieses sich unabhängig selbst bildet, ist sie fremd. Wir erkennen dies heute auf allen Gebieten, welche der freien Selbstbestimmung der in Interessegemeinschaft Stehenden überlassen sind: Beredung und Abmachung der Parteien regeln die gesamten Beziehungen, und auch ohne ausdrückliche Rechtssanktion wird den Verträgen rechtliche Wirkung und Klagbarkeit zuerkannt. Die

¹⁾ Diese deutsche Bezeichnung scheint mir den Vorzug zu verdienen vor Bechmann's (Kauf II, S. 11) Ausdruck: empirische Absicht.

²⁾ Insofern hat Schlossmann's (Zwang S. 11, 17) Widerspruch Begründung. Vgl. auch 1, 2 § 1 D. test. quemadm. ap. 29. 3: testamentum autem proprie illud dicitur quod iure perfectum est, sed abusive testamenta ea quoque appellamus, quae falsa sunt vel iniusta vel irrita vel rupta: itemque imperfecta solemus testamenta dicere. — Über den Sprachgebrauch der römischen Juristen vgl. im übrigen: Lotmar causa S. 10 ff. Zitelmann: Irrtum und Rechtsgesch. S. 286 ff. Bechmann: Kauf I, S. 548; II, S. 13 A. 3. Gradenwitz: die Ungültigkeit obl. R-geschäfte.

Verkehrshandlungen als solche gelten bereits als Rechtsgeschäfte, denn jede vertragsmäßige Übereinkunft ist, — nicht wird sie es erst durch besondere Sanktion —, nach unserem Rechte im Prinzipie rechtswirksam. Dann erst, zumeist wenn durch Spezialfälle das öffentliche Interesse geweckt wird (z. B. bei Wucher) oder die gemeine Rechtssicherheit gefährdet erscheint (z. B. bei Gründung der Aktiengesellschaften, bei gewerblichen Dienstverträgen), greift die Gesetzgebung ein und setzt nunmehr den Widerspruch zwischen Verkehrsabsicht und Rechtsanerkennung.

Nichtigkeit ist also ein Urteil, welches auf Grund der bestehenden Rechtsordnung gefällt wird und besagt: dem Begehren nach Rechtswirkung ist hier nicht entsprochen. Dem normalen Verhältnis gegenüber wird hier der Widerspruch des positiven Rechtes konstatiert.

Demgemäß bedarf es, wenn von nichtigem Rechtsgeschäfte die Rede sein soll, stets eines thatsächlichen, Rechtswirkung begehrenden Verkehrsaktes, gegen welchen die Rechtsordnung den Spruch richtet, daß er rechtlich nicht existiert. Nur auf diese rechtliche Feststellung erstreckt sich zunächst das Civilrecht; ein unmittelbarer äußerer Erfolg wird damit weder erzielt noch beabsichtigt. Trotz der Nichtigkeitserklärung z. B. des Kaufes bleibt zunächst der äußere Sacherwerb bestehen, der quasi-Käufer hat die Sache wie eine eigene inne.

Wenn nun hier das Recht erklärt, trotz dieses Thatbestandes ist ein Erwerb nicht geschehen, und der Inhaber der Sache ist weder Käufer noch Besitzer, sie ist rechtlich bei dem angeblichen Verkäufer geblieben: so mag es nahe liegen, in diesem Rechtsspruche den Ausdruck einer Fiktion zu finden. Dies ist denn auch mehrfach behauptet worden; z. B. von Suarez, de legibus lib. V, cap. 28, nr. 10: ergo habere aliquid pro infecto nihil aliud est quam incurrisse ipso facto nullitatem saltem fictione iuris; Jason de Mayno: comment. in primam Cod. partem tit. de legibus l. non dubium nr. 9: quando contractus fit contra legem aut contra mentem legis habetur fictione iuris perinde ac si nunquam esset celebratus¹⁾.

Dennoch ist der Gesichtspunkt der Fiction hier nicht zutreffend.

¹⁾ Ähnlich Mühlenbruch: doct. pandect. I, § 113 vor Anm. 8. Einen Anklang enthält: l. 137, § 6 D. de verbor. obl. 45. 1.: eine dem Rechte widersprechende (facere ei non liceat) Bedingung, gilt (proinde ac si) gleich einer von Natur unmöglichen und vernichtet gleich diesen den Vertrag.

Unmittelbar selbst die thatsächlichen ökonomischen Verhältnisse zu gestalten, ist nicht die Aufgabe des Rechtes, und kein Privatrecht kann die Parteien daran hindern, ihre Vermögensverhältnisse so zu verändern und zu arrangieren, wie es in ihrer Absicht und ihrem Belieben steht. Das einzige, was die Rechtsordnung hinter den Ausspruch der Nichtigkeit als Mittel zur Realexekution setzen kann, ist, daß sie demjenigen, der es haben und gebrauchen will, ein besonderes Rechtsmittel giebt, um einen der Rechtsordnung adäquaten Zustand herbeizuführen. Wenn aber die Rechtsordnung so die Macht zuerteilt, die auf nichtigen Akt hin geschehene Veränderung der Parteibeziehungen rechtlich zu zerstören — das Geleistete zurückzuholen, gegen die Forderungsklage sich zu verteidigen —: so heißt dies doch nicht jenen ersten Vorgang durch Fiktion beseitigen, sondern gerade in der Anwendung des Gegenmittels liegt die Anerkennung eines vorhandenen und an sich Wirkung begehrenden Thatbestandes.

Demgemäß kann es nicht für entsprechend erachtet werden, wenn heute gesagt wird, das Wesen der Nichtigkeit bestehe darin, daß ein Geschäft bezüglich der beabsichtigten rechtlichen Wirkungen „so angesehen wird, als ob“ es nicht vorgenommen sei. Auf der einen Seite ist und gilt das Verkehrsgeschäft als vorgenommen und wird als solches nicht geleugnet, und auf der anderen Seite ist rechtlich derart nichts hier geschehen, daß eine solche fingierende Anschauung gar keine Verwendung finden kann.

3. Der nächstliegende Grund nun, aus welchem die Rechtsordnung Nichtigkeit anbefiehlt, ist offenbar der, daß sie eine Handlung abweist, weil diese den für notwendig erachteten Erfordernissen nicht entspricht. Damit muß das Recht stets beginnen, daß es gewisse Voraussetzungen — besondere für das einzelne Geschäft oder allgemeine Minimalbedingungen — aufstellt, von deren Wahrung die Rechtswirkung abhängt. Daher geht die übliche Behandlung der Nichtigkeit von den Gebots-Voraussetzungen aus: in dem Begriffe jedes Rechtsgeschäftes sind die Elemente zu der Nichtigkeit des komplementären Verkehrsgeschäftes enthalten. Denn jedes wahre Erfordernis ist essentiell; fehlt eines derselben, so ist der beabsichtigte Rechtserfolg nicht erlangt, das Geschäft ist rechtlich nicht existent geworden¹⁾.

¹⁾ Keine Ausnahme hiervon bildet der Umstand, daß vereinzelt das Geschäft trotz der Nichtigkeit als ein anders geartetes gültig wird: das nichtige Legat als Fideikommiss, der nichtige Wechsel als Schuldverschreibung. Denn auch hier gilt der Satz: der thatsächlich geäußerten Verkehrsabsicht entspricht nicht der gewollte Rechtserfolg; sie ist und bleibt als solche nichtig.

Die Nichtigkeit resultiert hier also aus dem positiven Befehle des Rechtes. Die Ordnung, welche dieses einsetzt, wird als allgemeinverbindliche über den Verkehrswillen der einzelnen gestellt; wer sich ihr nicht fügt, muß des Rechtsschutzes und der Rechtsanerkennung entbehren.

Neben diese Gebotsnichtigkeit tritt als zweiter selbständiger Grund der Nichtigkeit das Gesetzesverbot. Nicht überall wird es in dieser Eigenschaft anerkannt, und auch da, wo dies geschieht¹⁾, zählt man das Verbot wohl auf, aber nach seiner inneren Bedeutung und dem Zusammenhange mit der Nichtigkeit wird es, soviel zu sehen ist, nirgends näher gewürdigt. Diese Verbindung ist nunmehr zu suchen.

III. Die Fragen: weshalb bedient sich das Recht der Civilverbote, und wie ist aus diesen die Nichtigkeit des verbotenen Rechtsgeschäftes abzuleiten, werden berührt von Thon bei Behandlung der Norm und der Rechtsfolgen ihrer Übertretung²⁾. Nach ihm ist der sichere Weg für die Rechtsordnung, um die Befolgung ihrer Normen zu erlangen und den Eintritt gewisser Rechtswirkungen zu verhindern, der bloße Ausspruch „du kannst nicht“. Eines Verbotes („du sollst nicht“) bedarf es dann nicht, denn mit jenem Ausspruche bereits wird der Eintritt rechtlicher Wirkungen eine Unmöglichkeit. „Nur wenn aus irgend welchem Grunde der Rechtsordnung daran liegt, nicht bloß die Rechtswirkung einer Handlung zu verneinen, sondern auch die Handlung selbst zu verhüten, ist ein Verbot der letzteren nötig. Das du sollst nicht, bezieht sich dann auf die physische Handlung, die ohne das du kannst nicht zugleich ein Rechtsgeschäft wäre.“

Hiernach scheint Thon einen Gegensatz zwischen der Wirkung der Gebots- und Verbotsgesetze anzunehmen. Durch letztere würde der innere Bestand des Rechtsgeschäftes nicht berührt, sondern nur die „physische“ Handlung. Zur Vernichtung bedürfte es also eines Zusammenwirkens (arg. die — „zugleich“ ein Rechtsgeschäft wäre) jener beiden Gesetzesbefehle, da die civilrechtliche Wirkung nur von dem unselbständigen (S. 13) Rechtssatze „du kannst nicht“ abhängt.

¹⁾ So z. B. bei Puchta: Vorlesungen I, § 67, S. 151; Sintenis: Civilrecht I, § 24, S. 217; Köppen in Ihering's Jahrbüchern, Bd. XI, S. 389.

²⁾ In Abschnitt I des Werkes: Rechtsnorm und subjektives Recht. Für das Folgende besonders S. 12 ff.

So treffend einzelne Bemerkungen Thon's sind, so kann ich mich doch seiner Grundanschauung nicht anschließen. Mir scheint, daß in der civilrechtlichen Endwirkung beide Gesetzesarten übereinstimmen, und daß aus dem Verbotsgesetze allein bereits die Nichtigkeit sich entwickelt¹⁾. Später kommt Thon nochmals auf diesen Gegensatz zurück und sagt: „die Rechtsordnung wünscht, wenn sie gebietet, eine Veränderung. Der Zustand nach Ausführung des Gebotes ist ihr genehmer —. Das Gebot dient mithin dazu, ein (relatives) Gut zu schaffen“. Durch das Verbot dagegen wird ein Gut geschützt gegen eine Handlung, welche einen unwillkommeneren Zustand herbeiführen würde (S. 197). Es ergibt sich daraus, daß Thon die Begriffe Gebot und Verbot in eigenartigem Sinne auffaßt und ihnen andere Bedeutung beilegt, als diejenige ist, in der, wie ich glaube, dieselben für das Civilrecht zu verwerthen sind.

Der Ausgang ist vielmehr von folgenden Erwägungen zu nehmen. Wenn das Recht Verkehrsgeschäfte abweisen will, so genügt regelmäßig das Gebotsgesetz. Sind dessen Erfordernisse nicht geleistet, so ist die Aufgabe des Civilrechtes hierfür erfüllt: die Handlung ist rechtlich nicht vorhanden.

Aber die Rechtsordnung hat nicht nur Ursache, sich gegen bloße Verkehrsgeschäfte zu richten, ihre Aufgabe geht weiter. Nach dem geltenden Rechte wird allgemein hin und grundsätzlich dem Parteilwillen, wenn und wie er von Handlungsfähigen geäußert wurde, Rechtswirkung zuerteilt. Nicht mehr, wie dies in den Anfängen der Rechtsbildung üblich ist, beschränkt die Rechtsordnung heute den einzelnen auf einen bestimmten Vorrat von Rechtsformen und Rechtswirkungen, die allein als gültige anerkannt werden: Inhalt und Form des rechtlich wirksamen Vertragswillens sind im Prinzip frei. Die Konsequenz haben wir in dem Satze gezogen, — der gar kein Rechtsatz, sondern ein Lehrsatz, eine regula iuris ist — Verträge sind bindend, gleichviel welches ihre Form, welches ihr Inhalt ist. Auch bei der Zulassung einer Klage fragen wir nicht in erster Linie nach dem bestimmten Rechtsinstitute (actio), auf welches sie sich stützt; klagbar ist jede Beredung, und findet sich keine juristische Kategorie, der sie einzupassen ist, so ist sie es eben als Vertrag.

Das ist die Regel. Daneben aber besteht das Bedürfnis nach einer gewissen, die Freiheit des einzelnen zügelnden Ordnung. Durch Gebotsgesetze ist hier nicht zu helfen. Der Inhalt dieser ist erfüllt.

¹⁾ Vgl. auch den Ausspruch Thon's S. 85 zu Anm. 29: „Die Nichtigkeit des Geschäftes ist niemals die Rechtsfolge einer Normwidrigkeit“ (?)

Wollte man aber, um z. B. eine bestimmte Art des Pachtvertrages auszuschließen, bei allen anderen Arten entsprechende negative Voraussetzungen einschieben, so würde einerseits der volle gewollte Erfolg nicht erreicht, und andererseits würde dies zu einer ebenso unlogischen Darlegung des Begriffes der Rechtsgeschäfte, wie zu einer völlig unentwirrbaren Systematik führen. Das einzig Entsprechende ist, und das praktische Bedürfnis hat diesen Weg gezeigt: das Verbot.

Die Form des civilen Verbotsgesetzes ist also dann anzuwenden, wenn aus bestimmten Erwägungen einem Geschäfte, welches den Gesetzesgeboten entspricht und daher an sich ein Rechtsgeschäft ist, die civilrechtliche Wirkung entzogen werden soll.

Hierzu kommt aber noch ein zweites zur Charakteristik dieser Gesetze notwendiges Merkmal. Die äußere Handlung, die Vornahme selbst des verbotenen Rechtsgeschäftes soll verhütet werden: du sollst diesen Kaufvertrag nicht abschließen, von dem Darlehen keinen Zins nehmen: heißt, diese Geschäfte finden nicht nur keine rechtliche Anerkennung, sondern sie sollen auch thatsächlich nicht geübt werden. Es ist dies ein weiteres Vorgehen gegenüber dem rein passiven Inhalte der Gebote. Denn wenn eine Verfügung *mortis causa* mit dem Anspruche der Testamentswirkung getroffen wird, so nimmt das Recht nicht das geringste Interesse daran, ob diese äußere Handlung, die hier den gesetzlichen Formen der Testamentserrichtung nicht entspricht, vorgenommen wird oder nicht: es lehnt einfach jede Beteiligung ab, ein fremdes rechtlich gleichgültiges Ereignis ist geschehen.

Indem das Verbotsgesetz sich weiter erstreckt und auch den rechtlich unwirksamen äußeren Vorgang unterdrücken will, entwickelt es indessen aus seinem Begriffe keine weitere civilrechtliche Funktion. Von der bürgerlichen Rechtsordnung aus wird niemals eine andere Wirkung beabsichtigt als Anerkennung oder Nichtanerkennung, und eine stärkere civilrechtliche Waffe als Nichtigkeit steht auch dem Verbotsgesetze nicht zu Diensten. Das Eigenartige ist vielmehr, daß in dem Civilverbote zugleich ein öffentlichrechtliches, oder genauer strafrechtliches Moment enthalten ist. Hierdurch — und ausschließlich durch dieses Mittel — kann eine unmittelbar wirkende Willensbeeinflussung auf die Parteien ausgeübt werden: das Verbot ist bestimmt, auf das Rechtsbewußtsein mit der ganzen moralischen Macht der Gesetze zu wirken, und nötigenfalls wird es nach dieser Seite hin verstärkt durch besondere Strafandrohung.

So wesentlich diese Verbindung ist, so übt sie doch auf die civilrechtliche Bedeutung und Wirkung der Verbote des materiellen

Privatrechtes keinerlei Einfluß. Zwei Funktionen wirken ergänzend in dem Civilverbote zusammen: nach außen die verbietende, gegen die Handlung selbst gerichtete, strafrechtliche Vorschrift, und nach innen die auf die materielle Bedeutung einwirkende civilrechtliche Vorschrift. Nur die letztere hat Einfluß auf das Rechtsgeschäft selbst. Sie allein — nicht das Verbot — bestimmt, ob und inwieweit ein rechtswirksamer Erfolg erzielt ist oder versagt werden soll. Und umgekehrt geht von ihr auch die einzig mögliche materielle Wirkung aus. Das Verbot kann ebensowenig, wie dies bei der Gebotsverletzung möglich ist, verhindern, daß trotz aller Gesetzeserlasse die Parteien doch den verbotenen, von ihnen gewollten wirtschaftlichen Erfolg erreichen und festhalten. Auch Strafen vermögen dies nicht auszuschließen. Das einzige Mittel bilden auch hier die den Parteien oder bestimmten Dritten zur Verfügung gestellten civilrechtlichen Mittel besonders der *vindicatio*, *condictio*, *exceptio*.

1. Civilrechtlich verboten werden nur Rechtsgeschäfte.

Überall, wo wir von nichtigen Rechtsgeschäften sprechen, beschränken wir diesen Begriff auf solche Willenserklärungen, welche beanspruchen, eine Rechtswirkung auszuüben. Es scheiden also aus alle Handlungen, welche für das Recht nicht existieren, weil sie auf einen Rechtserfolg nicht gerichtet sein können¹⁾. Ferner diejenigen, welche derart rechtsunförmlich — man könnte an eine Vergleichsziehung zu dem *contra formam humani natus* denken — vorgenommen sind, daß sie nach der Anschauung jedermannes und besonders auch nach derjenigen der Beteiligten als vereitelte Geschäfte erscheinen müssen. Die Sprache unterscheidet sehr richtig hier zwischen: dies Schriftstück ist kein Wechsel, und: es ist ein nichtiger Wechsel. In letzterem Falle muß die Rechtsähnlichkeit derart vorgeschritten sein, daß eine Abweisung des sonst von den Beteiligten erwarteten, angenommenen Rechtserfolges erforderlich und angemessen erscheint.

Hier ist indessen noch weiter zu gehen, verboten werden nur an sich vollkommene Rechtsgeschäfte. Ist ein Geschäft nichtig, weil es der gesetzlich notwendigen Erfordernisse ermangelt, so existirt es rechtlich überhaupt nicht; es wäre ein verfehltes und unlogisches Beginnen, dies Geschäft noch civilrechtlich zu verbieten. Die posi-

¹⁾ Der Code civil art. 2232 spricht hier nicht unpassend von „*actes de pure faculté et de simple tolérance*“. Dahin gehört z. B. die Zulassung der Ausübung einer nichtständigen Servitut, wie des Wegerechtes, weil diese nach C. c. nicht ersitzbar ist.

tiven materiellrechtlichen Voraussetzungen müssen daher erfüllt sein, so daß ohne das Gesetzesverbot die Handlung den gewollten Verkehr und Rechtszweck erreicht haben würde.

Die positive Gesetzgebung bestätigt dies überall. Civilverbote sind nur gerichtet gegen Geschäfte, welche auf Grund der allgemein gegebenen Rechtssanktion als wirksame Rechtsakte fungieren würden. Wenn also ein Pachtvertrag, Veräußerung des fundus dotalis, gewisse Cessionen, Verkauf der Früchte auf dem Halm, das Nehmen von Zinsen verboten werden, so ist stete Voraussetzung, daß 1. das betreffende Geschäft nicht schon wegen eines inneren oder formellen Mangels nichtig ist und 2. dass es nach dem bestehenden Rechtszustande an sich, d. h. ohne das Civilverbot, volle Rechtswirkung auszuüben vermag¹⁾.

2. Als Grund, weshalb civilrechtliche Verbotsgesetze erlassen werden, ergibt sich: die Sicherung des Bestandes und der Zwecke der durch das Recht geschaffenen und zu gewährleistenden Ordnung. Wohl entsprechen die hier zu treffenden Rechtsgeschäfte den Voraussetzungen des Rechtes und nehmen somit teil an der allgemein dem Vertragswillen der Kontrahenten zuerkannten rechtlichen Wirkung: aber die Rücksicht auf jenen Zweck macht doch ihren Ausschluß erforderlich.

Da es sich hier ständig um Ausnahmen von den allgemeinen Grundsätzen der Rechtsordnung handelt und diese ihrer Natur nach auf besonderen Einzelerwägungen beruhen, so ist eine abschließende systematische Zusammenfassung derselben nicht möglich. Nur soviel glaube ich allgemein feststellen zu können. Ich nehme nunmehr, im Gegensatz zu den bisherigen allgemeineren Ausführungen über Verbotsgesetze, die engere Verbindung auf mit dem für diesen Abschnitt gesteckten Ziele, die Beziehung des Verbotes zur „Nichtigkeit“ darzulegen.

a. Die Rechtsordnung bedarf als selbständiger Organismus, um als einheitlich regelnde Macht ihre Aufgabe erfüllen zu können, gewissen Schutzes gegen die Vertragswillkür. Diejenigen

¹⁾ Es mag vorkommen, daß vorsorglich, vielleicht um Zweifel von vornherein zu beseitigen, ein Gesetzesverbot gegen solche Geschäfte ergeht, die nach strenger Rechtsanschauung auch ohnedem unwirksam wären. So z. B. ein Verbot von Erbverträgen, während sich aus der sonstigen Ordnung der letztwilligen Succession bereits deren Unanwendbarkeit und Unwirksamkeit ergibt. Aber dann enthält diese Ergänzung und Erläuterung des Rechtssystemes keinen gesonderten selbständigen Rechtssatz, sondern nur eine gesetzliche Rechtsbelehrung.

Rechtsgeschäfte sind auszuschließen, welche — an sich rechtlich möglich — doch mit der einmal angenommenen Ordnung der Lebensverhältnisse und den Grundprinzipien ihrer rechtlichen Gestaltung in Widerspruch stehen. So ist das Gesetz „ne connubium patribus cum plebe esset“ bestimmt, die sozialen Verhältnisse als Grundlage eigenartigen Stammesrechtes zu erhalten; das Verbot von Teilerbverträgen erging, weil diese dem angenommenen Grundsatz der Universalität der Erbschaft und der Widerruflichkeit letztwilliger Verfügungen widersprechen. Die Form des Verbotes ist indessen hier keine notwendige. Da es sich um Entwicklung der bereits in der Rechtsordnung liegenden Grundzüge handelt, so kann statt der markanten Form des Verbotes das Gesetz sich auch anderer Gestaltung bedienen. Sätze dieser Art wie „actus legitimi qui non recipiunt diem vel conditionem“ squ. können sowohl als Gebot wie als Verbot aufgelöst werden: der Erbschaftsantritt kann nicht — soll nicht bedingt geschehen, und ähnlich: ut autem longiore die solvatur dos, convenire non potest, non magis quam ne omnino reddatur l. 16 D. de pact. dot. 23. 4.

b. Dagegen erscheint die Anwendung der Verbotsform überall da notwendig, wo durch selbständige Rechtssätze der Schutz und die Sicherung der gegebenen Rechtsordnung erreicht werden soll. Dies geschieht vor allem — entsprechend dem Ausgange, den, wie ich oben ausführte, die Schaffung der Civilverbote genommen hat — durch Einschränkung der Vertragsfreiheit der Privatkontrahenten. Verbote nach dieser Richtung hin haben sich vor allem als notwendig erwiesen, als durch die neuere Gesetzgebung allgemeine Grundsätze über die Schadensersatzpflicht der modernen Verkehrsinstitute aufgestellt wurden, wie dies für die Eisenbahntransportgeschäfte durch art. 395—397, 400, 401, 408 H.G.B. und für die allgemeine Haftpflicht der Eisenbahnen, Bergwerke, Fabriken etc. durch das Reichsgesetz vom 7. Juni 1871 geschehen ist. Hätte man sich hier mit der Aufstellung der Prinzipien der Haftpflicht begnügt, so würde die Gefahr nahe gelegen haben, daß die Unternehmer durch vertragsmäßige Verabredung, die unter dem Drucke ihres Einflusses und ihres faktischen Monopoles nahezu erzwungen werden konnten, sich ihrer gesetzlichen Verpflichtung entledigten. Deshalb schloß man an die erste gesetzliche Vorschrift das diese sichernde Verbot: die Haftpflichtigen sind nicht befugt, die gesetzliche Haftung zu ihrem Vortheile durch Verträge im voraus auszuschließen oder zu beschränken (H.G.B. art. 423 und das cit. Reichsgesetz § 5).

c. Insoweit die Verbotsgesetze sich gegen die Vertragswillkür der

einzelnen wenden, sind sie zugleich zu der wichtigen Funktion berufen, das öffentliche Interesse zu schützen. Zwar muß es im civilrechtlichen Verkehre in erster Linie Sache des handlungsfähigen Privaten sein, für die Wahrung seiner Vermögensinteressen selbst einzutreten; die allgemeine Bevormundung des Staates würde hier besonders unerträglich wirken. Dennoch aber kann auch das bürgerliche Recht nicht auf dem Standpunkte rein formaler juristischer Ordnung beharren: für das allgemeine Wohl sorgend, muß es in gewissem Umfange die materiellen Grundlagen der Verkehrsordnung selbst zu schützen bedacht sein. Insofern also nimmt das Civilverbot ein Element des öffentlichen Rechtes in sich auf. Nicht sowohl gegen die juristische Form der Rechtsgeschäfte, als gegen ihre Wirkung auf die durch die Rechtsordnung zu garantierenden Rechtszustände ist es gerichtet. Und gerade um dieses dritten Elementes willen muß das Civilrecht hier die Gestaltung des Verbotes annehmen, damit zugleich die bürgerliche Rechtswirkung vereitelt und die verkehrswirkende äußere Besitzverschiebung unterdrückt werde.

Der wirtschaftliche Schutz der Gesamtheit¹⁾ gegen die Auswüchse des Verkehres wird nach den verschiedensten Richtungen hin angestrebt. Gegen die willkürliche aleatorische Verschiebung der Güterverhältnisse richten sich die Spielverbote, z. B. l. 1, § 1 C de aleae lusu 3. 43: commodis igitur subiectorum providere cupientes — decernimus ut nulli liceat in privatis seu publicis locis ludere. Gegen die Ausbeutung durch wucherische Verträge: l. 15, 27 § 1 C. de usur. 4. 32 und das Reichsgesetz vom 24. Mai 1880. Engverwandt damit sind die Verbote des Verkaufes der Früchte auf dem Halm²⁾ und ebenso das Verbot der lex commissoria l. 3 pr. C. de pact. pign. 8. 34: quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam [1. civilrechtliche Nichtigkeit] et in posterum omnem eius memoriam aboleri [2. öffentlich-rechtliches Verbot der Handlung selbst; es folgt § 1 — et futura prohibet].

Gegen die Gefährdung des Vermögens durch unsichere Anlage sind ergangen die Veräußerungsverbote der Mündelgüter und des fundus dotalis. Auch bei letzteren wird ein öffentliches Interesse an-

¹⁾ Der Gesamtheit und nicht des einzelnen; daher spreche ich hier von „öffentlichem“ Interesse. Für den einzelnen wird auf andere Weise, so weit es nötig erscheint, gesorgt. So: tutela mulierum, Bevormundung des Verschwenders, Bestimmung der Handlungsfähigkeit Minderjähriger, vor allem die in integrum restitutio. Verbote sind hier nicht am Platze.

²⁾ Vgl. z. B. Stobbe: D. Privatr. B. III, § 184, Anm. 3.

genommen: rei publicae interest mulieres dotes salvas habere: l. 2 D. de iure dot. 23. 3 und l. 1 D. sol. matr. dos qu. p. 24. 3.

Mit Recht nimmt man daher an, daß bei solchen Rechtsinstituten, welche das allgemeine Wohl zu schützen bestimmt sind, die Abänderung der gegebenen Rechtsvorschrift durch Übereinkunft der Parteien, auch ohne daß dies ausdrücklich ausgesprochen sein mußte, als verboten und rechtsunwirksam zu erachten ist. So kann die actio funeraria gegen den gesetzlich zur Bestattung Verpflichteten nicht vertragsmäßig ausgeschlossen werden: quia pacto hoc publicum ius infringi non possit. l. 20 pr. D. de religiosis 11. 7. Dasselbe gilt von der Ersitzung: bono publico usucapio introducta est und damit ist verboten, sie durch Vertrag von vornherein auszuschließen¹⁾, weil eben Privatbelieben sich nicht über die von der Rechtsordnung verfolgten Zwecke hinwegsetzen darf und ohne dies Verbot die Verträge vielfach die Verjährung und damit die beabsichtigte Ruhe und Ordnung der Rechtsverhältnisse beseitigen würden. Auch bei neueren Gesetzen ist dies Prinzip anerkannt. Die Reichs-Gewerbeordnung § 120^a bestimmt, daß gewisse Streitigkeiten, soweit besondere Behörden landesgesetzlich für diese Angelegenheiten bestehen, bei diesen zur Entscheidung zu bringen sind. Damit ist zugleich ein Verbot ausgesprochen: diese Vorschrift über Gewerbegerichte ist „als dem öffentlichen Rechte angehörend, der Abänderung durch Vereinbarung der Parteien unzugänglich“²⁾.

d. Im Gegensatze hierzu giebt es Verbote, welche sich nur an bestimmte Personenklassen wenden. Besonders die Berufspflicht ist es, welche nach rechtlicher Anschauung Beschränkungen in der allgemeinen Verkehrs- und Handlungsfreiheit mit sich führt. Auch diese können nur durch Verbote zum Ausdruck gelangen. Die procuratio rerum alienarum war, wie die vielgenannte Constitutio Theodosiana ergiebt, den Curialen verboten³⁾; den Soldaten der Grundstückserwerb: milites prohibentur praedia comparare in his provinciis,

¹⁾ Vgl. l. 2 pr. D. de aqua et aquae pl. 39. 3; l. 1 D. de usurp. 41. 3; l. 5 pr. D. pro suo 41. 10 und l. 38 D. de pactis 2. 14. Savigny: System V, S. 411. Windscheid: Pand. I, § 106, 6. Aufl., S. 344. Seuffert Archiv: B. 25 nr. 168, B. 29 nr. 266, B. 30 nr. 15, B. 33 nr. 100. Aml. Code civil art. 2220: on ne peut d'avance renoncer à la prescription.

²⁾ So: Erkenntnis des R.O.H.G. vom 7. Juni 1876 (Seuffert Archiv B. 33 nr. 160); ebenso Urteil des R.-G. vom 26. März 1881 (Blum und Braun, Annalen des R.G. B. 3, S. 511).

³⁾ cf. l. 30 C. de locato 4. 65.

in quibus militant l. 9 pr. D. de re milit. 49. 16. und ferner: milites nostros alienarum rerum conductores seu procuratores aut fideiussores vel mandatores conductorum fieri prohibemus l. 31 C. de locato 4. 65 und die Sanktion in l. 35, § 2 C. eod.

Wegen ihrer amtlichen Beteiligung ist es den Richtern etc. verboten, bei den von ihnen abgehaltenen Subhastationen mitzubieten. Der Zuschlag, der ihnen erteilt wird, ist nichtig¹⁾.

e. Besondere Beachtung verdient diejenige juristische Methode, welche die Sicherung der Rechtsordnung zu befördern bestrebt ist unter der Form der aus dem Geiste der Gesetze und den rechtlich sanktionierten guten Sitten entwickelten Verbote. Allerdings sind verbotene Rechtsgeschäfte keineswegs identisch mit den unerlaubten und den contra bonos mores geschehenen; auch ist nicht zu verkennen, daß der schwankende Begriff der letzteren vielfach zu einer falschen, zu weit gehenden Anwendung dieses Prinzipes verleitet. Indessen ist dies ein Fehler in der Anwendung, er trifft nicht den Grundgedanken selbst; und er ist zu vermeiden, wenn man nicht von der moralischen Eigenschaft einer Handlung, ob sie gut, barmherzig ist, oder von allgemeinen Billigkeitsempfindungen ausgeht (wie dies heute bei Gerichten sehr häufig und sehr mit Unrecht unter Berufung auf die bestimmte rechtliche Verwertung der bona fides seitens der römischen Juristen geschieht): sondern sich streng auf die in der Rechtsordnung anerkannte Regelung der Lebensverhältnisse und deren hierdurch bestätigte sittliche Grundlage beschränkt. Dann aber bietet sich durch jene juristische Denkform weiter Ausblick. Aus ihr ergiebt sich gerade die Möglichkeit der Weiterentwicklung der Gesetze zu ihrer vollen rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung. Der Richter tritt dadurch — wie dies das richtige Verhältnis sein soll — neben der immer doch auf formalbegrenzte Einzelfälle beschränkten, in starrer Unabänderlichkeit verharrenden Gesetzesvorschrift als der das Recht nach seinem ganzen Inhalte entfaltende und zu wirksamem Leben gestaltende Faktor auf.

Als juristisches Mittel gelangt auch hier zur Verwertung das Verbot, indem diejenige Handlung, welche den guten Sitten widerspricht, als verboten angesehen wird.

Ein Beispiel mag dies erläutern. Die Reichs-Gewerbeordnung stellt in § 1 das Prinzip der Gewerbefreiheit auf. Für die Industrie ist auf der anderen Seite unabweisbares Bedürfnis, daß durch Ver-

¹⁾ So z. B. die rhein. Subhastationsordnung vom 1. August 1822, § 22.

träge die Freiheit des Konkurrenzgewerbebetriebes für diejenigen beschränkt werde, welche als Angestellte eines bestimmten Gewerbebetriebes in die Fabrikationsgeheimnisse und in die Geschäftsbeziehungen zu den Abnehmern eingeweiht werden. Hierbei liegt aber die Gefahr nahe, daß die Fabrikherren ihre Übermacht bei Abschluss solcher Verträge derart ausnutzen, daß der Angestellte fast unbeschränktem Verbote des Gewerbebetriebes unterworfen wird und dadurch in eine völlige Abhängigkeit von der Willkür des Arbeitgebers gerät. Wie ist nun hier eine rechtlich gesicherte Grenze zu ziehen? Ein unmittelbares gesetzliches Verbot der vertragsmäßigen Beschränkung ist aus dem Grundsätze der Gewerbefreiheit nicht zu entnehmen; auch das öffentliche Interesse wird hier nicht verletzt. Der Schutz der wirtschaftlichen Existenzbedingungen des einzelnen kann nur gewährleistet werden durch Anwendung des Rechtssatzes, daß die den guten Sitten widersprechenden Verträge den gesetzlich verbotenen gleichzustellen sind. Hierdurch hat man die rechtliche Möglichkeit erlangt, aus dem Grundsätze der Gewerbefreiheit alle diejenigen Verträge, welche in einer das Wohl des einzelnen gefährdenden Weise dessen wirtschaftliche Thätigkeit nach einer die guten Verkehrsanschauungen verletzenden Richtung beschränken, als verbotene und rechtsungültige zu behandeln. Die persönliche Freiheit und Fähigkeit der Selbstbestimmung kann ohne Verletzung unserer sittlichen Rechtsanschauung durch Verträge nicht aufgehoben werden. Dieser Maßstab hat sich als ein zutreffender und ausreichender erprobt¹⁾.

¹⁾ Vgl. R.O.H.G. VII, S. 418; XII S. 29; XVIII S. 102; XXI S. 262; XVI S. 160; R.G. I S. 22; II S. 118. Ferner die eingehende Übersicht der ausländischen Iudikatur bei Kohler: gesammelte Abhandlungen S. 65 und dessen treffende Ausführungen gegenüber dem letztzeitigten Erkenntnisse des R.G. Ähnliche Prinzipien sind zur Anwendung gebracht bei Auslegung der Versicherungsverträge, welche durch rigorose Bestimmungen den Mangel eines Verbotsgesetzes auszunutzen suchten. Vgl. z. B. R.O.H.G. VI, S. 412; R.G. I, S. 217; VI S. 198. Daß die den guten Sitten widersprechenden Verträge ungültig sind, wird in den Quellen wiederholt ausgesprochen: z. B. l. 112, § 3 D. de legat. I; l. 26 D. de V. O. 45. 1; l. 5 D. de usur. 22. 1; l. 4 C. de inut. stip. 8. 38. — Über eine besondere Verwertung dieser Grundsätze: Pfeifer, praktische Ausführungen B. III, S. 83 ff. und das dort angeführte Erkenntnis. Die Steuergesetze eines fremden Staates gelten zwar nicht im Inlande, und ihre Übertretung ist hier nicht strafbar. Dennoch ist ein Vertrag, welcher auf Übertretung dieser fremden Gesetze abzielt,

3. Wie bewirkt nun ein auf solche Gründe hin erlassenes Gesetzesverbot die Nichtigkeit?

Die vorangegangenen Ausführungen leiten bereits zu dem Schlusse hin, daß Nichtigkeit hier einen ganz anderen rechtlichen Charakter besitzt als bei den Gebotsgesetzen. Bei letzteren tritt das beabsichtigte Geschäft, weil es der gesetzlichen Vorbedingungen ermangelt, überhaupt nicht in das Gebiet des Rechtes ein; es ist ein rechtliches Nichts; es wird abgewiesen vor der Grenze der Rechtswirkung. Bei den Verbotsgesetzen dagegen handelt es sich um rechtlich existente Willenserklärungen, ein Rechtsgeschäft im eigentlichen Sinne liegt vor. Wie wird dies vernichtet? nur dadurch, daß ihm die an sich zukommende Rechtswirkung gleichsam nachträglich entzogen wird. Aus dem schon betretenen Rechtsgebiete wird die Handlung wieder ausgewiesen; ein Rechtsakt ist vor sich gegangen, der aber nunmehr durch besonderen gesetzlichen Eingriff zerstört wird.

Daraus ergibt sich die wichtige Folgerung: während jedes wahre Erfordernis eines Rechtsgeschäftes essentiell ist und die Nichtbeachtung eines Gebotsgesetzes in diesem Sinne immer Nichtigkeit bewirken muß, quia nihil actum est, so ist diese Wirkung keineswegs aus dem Begriffe der Verbotsgesetze notwendig abzuleiten. Das Recht hat dem an sich wirksamen Rechtsgeschäfte gegenüber die freie und von ihm thatsächlich benutzte Wahl, wieweit es die civilrechtliche Sanktion spannen will. Es kann die verbotswidrige Rechtshandlung ganz oder teilweise, bedingt oder unbedingt in seiner civilrechtlichen Wirkung vernichten und kann es auch als gültig erhalten, zumal da in dem moralischen Drucke des Verbotes und den eventuell mit ihm zu verbindenden Strafen ein Mittel geboten ist, welches es gestattet, geeigneten Falles auf die Vollwirkung der Nichtigkeit zu verzichten. Ja, die Unterscheidung in *leges perfectae*, *imperfectae*, *minus quam perfectae* ist in ihrem vollen Umfange nur anwendbar auf Verbotsgesetze; die verschiedenen Grade civilrechtlicher Ungültigkeit finden bei diesen ihre vorzugsweise Verwertung.

Nichtigkeit ist bei Verboten also lediglich ein drittes, dem Rechtsgeschäfte selbst nicht innewohnendes, sondern erst von außen an dieses herangetragenes Moment: nicht aus einem inneren Mangel der Rechtshandlung, sondern allein aus dem hinzutretenden Willen

als *pactum turpe* anzusehen und demnach rechtlich unwirksam, er kann civilrechtliche Verbindlichkeiten nicht erzeugen. — Ein bei uns nicht gültiges Verbotsgesetz wirkt also dennoch durch Vermittelung der Rechtsform der *turpitude* auf unsere Rechtsgeschäfte ein! Das geht zu weit.

des Gesetzes erfolgt hier die Vernichtung. Wollte man das verbotene Rechtsgeschäft in gleicher Weise wie bei der Gebotsnichtigkeit als ein nichtexistierendes auffassen, so würde das Recht hier zu einer Fiktion greifen müssen. Dies liegt indessen nicht in der Absicht. Vielmehr ist das Verhältnis dieses. Das Gesetzesverbot tritt einer Rechtshandlung entgegen; wird diese trotzdem abgeschlossen, so soll ihr die civilrechtliche Wirkung entzogen werden; weil sie gegen das Verbot vereinbart wurde, nimmt ihr das Gesetz den an sich ihr zukommenden Rechtserfolg. Der Rechtsvorgang wird als geschehen anerkannt, aber er wird seiner Rechtsfolgen beraubt.

Die Gebotsgesetze wollen also Rechte gewähren; sie geben die Handhabe zu einer Rechtswirkung, oder sie versagen ihre Unterstützung und ein Rechtsgeschäft ist nicht ins Leben getreten. Die Verbotsgesetze wollen Rechte entziehen, Rechte, die an sich eintreten würden, in ihrer Grundlage vorhanden sind, aber wegen des Verbotes, wenn sie vorgenommen wurden, ihrer Kraft entkleidet werden. Dort ist nichts vorgenommen, hier soll nichts vorgenommen werden. Das civilrechtliche Nicht-Können ist die gemeinsame Folge beider Gesetze.

In ihrer inneren Wirkung dagegen ist die Vernichtung auf Grund eines Verbotsgesetzes derjenigen, die sich aus dem Gebotsgesetze herleitet, völlig ebenwertig: das Rechtsgeschäft vermag die beabsichtigten Rechtsfolgen nicht zu bewirken. In einer Beziehung tritt der Verbotcharakter eigenartig dennoch hervor. Beim Verbote sollen nicht nur die civilrechtlichen Folgen, sondern auch die Vornahme der äußeren Handlung selbst ausgeschlossen werden. Demnach wird also stets alles, was geschehen ist, das ganze Rechtsgeschäft von der Verbotswirkung ergriffen, und es ist daher nicht möglich, wie dies bei der Gebotsverletzung der Fall sein kann, daß die Handlung in einer anderen Rechtsgestaltung dennoch, wenn auch eine geringere, Wirkung erzielt.

4. Wann Nichtigkeit die Folge der Verletzung eines Verbotsgesetzes ist: diese Frage beantwortet sich zum Teil aus der vorangegangenen Darstellung der Gründe, aus denen ein Verbot ergeht. Im übrigen erscheint es unmöglich, eine abschließende feste Regel hierfür zu geben, da eben die Verbote die verschiedenste Veranlassung nehmen, die verschiedensten Zwecke verfolgen.

Hat das Gesetz selbst hierüber Anordnung getroffen, so ist der ausgesprochene Wille ohne Zweifel maßgebend. Im übrigen aber kann nur eine sorgfältige Untersuchung des Inhaltes jedes einzelnen

Gesetzesverbotes die Antwort bieten. Die Absicht, das verbotene Rechtsgeschäft soll nichtig sein, ist vor allem da zu unterstellen, wo die Ziele und Zwecke der Rechtsordnung und das allgemeine Interesse der Rechtssicherheit zu dem Verbote die Veranlassung gaben. Nur aus gewichtigen Gründen wird die generelle Vertragsfreiheit durch Verbote beschränkt, nur aus diesen in den Rechtsverkehr durch Vernichtung der sonst anerkannten Rechtswirkung eingegriffen.

II.

Verbot und Anfechtbarkeit.

Ob es eine von dem Begriffe der Nichtigkeit scheidbare civilrechtliche Anfechtbarkeit giebt, und wie, wenn dies zu bejahen ist, deren Inhalt und Wirkung zu bestimmen sind, erscheint keineswegs festgestellt. Unter dem Gesichtspunkte der Verbotsgesetze nimmt diese Frage bestimtere Gestaltung an und gestattet gesonderte Betrachtung. Nur der Ausgang ist von dem allgemeinen Begriffe der Anfechtbarkeit zu nehmen, insofern als festgestellt werden muß, in welchem Sinne von Anfechtbarkeit gesprochen werden soll. Denn die juristischen Meinungsverschiedenheiten sind hierüber derart durchgreifende, und es fehlt so sehr eine bestimmte Grundlage, daß unter Anfechtbarkeit die verschiedensten Arten von Rechtsvernichtung bald in diesem und bald in jenem Umfange oder jener Rechtswirkung begriffen werden.

Der Unterschied zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit liegt nicht in der rechtlichen Endwirkung beider. Bezüglich der letzteren kann nur der eine Gegensatz bestehen, das Geschäft ist rechtswirksam oder rechtsunwirksam, das erstrebte Ziel wird entweder erreicht oder verfehlt. Daß eventuell ein anderes erlangt wird, widerlegt dies nicht, das erste gewollte ist auch dann nicht getroffen. Mit Recht haben daher die römischen Juristen, indem sie den schließlichen Erfolg der Rechtshandlungen betonten, die vorgenannte juristische Scheidung in der Ungültigkeit nicht zu einer technischen gestaltet. Die moderne Rechtslehre hat aber das Bedürfnis gezeitigt, auch da sichtlich einzugreifen, wo nach der Art (dem Müssen oder der Möglichkeit) des Eintrittes der Ungültigkeit in dem begrifflichen Bestande der abgeschlossenen Rechtsgeschäfte eine Verschiedenheit obzuwalten scheint.

Offenbar kann die Beeinflussung der Parteihandlung durch den Widerspruch der Rechtsordnung eine zwiefache sein. Das Testament, welches einer der rechtlichen Voraussetzungen ermangelt, ist rechtlich nicht vorhanden, nie als solches existent gewesen; es bedarf keiner besonderen vernichtenden Handlung, da der Rechtssatz, es ist nichtig, alles bereits erwirkt hat. Das Darlehn, welches der Haussohn aufgenommen hat, wird dagegen nur und erst dann ungültig, wenn die gesetzlich gewährte Hülfe ausdrücklich in Anwendung gebracht wurde, bis dahin und außerdem hat es die Wirkung eines rechtswirksamen Realvertrages.

Diesen Gegensatz hat Savigny aus dem Begriffe der, von ihm so benannten, Anfechtbarkeit zu bestimmen gesucht. Menschliche Willkür ist bei dieser der Grund der Ungültigkeit; nur wenn die bestimmte dazu berechtigte Person es will, wird das sonst in voller Kraft verbleibende Rechtsverhältnis entkräftet¹⁾. Die herrschende Meinung hat sich dieser Grundanschauung im wesentlichen angeschlossen: bei Anfechtbarkeit ist stets eine Reaktion nötig, die von bestimmten Personen ausgehen muß, um die Wirksamkeit dieser Rechtsgeschäfte auszuschließen²⁾.

Der hiermit verbundenen Behauptung, daß diese Scheidung in nichtige und anfechtbare Willenserklärungen einen Gegensatz in der juristischen Qualifikation der Rechtsgeschäfte selbst begründet, ist zuzustimmen. Das anfechtbare Rechtsgeschäft ist vorab ein rechtlich existierendes, es unterscheidet sich hierdurch von dem nichtigen — und von dem vollgültigen durch die Unsicherheit seines Bestandes, da es den Rechtserfolg eventuell gar nicht durchführt oder ihn nicht sichert. Insofern wirkt also die rechtliche Gestattung der Reaktion nicht bloß als äußeres, nur den Erfolg bestimmendes Moment, sondern deren Möglichkeit greift bereits in den Charakter des vollzogenen Rechtsaktes selbst hinein. Ebenso wie z. B. das ausbedungene Rückkaufsrecht das erworbene Eigentum zu einem besonders gearteten gestaltet, ist auch das anfechtbare Rechtsgeschäft in seinem inneren Rechtsbestande durch die beiden schwebenden Möglichkeiten der Vernichtung oder der vollen Konvaleszenz von eigentümlicher juristischer Bedeutung.

¹⁾ Savigny: System Bd. IV, § 202, S. 539.

²⁾ So Windscheid: Pand. Bd. I, § 82, 6. Aufl., S. 249. Dasselbst ist auch eine vortreffliche Übersicht des Streitstandes gegeben. Vgl. dazu noch: Zitelmann: Irrtum, S. 346. Dernburg: Pand. Bd. I, § 120. Gradenwitz: Ungültigkeit obl. R.-gesch., S. 300 ff., bes. 321.

Aber die besondere Reaktion des einzelnen, auf deren Geltendmachung hiernach alles gestellt wird, ist für die begriffliche Darlegung doch nichts mehr als ein äußeres Merkmal, ein Kennzeichen, welches den Eintritt, nicht den Grund der Anfechtbarkeit anzeigt. Mit Recht würde dann entgegenzuhalten sein, daß auch der Verlust des Eigentumes durch Weiterveräußerung nach seiner Wirkung und jedes potestativ bedingte Rechtsgeschäft in seinem Rechtsbestande während des Schwebens der Bedingung dem so definierten anfechtbaren gleichstünde. Dennoch waltet zwischen beiden ein durchgreifender Unterschied ob, der aber in der üblichen Definition der Anfechtbarkeit nicht zum Ausdrucke gebracht ist.

Der Nachdruck scheint mir auch bei dieser Unterscheidung auf das Verhalten der Rechtsordnung gegenüber dem Verkehrswillen der Privaten und auf die Art, wie in den Gesetzen der allgemeine Rechtswille sich äußert, gelegt werden zu müssen. Ungültigkeit beruht stets auf dem Spruche der Rechtsordnung; nur aus dieser ist sie abzuleiten. Die Vernichtung der Rechtswirkung in dem Sinne, in welchem wir diese bei Ungültigkeit begreifen, kann daher niemals von einer Privatperson erzielt werden. Nur das Gesetz ist hierzu imstande. Aber ebenso wie die Privatwillenserklärung kann auch der Gesetzeswille den Eintritt seiner Wirkung von einem dritten zufälligen Ereignisse abhängig machen. Ein solches ist im Verhältnisse zu der Rechtsordnung das Eingreifen und Handeln des einzelnen: und indem hierzu das Gesetz die rechtliche Handhabe gewährt, ohne die Unwirksamkeit zu erzwingen oder sie selbst in Wirkung zu setzen, spricht es eine bedingte rechtliche Ungültigkeit aus und charakterisiert die dadurch betroffene Handlung als eine unter gesetzlicher Bedingung ungültige.

Diese sogenannte Bedingung ist indessen nur eine dem Gesetzesbefehle inneliegende; das anfechtbare Rechtsgeschäft selbst kann nicht als ein in dem hergebrachten Sinne bedingtes gelten. Denn strengstens ist zu betonen, daß der Parteiwille hier so wenig mitwirkt, daß vielmehr völlig unabhängig und geradezu gegen die Absicht der Vertragsschließenden diese Wirkung eintritt. Daher scheint es nicht angemessen, weitere Analogie mit der *condicio* aufzusuchen und die Anfechtbarkeit als die unter resolutiver Bedingung eintretende Ungültigkeit zu bezeichnen. Die Aufhebung des Geschäftes ist nur „die Folge und der Ausdruck“ der bereits vorhandenen eigenartigen Ungültigkeit; es wird nur das Ergebnis im Urteile ausgesprochen, daß ein rechtlicher Erfolg nicht erzielt ist. Es ist daher eine begrifflich notwendige Wirkung, daß ein angefochtenes Geschäft rechtlich ver-

schwindet und auch für die Zeit seiner eventuellen Existenz als rechtlich nicht vorhanden zu gelten hat. Von einer Rückziehung ist hier ebensowenig die Rede wie bei dem die Nichtigkeit deklarierenden Erkenntnisse.

Aus demselben Grunde dürfte der Behauptung nicht zuzustimmen sein: da die Römer die Kategorie der Resolutivbedingung nur äußerst sparsam und nur bei dauernden Rechtszuständen benutzt haben, so werden wir nicht erwarten dürfen, anfechtbare Obligationen zu finden¹⁾. Zunächst fehlt die Verbindung, welche einen solchen Schluss von dem durch Privatabsicht bedingten Rechtsgeschäfte auf das durch Gesetzesvorschrift bedingt vernichtete gestatten würde. Ferner, eine Obligation verzehrt sich allerdings in dem einmaligen Ereignisse der Verurteilung und der Erfüllung. Dennoch hat die Thatsache, daß nach Annahme der Vertragschließenden eine Schuldverbindlichkeit vorliegt, auch durch den bloßen Bestand des angeblichen Forderungsanspruches hinlängliche rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung, um die volle Anwendung aller Ungültigkeitskategorien zu gestatten. Die vorgenommene Beredung hat eine Obligation erzielt, deren Eintritt in die ganze Rechtswirkung in Erwartung gestellt ist. Es ist thatsächlich und rechtlich eine Bindung vorhanden, die sehr wohl Dauer haben kann, und die Rechtsordnung hat ausreichende Veranlassung, diesen Thatbestand, auch wenn er nachmals völlig beseitigt wird, dennoch vorläufig als eventuell vollwirkenden zu behandeln und anzuerkennen. Vollends nach heutiger Rechtsanschauung sind Schuldverbindlichkeiten und Forderungen Wertobjekte, die in der vermögenswertigen Bindung und freien Übertragbarkeit den Charakter von Sachgütern zumal dann haben, wenn ihr Bestand sich in den Schuldurkunden (Wertpapieren) des modernen Verkehrs verkörpert. Ebenso wie bei Obligationen die Nichtigkeit Verwertung findet, hat es daher die Rechtsordnung bisweilen für angemessen erachtet, nur unter bestimmten Bedingungen die Ungültigkeit einer Schuldverbindlichkeit eintreten zu lassen. Und so lange diese Vernichtung nicht geschehen ist, qualifiziert sich eben die Obligation als eine anfechtbare.

Bei der Anfechtbarkeit, wie bei jeder die Ungültigkeit bewirkenden, d. h. dem Verkehrswillen widerstrebenden, Rechtsvorschrift kommt es daher nur auf die Frage an, in welcher Weise will das Gesetz in Wirkung treten. Ausschließlich in ihm ist alle, die begehrte Rechtswirkung vernichtende Kraft enthalten; auch da, wo das

¹⁾ So: Gradenwitz l. c. S. 322.

Gesetz nicht unmittelbar und absolut Befehle erteilt, sondern sein Eingreifen von dem Mitwirken eines Privaten abhängig macht. Nicht die Reaktion des einzelnen, sondern ausschließlich der Gesetzeswille, der in jenem Werkzeuge lebendig wird, ist der Grund der vorhandenen und eventuell vernichtenden Anfechtbarkeit. Für diese ist somit eine begriffliche Kategorie verwertbar, die bisher nur für die allgemeine Einteilung der Gesetze gebraucht wurde¹⁾. Die durch dispositive Rechtsvorschrift angeordnete Ungültigkeit ist Anfechtbarkeit. Durch diese Fassung wird zugleich die Verwechslung der von den Kontrahenten beim Abschlusse der Rechtsgeschäfte hinzugefügten Nebenbestimmung der Bedingung mit der eigenartigen Selbstbeschränkung des vernichtenden Gesetzeswillens vermieden.

In dieser Bedeutung findet die Anfechtung die vollste Anwendung bei den gesetzlichen Verboten. An das Verbot wird die Sanktion der civilrechtlichen Unwirksamkeit des unerlaubten Geschäftes geknüpft; diese aber wird nicht unmittelbar in Wirkung gebracht, sondern der Eintritt der gesetzlichen Vernichtung hängt ab von dem Entschlusse und dem Handeln eines bestimmten Privaten. Die Macht des Gesetzes geht eben so weit, daß es sich selbst in dem unmittelbaren Eintreten seiner Kraft beschränken kann. Die Wirkung, die Voraussetzungen der Ungültigkeit aber und deren Umfang selbst sind nur aus der gesetzlichen Willensbestimmung abzuleiten, dem Parteilieben steht diesbezüglich eine Einwirkung nicht zu. Somit ist hier ein dispositives Verbotsgesetz ergangen und seine Wirkung ist ein anfechtbares unerlaubtes Rechtsgeschäft.

1. Eine solche Gesetzeswirkung ist gerade bei Verbotsgesetzen rechtlich möglich, denn nur Rechtsgeschäfte werden, wie oben (S. 83) ausgeführt ist, verboten. Es liegt also durchaus in der Macht der einzelnen Gesetzesvorschrift, ob sie ganz und unmittelbar oder nur unter bestimmten Voraussetzungen vernichten will. Ja, im strengen Sinne ist ein anfechtbares Rechtsgeschäft nur unter dem Einflusse des dispositiven Verbotes konstruierbar. Die üblicher Weise für die Anfechtbarkeit benannten Beispiele: *dolus*, *metus*, *S. C. Macedonianum*, *S. C. Velleianum*, *a. Pauliana*: enthalten daher sämtlich ausdrücklich oder ihrer Natur nach ein Verbot. Die gesetzlichen Gebote ordnen zwingende Voraussetzungen an; sind diese nicht erfüllt, so ist die gewollte Rechtswirkung überhaupt nicht eingetreten, das Geschäft ist also nichtig und auch die unvollkommene Rechtswirkung der Anfechtbar-

¹⁾ Besonders: Bülow im Archiv f. civ. Praxis Bd. 64, S. 1 ff. Aber auch: Windscheid: Pandekten, Bd. I, § 30, Anm. 1.

keit ist dabei ausgeschlossen. Ein Mangel in der Entstehung kann allerdings z. B. durch in integrum restitutio zur Wiederaufhebung führen; wenn man aber auch diese Möglichkeit als Anfechtbarkeit auffassen will, so löst man den letzteren Begriff von der Wurzel, die ihm allein den Halt gewähren kann: Anfechtbarkeit ist dann nicht mehr eine Art der Ungültigkeit, denn die Anwendung der in integrum restitutio setzt gerade ein an sich rechtsbeständiges Geschäft voraus.

2. Der Gegensatz von Verbotsnichtigkeit und Verbotsanfechtbarkeit darf nicht in Gleichung gestellt werden mit der vom Richter ipso iure und der von ihm nur auf Anrufen der Partei zu beachtenden Ungültigkeit.

Die Amtspflicht weist dem Richter heute folgende Stellung an. Er soll auf den von den Parteien ihm vorgelegten Prozesstoff (Verhandlungsmaxime) alles Recht anwenden, welches ihm die Gesetze seines Staates hierfür zur Verfügung stellen. Vor allem die zwingenden Rechtsvorschriften und daher alle Verbotsgesetze. Auch diejenigen, welche nur dispositiv eine Ungültigkeit anordnen, muß er zur Erwägung ziehen. Aber in dieser ex officio geschehenden Anerkennung und Beachtung der Gesetze liegt keineswegs, daß er auch die thatsächlichen Voraussetzungen ihres Wirksamwerdens selbständig hinzufügen dürfte. Wohl liegt daher in dem Falle der Verbotsanfechtbarkeit ein von amtswegen zu beachtender Gesetzeserlass vor, aber das Gesetz hat sich hier selbst beschränkt in seiner Anwendung, und wenn die zur Voraussetzung gestellte Reaktion der berechtigten Partei nicht eingetreten ist, so erweist sich damit, daß der Gesetzesbefehl zu dem Sach- und Streitverhältnisse nicht in der rechtlich vorgeschriebenen notwendigen Beziehung steht. Darum muß dann der Richter das Gesetzesverbot in casu für unanwendbar erklären.

Gerade um diese Voraussetzungen prozessualisch zu fester Gestalt zu entwickeln und um die Beachtung und Anwendung der dispositiven Gesetzesverbote zu sichern, hatte im römischen Rechte der Prätor¹⁾

¹⁾ Der Prätor hatte hierbei auch aus Amtspflicht zu handeln. 1. 27 D. de verb. obl. 45. 1: sed et officio quoque praetoris continetur ex huius modi obligationibus [d. h. bei turpes stipulationes] actionem denegari. L. 12, § 4 D. de Public. in r. a. 6. 2: si res talis sit, ut eam lex aut constitutio alienari prohibeat, eo casu Publiciana non competit, quia his casibus neminem praetor tuetur, ne contra leges faciat. — Es wirken hier die beiden Funktionen des Prätors zusammen: rechtserzeugende und richtende Gewalt. Eine Analogie hieraus für die heutige Rechtsstellung des Richters bei Behandlung der Gesetzesverbote zu ziehen, ist also durchweg ausgeschlossen.

— als eines unter andern — das Mittel der exceptio. Die Reaktion des Interessenten war also für diese Art der Geltendmachung der gesetzlichen Rechte in das Verfahren in iure gesetzt. Aber ebenso wenig wie die Begriffe exceptio und Anfechtung sich decken — Anfechtung kann z. B. auch durch Klage geltend gemacht werden, und die exceptio dient auch zu anderen Zwecken, wie als exceptio compensationis, exceptio excussionis, exceptio ne praeiudicium fiat —, ist die Wirkung des dispositiven Verbotes auf das Verfahren vor dem Prätor beschränkt; auch durch das officium iudicis konnte dieses Bedeutung erlangen. Unser heutiges Recht, welches diese Trennung nicht mehr kennt, hat dafür eine viel strengere Scheidung in der Thätigkeit des Richters und derjenigen der Parteien eingesetzt: in dem Sinne, daß der Richter die Gesetze, so wie sie erlassen sind, überall anzuwenden hat, die Parteien aber allein die thatsächlichen Grundlagen zu deren Rechtsanwendung und damit denn auch die Voraussetzungen zur Handhabung des dispositiven Verbotsgesetzes beizubringen haben.

3. Die Verwertung, welche das dispositive Gesetzesverbot im neueren Rechte gefunden hat, ist eine ebenso eigenartige wie ausgedehnte.

Der Begriff der Anfechtung ist durch die Reichsgesetzgebung in Beziehung auf die Veräußerungsgeschäfte insolventer Schuldner neugestaltet worden; rückwirkend ist dadurch der materielle Bestand jener Rechtsgeschäfte wesentlich beeinflusst worden. Ich deute nur dies an. Infolge der durch das Reichsgesetz vom 21. Juli 1879, § 3, nr. 3 gestatteten Anfechtung von Handlungen des Schuldners außerhalb des Konkurses qualifiziert sich jede Schenkung als eine materiell provisorische, unvollkommene, da sie gesetzlich der Anfechtung binnen Jahresfrist unterworfen ist.

Eine besondere Eigentümlichkeit der Anfechtung zeigt sich durch die mannigfachen Vorschriften, daß eine Handlung dritten gegenüber keine Rechtswirkung haben soll. Es ist dies keine Nichtigkeit, denn diese kann begrifflich nur eine absolute, vollkommene sein; vielmehr wirkt hier das Rechtsgeschäft unter den Parteien als ein vollgültiges und wird nur für dritte auf deren Verlangen hin als unwirksam erklärt. Auch dieser Anfechtung liegen oft Verbote zu grunde. Außer dem eben citierten Reichsgesetze ist zu vergleichen: R. Konkurs-Ordnung § 22. Handelsgesetzbuch art. 43, 110 II, 112 II, 113 II, 116, 138, 163 II etc.

Wenn die Konkurs-Ordnung § 6 sagt: Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen hat, sind den Konkursgläubigern gegenüber nichtig: so ist dies nur

eine Konsequenz der dem Gemeinschuldner in § 5 eod. entzogenen Verfügungsfähigkeit. Die verordnete Nichtigkeit ist nicht in dem civilrechtlich gebräuchlichen Sinne hier aufzufassen: unbestritten ist das Geschäft zwischen dem Gemeinschuldner und dem Dritten ein vollwirksames. Zugleich gültig und nichtig kann dasselbe Geschäft aber nicht sein. Der Sinn ist: für das zur Konkursmasse gehörige Vermögen hat diese Rechtshandlung keine Wirkung¹⁾.

4. Eine ganz hervorragende Bedeutung ist der aus den Verbotssetzen herzuleitenden Anfechtbarkeit zuerteilt durch die Formalakte des modernen Rechtes. Der Rechtsverkehr in seiner heutigen Gestaltung bedarf zur Sicherung und zur Freiheit seiner Bewegung gewisser strikt verpflichtender Rechtsgeschäfte, die nach außen hin, ohne daß auf den materiellen Verpflichtungsgrund zurückgegangen würde, schon ihrer gesetzlich normierten Form wegen einen abstrakten Anspruch begründen. Nun ist es möglich, daß verbotene und materiell nichtige Rechtsgeschäfte in einen solchen Formalakt eingekleidet werden. Sind dessen Erfordernisse gewahrt, so ist damit ein vollgültiger Anspruch erlangt: und selbst wenn die vernichtende Kraft des verletzten Gesetzesverbotes geltend gemacht wird, so ist der formelle Anspruch keineswegs unwirksam, sondern nur anfechtbar und auch letzteres nur soweit, als gegen die abstrakte Verpflichtung ein Zurückgehen auf die materielle Grundlage des Rechtsgeschäftes gestattet ist.

So ist der gegen das Wucherverbot verstossende Darlehnsvertrag nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes nichtig; wird das Schuldversprechen aber in einen formgültigen Wechsel gefasst, so ist dieser Wechselanspruch keineswegs nichtig, er kann nur unter Berufung auf das gesetzliche Verbot durch Einrede angefochten werden²⁾. Ebenso ist das durch die Siegelanlage des Gerichtsvollziehers erworbene Pfändungspfandrecht ein formell bestehendes und wirksames, wenn gleich das Gesetzesverbot, daß z. B. gewisse Sachen der Pfändung nicht unterworfen sind (C.P.O. § 715), übertreten wurde und materiell daher die Pfandwirkung eine nichtige ist. Auch hier ist zur Beseitigung des Pfandnexus eine besondere Anfechtung nötig, die übrigens gemäß § 685 C.P.O. auf Beschwerde durch „Beschluss“ des Amts-

¹⁾ Der Ausdruck des Gesetzes ist also ein unzutreffender. Vgl. Schultze: das D. Konkursrecht S. 24 ff. v. Völdern dorff: Kommentar zur Konk.O. I, § 6, S. 144, 2. Aufl. — Mit Recht wird hierbei der Begriff einer relativen Nichtigkeit für unanwendbar erklärt. Es ist eben eine eigene Form der Anfechtbarkeit, die sehr wohl aber in deren Begriff sich einfügt. Vgl. noch Windscheid: Pandekten, Bd. I, § 82, A. 8.

²⁾ So zutreffend die Entscheidung des R.-G., B. VIII, S. 97.

gerichtes erledigt werden kann, so daß es ungenau ist, wenn gesagt wird, die Anfechtung sei stets im Wege der Klage oder Einrede zu verfolgen. Unter denselben Gesichtspunkt ist auch die Anfechtung der einem Gesetzesverbote zuwider abgeschlossenen Ehe zu betrachten; selbst wenn diese ungültig ist, bedarf es dennoch zur Lösung der formell abgeschlossenen Verbindung einer besonderen, keineswegs bloß deklaratorisch wirkenden Klage¹⁾.

¹⁾ Nicht hierhergehörige, weil es sich dabei nicht um Rechtsgeschäfte handelt, aber interessante Beispiele für diese Art der Verwendung der Anfechtung bei Verletzung der Gesetzesverbote sind folgende Fälle. a. Wer sich unter Verletzung des Markenschutzes der Waarenzeichen, der Firma etc. eines dritten zur Bezeichnung seiner Waaren bedient, handelt „widerrechtlich“ und wird im Strafverfahren verfolgt. Dennoch ist es nötig: „im Wege der Klage zu beantragen, daß derselbe für nicht berechtigt erklärt werde, diese Bezeichnung zu gebrauchen“. Reichsgesetz v. 30. Nov. 1874, § 13. — b. H.G.B. art. 190 a resp. 222: „Ein Beschlufs der Generalversammlung [sc. der Aktienkommandit- oder der Aktiengesellschaft] kann wegen Verletzung des Gesetzes — als ungültig im Wege der Klage angefochten werden“.

III.

Verbot und Gültigkeit.

Das römische Recht hat, wie wir sahen, der Anwendung von *leges imperfectae* und *minus quam perfectae* einen breiten Spielraum verstattet. Auch das heutige Recht enthält in neueren Gesetzen Civilverbote, welche weder Nichtigkeit, noch Anfechtbarkeit der unerlaubten Handlung bewirken. Für die Frage, wann dies der Fall sei, läßt sich eine Regel nicht geben; hier ist in noch erhöhterem Maße, wie sonst, eine Prüfung des einzelnen Falles erforderlich und allein maßgebend.

Im übrigen wird es nicht gerade häufig vorkommen, daß ein reines Civilverbot ergeht, ohne einen verminderten Einfluß auf die Gültigkeit des verbotenen Rechtsgeschäftes auszuüben. Es liegt dies in der Natur unserer bürgerlichen Rechtsvorschriften. Während durch Strafverbote und besonders bei der Regelung des prozessualen Verfahrens oft und leicht reglementarische Befehle ergehen, hat die Ordnung des Civilrechtes an sich die Freiheit des Rechtsverkehres unbehindert zu lassen; wo dieselbe dagegen eingreift, wird sie es aus inneren Gründen thun und die Vornahme wie die Wirkung der Rechtsgeschäfte selbst treffen. Den Civilverboten entspricht es also, daß sie mit civilrechtlicher Sanktion versehen sind.

Ein Beispiel für verbotene und dennoch gültige Rechtsakte bietet vor allem das Eherecht. Die Eheschließung der Pflegebefohlenen mit ihrem Vormunde ist unzulässig; die dennoch abgeschlossene Ehe kann aber nicht als ungültig angefochten werden, sie ist vollwirksam¹⁾. Der Grund für den Mangel der gesetzlichen Sanktion ist leicht er-

¹⁾ Reichs-Personenstandsgesetz vom 6. Februar 1875, § 37.

sichtlich. Zwar widerspricht eine solche Ehe des Mündels der geforderten Selbständigkeit des Eheabschließenden; wenn aber die Verbotserletzung hier die Auflösung der Ehe bewirkte, so wäre damit ein zu dem inneren Grunde des Verbotes in keinem Verhältnisse stehender übergroßer Rechtsnachteil verknüpft. Das kleinere Übel, welches das Gesetz dem einmal vollzogenen Thatbestande gegenüber gerade bei der Ehe sorgsam abwägen muß, ist jedenfalls, daß die Ehe trotz ihrer Gesetzeswidrigkeit bestehen bleibt.

Die preussische Vormundschaftsordnung § 40 II sagt: eine Hypothek oder Grundschuld, welche auf dem Grundstücke des Vormundes haftet, darf derselbe für den Mündel nicht erwerben. Es soll hierdurch eine Kollision der Vermögensinteressen, wie sie der unparteilichen Stellung des Vormundes widersprechen würde, ausgeschlossen werden. Das Verbot richtet sich gegen jegliche Vornahme dieser Rechtsgeschäfte. Gleichwohl ist der Rechtserwerb selbst ein gültiger: nur eine Vorschrift über die Führung der Vermögensverwaltung ist in das hier nicht zutreffende Gewand einer materiellen Rechtsregel eingekleidet. Natürlich wollte man nicht dem Mündel die erlangte dingliche Sicherung entziehen; darum kann weder Nichtigkeit noch Anfechtbarkeit beabsichtigt sein. Das Reichsgericht mußte hier also entweder die Rechte des Mündels beeinträchtigen, oder den eigenen Grundsatz über die absolute Anwendung der *lex non dubium* desavouieren.

Ein anderes unvollkommenes Verbot ist enthalten im H.G.B. art. 69 nr. 1.: die Handelsmäkler dürfen für eigene Rechnung keine Handelsgeschäfte machen, noch für deren Erfüllung Bürgschaft leisten, „alles dies unbeschadet der Gültigkeit der Geschäfte“. Auch hier würde die volle Sanktion über den Zweck des Verbotes hinausgehen, und vor allem würde dadurch der dritte Kontrahent einer ungerechtfertigten Gefahr ausgesetzt. Der Verkehr wäre durch die Pflicht, immer zu prüfen, ob der Mäkler nicht etwa dies Geschäft für eigene Rechnung abschließen will, derart belastet, daß diese Beschränkung in keinen annehmbaren Vergleich sich setzen ließe mit der durch jenes Verbot zu erreichenden Sicherung der getreuen Ausführung der Mäklergeschäfte. Ähnlich ist das Verbot in § 16 des Reichs-Beamtengesetzes vom 31. März 1873: der unmittelbare Reichsbeamte darf kein Gewerbe etc. betreiben ohne Genehmigung der obersten Reichsbehörde. Dennoch besteht kein Zweifel, daß die verbotswidrig abgeschlossenen Rechtsgeschäfte vollgültig sind. Dasselbe gilt von dem Verbote des Gewerbebetriebes bei Militärpersonen in § 43 des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874.

Ein eigenartiges Verbot, über dessen Wirkung lange gestritten wurde, ist dies: „die Aktiengesellschaft darf eigene Aktien nicht erwerben“ (H.G.B. art. 215, Abs. 3 der ursprünglichen Fassung). Gerade im Anschluß an diese Gesetzesvorschrift, in welcher von vielen Seiten eine nur instruktionelle Vorschrift erblickt wurde, hat das Reichsoberhandelsgericht¹⁾ den hierfür nunmehr als maßgebend anerkannten Grundsatz ausgesprochen: es handelt sich hier um eine *lex absoluta*, um ein Verbot; jedes Verbotsgesetz hat aber nach l. 5 Cod. de legib. (Const. Theod.) von selbst den Charakter einer *lex perfecta*. Der verbotene Ankauf der eigenen Aktien ist also ein nichtiges Rechtsgeschäft. Indessen die Forderungen des Verkehrs erwiesen sich stärker als das abstrakte Gesetzesverbot; es läßt sich thatsächlich nicht vermeiden, daß die Aktiengesellschaften, wie vor allem die Bankgesellschaften, auch eigene Aktien in die Ankaufgeschäfte hineinziehen. Während daher der erste Entwurf zu der nachmaligen Novelle zum H.G.B. vom 18. Juli 1884 art. 215 d. noch das alte Verbot beibehielt, ist auf Grund des verbesserten Entwurfes der Gesetzestext jetzt dahin gefaßt: „die Aktiengesellschaft soll eigene Aktien — nicht erwerben“. Man erwog dabei, daß es eine zu große Beschränkung des Verkehrs sei, den dritten Verkäufer zu verpflichten, bei jedem Verkaufe sich zu vergewissern, wer der Käufer sei und ob etwa die Gesellschaft für sich kaufen wollte; deshalb wurde das imperative „darf nicht“ in das instruktionelle „soll nicht“ umgewandelt. Der Erwerb eigener Aktien ist heute zwar verboten, aber das Rechtsgeschäft selbst ist durchaus gültig.

Die scharfe Accentuierung der Wortfassung, wie diese in dem letztgenannten Falle vorliegt, ist für die Gesetzestechnik in neuerer Zeit zum Principe geworden; aus dem Wortlaute bereits soll sich ergeben, ob ein zwingendes und civilrechtlich vernichtendes Verbot vorliege oder nur eine instruktionelle Vorschrift, deren Übertretung ohne Rechtsnachteil in der Sache selbst verläuft. Nahezu durchgeführt ist dies in der Terminologie der Reichsjustizgesetze²⁾, woselbst die essen-

¹⁾ Entsch. XVII, S. 382. Über die fernere Litteratur vgl.: Keyfsner in Busch Archiv B. 33, S. 234. Goldschmidt in seiner Ztschr. B. 21, S. 1. Regelsberger in Endemann, Handbuch des H.-R., B. II, S. 396.

²⁾ Vgl. Motive zur C.P.O. S. 22. Zwingende Vorschriften sind z. B. C.P.O. § 230: die Klage muß enthalten, § 630 ebenso bei Gesuch um Zahlungsbefehl. Ferner §§ 67, 174, 192, 214, 449 etc. Instruktionell mit soll: §§ 121, 281 (Urteilsverkündung). — Aber diese Terminologie wechselt mit anderer, z. B.: § 465 ist das Amtsgericht sachlich unzuständig, so hat es den Beklagten hierauf aufmerksam zu machen. Diese Vorschrift ist eine *lex imperfecta*.

tiellen Vorschriften durch „muß“ und „darf nicht“, die instruktionellen durch „soll“ eingeleitet werden. Damit ist zweifellos ein großer Fortschritt vollzogen, der besonders bei der reichen Anzahl neuerer Gesetze für die einheitliche Auffassung der neugestalteten Rechtsordnung von wichtigstem Einflusse ist¹⁾.

Die Gründe, weshalb einem Gesetzesverbote nur eine unvollkommene Sanktion zuerteilt wird, sind, wie die gegebenen Beispiele zeigen, darin zu suchen, daß eine Vernichtung des verbotenen Rechtsgeschäftes über die Ziele und Zwecke des Gesetzes hinausgehen würde. Dieselbe würde stärker wirken, als es dem erstrebten Erfolge der Abhaltung von dem unerlaubten Geschäft entspräche, oder sie würde dritte Personen mit Rechtsnachteilen belasten, die sich der Verbotsübertretung direkt nicht schuldig gemacht hätten.

Im übrigen ist auch das „bloß instruktionelle“ Verbot keineswegs ohne materielle Bedeutung. Abgesehen von der ethischen Kraft der Gesetzesachtung, welche jedem Verbote zukommt, ist seine Beachtung häufig in die Amtspflicht gestellt und führt daher zu dienstlicher Beschwerde und Sühne im Aufsichtswege²⁾. Ferner wird oft das Gesetzesverbot als Grundlage des Nachweises dienen, daß jemanden ein Verschulden trifft, welches ihn zum Schadensersatz verpflichtet. So ist zwar der Ankauf eigener Aktien ein gültiges Rechtsgeschäft, aber nach art. 204, nr. 3; 226, nr. 3 H.G.B. haften die Mitglieder des Aufsichtsrates neben denjenigen des Vorstandes solidarisch der Gesellschaft für den Ersatz alles daraus entstehenden Schadens. Eine besondere Rechtsfolge ist dem Verbote: „der Name eines Kommanditisten darf in der Firma der Gesellschaft nicht enthalten sein“, dadurch beigelegt, daß der trotzdem genannte Kommanditist den Gläubigern der Gesellschaft gleich einem offenen Gesellschafter haften soll³⁾. Ganz eigentümlich ist schliesslich die öfters ausgesprochene gesetzliche Wirkung der Verbotsübertretung, daß solche Stellver-

¹⁾ Vgl. aber: Heilblut: Archiv f. civ. Praxis B. 69, S. 331 ff. Derselbe bestreitet, daß durch die in der C.P.O. angenommene Terminologie ein fester Anhalt für die Wirksamkeit der gegebenen Vorschriften geboten werden sei.

²⁾ So: preufs. Einf. Ges. art. 9, § 5: Handelsmäkler, welche eine der nach dem art. 69 H.G.B. ihnen obliegenden Pflichten verletzen, werden mit Geldbusse von 25 bis 500 Thlr. bestraft; im Rückfalle kann außerdem auch auf Entsetzung erkannt werden.

³⁾ H.G.B. art. 168. Dasselbe gilt vom stillen Gesellschafter. eod. art. 257.

treter¹⁾, welchen es untersagt ist, für eigene Rechnung ohne Einwilligung des Prinzipales Handelsgeschäfte zu machen, es sich gefallen lassen müssen, daß der Prinzipal die verbotswidrigen Geschäfte als für seine Rechnung abgeschlossen ansieht²⁾.

¹⁾ So beim Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten H.G.B. art. 56, Abs. 3, beim Handlungsgehülfen art. 59, Abs. 2. Vgl. auch bezüglich des offenen Gesellschafters art. 97.

²⁾ Über die Bedeutung dieses Rechtssatzes, auf welche hier nicht weiter einzugehen ist: Wendt in Endemann, Handbuch des H.-R. B. I, § 66, S. 258 ff.; Thöl: H.-R., § 58, 6. Aufl.

IV.

Die Strafverbote.

Die Schwierigkeit, die materiellrechtliche Wirkung eines Verbotes zu bestimmen, ist am größten, wo das Gesetz nur eine kriminelle Strafe für die Verletzung angedroht hat, ohne sich über die civilrechtliche Sanktion zu äußern. Durch Interpretation den Willen offen zu legen, welcher den Gesetzgeber bei Erlass dieser Verbote leitete, wird hier nahezu vereitelt, weil die Erfahrung bestätigt, daß bei Strafverboten die gesetzgeberischen Erwägungen sich fast ausschließlich auf Maß und Art der Bestrafung richten, ohne daß der bürgerlichen Rechtswirkung Beachtung zugewendet würde.

Gerade bei solchen Verboten setzt die neuere Rechtsprechung ein und behauptet, die Auslegungsregel der *lex non dubium* muß absolute Anwendung finden, das verbotene Rechtsgeschäft ist zweifelsohne nichtig. Theodos giebt uns also die Norm, von welcher der heutige Gesetzgeber in dunklem, unbewußtem Drange bei Erlass des Gesetzesverbotes ausging. Da im übrigen jene *lex* von Strafverboten nicht spricht, so scheint man — eine Äußerung hierüber wird für überflüssig erachtet — als selbstverständlich anzunehmen, daß jedes Strafverbot materiellrechtlich gleichbedeutend und gleichwirkend ist mit dem Civilverbote. Oberflächlicher kann wohl kaum mit einem so wichtigen Prinzipie verfahren werden.

Die Rezeptionsgeschichte der *Constitutio Theodosiana* hat (oben S. 54—58) gezeigt, daß bezüglich der Strafverbote sich die Reaktion gegen den allgemeinen Grundsatz der *lex non dubium* sehr erfolgreich geltend machte. Als herrschende Lehre läßt sich hinstellen: im allgemeinen ist die kriminelle Strafe als ausreichende Buße der Gesetzesverletzung anzusehen, so daß nicht anzunehmen ist, es solle auch noch Nichtigkeit hinzutreten. Indessen hier hat der

an sich berechnete Widerspruch gegen jenes allgemeingefasste Gesetz über das richtige Maß hinweggeführt. Mit Recht ist von Weber¹⁾ daher geltend gemacht: „die Strafe, welche von Unternehmung des verbotenen Handelns noch mehr zurückhalten soll, kann kein Mittel werden, sich die zur Gültigkeit des Geschäftes erforderliche moralische Befugnis beizulegen“. Wenn dieser Schriftsteller aber dann seinerseits versichert, daß jedes mit Strafe belegte Rechtsgeschäft nichtig sei, so verfällt er in das gegenteilige falsche Extrem.

Ohne Zweifel giebt es Rechtsgeschäfte, welche durch kriminelle Strafe betroffen werden und die civilrechtlich nichtig sind. Bigamie wird bestraft, und die zweite Ehe ist nichtig. Strafe und Nichtigkeit sind also keineswegs sich ausschließende Begriffe. Die hierfür angezogene I. 41 D. de poenis 48. 19 (oben S. 56) bezieht sich nur auf poenae im eigentlichen Sinne und bedeutet demnach, daß die speziell angedrohte Strafe die generelle ausschließt. Nichtigkeit ist aber keine poena, sondern eine civilrechtliche, den Inhalt eines Geschäftes treffende Gesetzesfolge.

Umgekehrt giebt es aber auch mit Strafe belegte Rechtsgeschäfte, deren civilrechtliche Wirkung voll erhalten bleibt. Selbst Weber erkennt an, daß es solche „Ausnahmen“ giebt. Aber das ist gerade die Frage, welche von beiden Eventualitäten als die Regel anzusehen ist und welches die inneren Gründe einer solchen Wirkung sind.

Für die begriffliche Auslegung der Strafverbote nach ihrer civilrechtlichen Wirkung hin ist nur sehr wenig geschehen. Das römische Recht mit der Behandlung der verbrecherischen Handlungen als Privatdelikte steht auf derart verschiedenem Standpunkte, daß seine Vorschriften für das heutige Recht unverwertbar erscheinen. Als einen charakteristischen Versuch erwähne ich die von Glück entwickelte Lehre²⁾. Wenn das Verbotsgesetz die Beachtung einer Form vorschreibt, so ist zu unterscheiden, ob diese Form:

A. eine innere ist, z. B. die Benennung und Einsetzung eines Erben bei der Testamentserrichtung. Ist diese nicht beachtet, so ist das Geschäft ungültig.

B. oder ob die Form bloß als äußere vorgeschrieben ist. Dann dient sie:

1. entweder zum Vortheile des Staates, um diesem Einkünfte zu sichern, z. B. durch den Gebrauch von Stempelpapieren. Trotz der Verbotverletzung ist das Geschäft gültig.

¹⁾ Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. 4. Aufl. S. 302.

²⁾ Kommentar zu den Pandekten, Bd. I, § 14 b, 2. Aufl. S. 104.

2. oder es sollen Rechte der Unterthanen gesichert werden:
- a. indem den Richtern für Bestätigung und Beglaubigung gewisse Formen vorgeschrieben sind. Auch bei Nichtbeachtung derselben bleibt das Geschäft rechtswirksam.
 - b. indem den Parteien bestimmte Formen vorgeschrieben sind
 - α) dergestalt, daß ohne dieselbe kein Recht, keine Verbindlichkeit entstehen soll. Das Geschäft ist ungültig.
 - β) oder es ist die Strafe der Nichtigkeit weder ausdrücklich auf die Formvernachlässigung gesetzt, noch ist dies die erweisliche Absicht des Gesetzgebers gewesen. Das Rechtsgeschäft ist gültig.

Diese gekünstelte Einteilung dürfte weder praktisch verwertbar noch innerlich begründet sein. Was ist innere, was äußere Rechtsform? Die beiden letzten Kategorien lassen schließlic alles wieder offen und zweifelhaft.

Am nächsten liegt es, von der Natur der Strafgesetze selbst auszugehen. Anerkannt ist, daß der innere Charakter derselben wesentliche Verschiedenheiten zeigt, die wohl geeignet sein können auch für das civilrechtliche Gebiet Verwertung zu finden. Unter den Einteilungen, welche die Strafrechtstheorie diesbezüglich aufstellt, scheint für diesen Zweck besonders folgende¹⁾ von Bedeutung zu sein. Die Strafarten sind zu scheiden in:

a. Verbrechen oder verbrecherisches Unrecht, welches sich richtet gegen eine die Rechtsordnung des Staates verletzende und daher an sich bereits unerlaubte Handlung.

b. Polizeiliches Unrecht, welches den Inhalt bildet einer ohnedem erlaubten und nur aus bestimmten Nützlichkeitsgründen durch positive Vorschrift verbotenen Handlung.

Diese Begriffsauslegung hat viel Bestechendes, und der Schluss würde dahin zu ziehen sein: bei verbrecherischem Unrecht ist Nichtigkeit, bei polizeilichem Gültigkeit der verbotenen Rechtshandlung zu unterstellen. Eine gewisse Verwertung wird aus jenem unzweifelhaft vorhandenem Gegensatz für das Civilrecht zu gewinnen sein. Indessen, abgesehen selbst davon, daß die Bestimmung, wann ein polizeiliches Unrecht vorliegt, keineswegs mit Sicherheit zu treffen ist: so läßt sich jene vorgenannte Annahme weder aus inneren Gründen be-

¹⁾ So vor allem Hälschner: das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. I, S. 34—36. Ebenso Feuerbach, Luden, Grolmann, von Holtzendorff u. a.

weisen, noch auch trifft sie thatsächlich mit dieser so formulierten Verschiedenheit der civilrechtlichen Bedeutung zusammen.

Mit Recht wurde neuestens von Binding betont, daß auch das Prinzip jener Einteilung nicht zutreffend gestellt ist. Die Voraussetzung jeder Bestrafung, also auch des sogenannten polizeilichen Unrechtes ist Verschulden; zuerst muß [durch eine Norm] die Handlung als verbotene bestimmt sein, dann erst kann sie strafbar werden. Beide Arten des Unrechtes sind also in gleicher Weise Gesetzesübertretungen. Er selbst giebt eine Einteilung nach drei Normengruppen¹⁾:

a. Verletzungsverbote, welche die Verursachung bestimmter Veränderungen in der Außenwelt wegen der Rechtsgüterverletzung, die sie in sich schliessen, verbieten.

b. Gefährdungsverbote: nicht erst die Verletzung, sondern bereits die Gefährdung z. B. durch Aussetzung ist verboten.

c. Verbote schlechthin: gegen Handlungen, welche regelmässig eine Gefahr für bestimmte Rechtsgüter in sich bergen; aber das Verbot ergeht, einerlei ob im gegebenen Falle sie gefährlich oder dieser Gefahr ledig sind.

Für die civilrechtliche Wirkung der Verbote vermag ich hieraus keine Ableitung zu gewinnen. Die Einteilung der Gesetze unter dem Gesichtspunkte der Strafnormen führt nicht zu dem gesuchten Ergebnisse: ein Prinzip für die materielle Bedeutung der Strafverbote zu bieten. Richtig aber ist, dass auch die civilrechtliche Sanktion aus dem Verbote selbst, nicht aus der Strafandrohung abzuleiten ist.

1. Festzuhalten ist, daß es sich nur um solche Strafverbote handeln kann, von denen civilrechtliche Wirkungen auf Rechtsgeschäfte ausgehen; nur soweit kommt das Strafrecht in Betracht, als Strafthat und Rechtsgeschäft sich berühren²⁾. Ob eine solche

¹⁾ Binding: Normen, Bd. I, § 30, S. 179 ff. und Handbuch des Strafrechtes, Bd. I, § 30, S. 155 ff., 167 ff.

²⁾ Nicht hierher gehört die allerdings naheliegende Untersuchung, inwieweit die Thatbestandsmerkmale von Rechtsgeschäft und Strafthat sich decken. Schlossmann: Vertrag S. 129 ff. betont die Kongruenz beider, um daraus die logische und rechtliche Unbegründetheit des Begriffes Rechtsgeschäft zu beweisen. Thon: Rechtsnorm, S. 366 ff. giebt für einzelne Fälle erstere zu, bestreitet aber mit besseren Gründen die daraus gezogene Konsequenz. Nach Thon kann niemals „eine Normwidrigkeit einen notwendigen Bestandteil in dem Akte des Rechtsgeschäftes bilden“. S. 367. Möglich ist es aber umgekehrt, daß „ein Rechtsgeschäft ein konstitutives Moment im Thatbestande eines Deliktes bildet, d. h. daß ein bestimmtes

Berührung überhaupt möglich ist, mag auf den ersten Blick zweifelhaft erscheinen, indem man sagen wird, was die Rechtsordnung als verbrecherische That mit Strafe belegt, kann zu den Geschäften des civilrechtlichen Verkehrs überhaupt in keiner Beziehung stehen. Dennoch ist eine solche bei den meisten Delikten vorhanden, welche auf die Verletzung der Güter des Verkehrslebens gerichtet sind: Diebstahl, Unterschlagung, Betrug, Urkundenfälschung äußern sich in solchen Formen, in welchen die auf Erwerb von Besitz, Eigentum, Forderungen gerichtete Verkehrsabsicht zu Tage tritt; es ist in diesen Handlungen entschieden eine Willensäußerung enthalten, welche die Aneignung von Vermögen und in diesem die Entstehung von Rechtswirkungen zu verursachen strebt. Der Dieb will die gestohlene Sache zu seiner eigenen erwerben; der Betrüger will sich durch das erlistete Geschäft eine neue günstigere Rechtsposition schaffen; durch Fälschung einer Wechselunterschrift soll ein wirksames Forderungsrecht erlangt werden.

Wenn nun diese Verkehrshandlungen rechtlich als nichtige gekennzeichnet werden sollen, so kann dies nur auf die eine Weise geschehen, daß die Ordnung des bürgerlichen Rechtes ihnen entgegentritt und sie als civilrechtlich nicht vorhanden abweist. In welchem Verhältnis aber steht hierzu die Strafe? Lediglich in demjenigen der Folge, nicht in dem der Ursache. Es wird das strafrechtliche Unrecht, soweit es die in Form von Verkehrshandlungen auftretenden Vermögensverletzungen betrifft, nicht abstrakt formuliert, sondern es nimmt die engste Beziehung zur bürgerlichen Rechtsordnung. Weil eine Handlung dieser widerspricht, weil sie in die durch das Civilrecht zu garantierenden Rechtsschranken widerrechtlich einbricht, deshalb wird sie zum Schutze der Rechtsordnung des Staates mit Strafe belegt. Nichtig ist also die Verkehrshandlung, nicht weil sie dem Strafverbote widerspricht, sondern weil der Grund zur Erlassung dieses Verbotes zugleich der materiellrechtliche Grund der Nichtigkeit ist.

2. Daß es die Strafe nicht sein kann, welche die civilrechtliche

Delikt (z. B. St.G.B. § 266, 2; § 301, § 302) nur durch Vornahme eines gültigen Rechtsgeschäftes begangen werden kann“. S. 367/8: „Das Rechtsgeschäft kann Rechtsgeschäft bleiben und doch zugleich im Vereine mit anderen Umständen den Thatbestand eines Deliktes bilden“. S. 369 [Vgl. auch Bechmann: Kauf B. II, S. 38]. Thon beschränkt sich im übrigen auf die Darlegung dieser Beziehung zwischen Delikt und Rechtsgeschäft; auf die Frage, die hier vorliegt, wie die Strafsanktion als Verbot auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes einwirkt, sucht er keine Antwort.

Wirkung vernichtet, ergiebt die fernere Erwägung, daß es sonst unerklärlich bliebe, wie es *leges minus quam perfectae* geben könnte. Die Strafe selbst ist — trotz der verschiedenen Strafmittel — ihrer rechtlichen Qualität nach stets in gleicher Weise verbotverstärkendes Mittel; wie könnte sich also aus ihr die zwiefache civilrechtliche Folge begründen lassen! Im Verhältnisse zu dem Civilrecht hat daher die kriminelle Strafandrohung nur die Bedeutung eines äußeren Momentes, welches wohl dazu dienen mag, die gegebene Rechtsordnung zu schützen, nie aber unmittelbaren civilrechtlichen Einfluß besitzt.

a. Daher ist, wenn die materiellrechtliche Wirkung eines Strafgesetzes geprüft werden soll, stets auf den Strafgrund oder genauer auf den Verbotgrund zurückzugehen: weshalb erscheint diese Handlung als eine unerlaubte? Hieraus allein kann sich ermessen lassen, wieweit wir dieselbe vom civilrechtlichen Standpunkte aus als rechtswidrige vernichten oder als materiell erlaubte anerkennen sollen.

b. Das Strafverbot als solches bewirkt niemals Ungültigkeit. Es ist civilrechtlich überhaupt gleichgültig, ob eine Handlung kriminell bestraft wird oder nicht. Unbestrafte Verkehrsgeschäfte können nichtig, bestrafte können gültig sein.

c. Nur insofern kann ein Strafgesetz mittelbar auf die Beurteilung der bürgerlichen Rechtswirkung Einfluß gewinnen, als aus der Strafandrohung in geeigneten Fällen geschlossen werden kann, daß der Gesetzgeber allgemein eine Handlung als unerlaubt, als ihrem inneren Bestande nach rechtswidrig oder unsittlich kennzeichnen will, und daß sich hieraus die weitere Folgerung ziehen läßt, daß dies materielle Unrecht auch civilrechtliche Ungültigkeit bewirken soll. So würde auch ohne die besondere Sanktion sich aus der Bestrafung des Wuchers in der Weise und unter den Erwägungen, wie dies im Reichsgesetze vom 24. Mai 1880 geschehen ist, ergeben, daß der Gesetzgeber allgemein solche wucherische Verträge als der Rechtsordnung und der Rechtssicherheit widerstreitende charakterisieren und darum ihnen neben der Bestrafung auch die bürgerliche Rechtsgültigkeit entziehen wollte. Aber auch hier ergiebt sich, nicht die Strafe hat diese Wirkung, sondern aus dem Strafverbote sind die weiteren Schlußfolgerungen über den Verbotgrund und damit über die rechtliche Eigenschaft des Rechtsgeschäftes — ob es rechtswidrig und in sich unerlaubt erscheint oder nicht — erst abzulösen.

Wenn man in diesem Sinne die *lex non dubium* auffassen und benutzen wollte, so würde deren Inhalt durchaus zutreffend erscheinen.

Aber die übliche Anwendung sieht heute nur auf die rein äußerliche Thatsache, ob eine Strafe angedroht ist; deren materielle Bedeutung wird außer Beobachtung gelassen, weil man ein formell-bequemes Prinzip, keine innere Auslegungsregel sucht.

3. Aus den Strafgesetzen tritt nun vor allem die Gruppe derjenigen hervor, welche eine Handlung verbieten und strafen, weil sie in die Ordnung der Rechtsgüter eingreift. Der Grund der Strafe ist hier zugleich der Grund der Ungültigkeit. Dieselben Erwägungen, welche, wie wir oben sahen, bei den Civilverböten zur Nichtigkeit führen, finden auch hier Anwendung. Alle Handlungen, welche die Grundlage der bürgerlichen Rechtsordnung, das gesicherte Haben, die Redlichkeit des Verkehres, die rechtlich anerkannte Sitte verletzen, sind nichtig: die Strafe kommt nur hinzu, um auch den äußeren Schutz gegen Verletzung zu gewähren. Für die vermögensrechtlichen Zwecke würden die civilrechtlichen Klagen wegen diebischer Aneignung, betrügerischer Vermögensschädigung u. s. w. ausreichen, gegen die Vornahme der Störung, also zur Stärkung der eigentlichen Verbötwirkung, dient die Kriminalstrafe.

Die römischen Juristen behandelten denn auch alle diese Vermögensverletzungen von ihrer vermögensrechtlichen Seite aus und belegten sie als Civilunrecht mit Civilverbot und meist mit Nichtigkeit. Dem Bestohlenen stand unter anderen auch die *rei vindicatio* zu (l. 7, § 1 D. de cond. furt. 13, 1), er berief sich also auf die Nichtigkeit des Eigentumserwerbes des Diebes. Ausdrücklich wird diese civilrechtliche Frage betont in l. 43 pr. D. de furtis 47. 2: *falsus creditor, si quid acceperit, furtum facit nec nummi eius fiunt*.

Im heutigen Rechte dagegen wird wegen der intensiveren Ausübung der öffentlichrechtlichen Gewalt und deren beherrschenden Eingreifens in das Rechtsleben dem Strafverbote das Übergewicht verliehen. Daher erklären wir heute: der Erwerb durch Diebstahl ist nichtig, denn Diebstahl ist ein strafrechtliches Delikt. Gehen wir aber dem Grunde der Nichtigkeit nach, so ist umgekehrt zu sagen: die widerrechtliche Aneignung einer fremden Sache widerspricht den Grundsätzen, durchbricht die notwendigen und gezogenen Schranken der bürgerlichen Rechtsordnung, darum allein ist sie rechtsunwirksam, und zweitens wird zum Schutze der öffentlichen Rechtssicherheit die Strafe hinzugefügt.

Daraus erklärt sich, daß die aus dem Delikte zu entnehmende Ungültigkeit auch da, wo eine Bestrafung nicht stattfinden kann, ihre Wirkung behält; ja der z. B. durch Diebstahl oder Gewalt entzogenen Sache selbst wird ein eigenartiger Rechtscharakter zuerteilt. Dies er-

giebt sich aus dem Ausschlusse der Ersitzung an *res furtivae* und *res vi possessae*. Ebenso gilt beispielsweise die Regel: *en fait de meubles la possession vaut titre*, nicht für gestohlene Sachen: Code civil art. 2279, Abs. 2, und soweit dieser Grundsatz daselbst angenommen ist: Handelsgesetzbuch art. 306, 307.

4. Den vorgenannten Gesetzen steht nun entgegen die Gruppe derjenigen Strafgesetze, welche ich formelle Strafverbote nennen möchte. Der Ausdruck formell soll nicht dem Satze widersprechen, daß jede Bestrafung eine unerlaubte Handlung voraussetzt; auch die hier betroffenen gelten als widerrechtlich. Aber für den Standpunkt des Civilrechtes enthalten sie nur formales Unrecht; sie verletzen nicht die Ordnung und Sicherheit der Grundlagen¹⁾ des bürgerlichen Rechtes, sondern sind nur für die strafrechtliche Auffassung rechtsverletzend. Insofern könnten sie auch als bloße oder reine Strafverbote bezeichnet werden. Doch scheint obiger Ausdruck bei gehöriger Betonung der engen Verbindung der Worte formell und Strafe bestimmter.

Erst bei einer, besonders das moderne Staatsleben kennzeichnen, Erweiterung der Aufgaben gesetzlicher Ordnung kann jener Gegensatz entstehen. Über den Schutz des staatlichen Gemeinlebens hinaus geht die Fürsorge und unmittelbare Bethätigung der Staatsgewalt auch auf direkte Wohlfahrtspflege. Die Mittel zur Erreichung der in dieser enthaltenen Zwecke und zur Erwirkung der Beachtung der hierzu dienlichen gesetzlichen Schranken sind gleichfalls kriminelle Strafen. So sehen wir, daß aus Utilitätsgründen Strafverbote ergehen im Interesse der Gewerbepolizei, der Staatsfinanzen, zu Steuerzwecken, zur Verkehrssicherheit und zu vielen anderen Zwecken.

Es giebt hierbei Strafverbote, welche den Grundlagen des bürgerlichen Rechtsverkehrs nahe stehen oder ausdrücklich sich Einfluß auf diesen zulegen. In diesem Sinne ist das Verbot der Pachtverträge an die Curialen, an die *milites* im römischen Rechte ergangen.

¹⁾ Nicht jedes Strafverbot, welches als materielles dem formellen entgegentritt, hat unmittelbare Beziehung zum bürgerlichen Rechtsverkehre. Aber auch die zum Schutze von Leben, Freiheit, Ehre u. s. w. erlassenen Gesetze sollen Rechtsgüter sichern, die im wesentlichen die Voraussetzungen geordneten staatlichen Lebens sind. Die bloß formalen Strafverbote, wie die über die Benutzung von Stempelpapier haben hierfür keine Bedeutung. — Im übrigen ist festzuhalten, daß jene Einteilung sich nur auf die hier in Betracht kommenden Strafgesetze, welche mit Rechtsgeschäften in Beziehung stehen, erstrecken soll.

Aber die Regel ist dies nicht. Das Strafverbot geht vielmehr, wenn es die Wohlfahrtspflege regeln will, über den Inhalt und Umfang der bürgerlichen Rechtsordnung hinaus; es trifft Geschäfte, die vom civilrechtlichen Standpunkte aus zulässig erscheinen. Falsch wäre es nun aus der Thatsache, daß hier wie bei den materiellen Strafverbotten das Mittel der Strafe angewandt ist, darauf zu schließen, daß durch das Gesetz dennoch ein gleichwertiges Verbot aus solchen Gründen eingeführt werden sollte, daß sich hieraus die Nichtigkeit der verbotenen Handlung ergäbe.

Die Strafe allein giebt kein Recht zu einem solchen Schlusse. Prüfen wir aber, worauf es ankommt, den inneren Grund, weshalb diese Handlung verboten ist und inwiefern sie als rechtswidrig erscheint, so ergiebt sich, daß die Strafgründe in keinerlei Verbindung stehen zu den Voraussetzungen gültiger Rechtsgeschäfte. Weder Vornahme noch Erfolg der Privatwillenserklärung enthalten hier etwas materiell Rechtswidriges, und durch das formelle Strafverbot soll auch nicht der Inhalt des Geschäftes als der bürgerlichen Rechtsordnung widersprechend hingestellt werden.

Die positiven Gründe zum Erlaß und zur Verwertung eines formellen Strafverbotes können dabei die verschiedensten sein. Oft findet es erst Anwendung, wenn ein Rechtsgeschäft bereits abgeschlossen ist oder geradezu unter der Voraussetzung, daß es eine gültige Vermögensübertragung enthält. Regelmäßig soll nicht eine Abwehr gegen rechtswidrige Eingriffe in die Ordnung des Rechtslebens, sondern ein positives Handeln (z. B. Versteuerung, Nachsuchen von Genehmigung) erzielt werden. Überall aber soll ausschließlich die äußere Handlung nach gewisser Richtung hingelenkt werden und die formalen finanziellen oder anderen Gründe hierzu beweisen, daß auf die bürgerliche Gültigkeit um so weniger Einfluß geübt werden soll, als eine Vernichtung des betreffenden Rechtsgeschäftes abseits des Strafgrundes und über den Strafzweck hinausführen würde.

Es sind dies ähnliche Erwägungen, wie sie bei den im vorigen Abschnitte besprochenen *leges imperfectae* entgegentraten. Hier wird der Schluß auf die civilrechtliche Gültigkeit erleichtert, weil in der Strafe selbst eine ausreichende Sicherung des Verbotes liegt und weil heute eine strenge Trennung zwischen strafrechtlichen Grundsätzen und der bürgerlichen Ordnung der Rechtsgeschäfte der Tendenz unserer Gesetzgebung entspricht.

5. Der Grundsatz, daß ein formelles Strafverbot keinen Einfluß auf die materielle Rechtswirkung ausübt, bewährt sich vor allem bei

der Auslegung der Steuergesetze¹⁾. Die gesetzliche Vorschrift, daß zum Abschlusse einzelner Rechtsgeschäfte Stempelpapier verwandt oder Steuermarken kassiert werden sollen, ist lediglich gegeben im finanziellen Interesse des Staates, sie hat mit den inneren Erfordernissen der Rechtshandlung, mit der bürgerlichen Rechtsordnung überhaupt nichts zu thun. Daher wird das bereits vollgültig abgeschlossene Geschäft in seiner civilrechtlichen Wirkung von der nachfolgenden nur im Interesse der Staatseinkünfte gegebenen formellen Rechtswidrigkeit nicht berührt, wenngleich die Steuer nicht entrichtet wird und demnach das Strafverbot in Kraft tritt. Die Kauf-, Tausch-, Pacht-, Mietverträge, welche nach dem preussischen Stempelgesetz vom 7. März 1822 stempelpflichtig sind, werden trotz der Defraudation des Stempels ebensowenig ungültig, wie durch die Strafverbote des Reichsstempelgesetzes vom 1. Juli 1881 (§§ 3, 4, 8, 16) die Schuld- und Rentenverschreibungen, Rechnungen, Lotterieloose bei Hinterziehung der Steuerabgabe civilrechtlich beeinträchtigt werden.

Ein generelles Prinzip giebt art. 11 H.G.B. Die gewerbepolizeilichen Bestimmungen der Landesgesetze über die Erfordernisse zur Begründung der Eigenschaft eines Kaufmannes bleiben bestehen, aber die Nichtbeachtung derselben benimmt demjenigen, welcher trotz der Strafverbote Handelsgeschäfte betreibt, nicht die civilrechtliche Stellung eines Kaufmannes, und auch die besonderen aus dieser Eigenschaft entstehenden Rechtswirkungen, wie diese z. B. wegen der Zinsen, des Faustpfandes, des Retentionsrechtes (H.G.B. art. 289, 309, 313) gesetzlich gegeben sind, treten trotz der verbotswidrigen Ausübung ein. Hier ist also gesetzlich die Möglichkeit der materiellrechtlichen Wirkungslosigkeit der nur im gewerbepolizeilichen Interesse gegebenen Strafgesetze anerkannt.

Als besonders wichtiges Beispiel ist ferner zu nennen das Verbot der Ausstellung von Inhaberpapieren seitens Privater durch das preussische Gesetz vom 17. Juni 1833. Inhaberpapiere dürfen von niemandem ausgestellt werden, der nicht durch landesherrliches Privileg die Genehmigung erhalten hat. Wer diesem Verbote zuwiderhandelt, verfällt der gesetzlich vorgeschriebenen Strafe. Dies Verbotsgesetz hat

¹⁾ Bezüglich dieser sind auch diejenigen, welche im übrigen die unbedingte Anwendung der Const. Theodos. verlangen, der Ansicht, daß das Strafverbot keine Nichtigkeit bewirke. So z. B. Glück: Comm. B. I, § 14b, S. 104. Ferner ist zu vergleichen: Leyser: medit. ad pand. tom. IV, spec. 262, § 1 und nach ihm: Philippi: decis. 20, obs. 2, nr. 12. Dann: Zoës: Comment. in Dig. tit. de legib., nr. 50, 51. Stryck: cautel. contr. sect. I, cap. 6, § 22.

den Zweck, die Sicherheit des Verkehrs zu garantieren, und hierzu wird die Freiheit der Vertragsschließung, welche sich im Geben und Nehmen des Inhaberpapieres bekunden würde, beschränkt; es wird dem Privaten geradezu die Fähigkeit, solche Papiere selbständig zu creiren, gesetzlich entzogen. Dennoch ist das verbotswidrig ausgestellte Inhaberpapier keineswegs nichtig. Nach dem bürgerlichen gemeinen Rechte ist diese Form des Schuldversprechens eine vollwirksame und jedem frei zustehende: das preussische Verbot aber ist vorwiegend zum Schutze des Verkehrsinteresses als polizeiliche Vorschrift ergangen, es bewirkt nur formales Unrecht und läßt den civilrechtlichen Vertrag um so mehr in Gültigkeit, als durch dessen Nichtigkeit der dritte Nehmer, nicht aber der zu bestrafende Aussteller betroffen würde. Die verbotswidrig in Verkehr gesetzten Inhaberpapiere begründen daher das gewollte Forderungsrecht in vollem Umfange¹⁾, auch der Einwand der mangelnden Emission darf dem dritten Nehmer nicht entgegengestellt werden²⁾. Dasselbe ist aus den nämlichen Gründen anzunehmen bei den gegen das Verbot des Reichsgesetzes vom 8. Juni 1871 ausgestellten Inhaberpapieren mit Prämien³⁾.

6. Aus alledem ergiebt sich: bei jedem Strafverbote ist, wenn seine civilrechtliche Wirkung in Frage steht, in erster Linie zu prüfen, was als durch die Strafandrohung betroffen anzusehen ist und welche Art der Rechtswidrigkeit dem Verbote inneliegt. Das Rechtsgeschäft kann bereits aus allgemeinen Grundsätzen, welche nach der bürgerlichen Rechtsordnung Ungültigkeit bewirken, zu vernichten sein. Daneben ist es möglich, daß gerade durch ein Strafverbot eine solche materielle Rechtswidrigkeit klarer hervorgehoben oder auch durch ein neues Prinzip eingeführt sein soll. Aber einen breiten Raum nehmen auch diejenigen Strafverbote ein, welche sich jeder Einwirkung auf den bürgerlichen Rechtsbestand der Privatwillenserklärungen enthalten.

Oft mag die Grenze beider Arten der Strafverbote nicht sofort erkennbar sein. Dann nimmt mitunter das Gesetz selbst Veranlassung, seine Wirkung zu bestimmen. Dies geschah, wie erwähnt (oben S. 86) beim Wucherverbote. Dort konnte ein Zweifel nicht wohl bestehen. Aber es giebt auch Strafverbote, denen an sich für das Civilrecht eine

¹⁾ Dernburg: preuß. Privatr. B. II, S. 211. Brunner in Endemann Handbuch des H.R., B. II, S. 199.

²⁾ Entsch. des R.O.H.G. XVII, S. 155.

³⁾ Mandry: civilr. Inhalt der R.-ges., 3. Aufl., S. 175. Brunner l. c., S. 199, A. 19. Auch § 7 des R.-Bankgesetzes vom 14. März 1875 ist hierher zu beziehen.

blofs formelle Bedeutung zuzuerkennen wäre. Wollen diese dennoch hierauf Einwirkung haben, so bedarf es ausdrücklicher Vorschrift.

Ein Biespiel hierfür ist dieses. Die Vorschrift des § 115 der Reichs-Gewerbeordnung: „die Gewerbetreibenden sind verpflichtet, die Löhne ihrer Arbeiter baar in Reichswährung auszuzahlen. Sie dürfen keine Waaren kreditieren“, ist an sich eine rein gewerbepolizeiliche. Sie beruht nur auf dem Bestreben, die Arbeiter vor der zu befürchtenden Unterdrückung und Ausnutzung seitens der Arbeitsherren sicher zu stellen. Materiell rechtswidrig braucht eine solche Kreditierung um so weniger zu sein, als sie sogar dem wahren Interesse der Arbeiter im einzelnen Falle entsprechen kann. Dennoch begnügt sich das Gesetz nicht mit der in § 146 eod. normierten Bestrafung der Arbeitsgeber, sondern stellt fest, daß jene Rechtsgeschäfte der Rechtsordnung selbst widersprechen. Danach bewirkt die Gesetzesübertretung hier eine materielle Rechtswidrigkeit und das Strafverbot erhält die civilrechtliche Sanktion: „Verträge, welche dem § 115 zuwiderlaufen, sind nichtig“. § 117 eod.

Solche gesetzliche Verstärkung der formalen Strafgesetze ist natürlich überall, wo es der Gesetzgeber für angemessen hält, möglich. Da aber die civilrechtliche Nichtigkeit außerhalb des Zweckes und der naturgemäßen Wirkung dieser Art von Strafverboten liegt, so ist dieselbe nur da anzuwenden, wo das Gesetz solches ausdrücklich angeordnet hat oder diese Verbotsbedeutung sich aus dem Grunde und der Absicht ergibt, welche beim Erlass dieser Strafgesetze mitwirkten. Leider ist nun aber gerade bei den Strafgesetzen oft festzustellen, daß der Gesetzgeber sich über die materielle Bedeutung seiner Vorschrift nicht bewußt war. Er sieht nur auf den nächsten finanziellen oder polizeilichen Zweck, ohne zu erwägen, ob eine civilrechtliche Vernichtung im richtigen Verhältnisse zu dem Gesetzesziele steht, ob in der Bestrafung auch eine materielle Verurteilung der Handlung selbst ausgesprochen sein soll.

Daraus entstehen dann Zweifel, deren Lösung nur schwer erreichbar ist. Dies ist besonders bei der Auslegung der Lotterieverbote der Fall. Bei diesen scheinen die Folgerungen in Ermangelung einer besonderen gesetzlichen Anordnung so gezogen werden zu müssen. Nach den Grundsätzen des gemeinen bürgerlichen Rechtes ist der Lotterievertrag ein vollwirksames Rechtsgeschäft¹⁾; er widerspricht auch nicht der Rechtssitte, da der Staat selbst als

¹⁾ Ich habe dies in meinen Beiträgen zur Geschichte der Lotterie etc. nachzuweisen versucht. Vgl. besonders S. 62.

Lotterieunternehmer auftritt und häufig die Lotterieveranstaltung durch Private ausdrücklich genehmigt. Wenn es nun durch § 286 Str.G.B. den Privaten untersagt ist, ohne obrigkeitliche Erlaubnis öffentlich Lotterien zu veranstalten, so hat dies Strafverbot denselben Charakter, wie die Untersagung des Gewerbebetriebes an einzelne Personen: es ist ein im Interesse der polizeilichen Ordnung und der Steuerkraft der staatlichen Lotterien gegebenes Verbot. Ganz dasselbe liegt vor bei der gesetzlichen Vorschrift, welche das Spielen in auswärtigen Lotterien mit Strafe bedroht¹⁾. Der wesentliche Grund dieses Strafverbotes ist das finanzielle Interesse; der Losekauf und Verkauf wird bestraft, damit die Staatskasse dadurch sich vor dem Verluste schütze, der ihr durch die eventuell hieraus entstehende geringere Teilnahme an der eigenen Lotterieunternehmung erwächst. Ist es nun aber unbestreitbar, daß hier lediglich ein aus finanziellen Gründen ergangenes Verbot und daher nur ein formales Unrecht vorliegt, so vermag an der civilrechtlichen Gültigkeit des unerlaubten Vertrages umsoweniger gezweifelt zu werden, als die gesetzlichen Lotterieverbote weder durch ihren Wortlaut, noch durch ihre Entstehung den geringsten Anhalt für die Annahme einer derartigen civilrechtlichen Sanktion bieten.

Dieselbe Folgerung ist zu ziehen, wenn der Grund dieses Verbotes die Befürchtung sein sollte, daß die eigenen Unterthanen ihr Geld im Auslande vergeuden. Dies ist keine Fürsorge für das allgemeine Wohl der Privaten, denn für deren Vermögen ist es gleichgültig, ob sie hier oder in fremder Lotterie ihr Geld verlieren. Darum werden auch unter Annahme dieses Verbotszweckes die materiellen Grundlagen des Spielvertrages nicht getroffen.

Gründe werden für die weitverbreitete²⁾ gegenteilige Ansicht nicht beigebracht; denn die Berufung auf die Konstitutionen des Codex kann nach den gegebenen Ausführungen hierfür nicht als Rechtsgrund erachtet werden. Im übrigen entzieht diese Theorie sich selbst den Boden, indem sie bei ihrer weiteren praktischen Verwertung zu den gewagtesten Konstruktionen greifen muß, um offenbare Unbilligkeiten zu vermeiden. Besonders gilt dies von dem Falle, daß bei gemeinsamem Spiele in einer verbotenen Lotterie ein Gesellschafter den Spielgewinn eingezogen hat und dessen Auszahlung verweigert. Wenn nun gemäß der Constitutio Theodosiana der un-

¹⁾ So z. B. das preussische Gesetz vom 29. Juli 1885.

²⁾ Eine sorgsame Übersicht des Standes dieser Frage giebt G. Cohn: in Endemann Handbuch des H.R., B. III, § 299. — Eine eingehende Widerlegung jener Lehre zu geben, ist hier nicht der Ort.

erlaubte Spielvertrag nichtig ist, so gilt nach dieser gleichfalls: „si quid fuerit subsecutum ex eo vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus“. Auch der Gesellschaftsvertrag kann keinerlei Rechtswirkung aufsern, der bestellte Vertreter behält also den Gewinn ganz für sich! Nein, heißt es dagegen¹⁾: das Gesetz verbietet zwar das Spielen, verhindert aber nicht den Erwerb des Gewinnes und darum kann sich der Losebesitzer und Einkassierer des Gewinnes nicht darauf berufen, daß das Spielen eine gesetzlich verbotene Handlung sei. Indessen dies ist eine Behauptung, keine Beweisführung. Warum darf er sich nicht auf die Nichtigkeit berufen, wenn das Verbotsgesetz diese bewirkt, und muß nicht der Richter ex officio dies Gesetz hier anwenden?

Sehr bezeichnend ist es ferner für die rechtliche Bedeutung, welche man der Nichtigkeit des Lotterievertrages beilegt, daß diese regelmäßig nur anerkannt wird, wenn es sich um die Rechtsbeziehungen zwischen dem inländischen Kollekteure und dem inländischen Losnehmer handelt. Dagegen wird es nie bezweifelt, daß der Spieler aus dem verbotenen Loskaufe dennoch ein vollgültiges und klagbares Recht auf den planmäßigen Gewinn gegen die Lotterieunternehmung selbst erwirbt. Natürlich, denn sonst würde ja gerade das Verbot, anstatt die Inländer zu schützen, ihnen auch noch Verluste bereiten. Daraus aber wird doch zwingend erkennbar, daß das Gesetzesverbot ein rein finanzielles, gegen das materielle Rechtsgeschäft selbst in keiner Weise gerichtetes ist. Oder soll vielleicht dasselbe Rechtsgeschäft zugleich nichtig und gültig sein? Das würde doch erst recht gegen die *lex non dubium* verstößen.

Mit vollem Rechte ist daher neuestens vom Reichsgerichte am 16. April 1886 erkannt worden: das im preussischen Gesetze vom 5. Juli 1847 enthaltene Verbot bezweckt lediglich die Sicherung des Loseabsatzes der preussischen Staatslotterie. Die angedrohte Strafe hat also lediglich einen fiskalischen Zweck und darum ist der Abschluß des Spielvertrages über ein Los einer auswärtigen Lotterie nicht ungültig.

¹⁾ Erk. des preuss. Ober-Tribunals in Seuffert Archiv B. 33, S. 34.

V.

Ergebnis.

So mannigfaltig wie der Grund und die Gestaltung der Gesetzesverbote sind, so verschieden vermögen deren civilrechtliche Wirkungen zu sein. Als nichtig, anfechtbar, gültig kann das durch Civil- oder Strafgesetz verbotene, unerlaubte Rechtsgeschäft nach seiner materiellen Bedeutung sich erweisen.

Welche jener drei Wirkungen ist nun anzunehmen, wenn in der Rechtsdarstellung oder bei Entscheidung eines Rechtsfalles ein Gesetzesverbot entgegnet? Wer einmal der Schwierigkeit dieser Frage nachgegangen ist, wird das Bestreben nach einer klaren brauchbaren Regel nur zu gerechtfertigt finden. Prüft man aber die Entscheidungen nach, die hierüber ergangen sind, so erscheinen sie wenig mehr als vom Zufalle abhängig. Für den Richter darf dies kein allzuschwerer Vorwurf sein, denn er vermag nur das geltende Recht anzuwenden, nicht es bessernd umzugestalten.

Von diesem Bedürfnisse nach bestimmten Regeln aus ist der *lex non dubium* gerecht zu werden. Theodos erkannte sehr wohl, daß die volle Beachtung der Verbotsgesetze im wesentlichen bedingt wird durch einheitliche klare Grundzüge ihrer Auslegung. Absolutistisch vermeinte er mit dem Satze freie Bahn schaffen zu können: jedes verbotene Rechtsgeschäft ist *ipso iure* nichtig. Wenn dieser Ausspruch richtig wäre, so in Gültigkeit stände, wie er erlassen wurde, so hätte die Rechtsanwendung ohne Zweifel eine feste Basis gefunden und ein Prinzip von größter Nutzenanwendung wäre für die Verbotsgesetze gefunden.

Aber wieviel fehlt, daß dies erreicht wäre! Gegenüber den älteren Gesetzen ist jene Regel eine Behauptung und diese Behauptung ist

in ihrer Allgemeinheit falsch; sie ist so mit Ausnahmen zersetzt, daß der Grundsatz selbst — ganz abgesehen noch von dem Mangel eines technisch durchgeführten Begriffes der Nichtigkeit — unzureichend und unbrauchbar erscheinen muß. Für die späteren Verbotsgesetze giebt Theodos damit eine Vorschrift. Aber der Satz ist nicht zu kühn: kein gemeinrechtlicher Gesetzgeber hat sich, wenn er ein Verbot aussprach, darum gekümmert, was jene lex 5 Cod. de legibus ihm vorzeichnete. So ist jener wohlgemeinte Anlauf verfehlt, und der neue Antrieb von seiten der modernen Iudikatur wird schwerlich diesen Gesetzesausspruch durchs Ziel führen.

Der Mangel liegt tiefer. Wenn irgendwo, so zeigt sich hier, daß der Gesetzgeber keinen größeren Fehler begehen kann, als wenn er die Rolle des Theoretikers übernimmt, glaubt, es sei mit großen allgemeinen Grundsätzen zu machen und sich nicht darum kümmert, wie es mit deren Durchführung steht. Einheitliche Prinzipien thun gewiß not, zumal bei den Verbotsgesetzen: aber die Lehre, welche aus der vorangegangenen Darstellung zu entnehmen ist, mag dahin führen, daß der Gesetzgeber zuerst an sich den Maßstab prüfender Selbstschätzung anwenden muß, wenn er ein durchsichtiges Rechtssystem gewinnen und erhalten will. Insofern wird, so unerquicklich auch der Rechtszustand bezüglich der Verbotsgesetze nach den obigen Ausführungen erscheinen mag, das Ergebnis dieser kein rein negatives sein. Man wird sich der Erkenntnis nicht verschließen können, daß mit dem behaglichen Ausruhen auf allgemeinen dogmatischen Regeln dem wahren Rechtsbedürfnisse weder theoretisch noch praktisch gedient ist. Für unser geltendes Recht ist ein die Verbotsgesetze in ihrer civilrechtlichen Wirkung klarlegendes Prinzip nicht aufzustellen: mag denn dem Streben nach einem solchen eine bessere Grundlage durch korrekteres Gesetzesmaterial geboten werden.

Was sich unter diesen Gesichtspunkten als Ergebnis ziehen läßt, ist folgendes.

1. Der konkrete Befehl des Gesetzes steht bezüglich der ihm geschuldeten Befolgung außer jeder Diskussion. Die Achtung des Gesetzeswortes geht nur nicht so weit, daß es über die Grenzen seiner Machtsphäre hinaus durch theoretisch abstrakte Schlussfolgerungen eine die Rechtsauslegung und Logik bindende Kraft besäße. Darum widerspricht es jener prinzipalen Voraussetzung der Rechtssicherheit und Rechtsachtung nicht, wenn ich auf Grund der obigen Darstellung den in der Constitutio Theodosiana gegebenen Rechtssatz nicht in seiner Allgemeinheit, überhaupt nicht als geltendes Prinzip anzuerkennen vermag.

Überall aber, wo bei den einzelnen Verboten der Gesetzgeber deren civilrechtliche Wirkung ausdrücklich bestimmt hat, ist sein Wille maßgebend, solange dies Gesetz in Kraft bleibt. Derartige besondere Sanktion findet sich wiederholt vor. So die Androhung „sacer esto“ im Zwölftafelgesetze (z. B. Bruns fontes VIII 21, pag. 32, 5. Aufl.); quanti id in eo anno plurimi fuit tantum aes ero damnas esto (lex Aquilia); prohibemur in sacrum dedicare alioquin dupli poenam patimur (l. 3 D. de litigiosis 44, 6); si quis contra fecerit is colonis HSIOO dare damnas esto (lex Ursonensis, Bruns l. c. pag. 123 und ähnlich lex municipalis Malacitana § 58. eod. pag. 143); si quis adversus leges fecerit, — neve quit ob eam rem populo dare debeto, neve cui de ea re actio neve iudicatio esto neve quis de ea re apud se agi sinito (S.C. de i. Vespasiani); ne cui actio petitioque daretur (S. C. Macedonianum); si ab eo emas, quem praetor vetuit alienare idque tu scias, usucapere non potes (l. 11 D. de usurpat. 41. 3 und ähnlich l. 7, § 5 D. pro emptore 41. 4); bei Verletzung des Verbotes des decretum D. Marci: ius crediti non habebit (l. 13 D. qu. met. 4. 2 und l. 7 D. ad leg. Jul. de vi 48. 7); ab his qui haec suscipere ausi fuerint modis omnibus vindicari, nullam eis actionem relinquendam vel super recipiendo pretio vel fenore exigendo (l. 21 pr. C. de sacros. eccles. 1. 2); qui contra legum praecepta nuptias contraxerit, totum quod ab alterius liberalitate in alterum processerit ut indigno indignaeve sublatum fisco vindicari sancimus (l. 4 C. de nuptiis incestis 5. 5).

Es ergiebt sich hieraus zugleich, wie eigenartig sich die Wirkungen der Verbotsgesetze gestalten können und sollen und wie wenig diesen Zwecken mit der überall gleichen Folge der Nichtigkeit gemäß der lex non dubium gedient wäre. In den modernen Gesetzen sind Aussprüche über die beabsichtigte civilrechtliche Wirkung seltener. Einzelne, wie beim Wuchergesetz, Verbot des Trycksystemes, sind oben bei Besprechung der verschiedenen Rechtswirkungen der Verbote erwähnt.

2. Hat das Verbotsgesetz nichts ausdrücklich festgestellt über seine materiellrechtliche Bedeutung, so vermag für das Gebiet des gemeinen Rechtes nur auf die Prüfung jedes einzelnen Gesetzes hingewiesen zu werden. Einen gewissen Anhalt hierfür zu geben, sollte die obige Darstellung versuchen. Allerdings konnte kaum mehr erreicht werden, als andeutungsweise den Ausgangspunkt der Prüfung zu bestimmen und negativ die bisherige Methode der ausschließlichen Berufung auf die Constitutio Theodosiana als unzulänglich zu erweisen.

Entscheidend ist die strenge Betonung des Grundsatzes: aus dem Verbote allein ist gar nichts zu entnehmen. Weil dies Rechtsgeschäft verboten ist, so ist es nichtig: das ist eine Folgerung, die nicht nur in dieser Allgemeinheit unzutreffend, sondern auch unlogisch ist. Aus dem Verbote kann nur geschlossen werden, daß eine unerlaubte Handlung vorliegt. Einzig ausschlaggebend aber ist: warum erscheint diese selbst als rechtswidrig, welche Rechtsgrundsätze werden durch sie verletzt. Daraus wird erst erkennbar, welche innere materielle Unerlaubtheit die Eigenschaft dieses Rechtsgeschäftes bildet, ob sie derart gegen die Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung verstößt, daß sie als ausgeschlossen und darum als rechtsunwirksam anzusehen ist.

Auszugehen ist von dem Grundsatz der freien Bewegung und Anerkennung des Privatrechtswillens auf dem Gebiete des Civilrechtes. Nur da, wo es für die Ziele und Zwecke der Rechtsordnung und Rechtssicherheit nötig erscheint, wird in diese Selbstbestimmung eingegriffen, nur da die Vernichtung der Verkehrsgeschäfte ausgesprochen. Die Frage muß also immer die sein, ist das vorliegende Geschäft derart als rechtswidrig anzusehen, daß das Verbot, welches dieses Geschäft trifft, seine Vernichtung bewirken will und muß. Gar vielgestaltig können die Verbotszwecke sein; oft entsprechen diesen ganz andere, geringere materielle Wirkungen.

Ein Ausschluss der Verbotsvernichtung wird allgemein da anzunehmen sein, wo die Nichtigkeit über das Bedürfnis hinausgehen, einen Rechtsnachteil verursachen würde, zu welchem das zu schützende Gut in keinem angemessenen Verhältnisse stehen würde. So wird sich sagen lassen — ein Satz, den bereits z. B. Baldus angedeutet hat — Nichtigkeit ist dann nicht als die beabsichtigte Wirkung eines Verbotes anzusehen, wenn durch diese dritte, an der Verbotsverletzung unschuldige Personen getroffen würden. Dies gilt vor allem für dritte, an der Vornahme der Rechtshandlung Unbeteiligte, z. B. den Mündel, dem aus einer dem Vormunde verbotenen Rechtshandlung kein Nachteil durch eine gesetzliche Vernichtung derselben entstehen darf. Es gilt aber auch für den Mitkontrahenten, wenn er an der Verbotsübertretung wissentlich nicht teilnahm, z. B. wird der Darleiher, welcher nicht wußte, daß der Leihende ein Haussohn war, nicht durch das Verbot des S. C. Macedonianum getroffen.

3. Diese geforderte Prüfung des Inhaltes eines jeden Verbotsgesetzes bietet unzweifelhaft sehr große Schwierigkeiten, und deren Lösung ist häufig eine höchst unsichere. Ein durchschlagendes Prinzip ist nicht gefunden, kann nicht gegeben werden. Die *lex non dubium*

mußte als solches verworfen werden. Ebenso wenig haben die ähnlich oder gleich lautenden, in Partikularrechten enthaltenen Vorschriften die Lösung gebracht, z. B. Preussisches Allgemeines Landrecht Teil I, Titel 5, § 68; Sächsisches Gesetzbuch § 79; Code civil art. 1131: *l'obligation sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet.*

Gegen die Anführung der *lex non dubium* als einer ständigen, für alle Zeiten geltenden These kommt hier noch hinzu, daß Verbotsgesetze wie alle anderen der Änderung unterworfen sind. Die Verbotsnorm ist civilrechtlich keine absolute, selbständig dauernde; sie steht in engster Abhängigkeit zu der gesamten Ordnung des Rechtes. Wechselt dessen Grundanschauung, so verändert auch das Verbot sich nach seiner Bedeutung und Wirkung: unerlaubtes wird erlaubt, unwirksames ganz oder teilweise wirksam. Solches Schwanken ist zu erkennen an dem Wucherverbote, Verbot des *Anatocismus*, der Veräußerung der *res litigiosa*, an dem Grundsatz des S. C. *Velleianum*.

Die Unsicherheit in der Auslegung der Verbotsgesetze ist dem römischen und gemeinen Rechte gegenüber noch verstärkt in dem modernen Rechte. Hier zumal ist alles in Gährung begriffen. Neue Rechtsanschauungen drängen sich hervor, neue gesetzgeberische Pflichten wachsen mit der Erweiterung der Aufgaben des Rechtsstaates heran. Daher die große Anzahl neuerer Gesetze, die nur nach dem momentanen Bedürfnisse diesen oder jenen Punkt herausgreifen, ihn gesetzgeberisch ordnen, ohne daß Zeit und Erwägung dazu führten, allen diesen Gesetzen eine feste einheitliche Grundlage und Zusammenfügung zu sichern. Gerade die zufällige Fassung und die bloß auf den nächsten Zweck gerichteten Verbote und Strafen dieser Einzelgesetze haben jenen für die civilrechtliche Auslegung unerquicklichen Zustand herbeigeführt, an welchem Theorie wie Praxis gleichmäÙig leiden.

4. Soll ein Ausweg heute gefunden werden, so muß Klarheit darüber herrschen, daß für die Auslegung der Verbotsgesetze mit dem Prinzip allein nach Art der *lex 5 Cod. de legibus* nichts gemacht ist. Aus der Anordnung eines Grundsatzes folgt noch nicht dessen Wahrheit. Da letztere aber allein entscheidet, so hat ein solcher Grundsatz nur dann Wert und Bedeutung, wenn er mit logischer Notwendigkeit aus der Rechtsordnung selbst, so wie diese in thatsächlicher Geltung besteht, abzuleiten ist. Ist nun die Rechtsordnung innerlich nach einheitlichen Grundgedanken entwickelt und aus bestimmten rechtlichen Gesichtspunkten hervorgegangen, so werden die Prinzipien durch die Auslegung allein erkennbar: fehlt aber jene innere Einheit, so kann sie nicht ersetzt werden durch obenaufgepflanzte angebliche Grundsätze.

Insofern muß es nach inneren Erwägungen überflüssig erscheinen, noch einen doktrinären Satz über die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze legislatorisch auszusprechen: der gesetzliche Thatbestand genügt und ist allein entscheidend, selbständige Folgerungen aus ihm zu ziehen, ist die Aufgabe der Wissenschaft. Aus praktischen Gründen dagegen mag ein solcher Ausspruch für neue Kodifikationen zweckmäfsig erscheinen, besonders in Hinblick auf die Auslegungsweise, welche manche neuere an Gesetzeswerken wie z. B. der Reichs-Civilprozeßordnung auszuüben sich berufen fühlen. Die ausdrücklichen Gesetzesworte müssen dann dazu dienen, willkürlichen Unterstellungen der sogenannten gesetzgeberischen Absicht zu begegnen.

Der erste aber, welcher einem solchen Grundsatz unbedingtste Achtung schuldet, ist der Gesetzgeber selbst. Dies ist der Kernpunkt unserer Frage. Wenn jener nicht das ganze Rechtssystem unter strengster Beachtung solcher Prinzipien aufbaut, so bleiben trotz aller Verkündigung die Prinzipien leere Behauptungen.

Unter dieser Voraussetzung wird dann auch die große Bedeutung, welche den Verbotsgesetzen für das Civilrecht zukommt, eingehendere Beachtung finden. Durch das Verbot ist eine Gesetzesform gegeben, in welcher allgemeine gesetzgeberische Grundsätze zu fruchtbarster Verwertung zu gelangen vermögen. Die analoge Entwicklung der Rechtsgedanken, welcher in der Judikatur wie in der Theorie ein freies Feld der Bethätigung belassen werden soll, ist hier und nur bei Verbotsgesetzen möglich in der juristischen Denkform des *agere in fraudem legis*. Auch Theodos (oben S. 25, 26) ging bei Erlassung seiner Konstitution über die Wirkung der Verbotsgesetze von dieser Eigenschaft aus, und die wahre, große Bedeutung seines Gesetzes beruht gerade in dem allgemeinen Satze, daß der Begriff einer verbotenen Handlung nicht von der Verletzung des Wortlautes des Gesetzes abhängt, sondern daß durch ein Gesetzesverbot ein bestimmter materieller Rechtserfolg ausgeschlossen werden soll. Auf Ziel und Wirkung der Willenserklärung kommt es an, nicht auf die Rechtsform, in welcher jene angestrebt werden. Die Handlung ist rechtswidrig und verboten auch dann, wenn sie auf Umwegen durch an sich nicht verbotene Rechtsgeschäfte den unerlaubten Erfolg erreichen würde.

Für solche Ausdehnung der Gesetzesverbote bieten die römischen Rechtsquellen manche praktische Beispiele. Es heißt: *si non fraus senatus consulto (sc. Macedoniano) sit cogitata, ut qui credere non potuit magis ei venderet: l. 3, § 3 D. de S. C. Maced. 14. 6;* ferner in *l. 3, § 2 C. de repudiis 5, 17: certum est enim daturam operam moderatorem provinciae ut quae contra fas gesta sunt fructum*

calliditatis obtinere non possint: gegen die Vereitelung der Rückforderung der dos durch fingierte Scheidung. Sodann gegen die Umgehung der Zinsverbote durch Vorwegnahme vom Kapitale: l. 26, § 4 C. de usuris 4, 32. Ausdrücklich anerkannt wird eine solche erweiternde Auslegung von Ulpian in l. 16 D. de sponsalibus 23, 1: oratio imperatorum Antonini et Commodi quae quasdam nuptias in personam senatorum inhibuit, de sponsalibus nihil locuta est. recte tamen dicitur etiam sponsalia in his casibus ipso iure nullius esse momenti, ut suppleatur quod orationi deest.

Zweckmäfsig ist auch das Vorgehen des Code civil, welcher gesetzliche Präsumtionen bei Verbotsumgehungen anwendet. Schenkungen an bestimmte Personen sind verboten: diese Zuwendungen sind in gleicher Weise unerlaubt und ungültig, wenn sie nicht unmittelbar an die genannten Personen, sondern an Zwischenpersonen geschehen. Als solche gelten kraft *praesumptio iuris et de iure* (C. c. art. 1352) die Eltern, Descendenten, Ascendenten. C. c. art. 911, und ähnlich art. 1100; ferner 1596 (bei Kaufverboten).

In gleicher Weise erhalten die gesetzlichen Verbote eine reiche Verwendung und Erweiterung in der Form der rechtlich anerkannten Sitte. (Vgl. oben S. 88.)

Aus der großen Wirksamkeit der Verbote ergibt sich die Mahnung, diese nur da anzuwenden, wo der gewollte Zweck solcher Waffe bedarf. Es kann nicht für entsprechend erachtet werden, wenn Civilverbote erlassen werden, ohne daß eine materiellrechtliche Wirkung beabsichtigt würde. Es ist Bedürfnis, die Gesetzestechnik zu einer festeren zu gestalten, sie strenger zu beachten, als dies bisher geschehen ist.

Befehlend soll die Form der Gesetze, zumal der Verbote sein, Achtung fordernd, nicht aber, wie dies moderner Gesetzesgebrauch, theoretisch darstellend. Durch die straffe Fassung der Gesetzesworte wird zugleich darauf hingeletet, volle Scheidung zu beachten: wo sollen rechtliche Voraussetzungen geboten, wo soll ein Rechtsgeschäft verboten werden. Im letztern Falle ist dann vor allen Dingen, wie dies in der Civilprozeßordnung wenigstens angebahnt wurde, eine feste Terminologie einzuführen, die sofort klarstellt, ob es sich um eine bloß instruktionelle Vorschrift handelt oder um ein Verbot, welches den civilrechtlichen Inhalt des Geschäftes selbst treffen will. Dasselbe ist in noch höherem Maße Bedürfnis bei den hierherzubehelnden Strafverboten.

Diese Gesetzestechnik wird dann den bedeutsamen Einfluß ausüben, daß bereits durch die Auswahl der Gesetzesform der Gesetz-

geber gezwungen ist, zu erwägen, in welchem Sinne er sein Verbot erläßt und welche civilrechtliche Wirkung mit demselben verbunden sein soll. Damit wird ein großer Fortschritt erreicht sein. Man wird dann nicht mehr vor das Rätsel gestellt sein, durch Auslegung den diesbezüglichen Willen des Gesetzgebers festzustellen, der gar nicht vorhanden war, weil der Gesetzgeber sich eben um die civilrechtliche Wirkung seines Verbotes nicht gekümmert hatte.

Für das römische Recht, besonders so lange es unter dem rechtsbildenden Einflusse des Prätors stand, mag es geeignet gewesen sein, der Rechtsauslegung und Rechtssprechung die Verwertung der Verbote zu überlassen. Für die freie Bewegung des Prätors mögen auch die vielfältigen Möglichkeiten der civilen Wirkung aus solchen Gesetzen den geeigneten Spielraum gewährt haben. Unser modernes Recht verlangt straffe Formen und klare, bestimmte Rechtssätze, denn nur in diesem eisernen Rahmen ist die heute anerkannte freie Rechtsbewegung möglich und gesichert. Wenn besondere gesetzgeberische Bedürfnisse eigenartige Mittel für die Verbotswirkung erheischen, so steht für diese ausdrückliche Sanktion zur Verfügung. Im übrigen aber muß klare Scheidung und Einfachheit herrschen. Von den instruktionellen Vorschriften und den bloß formellen Strafverboten müssen sich die Civilverbote bestimmt abheben, und deren materiellrechtliche Wirkung, für welche die beiden Kategorien Nichtigkeit und Anfechtbarkeit ausreichen, ist in der technischen Form der Gesetzserlasse zu bewußtem Ausdrucke zu bringen.



REV15

ÚK PrF MU Brno



3129S04230