

11-C-51

inv. 335/1

# JURISTISCHE ABHANDLUNGEN.

FESTGABE

Inv. čis: 880

Sign: 672

FÜR

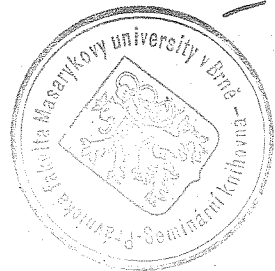
## GEORG BESELER

ZUM VI. JANUAR MDCCCLXXXV

1885

VON

HEINRICH BRUNNER    PAUL HINSCHIUS    ALFRED PERNICE  
CARL BERNSTEIN    KONRAD COSACK    RICHARD RYCK  
ERNST ECK    LEVIN GOLDSCHMIDT    RUDOLF GNEIST  
THEODOR MOMMSEN.



BERLIN

WILHELM HERTZ (BESSERSCHE BUCHHANDLUNG)

1885.

# INHALT.

---

	Seite
Heinrich Brunner, Mithio und Sperantes . . . . .	I
Paul Hinschius, Ueber die juristische Persönlichkeit der Synodal-Kassen in der evangelischen Landeskirche der älteren preussischen Provinzen . . . . .	31
Alfred Pernice, Volksrechtliches und amtsrechtliches Verfahren in der römischen Kaiserzeit . . . . .	49
Carl Bernstein, Zur Lehre von der dotis dictio . . . . .	79
Konrad Cosack, Formzwang und Elastizität des Verfahrens im modernen Zivilprozefs . . . . .	95
Richard Ryck, Der Irrthum bei Rechtsgeschäften . . . . .	117
Ernst Eck, Beitrag zur Lehre von den ädilizischen Klagen . . . . .	159
I. Die Statthaftigkeit der ädilizischen Klagen trotz Verfügung des Käufers über die Sache . . . . .	161
II. Das Ziel der actio redhibitoria . . . . .	187
Levin Goldschmidt, Zur Geschichte der Seeverversicherung . . . . .	201
Rudolf Gneist, Zur Lehre vom Volksrecht, Gewohnheitsrecht und Juristenrecht . . . . .	221
Theodor Mommsen, *Bürgerlicher und peregrinischer Freiheitsschutz im römischen Staat . . . . .	253

---

HEINRICH BRUNNER

**Mithio und Sperantes.**

---

Unter den räthselhaften Worten, von welchen die rechtsgeschichtliche Forschung in den fränkischen Rechtsdenkmälern gequält wird, ist das nicht selten vorkommende «mithio» eines der dunkelsten. Ueber seine Bedeutung und Herleitung sind die verschiedensten Einfälle und Erklärungen zu Tage getreten. Man behandelte es als Corruptel für missus, nuntius, comitium, witiium;<sup>1)</sup> man dachte an Mist, Seelmesse, Wage und Miethe; man erläuterte es als Gerichtsbann, Gerichtsfolge, Buße, bewegliche Sache, Vertretung, Herrschaft, Haus oder Hof. Die jüngste Untersuchung über Mithio stammt von Waitz.<sup>2)</sup> Er liest aus den Quellen die Bedeutung «Bereich, Stelle, wo jemand hingehört».

Die Form des Wortes schwankt. In einer Originalurkunde von 693 findet sich mithius suos.<sup>3)</sup> Die malbergische Glosse, die Lex Salica und die salischen Capitularien haben die Formen mithio, mitthio, mitthiu, mitho, metho, aber auferdem mitio, micio, mittio, mitteo, mittinio, meto.<sup>4)</sup> Die beste Handschrift des Markulf schreibt in den zwei Formeln I, 23, 24, von welchen jede das Wort mehrmals anwendet, mithio neben mitio und mitthio neben mittio.<sup>5)</sup> In den jüngeren

1) Kern in Hessels' Ausgabe der Lex Salica, c. 641 f., Glossar s. v. mitio: «we must read everywhere witiium etc.»

2) Deutsche Verfassungsgeschichte, dritte Auflage, II, 1, 426 ff. Vergl. II, 1, 418. Aus der älteren Literatur, über welche Waitz a. a. O. zu vergleichen ist, hebe ich hervor J. Grimm in der Vorrede zu Merckels Lex Salica, XI f., Roth, Beneficialwesen 163 f., von Bethmann-Hollweg, Civilproceß IV, 440, Sohm, Recht der Eheschließung 41, von Sybel, Entstehung des deutschen Königthums, 2. Auflage 472 f. Ueber die verfassungsgeschichtliche Bedeutung des Mithium handelt Kaufmann, Entstehung der Vassallität in den Jahrbüchern für Nationalökonomie und Statistik, Jena 1874, 117 ff.

3) Mon. Germ. Dipl. M. nr. 66, p. 59.

4) Vergl. das Glossar bei Hessels, Lex Salica unter mithio bis mitio und unter andōcmito.

5) Zeumer, Formulae I, 57, 58.

Denkmälern dringt die tenuis durch. Die karolingischen Urkunden und ein Capitular von 803 bieten mitio, mittio oder micio. Die Formelsammlung von Sens, das Polypticum Irminonis und ein Diplom Ludwigs des Deutschen von 837 bringen mitigo, mitico.<sup>1)</sup> Nach allem, was vorliegt, ist mithio oder mitthio als die ursprüngliche Form besser beglaubigt wie mitio oder mittio. Das Vulgurlatein unterschied vielleicht zwei Bedeutungen des Wortes durch die Nominative mithius und mithium. Doch findet sich der letztere nirgends bezeugt. Mitium liest man in einer einzigen Stelle, wo es durch eine meines Erachtens sehr bedenkliche Emendation aus initium gewonnen wird und überdies als Accusativ zu nehmen wäre.

Um zunächst einen möglichst sicheren Ausgangspunkt zu erringen, dürfte es zweckmäÙig sein, nicht mit den ältesten Fundstellen, sondern mit Markulf und den fränkischen Königsurkunden zu beginnen, weil jene von Schwierigkeiten strotzen und Erklärung zum Theil mehr verlangen als gewähren.

### Mithio redebere bei Markulf und in den Schutzbriefen.

Die Formel Markulf I, 23 betitelt sich als carta de causas suspensas. Da ein geistlicher oder weltlicher GroÙer vom König als Missus beschäftigt wird, befiehlt der König, daÙ bis zur Rückkehr des GroÙen omnes causas suas suisque amicis aut gasindis, seu undecumque ipse legitimo redebit mitio, in suspenso debeant resedere. Es sollen also nicht bloÙ die Rechtshändel des Mannes, der im Königsdienste reist, in der Schwebe bleiben, sondern auch die seiner amici aut gasindi,<sup>2)</sup> und zwar, wie der Schluss der Formel sagt, wo das Suspensionsgebot wiederholt wird, sowohl der amici, die den GroÙen begleiten, als auch derjenigen, die zu Hause bleiben.

Der ergänzende Zusatz «undecumque ipse legitimo redebit mithio» begegnet uns hier und in den Schutzbriefen als ein technischer. Waitz denkt bei redebit an redhibere im Sinne von reddere oder an redire,

<sup>1)</sup> Die einzelnen Stellen werden unten zur Sprache kommen.

<sup>2)</sup> Ueber amici Roth Beneficialwesen 157 ff. Waitz VG. II, 1, 257. Im Heliand heißen die Gefolgsleute wini, auch bögwini, Ringfreunde, nach den Ringen, womit der Herr sie beschenkte. Der Beowulf nennt den Gefolgsherrn vinedryhten. Eine Uebersetzung des althochdeutschen wini scheint in der vorliegenden Anwendung das Wort amici zu sein. Gasindi sind Leute des Dienstgefolges. Vergleiche den langobardischen gasindo, den angelsächsischen gesidh.

Roth dagegen an redebere schulden, wie ich meine, mit vollem Recht. Belege sind dafür in genügender Zahl vorhanden. Die formulae Andegavenses sagen servicium, obsequium redebere.<sup>1)</sup> In den Eiden, durch die der Beklagte sich freischwört, heißt es regelmäÙig: de hac causa non aliud tibi redebeo nisi isto idoneo sacramento, ich schulde Dir hierin nichts wie diesen rechten Eid.<sup>2)</sup> Nach dem Pactus Alamannorum, der vielfach fränkische Terminologie aufweist, soll in I, 2 der Beklagte für eine Verwundung 6 solidi zahlen und selbsiebt schwören, daÙ er nicht mehr schuldig sei «quod ei amplius non redebet».

Das Mithio ist also etwas, das derjenige schuldet, dessen Rechtsachen hier suspendirt werden. Die Ausdehnung der Suspension auf die Rechtshändel der amici oder gasindi kann ihren AnlaÙ nur darin haben, daÙ der Herr daran persönlich beteiligt ist. Was geschuldet wird, deutet einigermaßen der Schluss der Formel an, wo es heißt, daÙ der Missus nach seiner Heimkehr «unicuique pro ipsis de reputatis condicionibus et iusticiam reddat et ab aliis simile modo veritate percipiat» jedermann Recht gewähren und von jedermann Rechenschaft empfangen soll. Das Mithio muÙ sonach zusammenhängen mit der Verpflichtung, zu Recht zu stehen. Es könnte zwar hier allenfalls mit Vertretung übersetzt werden,<sup>3)</sup> doch steht nichts im Wege, darin den minder abstracten Rechtsbegriff Antwort, Verantwortung zu finden. Dieser Sinn fügt sich knapper in den Zusammenhang. Das undecumque . . . redebit begreift dann sämtliche suspendirten Rechtsachen in sich, die eigenen des Missus nicht ausgenommen. Die Kläger hätten ein Recht auf Antwort, wenn der König nicht dazwischen träte. Er suspendirt es, soweit der Privilegirte Antwort schuldet.

Etwas festere Ergebnisse liefern uns die Königlichen Schutzbriefe.

<sup>1)</sup> Andec. 10 (a): quasi servicium ei redeberit. Andec. 11: servicium non rededi nec redebio. Andec. 23: obsequium redebere, welchem in form. Tur. 12 obsequium debere entspricht. Cf. Andec. 20. In Andec. 41: quod mihi iustum redebitum est.

<sup>2)</sup> Andec. 11 (b), 15, 50 (b), cartae Senon. 21, 22, Zeumer, I, 194, 195. Placitum von 680, Pardessus nr. 394, DD. M. 49: hoc *dibiret* coniuare quod antedicta terra . . . possedissent nec eis diger nunquam fuisset nec aliut exinde non *redibirit nisi edonio sacramento*. Diese Formel liegt auch zu Grunde der verderbten Stelle des Leydener Codex in Cap. II, c. 4, Behrend-Boretius, Lex Salica p. 95, Hessels t. 102: ego de illas te mallare non redebeo nisi isto idoneo sacramento. Wenn gelegentlich redibit, redibirit vorkommt, so steht es für redebet, redeberet wie oben dibiret für deberet. Ganz unmöglich ist redhibere, reddere in form. Sen. 5, Zeumer 214, 4, wo jemand schwören soll, quod . . . colonitio de capud suum . . . non redeberet.

<sup>3)</sup> So deutet es Roth, welcher glaubt, man könne für die Clausel vel undecumque legitimo redebet mitio kaum eine andere Erklärung als «Vertretung» geben.

Der besondere Schutz des Königs, wie er in den Mund- oder Schutzbriefen verliehen wird, äussert sich nach zwei Seiten hin. Er wirkt dem Schützling höheren Frieden, dessen Verletzung die auf den Bruch des königlichen Friedensbannes gesetzte Bannbusse zur Folge hat. Er gibt ferner dem Schützling die Befugniss, in seinen Rechts- händeln eine Intervention des Königs zur Geltung zu bringen. Bei Schutzverhältnissen, wie sie unter freien Leuten vorkommen, hat der Mundmann den Anspruch, von seinem Schutzherrn vor Gericht vertreten zu werden. Anders gestaltet sich bei Rechtsstreitigkeiten des Schützlings die Stellung des Königs. Dieser tritt niemals in Person als Proceßvertreter auf. Er kann, was in merowingischer Zeit öfter vorkam, dem Schutzbefohlenen für Rechtshändel, die er im Volks- gerichte auszufechten hat, einen besonderen Vertreter bestellen. Der Schutzbefohlene oder der bestellte Vertreter darf aber erforderlichen Falles die Sache an die Person des Königs selbst bringen. Dann fungirt der König nicht etwa als Stellvertreter, sondern als oberster Gerichtsherr. Die Streitsache wird vor dem Königsgerichte verhandelt, um daselbst nach den Grundsätzen der königsgerichtlichen Billigkeits- justiz entschieden zu werden.<sup>1)</sup>

Entsprechend diesen Wirkungen des königlichen Mundiums enthält der Schutzbrief regelmässig drei Clauseln, nämlich erstens die Schutz- clausel, worin der König erklärt, den Schutzsuchenden in seinen Schutz aufzunehmen,<sup>2)</sup> zweitens die Friedensbannclausel, worin jede Verletzung des Schützlings verboten wird und drittens die Reclamationsclausel, worin der Schützling das Recht erhält, seine Sache an den Königshof zu dinge. Dazu kommt in einzelnen älteren Mundbriefen noch die Bestellung eines Proceßvertreters.

Von diesen Clauseln bleibt, soweit sie das Wort *mittio* enthalten, die Reclamationsclausel einstweilen aufser Betracht, weil es hier nicht in Verbindung mit *redere*, sondern in anderer Anwendung auftritt.

Die Schutzclausel lautet in der Formel Markulf I, 24 dahin, daß der König den Abt eines Klosters in seinen Schutz aufnimmt *cum omnibus rebus vel hominebus suis aut gasindis vel amicis seu unde- cumque ipse legitimo reddebit* (al. *redere*) *mittio*. In den Mundbriefen Childeberts I, Chilperichs I, Theoderichs III für Anisola<sup>3)</sup> von 546, 562

<sup>1)</sup> Vgl. meine Entstehung der Schwurgerichte S. 70 ff.

<sup>2)</sup> Manchmal geht die Bitte um Aufnahme in den Königsschutz voraus und heisst es dann ganz kurz, daß dieser Bitte gerne willfahrt worden sei.

<sup>3)</sup> Pertz, Dipl. M. 4, 9, 50, Pardessus nr. 144, 168, 372. Sie scheinen sämtlich überarbeitet zu sein. M. 4 ist geradezu verdächtig. Doch können sie in den formel-

und 674 (?) erbittet sich der Abt vom König, *ut eum et ipsum mona- sterium una cum omnibus rebus vel hominibus<sup>1)</sup> suis, gasindis, amicis, susceptis<sup>2)</sup> vel qui per ipsum monasterium sperare videntur vel unde legitimo redereb mittio* vel (lies: sub) *sermone tuitionis nostrae . . . recipere deberemus.*<sup>3)</sup> Verwandt ist die Schutzclausel in dem Schutzbrief Pippins für Anisola von 760<sup>4)</sup> und in den Diplomen Pippins, Karl- manns und Karls des Großen für Echternach von 752—68, 768/69, 772.<sup>5)</sup> In Pippin für Echternach lautet sie: *abbas . . . suggestit, ut omnes villas vel curtes suas vel homines monasterii sui, quos praesenti tempore videtur habere aut in antea a deo timentibus hominibus fuerint collate vel condonate vel suscepte<sup>6)</sup> vel qui pro (per) ipso mona- sterio sperare videntur unde legitimo redereb mittio,*<sup>7)</sup> *sub sermone tuitionis nostre vel emunitatibus ipsius monasterii [recipere largiremur, cui] hoc gratanti animo prestissime . . . cognoscite.*

haften Theilen, die hier von Belang sind, unbedenklich verwerthet werden. Vgl. Sickel, Beiträge zur Diplomatik III, 14 f. 98, Note 1.

<sup>1)</sup> In M. 50: *cum fratribus vel hominibus.*

<sup>2)</sup> Nach spätrömischem Sprachgebrauch heisst der Proceßvertreter (*qui litigantis causam suscipit et defendit*) *susceptor*, derjenige, der sich processualisch vertritt läßt, *susceptus*. Interpretatio zu Brev. C. Th. II, 10, 1: *advocati id est causas agentes, qui per iniquam cupiditatem susceptos, quorum causas acturi sunt, prius cogunt . . .* Ferner zu II, 11, 1: *advocatus, si in suscepti causa aliquid . . . per errorem dixerit.* Gothofred verzeichnet in dem Glossarium nomicum, T. VI seines Commentars zum C. Th. unter *susceptus* eine Glosse des Servius zu Vergil: *clientium, quos nunc susceptos dicimus.* Bei Du Cange VI, 461 findet sich die Glosse: *cliens, domesticus vel susceptus.* Verfehlt ist es, mit Du Cange in der Urkunde Childeberts für Anisola bei den *suscepti* an Personen zu denken, die inter monachos suscipiuntur. S. Roth, a. O. 162.

<sup>3)</sup> So in M. 4. In M. 50 folgt nach *deberemus: et sub ipso illustri viro causas ipsius monasterii vel abbatis debeat habere receptas.* Der Passus ist in ungeschickter Weise einer Formel oder Urkunde nachgeschrieben worden, denn der *inluster vir*, wahr- scheinlich der *maior domus*, wird in dem sonstigen Contexte des Diploms nicht genannt. *Causas recipere* ist technischer Ausdruck für die Uebernahme der Vertretung. Vgl. Markulf I, 21: *de causis alterius receptas.* Verwandt mit M. 50 ist die Fassung in Pippin für Anisola a. 760, Mühlbacher, Regesten 89: *vel mundeburdo illustris viri Caroli filii nostri, qui causas ipsius abbatis vel monasterii habet receptas.* Doch soll nach der Reclamations- clausel dieser Urkunde in Reclamationsfällen der königliche Prinz Karl nicht als Vertreter, sondern als Richter fungiren. Vgl. Sickel, Beiträge zur Diplomatik III, 17, 98, Wiener Sitzungsberichte 47, 191, 272.

<sup>4)</sup> Mühlbacher, Regesten 89.

<sup>5)</sup> Mühlbacher, Regesten 109, 118, 145. Abgedruckt bei Sickel, Beiträge V, 82 ff.

<sup>6)</sup> In Karlmann für Echternach: *vel in antea a deo (timentibus hominibus fuerint) commendatos vel condonatos vel susceptos.*

<sup>7)</sup> Der *liber aureus Epternacensis*, dem die drei Diplome entstammen, hat zweimal *reddidit nuntio*, einmal *reddidit nuntio*. Sickel setzt *redereb mittio* in den Text. Das *nuntio* entstand aus *mittio*. Vgl. die entsprechende Formel in Mühlbacher 89, wo Bouquet V, 704 *redereb mittio* hat.

Im Anschluß an die Schutzclausel wird bei Markulf I, 24 der Hausmeier als Vertreter des Schützlings bestellt: *Inlustris vir ille causas ipsius pontefice aut abbatis vel ecclesiae aut monasterii vel qui per eum sperare videntur vel undecumque legitimo redebit mithio tam in pago quam in palatio nostro prosequere deberit.*<sup>1)</sup>

Die Friedensbannclausel nennt in der Regel das Mithio nicht. In Markulf I, 24 befiehlt der König nur, daß der Schützling sub nostro sermone quietus resedeat; keiner der Beamten noch sonst jemand soll ihn iniuriare nec inquietare. Die Mundbriefe für Anisola von 546 und 674 und die Formel Rozière II (Carta Sen. 28) haben in der Bannclausel zwar nicht das mithio, aber die sperantes. So heißt es z. B. in dem Diplom Childeberts I: *iubemus . . . ut neque vos neque iuniores vestri aut successores vel missi de nostro palatio discurrentes*<sup>2)</sup> *ipsi D. abbate vel monachis ipsius vel qui per ipsum monasterium sperare videntur, nec condemnare, nec inquietare, nec inferendas sumere nec de res eorum aliquid minuere non praesumatis.*<sup>3)</sup> Dagegen erscheint das Mithio auffallender Weise in dem Schutzbrief Chilperichs I für Anisola als Bestandtheil der Bannformel: *ipsum abbatem cum (fratribus) monasterii sui, amicis, susceptis vel qui per eumdem sperare videntur vel unde legitimo redebet mitio.*<sup>4)</sup>

### Die „sperantes“.

Das unde legitimo redebet mithio ist, wie man sieht, in einen gewissen erschöpfenden Gegensatz zu denjenigen gestellt, qui per eum sperare videntur. Es dürfte sich daher empfehlen, zunächst die Bedeutung der sperantes festzustellen. Der Ausdruck findet sich sonst noch oft, so z. B. in der Mundbriefformel Rozière II, Zeumer I, 197, 28: *vel hominis suis, qui per ipso legitimi sperare videntur, in den formulae*

<sup>1)</sup> Vgl. DD. M. 50 und Mühlbacher 89 oben S. 7, Note 3. Eine Analogie bietet auch die Urkunde Ludwigs des Frommen für S. Croix in Poitiers von 822, Mühlbacher, Regesten 737: *quando necesse fuerit, per iussionem domni Pippini regis Rannulfum specialiter missum habeant, Quando vero necesse non fuerit, advocatus earum per se iustitiam faciat et accipiat.*

<sup>2)</sup> Die missi discurrentes sind wahrscheinlich interpolirt.

<sup>3)</sup> Das Formular klingt an das der Immunitätsbriefe an, entspricht aber — von den inferendae abgesehen — den Mundbriefformeln Rozière 10 und 11. Die unberechtigte Erhebung von Abgaben stellt sich hier als eine Beeinträchtigung des der gefreiten Kirche zustehenden Friedens dar. Insofern berühren sich Königsschutz und Immunität.

<sup>4)</sup> In Pippin für Anisola a. 752, Mühlbacher 64 steht statt unde redebet mitio der Ausdruck mitio potestatis, worüber noch unten S. 18 zu handeln ist.

*imperiales, Zeumer No. 32, 55: qui per eum (eos) legibus sperare videntur, in dem Schutzbrief Karl Martells für Bonifacius a 723: tam ipse quam qui per ipsum reclamare se et sperare videntur,*<sup>1)</sup> in den Zollprivilegien Karlmanns und Karls des Großen für S. Denis von 769 und 775: *negociantes eorum qui per ipsa casa dei sperare videntur.*<sup>2)</sup>

Das Wort sperare ist in dieser Anwendung vermuthlich dem Formular der Mandate entlehnt, durch welche im Rechtsleben der römischen Bevölkerung ein gerichtlicher Stellvertreter bestellt zu werden pflegte. In der westgothischen Formelsammlung beginnt ein mandatum ad agendum, ein sogen. iniunctum mit den Worten: *spero iniungoque tuae charitati . . . ut . . . illum pulsare debeas propter auri solide numero tot, quos nos ei praestitimus.*<sup>3)</sup> In der formula Turo-nensis 3 beruft sich der Vertreter, der eine Schenkung insinuiren soll, auf ein Insinuationsmandat mit den Worten: *quia inluster vir ille per hunc mandatum ad me speravit, ut donationem illam . . . gestis municipalibus . . . alligare deberem.* Aehnlich heißt es in einer Formel von Bourges:<sup>4)</sup> *frater meus ille per mandatum suum ad me speravit donationem . . . gestis monecepalibus debiam adlegari.*<sup>5)</sup>

Der Ausdruck ist dann auf dauernde Schutz- und Vertretungsverhältnisse ausgedehnt worden. Wer erwarten darf, daß ein anderer ihn bei Geltendmachung von Rechtsansprüchen vertrete, daß er ihm für zugefügte Rechtsverletzungen Vergeltung verschaffe, ist im Verhältniß zu diesem «sperans», zählt zu denjenigen, qui per eum sperare videntur. Die Rolle des Schützers und Vertreters hatte der Herr nicht bloß bezüglich der Unfreien, deren Ansprüche ja ursprünglich seine eigenen waren, sondern auch freie Leute konnten sperantes sein, konnten sich unter dem Schutz, unter der Vertretung eines Schutzherrn «Mundboro» befinden. Die Quellen bezeugen uns mehrere Fälle, in welchen der Herr Vergeltung sucht wegen Rechtsverletzungen, die einem freien, zu ihm in einem Abhängigkeitsverhältnisse stehenden Manne zugefügt worden sind. So klagt der Herr in form. Bignoniana 9 gegen denjenigen, der seinen homo erschlagen, empfängt das Wergeld und stellt eine epistola securitatis aus.<sup>6)</sup> In der form. Sal.

<sup>1)</sup> Mühlbacher, Regesten, nr. 36.

<sup>2)</sup> Mühlbacher 116, 176.

<sup>3)</sup> Biedenweg, Commentatio ad formulas Visigothicas p. 75, nr. 42.

<sup>4)</sup> Zeumer I, 170, nr. 6.

<sup>5)</sup> Auf diese Formeln hat schon Zeumer I, 58, Note 2, 170, Note 3 hingedeutet.

<sup>6)</sup> Zeumer I, 231.

Lindenbrog 19 nimmt der Bischof oder Abt das Wergeld seines erschlagenen homo entgegen.<sup>1)</sup> In Rozière 429 hat der homo eines Grafen einen anderen homo desselben getödtet. Der Todtschläger flüchtet in eine Kirche und bittet den Grafen durch Vermittelung des Kirchenvorstehers, ut sibi wergeltum eius componere licuisset. Der Herr kann im Wege der Fehde Vergeltung üben für die Tödtung seines homo,<sup>2)</sup> er gilt als Mundboro für berufen, den sperans zu rächen. Eine althochdeutsche Glosse gibt ultor mit mundporo<sup>3)</sup> wieder und in einer Erzählung Gregors von Tours stellt jemand, der feindselig gegen einen Schützling des heiligen Martinus<sup>4)</sup> vorgehen soll, die wiederholte Frage, si virtus beati Martini de praesenti manifestaretur in perfidis aut certe si aliquis iniuriam in eum *sperantibus* intulisset, si protinus ultio sequeretur.<sup>5)</sup>

### Die Mithiopflicht.

Bezieht sich sperare auf das Eintreten des Herrn bei Rechtsverletzungen, welche an seinen Leuten begangen worden sind, also — soweit eine gerichtliche Vertretung in Frage steht — auf die Vertretung des Mannes in der Rolle des Klägers, so faßt der Passus undecumque legitimo mithio redebit die andere Seite des Verhältnisses zwischen senior und homo, nämlich die Verantwortlichkeit des Herrn für Handlungen seiner Leute in's Auge.<sup>6)</sup> Werden sie verletzt, so kann der Herr für sie Klage erheben, Vergeltung suchen und damit seinen Schutz zur Durchführung bringen, sperant per eum. Wird wegen einer von ihnen begangenen Rechtsverletzung von einem Dritten Klage er-

<sup>1)</sup> Zeumer I, 280.

<sup>2)</sup> Arg. Cap. ital. Boretius nr. 105, c. 7, I, 217: et neque senior, neque propinquus eius pro hoc nullam faidam portet aut commotionem faciat. . . (Der homo ist wegen depraedatio getödtet worden). Cap. a, 850, c. 3, Pertz CC. I, 406: et si aliquis eius senior aut propinquus propter hoc vindictam facere conatus fuerit.

<sup>3)</sup> Steinmeyer u. Sievers, Ahd. Glossen I, 268, 23.

<sup>4)</sup> Eberulf war in die Kirche des Heiligen geflüchtet; weil unter dem Schutz des Asyls ist er sperans in eum.

<sup>5)</sup> Historia Francorum VII, 29.

<sup>6)</sup> Sachlich zutreffend sagt schon von Daniels Handbuch der deutschen Reichs- und Staatenrechtsgeschichte I, 568: in Quellen der merowingischen Zeit bezieht sich auf die Verantwortlichkeit der Grundherren der Ausdruck legitimum debere mitium. Aber in der Note ist ihm Mitium Gerichtsfolge, oder Gerichtsstand, oder Bezirk, aus welchem Gerichtsfolge zu leisten ist, oder endlich die Stelle, an welcher zu Gericht gefolgt werden muß.

hoben, so kann der Herr nicht etwa sagen, daß ihn die Sache nichts angehe, er ist dem Dritten Erwidrerung, Antwort schuldig, mithio redebit. Die Antwort, die Erwidrerung muß eine rechtmäßige, sie muß Verantwortung sein, legitimo mithio redebit. Als Antwort ist dabei jede dem Rechte entsprechende Erwidrerung zu verstehen, nicht bloß die rechtsförmliche Antwort, die Antwort im technischen Sinne des formalen volkrechtlichen Proceßverfahrens.<sup>1)</sup> Wenn z. B. der Herr in den Fällen, in welchen ihm dies gestattet ist, auf die Klage des Dritten hin den Mann vor Gericht zu stellen oder ihn auszuliefern erklärt, oder wenn der Beklagte der rechtsförmlichen Antwort durch eine Einrede entgeht, so ist dies eine ausreichende Erfüllung der Mithiopflicht.

Da der Herr in die Lage kommt, für seine Leute zu klagen und zu antworten, wird in Markulf I, 24 der Majordomus als gerichtlicher Vertreter nicht bloß für die causae des Abtes und seiner Kirche bestellt, sondern auch für die causae derjenigen, qui per eum sperare videntur und außerdem für alle causae, unde mithio redebit. Es ist wohl kein Zufall, daß in der carta de causis suspensas die sperantes nicht genannt sind, während andererseits Rozière II und die zwei älteren Mundbriefe für Anisola zwar die sperantes, aber nicht die Mithiopflicht in die Friedensbannformel aufnehmen. Die Suspension der Rechtshändel ist eben ein wesentliches Bedürfnis nur für Fälle, in welchen der Abwesende oder seine Leute belangt werden. Die Geltendmachung von Rechtsansprüchen, die ihm oder seinen sperantes zustehen, kann der Grose, der im Königsdienste auf die Reise geht, vertagen, ohne dazu eines königlichen Privilegs zu bedürfen. Dagegen verbietet die Friedensbannclausel des Mundbriefs Verletzungen des Schutzbefohlenen und seiner Leute und spricht deshalb bei genauer Fassung von den homines des Schutzbefohlenen nur, sofern er sie bei Rechtsansprüchen vertritt, während die Rechtssachen, für die er Antwort schuldet, darin keine sehr passende Stelle finden.

Die Mithiopflicht, wie sie die Schutzbriefe erwähnen, setzt den Rechtsatz voraus, daß jemand für die Handlungen anderer in gewissen Fällen einzutreten hat, daß er dafür haftet, verantwortlich ist.<sup>2)</sup> Was die Haftung des Herrn für die Unfreien betrifft, so braucht sie, weil

<sup>1)</sup> Vgl. darüber meine Entstehung der Schwurgerichte 44 f.

<sup>2)</sup> Ueber das Verhältniß von Antwortpflicht und Haftung vgl. von Amira, Altschwedisches Obligationenrecht 30 f.



allgemein anerkannt, hier nicht erst bewiesen zu werden.<sup>1)</sup> Bezeichnend ist mitunter die Fassung, in welcher die Quellen diese Haftung zum Ausdruck bringen. Sie erscheint nicht selten als Antwortpflicht. So heißt es in der Lex Ribuaria von dem Herrn, der wegen der Unthat seines Knechtes belangt worden, respondeat pro eo, ipse in rem respondeat.<sup>2)</sup> Die Haftung des Herrn war, wenigstens zu der Zeit, da Titel 72 des ribuarischen Volksrechtes entstand, nicht sowohl in dem Eigenthum an dem Unfreien, als vielmehr in der Zugehörigkeit desselben zum Hause des Herrn begründet. Denn wenn ein Knecht, um welchen ein Anefangsverfahren eingeleitet ist, etwas verschuldet, so zahlt nach L. Rib. 72, 4 die Buße nicht die im Anfangsprocess obliegende Partei, sondern diejenige, qui eum eo tempore post se retinuit.

Die Klage wegen der That des Knechtes geht gegen den Herrn. Im Fall der Unkenntniß des Sachverhalts darf sich nach der Lex Ribuaria der Herr auf sein Nichtwissen berufen und den Sklaven zum Zweck des Beweisverfahrens vor Gericht stellen. Wird dieser beweisfällig, so zahlt der Herr die Buße. Das Urtheil lautet auf den Herrn.<sup>3)</sup>

Nicht eine Aufhebung, sondern nur eine Abschwächung der Verantwortlichkeit trat ein, als und soweit es dem Herrn gestattet wurde, die Zahlung eines bestimmten Theiles der Buße<sup>4)</sup> oder der ganzen Buße<sup>5)</sup> durch Hingabe des schuldigen Knechtes zu vermeiden oder ihn zur Vollstreckung einer öffentlichen Strafe auszuliefern. In gewissen Fällen wurde im Interesse des Landfriedens solche Auslieferung zur Pflicht gemacht. Der Herr haftet dann nur mit dem Werthe des auszuliefernden Sklaven, wenn er es nicht vorzieht, die gegen letzteren erkannte Leibes- oder Lebensstrafe abzulösen.<sup>6)</sup>

Etwas minder klar liegen die Verhältnisse bei den Liten.<sup>7)</sup> Eine Haftung des Herrn für die Handlungen des Liten ist wenigstens in gewissen Fällen bezeugt.<sup>8)</sup> Hat auch der Liten im allgemeinen personam standi in iudicio, so kann doch der Herr wegen der Unthat des Liten

<sup>1)</sup> Siehe Georg Meyer, die Gerichtsbarkeit über Unfreie und Hintersassen nach ältestem Recht in der Zeitschr. der Savigny-Stiftung, german. Abtheilung II, 89 ff.

<sup>2)</sup> Lex Rib. XXX, 1, 2, Cap. legi Rib. add. a. 803, c. 5: iuxta qualitatem damni dominus pro ipso respondeat.

<sup>3)</sup> Der Herr kann sich der Pflicht, rechtsförmlich zu antworten (die Klage zu bejahen oder zu verneinen), aber nicht der Haftung entziehen.

<sup>4)</sup> Lex Salica 35, 5.

<sup>5)</sup> Ed. Chilperici c. 5. Cap. legi Rib. add. c. 5, Boretius I, 117: dominus pro ipso respondeat vel eum in compositione aut ad poenam petitoris offerat.

<sup>6)</sup> Vgl. G. Meyer a. a. O. 93 ff.

<sup>7)</sup> G. Meyer a. a. O. 108 ff.

<sup>8)</sup> Lex Salica 35, 5. Lex Sax. 18; 50.

gerichtlich belangt werden.<sup>1)</sup> Im übrigen läßt sich ohne Bedenken behaupten, daß die Verantwortlichkeit des Herrn für den Liten keine geringere sein konnte, als sie für den Freien war, der sich «in obsequio» befand.

Es ist bekanntlich eine Streitfrage, ob schon die merowingische Verfassung persönliche Schutz- und Abhängigkeitsverhältnisse zwischen freien Unterthanen anerkannt habe oder ob diese rechtliche Anerkennung als eine karolingische Neuerung anzusehen sei.<sup>2)</sup> Die Controverse kann hier nur gestreift werden, insofern zu constatiren ist, daß eine Verantwortlichkeit des Herrn für freie Leute in merowingischer Zeit bestand. Dagegen würde es zu weit abführen, auf die einzelnen Abhängigkeitsverhältnisse einzugehen, welche eine Pflicht des Herrn begründeten; für freie Leute zu antworten.<sup>3)</sup> Daß solche Rechtsverhältnisse in merowingischer Zeit existirten, beweist — ganz abgesehen von den Argumenten, welche die Mithioclausel der Mundbriefe liefert, — die vielbesprochene Stelle Lex Ribuaria XXXI, 1:

Quod si homo aut<sup>4)</sup> ingenuos in obsequium alterius inculpatus fuerit, ipse qui eum post se eodem tempore retinuit, in praesentia iudicis similiter, sicut superius comprehensum est, (wie bei den Unfreien) repraesentare studiat aut in rem respondere.

Der Herr haftet für die Handlung des Freien in obsequio wie für die Handlung des Knechtes, kann sich aber von dieser Haftung völlig befreien,<sup>5)</sup> indem er den Mann vor Gericht stellt, repraesentat. Die Antwortpflicht des Herrn steht in erster Linie. Dagegen ist die repraesentatio nur ein Recht, nicht eine Pflicht des Herrn. Die Unter-

<sup>1)</sup> Lex Chamavorum 44: si quis de lido suo pro aliqua causa in ratione fuerit inventus, super noctes 14 ipsum lidum ad placitum adducat. Die Klage ist hier principaliter gegen den Herrn gerichtet.

<sup>2)</sup> Gegen Roth, der das letztere behauptet, siehe Kaufmann a. a. O. 117 f. und insbes. Waitz VG. II, 1, 257 f. Nur kann ich die Stellen lex Alam. 36 und Lex Baiuvariorum II, 14 nicht für Beweisstücke des 7. Jahrhunderts gelten lassen, da die lex Alamannorum, welche nicht in eine Hlothariana und Lanfridana geschieden werden darf, sondern uns nur in einer einzigen Redaction vorliegt, nicht unter Chlothar II, sondern erst unter Landfrid entstanden ist und die lex Baiuvariorum als ein einheitliches Gesetz noch etwas später, aber gleichfalls in der ersten Hälfte des achten Jahrhunderts (vermuthlich unter Odilo) verfaßt worden ist. Näheres darüber anderwärts.

<sup>3)</sup> Die Schwierigkeit liegt in der Sonderung der Dienst- und Leihverhältnisse mit und ohne Mithiopflicht des Herrn.

<sup>4)</sup> Aut hier soviel wie hoc est. Sohm LL. V, 223, Note 40.

<sup>5)</sup> und nicht bloß von der Pflicht rechtsförmlicher Antwort wie bei dem servus. Wird der homo repraesentatus beweisfällig, so braucht der Herr nicht etwa die Buße zu zahlen wie bei der Beweisfähigkeit des servus.

lassung der Repräsentation wird nicht etwa als ein Delict behandelt. Wenn der Herr den Mann nicht stellen will, so muß er nicht etwa wegen verweigerter Repräsentation die von dem homo in obsequio verwirkte Buße zahlen, sondern er kann in solchem Falle immerhin durch seine Vertheidigung den Angriff des Klägers abwehren.<sup>1)</sup> Wenn andererseits der Herr den Mann nicht stellen kann, weil er etwa entflohen ist, so bleibt der Herr nicht etwa aufser Haftung, sondern er muß antworten und wird, wenn er unterliegt, in die Buße verurtheilt.<sup>2)</sup> Die Repräsentatio kann im gegebenen Falle auch nicht durch amtliche districtio erzwungen werden, wie dies seit Ausbildung einer wahren Repräsentationspflicht bei gewissen Verbrechen von Knechten und abhängigen Freien geschah.<sup>3)</sup>

Voraussetzung der Haftung ist hier das post se retinere, der Aufenthalt des Uebelthäters bei dem Herrn, das commanere. Aber nicht jeder vorübergehende Aufenthalt, sondern nur ein solcher, der durch ein obsequium begründet ist, führt zur Verantwortlichkeit des Herrn. Es wird also, wenn auch kein lebenslängliches, so doch ein auf längere Zeit berechnetes Dienstverhältniß vorausgesetzt.<sup>4)</sup>

Eine Anwendung desselben Grundsatzes enthält ein Capitular von 803 hinsichtlich des freien Mannes, der sich in das Gewaltverhältniß der Schuldhörigkeit begeben hat, se loco wadii in alterius potestatem commisit. Wenn der Schuldknecht etwas verbricht, qui eum in loco wadii suscepit, aut damnum solvat aut hominem in mallo productum

<sup>1)</sup> Rib. XXXI, 2: «quod si eum non repraesentaverit talem damnum incurrat, qualem ille sustinere debuerat, qui in eius obsequium est inculpatus» betrifft nur die Fälle, daß die repraesentatio versprochen, aber nicht geleistet wurde und daß der Herr, der in die Verantwortung der Sache eintrat, processualisch unterlegen ist. Gelang es ihm, den Angriff des Klägers zurückzuweisen, so war eben constatirt, daß der ingenuus in obsequio kein damnum sustinere debuerat. Vergl. lex Salica emendata 37, 8 (35, 5) bezüglich des servus: aut si legem intellexerit, poterit se obmallare (dominus) ut leudem non solvat.

<sup>2)</sup> Arg. L. Rib. XXX, 2, 3 verglichen mit XXXI, 1.

<sup>3)</sup> Cap. Harist. a. 779, c. 9, Boretius I, 48. Siehe Bethmann-Hollweg, Civilproceß V, 46, Note 43. G. Meyer a. a. O. III, 103, Note 3. Unsicher ist der Text in Chlothars II. Edict von 614, c. 15. Doch weist er auf eine amtliche districtio hin, die aber nur eine bedingte gewesen zu sein scheint, si tamen ab ipsis agentibus antea (non fuerit emendatum). Soweit eine wahre Repräsentationspflicht bestand, wurde es dem Herrn, dessen homo ohne sein Wissen entflohen war, gestattet, sich durch einen darauf bezüglichen Eid frei zu schwören. Cf. Cap. Harist. l. c. forma lang. Cap. legi Rib. add. a. 803, c. 5, Boretius, I, 117.

<sup>4)</sup> Vgl. Waitz VG. II, 1, 254. Für die streitige Auffassung des obsequium dieser Stelle fällt gegen Roth, Beneficialwesen 167, Feudalität 314 auch der bisher übersehene Umstand in's Gewicht, daß der Codex Gothanus (bei Sohm A. 7) unserem Titel der Lex Ribuaria die Rubrik widmet: de eis ingenuis hominibus, qui in obsequio se commendant, si inculpatis fuerint et de eorum investigationibus.

demittat.<sup>1)</sup> Ein Capitular unbestimmten Ursprungs, welches in dem liber Papiensis Karl dem Großen zugeschrieben wird, gebietet allgemein, daß für die Missethaten besitzloser Leute diejenigen, die ihnen Unterstand gewähren, Rechenschaft geben oder sie vor Gericht stellen sollen.<sup>2)</sup>

Daß die Haftung des Herrn für freie Leute nicht eine Neuerung polizeilicher Tendenz ist, sondern auf altgermanische Anschauungen zurückgeht,<sup>3)</sup> zeigt insbesondere eine Vergleichung des angelsächsischen Rechtes. Nach diesem haftet der Herr für seinen Mann; er muß dessen Handlungen verantworten oder ihn vor Gericht stellen.<sup>4)</sup> Diese Verantwortlichkeit erstreckte sich jedoch auch auf solche Freie, welche zwar in keinem dienstlichen Verhältniß standen, aber durch längere Zeit Herberge und Unterhalt empfangen. Wenn jemand, so sagt ein kentisches Gesetz,<sup>5)</sup> einen Gast drei Nächte in seinem Hause beherbergt, einen Kaufmann oder einen Anderen, der über die Mark gekommen, und ihn mit Speise verköstigt, und der dann etwas Uebles thut, so stelle er den Anderen zu Recht (æt rihte gebrenge) oder leiste für ihn Recht (riht fore wyrce).<sup>6)</sup> Da aber die Haftung sonst Ausfluß eines Gewaltverhältnisses war, so gelangte das angelsächsische Recht zu der Consequenz, daß längerer Aufenthalt bei einem Anderen die Hörigkeit herbeiführe. Die leges Edwardi haben dafür das Rechtssprichwort: twa nictē geste, the thirde nictē agen hine,<sup>7)</sup> oder, wie es in anderer Fassung lautet: tvain nithes gest, thrid niht hawan<sup>8)</sup> man, zwei Nächte Gast, die dritte Eigenmann. Es ist dies nichts anderes, wie die angelsächsische Version des deutschen «Luft macht eigen». Der Freie, der sich durch

<sup>1)</sup> Boretius, Cap. nr. 39, c. 8, I, 114.

<sup>2)</sup> Boretius, Cap. nr. 105, c. 11, I, 218: et quia nonnulli qui sine proprietatibus in regno nostro degentes iudicia comitum effugiunt atque non habentes res aut substantiam, pro quibus constringi possint, ideo malitias exercere non cessant: de illis nobis placuit, ut ipsi cum quibus manere videntur aut eos praesentent aut pro eorum malefactis rationem reddant.

<sup>3)</sup> Aus dem langobardischen Rechte kommt hier Liutp. 92 betreffend die Auslieferung des homo libellarius, aus dem altsächsischen der liber in tutela nobilis der lex Saxonum c. 64 in Betracht.

<sup>4)</sup> Konrad Maurer, Ueber angelsächsische Rechtsverhältnisse in der kritischen Ueberschau II, 33 f., 37, 47.

<sup>5)</sup> Hlothar und Eadric c. 15.

<sup>6)</sup> Das fränkische iustitiam faciat in der älteren Bedeutung. Vergl. Aethelstan II, 8: wenn ein landloser Mann in einer anderen Shire dient und nachher seine Magen wieder aufsucht, so soll er (der Mage, der ihn aufnimmt) ihn unter der Bedingung beherbergen, daß er ihn zu Volksrecht stelle oder für ihn büße.

<sup>7)</sup> Sein Familien- oder Hausgenosse.

<sup>8)</sup> hawan = agen, own.

längere Zeit am Hofe eines Grundherrn aufhält, wird ihm hörig, weil dieser in gewissem Sinne verantwortlich wird für die Handlungen, die jener sich zu Schulden kommen läßt.<sup>1)</sup>

Das Wort Mithio darf in der Clausel *undecunq̄ue legitimo redebit mithio* nicht als Vertretung im Sinne von Stellvertretung aufgefaßt werden. Der Wortlaut der Clausel begreift auch die Rechtssachen in sich, welchen eine Handlung zu Grunde gelegt wird, durch die der Schutzbefohlene selbst sich nach der Behauptung des Klägers verantwortlich gemacht hat. Auch soweit die Handlungen seiner Leute in Frage stehen, stellt sich die Mithiopflicht nicht als die Pflicht processualischer Stellvertretung dar. Das Mithio schuldet man dem Proceßgegner. Die Pflicht der Stellvertretung wird dem zu Vertretenden gegenüber eingegangen. Der Stellvertreter antwortet nicht deshalb, weil er dem Proceßgegner verantwortlich ist. Es könnte also bei Mithio von Vertretung nur in dem Sinne die Rede sein, in dem man von Vertretung einer Sache, einer Handlung spricht. Wer in einer Sache antwortet, sie verantwortet, vertritt sie. In dieser Hinsicht ist die Pflicht des Mithio allerdings eine Pflicht der «Vertretung». Doch thut man besser, den vieldeutigen Ausdruck hier zu vermeiden.

### Das „mithio redebere“ in Immunitätsbriefen.

Die Wendung «mithio redebere» findet sich auch in vereinzelt Immunitätsbriefen, kommt aber hier in anderem Zusammenhange vor wie in den Mundbriefen.

Childerich III für Stablo von 744:<sup>2)</sup> *et quidquid exinde fiscus nostro forsitan de eorum hominibus aut de ingenuos aut de servientibus, quae ad ipsos casas legitimo redibunt mithio et earum agros commanire videntur vel unde quid poterit sperare . . debeant cuncta proficere (monachi).*

Pippin für Utrecht von 753:<sup>3)</sup> *tam de ingenuis quam de servientibus vel de qualibet natione hominum in praedictis ipsius ecclesiae villis commanentibus, quos legitime ad ipsum episcopatum . . legitimo redibit mithio.*

Dieses Formular ist unter dem ersichtlichen Einfluß der Mundbriefformeln geschrieben worden. Allein das Subject, welches als

<sup>1)</sup> Schon die Pflicht eventueller Auslieferung mußte in ihren Konsequenzen zu einer Beschränkung der vollen Freizügigkeit führen.

<sup>2)</sup> Mon. Germ. Dipl. M. 98. Pardessus nr. 528.

<sup>3)</sup> Mühlbacher, Regesten 69.

mithio redebens gedacht wird, ist hier ein anderes wie in den Mundbriefen. Es sind hier die *homines* des Immunitätsherrn, welche mithio schulden, während in den Mundbriefen der Herr das Mithio schuldet. In den Mundbriefen ist Mithio die Antwort, die Erwiderung, welche der Herr im öffentlichen Gerichte abgeben soll. In den vorliegenden Immunitätsbriefen ist ein Mithio gemeint, welches *ad ipsas casas, ad ipsum episcopatum* geleistet werden soll. Mithio ist hier die Antwort, die «Erwiderung», zu welcher die Leute des Immunitätsherrn im Immunitätsgerichte verpflichtet sind. Schon in einer Precariformel der westgothischen Formelsammlung verspricht der Precarist dem Leihherrn: *responsum ad defendendum me promito afferre.*<sup>1)</sup> Seit Entstehung der Immunitätsgerichtsbarkeit sind die Hintersassen des Immunitätsherrn verpflichtet, in dem Gerichte desselben zu Recht zu stehen. Das Mithio bezieht sich also hier auf die Immunitätsgerichtsbarkeit. Der gefreiten Kirche werden u. a. die Friedensgelder zugesichert, welche die Leute verwirkt haben, die sich — innerhalb der Grenzen der Immunitätsgerichtsbarkeit — in dem Immunitätsgerichte zu verantworten haben.<sup>2)</sup> Das Wort Mithio hier mit Vertretung im Sinne von Stellvertretung zu übersetzen, ist schlechterdings unmöglich.

### Mithio in der Reclamationsclausel der Mundbriefe und in gleichartigen Anwendungsfällen.

Die Uebersetzung «Antwort, Erwiderung» versagt in der Reclamationsclausel der Mundbriefe, auf welche nunmehr endlich eingegangen werden kann. In Markulf I, 24 lautet sie: *et si aliquas causas adversus eum vel suo mithio surrexerint, quas in pago absque eius grave dispendio defenitas non fuerint, in nostri praesentia reserventur.* In Theoderichs III Mundbrief für Anisola: *si aliquas causas adversum ipsum monasterium aut mithio ipsius abbatis ortas fuerint . .* In Karls des Großen Schutzbrief für Arnold von 770: *et si aliquas causas adversus ipso A. seu mithio et hominis, qui per ipsum sperare noscuntur, surrexerint . .*<sup>3)</sup> In einer Urkunde Ludwigs des Deutschen für Metten von 837: *adversus eum aut mitico suo surrexerint.*<sup>4)</sup>

<sup>1)</sup> Form. Visigoth. ed. Biedenweg nr. 36.

<sup>2)</sup> In der Streitfrage über das Alter der Immunitätsgerichtsbarkeit kann hier nur Stellung genommen, aber nicht auf eine Untersuchung eingegangen werden. Ich verweise auf Waitz VG. II, 2, 377.

<sup>3)</sup> Mühlbacher, Regesten 146.

<sup>4)</sup> Mon. Boica XI, 420 und Sickel, Beiträge III, 89 f. (confirmatio).

Mithio bezeichnet hier in übertragener Bedeutung die homines unde . . . mithio redebit, den Kreis der Personen, für welche man verantwortlich ist. Das Beiwort legitimo mußte hier als unpassend ausfallen. In gleichem Sinne braucht das Wort der Mundbrief Pippins für Anisola von 752,<sup>1)</sup> wo es in der Friedensbannclausel heißt: nec micio potestatis illorum nec hominibus qui per ipsos legibus sperare videntur. Vergleicht man damit die Ausdrücke in der Friedensbannclausel Charperichs I für Anisola: abbatem cum . . . amicis susceptis vel qui per eumdem sperare videntur vel unde legitimo redebit mitio, so ersieht man, daß das micio potestatis das unde redebit ersetzen soll.

In einem merowingischen Placitum von 693 erscheint der Personenkreis, für welchen jemand Verantwortung schuldet, als mithius suos.<sup>2)</sup> Der Beklagte Amalbercthus wird im Königsgerichte verurtheilt, dem Ingoramnus das streitige Gut zu restituiren und außerdem die Früchte und Pertinenzen zu ersetzen und herauszugeben, die er selbst oder die Leute, für die er verantwortlich ist, dem Gute entzogen haben: et quicquid de fructa aut pecunia vel reliqua rem, quod dici aut nominare potest, de ipso locello ipsi Amalbercthus aut mithius suos exinde abstraxit vel minuavit.

Eine Formel von Sens<sup>3)</sup> beurkundet, daß die Beklagte eine durch Todschatz verwirkte Wergeldschuld beglichen habe. Der Kläger und seine Frau stellen darauf hin einen Sicherheitsbrief, eine carta securitatis zu Gunsten der Beklagten und ihrer Leute aus, worin jene versprechen, daß diese in der Sache nicht weiter behelligt werden sollen. «Propterea iam dictus ille et coniux sua illa hanc securitate *in ipsa illa vel mitigo suo* fieri et adfirmare rogaverunt.» Offenbar hat die Beklagte den Todschatz nicht allein begangen,<sup>4)</sup> sondern mit Hilfe von Leuten ihres Gesindes zur Ausführung gebracht. Sie hatte die That zu verantworten, auch soweit ihr Gesinde dabei betheilig war. Das Versprechen, weitere Behelligung zu unterlassen, mußte auf die Leute der

1) Bouquet V, 698. Mühlbacher, Regesten 64.

2) Mon. Germ. DD. M. nr. 66, p. 59.

3) Carta Senonica 51, Zeumer I, 207.

4) Der Vorwurf des Klägers und seiner Frau ging dahin, daß ein Frauenzimmer genua sua inpinxit et super filia eorum cessisset et ipsa ibidem occisit. Das ist doch selbst für eine Dame des achten Jahrhunderts etwas zu stark. Die Bedenken Zeumer's gegen das weibliche Geschlecht des Thäters sind völlig gerechtfertigt, wenn die «*ipsa illa*» die That allein begangen hat. Sie erledigen sich, wenn man annimmt, daß sie von Mannspersonen ihres Gesindes begleitet war, die wohl das Beste dabei gethan haben mögen. Die Wergeldklage konnte nichtsdestoweniger nur gegen die Herrin gerichtet werden.

Beklagten ausgedehnt werden, weil diese ebenso wie die Beklagte selbst der Rache des Gegners ausgesetzt gewesen wären.

Ein Capitulare missorum<sup>1)</sup> von 803 enthält die Bestimmung: ut nec colonus, nec fiscalinus foras mitio possint aliubi traditiones facere. Ich kann hier bei mitio trotz Boretius und Waitz nicht an ein räumlich abgegrenztes Gebiet, an einen örtlichen Bereich denken. Das Verbot geht nicht dahin, daß der Colone und der Hörige des Fiscus nur in dem Territorium des Herrn und nicht außerhalb desselben veräußern, tradiren dürfe. Es kommt nicht sowohl auf den Ort des Veräußerungsgeschäftes, als vielmehr auf die Person desjenigen an, dem tradirt wird. Der Colone soll nur an Personen veräußern dürfen, für welche der Herr verantwortlich ist, weil sie von ihm abhängig sind, nur an Personen, welche zur Curie desselben Herrn gehören, wie der Veräußerer.<sup>2)</sup> Der Traditionsort ist gleichgiltig. Unerlaubt ist dagegen die Veräußerung an eine Person, die nicht zum Mithio gehört, auch wenn sie auf dem Territorium des Herrn geschieht.

### Mithio in der Lex Salica.

Das gewonnene Ergebniß dürfte fest genug sein, daß wir es nunmehr wagen können, an die Stellen der malbergischen Glosse heranzutreten, welche das Wort mithio enthalten oder doch zu enthalten scheinen.

Mithio frasito in Lex Salica 37. Der Eigenthümer, der seine Sache im Besitze eines anderen findet, darf sie ihm nicht in rechtswidriger Eigenmacht hinwegnehmen.<sup>3)</sup> Si ille uero quod per uestigio sequitur, quod se agnoscere dicit . . . nec solem secundum legem colocaverit et tulisse conuincitur (al. violenter tulisse conuincitur) . . . sol. 30 culpabilis iudicetur. Hinter den Worten et tulisse conuincitur bringen die Codices 7, 8, 9, Hessels, Lex Sal. 213 die Glosse: mal. mithio frasito (frasitho, frassitho). Im Herold'schen Text lautet sie mittinio frastatitio, in Codex 6 mithostrastatido. Der Anefangende, der dem Besitzer die Sache hinwegnimmt, ehe er ihn wegen Ausbleibens der Vertheidigung solsadirt hat, beraubt ihn der processualischen Ver-

1) Boretius, Cap. nr. 40, c. 10, I, 115.

2) Mit Recht sieht von Sybel a. a. O. in dieser Stelle «nichts anderes als ein Verbot, daß kein Lite oder Colone irgend etwas an einen Fremden veräußern sollte».

3) Vgl. Sohm, Procefs der Lex Salica 67, Siegel, Gerichtsverfahren 46 ff.

antwortung, verhindert die Antwort, auf welche dieser ein Recht hat, wenn die Sache erst nach Ablauf von drei Nächten bei ihm gefunden worden ist. Mit Rücksicht auf die vermuthliche Bedeutung des *frasito*, *frasitho* oder *frastatido* dürfte die Glosse entweder als Abschneiden der Antwort oder als Verhinderung der Antwort, Widerstand gegen die Antwort zu deuten sein.<sup>1)</sup>

*Mitho forasta* in *Lex Salica* 32, 5. Die Stelle, welche in den Handschriften der ersten Familie fehlt, behandelt den Fall, dafs jemand einen anderen rechtswidrig gebunden und vor den Grafen gebracht hat. Sie lautet in *Cod.* 5 u. 6: *si quis ligatum per superbiam aut per uirtutem ad graphionem tulerit, malb. mitho forasta,*<sup>2)</sup> *de uita sua redimat.* Wer auf handhafter That ergriffen worden, durfte gebunden und so vor den Richter gebracht werden.<sup>3)</sup> Diesfalls hätte der Beklagte nicht das Recht der Antwort, der processualischen Vertheidigung, vielmehr konnte der Kläger sofort die Schuld des Beklagten mit Eidhelfern beweisen. Wird jemand in rechtswidriger Weise, das heifst, ohne die Voraussetzung der handhaften That gebunden und vor den Richter geschleppt, so ist ihm durch die Handlung des Klägers die Antwort widerrechtlich verlegt, verstellt worden. Auch etymologisch steht nichts im Wege, die hier vorliegende Glosse auf die Verhinderung der Verantwortung zu beziehen.<sup>4)</sup>

<sup>1)</sup> In *Lex Salica* 29, 14, *Cod.* 5 und 6 und bei Herold heifst es: *si nasum excusserit (exciserit) malb. frasito (frasitto)* . . . Der Sinn ist deutlich genug. Kern bei Hessels c. 506 findet in dem *frasito* dieser Stelle «*fraslito*» von *farslitan* abscondere. In *Lex Salica* 37 liest er dagegen (Hessels c. 517) für die *Codices* 7—9 «*frasitho*», was auf ein Substantivum *frasitha* mit der Bedeutung *obsistentia*, *Opposition*, zurückgeführt wird. Für *Codex* 6 stellt er die Formen *frasattido* von *frasattian*, versetzen, und *frastathido* von *frastathian* zur Wahl. Bei Herold emendirt er *frastathitho*. Der Sinn all dieser Glossen in *Sal.* 37 ist ihm «*opposition in word or deed*».

<sup>2)</sup> Herold hat die Glosse *mitho fosa stadiuo*. Es ist *forastadito* oder mit Kern *forastadino* zu lesen.

<sup>3)</sup> Vgl. Siegel, *Gerichtsverfahren* 78, 122, 170, 180. Sohm, *Procefs der Lex Salica* 134 ff.

<sup>4)</sup> Kern's Erklärung der Glosse bei Hessels *Lex Salica* c. 510 f. ist mißglückt, weil er den Sinn von *L. Sal.* 32, 5 mißverstanden hat. Auch wenn man seine philologischen Conjecturen zugibt: *forasta* stehe für *forastal* (cf. *ags. forsteall, obsistentia*) oder sei dritte Person Sing. des Präsens von *forastân = forastandan*, das *forastadino* sei Genitiv oder Dativ von *forastadin*, analog gebildet wie *widarstandin*, so kommt man leichter zur Bedeutung von *obstare*, im Wege stehen, in den Weg treten, wie zu der von Kern befürworteten Bedeutung *protegere*. Das von ihm herangezogene friesische *urstonda*, *urstan*, *forstan* bedeutet in den Weg treten, sich in den Weg stellen. Vgl. *Richthofen fries. W. B.* 1115. In *Aethelstan* II, 1, 4 gibt die *vetus versio* «*forstande*» mit *obstabit*. Gemeint ist das Verhindern der Bestrafung des Diebs.

*Andometo* in *Lex Salica* 51. Das Wort findet sich einmal als Titelrubrik, einmal als Textglosse. Im *Wolfenbüttler Codex* begegnet man folgende Fassung: *De ando meto.*<sup>1)</sup> *Si quis grafionem ad res alienas tollendum inuitauerit et rogauerit ambolare et legitimi illum iectium aut mallatum non abuerit, illi qui eum rogit, ut iniuste tollat, antequam legitimi admallatus fuerit, malb. anthomito . . . sol. 200 culp. iudicetur.* Titel 51, 1 handelt von der rechtswidrig erwirkten Pfändung. In dem *andometo*, *anthomito*, *antocimetho* scheint unser *mithio* zu stecken.<sup>2)</sup> Der unmittelbar vorausgehende Titel der *lex Salica* erörtert die Erfordernisse der rechtmäßigen Pfändung. Der Gläubiger, welcher den Grafen zur Pfändung des Schuldners auffordert, soll erklären: *homo ille mihi fidem fecit, quem legitime habeo iactiuo aut admallatum in hoc quod lex saliga continet.* Für das Vorhandensein dieser Voraussetzung der Pfändung setzt er seine Person und sein Vermögen ein. Ist die Pfändung in rechtsförmlicher Weise begehrt worden, so muß der Graf sie vollziehen, widrigenfalls er sein Leben verwirkt. Fehlt es an der gedachten Voraussetzung der rechtmäßigen Pfändung, ist der Gegner nicht legitime *iectiuo* aut *admallatus*, so hat nach 51, 1 der Gläubiger, der die Pfändung begehrte, 200 *solidi*, sein Wergeld, zu zahlen. Durch das verfrühte Verlangen der Pfändung wird der Gegner außer Stande gesetzt, sich vor Vollzug der Pfändung gegen dieselbe zu wehren, wird ihm das Recht der Antwort, der Vertheidigung entzogen.<sup>3)</sup> *Andometo* scheint die Wurzel *ant*, gothisch *anda*, unser *ent* zu enthalten in der Bedeutung des «*Widrigen, Beraubenden, Entgegengesetzten*» wie in *Entehren*.<sup>4)</sup> Darnach würde, wenn bei *meto* an *mithio* zu denken ist, *andometo* etwa die Entziehung der Antwort, der «*Wehre*», gewissermaßen «*entwehren*» bedeuten. Hier wie in *Lex Salica* 32 und 37 steht ein rechtswidriges, executives Verfahren in Frage, welches in eigenmächtiger Weise sich der rechtmäßigen Verantwortung des Gegners in den Weg stellt, ihm das Recht der Antwort entzieht.

<sup>1)</sup> Die *Codices* 5 und 6 bieten in der Ueberschrift die Formen *de andocemeto*, *de antocimetho*. Herold hat *de andocimeto*.

<sup>2)</sup> Grimm in *Merkels lex Salica* XI, XIII.

<sup>3)</sup> Nebenbei bemerkt hat eine alemannische Glosse für Klage und Antwort *mâlî unde uuêri*. «*Intentio et depulsio uerba rhetorica sunt, id es accusatio et defensio sive impulsio et depulsio, barbarice mâli unde uuêri*». *Mâlî* ist *mallatio*, *wêri*, *Wehre*, *Antwort*. Steinmeyer und Sievers *Althochdeutsche Glossen* II, 359, 14. Vgl. *Graff, Sprachschatz* I, 929.

<sup>4)</sup> *Graff, Sprachschatz* I, 352. Kern bei Hessels *L. Sal.* c. 540: «*and*», usually meaning «*against*» «*adversely*» is here taken in the sense of «*contrary*».

### Mithio in den salischen Capitularien.

De mitio fristito in Cap. I, c. 1. Das sogen. erste Capitulare zur Lex Salica, bei Hessels Titel 66<sup>1)</sup> beginnt mit der folgenden schwer verständlichen Vorschrift: De mitio fristito. Si quis truste dum uestigio minant detenere aut battere praesumpserit 2500 din. qui faciunt sol. 63 culp. iudicetur.<sup>2)</sup> Von Bethmann-Hollweg<sup>3)</sup> vermuthet, daß de mitio fristito auf die frustrirte, das heißt verhinderte Vertretung bei Verfolgung eines Diebes oder einer entwendeten Sache zu deuten sei. Allein abgesehen davon, daß es etwas gesucht ist, die Schaar, welche die Spur der gestohlenen Sache verfolgt, als Vertretung des Eigenthümers zu bezeichnen, spricht die sonstige Anwendung von Mithio gegen den Sinn «Vertretung». Näher läge es, mit Boretius bei dem Mitio an die trustis zu denken, so daß die Ueberschrift etwa bedeutet «vom Entgegenreten der trustis».<sup>4)</sup> Wenn die spurfolgende Schaar aus dem Gesinde des Eigenthümers oder aus einer grundherrlichen Centene gebildet war, konnte man sie zur Noth, weil aus Personen bestehend, für welche der Eigenthümer verantwortlich war, als mithius bezeichnen. Doch läßt sich diese Annahme vermeiden und mit Hülfe der Bedeutung Antwort für mitio fristito eine mindestens ebenso befriedigende Erklärung gewinnen. Wenn bei der Spurfolge die gestohlene Sache im Besitze eines Dritten gefunden wird, so ist dieser verpflichtet, sich zu verantworten. Wird die trustis aufgehalten

<sup>1)</sup> Das erste der salischen Capitularien bei Behrend-Boretius S. 89 ist in zwei selbstständige Theile verschiedener Entstehungszeit zu trennen, die ich im folgenden als Ia und Ib bezeichnen will. In Ia, die Capitel 1—4 umfassend, findet sich die malbergische Glosse. Die Bußen sind noch wie in der Lex Salica nach Denaren und Solidi berechnet. Das Capitular Ib, die Capitel 5—12 umfassend, hat weder die Glosse, noch die Rechnung nach Denaren. Die Sonderung ist auch durch die handschriftliche Ueberlieferung begründet. Der Leydener Codex (Voss. lat. 119) hat nur die Capitel 5—12. Das Capitular Ia, welches nicht viel jünger sein kann wie die Lex Salica, ist von einigen Handschriften in den Text derselben eingeschoben worden. Cap. I, c. 2 zu Titel 41 hinter § 8 in den Codices 7—10 und in der Emendata. Cap. I, § 4 zu Titel 24, und zwar in allen maßgebenden Handschriften mit Ausnahme von Codex I, der das Capitular Ia als Nachtrag zu den 65 Titeln der alten Lex Salica bringt.

<sup>2)</sup> So in Cod. I. Im Rubrikenverzeichniß desselben: de mitio *fristatito*, Hessels XXVIII. Der Leydener Codex (11) hat im Index de mitio *fristatito* und außerdem im sogen. 4. Prolog der Lex Salica, Hessels 423 die Nachricht, daß die vier sapientes bei Abfassung der Lex Salica bis zu der Stelle de micio *fristatio* gelangt seien.

<sup>3)</sup> Civilprocefs IV, 442, Note 123.

<sup>4)</sup> Boretius in seiner und Behrends Ausgabe der Lex Salica p. 89, Note 1.

oder in die Flucht geschlagen, so liegt darin ein Vorenthalten, ein Hinhalten, Zurückhalten der Antwort. Differre, morari, tardare ist aber die Bedeutung des althochdeutschen fristan, unseres «fristen», aus welchem fristito, fristatito<sup>1)</sup> in unserer Stelle doch wohl am ehesten zu erklären ist.<sup>2)</sup>

Mithio in der Satzung de antrustione ghamalta, Cap. II, 1, 8, Hessels t. 106. Der Antrustio soll den Genossen, den er vor Gericht ansprechen will, nicht rechtsförmlich maniren, sondern rogiren (rogare). Er mag ihn, wo er ihn trifft, auffordern, daß er binnen sieben Nächten die Sache verantworte oder begleiche, de causa quae imputatur ex hoc responso dare debeat uel conuenire. Wenn der Beklagte nicht erscheint, hat ihn der Kläger vom neuen dreimal auf je vierzehn Nächte zu rogiren ut in illo malebergo respondere aut conuenire (ergänze debeat) ubi antrustiones mithio reddant<sup>3)</sup> oder wie eine andere Handschrift liest ubi andrustiones *mitthiu redebent*.<sup>4)</sup> Der Beklagte soll an den Malberg, an die Gerichtsstätte geladen werden, wo die Antrustionen sich zu verantworten schuldig sind. Die Zuständigkeit der Antrustionen war vielleicht eine verschiedene je nach dem Charakter der Streitsache oder je nachdem sie am Hofe des Herrn oder auswärts lebten. Jedenfalls läßt die besondere Betonung des mallobergus ubi andrustiones mitthiu redebent auf die Herrschaft besonderer Rechtssätze über das Forum der Antrustionen schließen.

Bei fortgesetzter Contumaz wird der Beklagte vor das Königsgericht geladen. Ehe hier die Friedlosigkeit über ihn verhängt werden darf, muß der Kläger die einzelnen Contumazfälle mit drei Zeugen beweisen. Diese sollen beschwören «per singulus uices iurati dicant, quod ibi fuerint, ubi ad<sup>5)</sup> mitthio ad noctes XIII solem collocasset». Der Antrustio war aufgefordert worden, sich binnen vierzehn Nächten

<sup>1)</sup> Bei der Uebereinstimmung aller Fundstellen kann man füglich nicht statt fristito etwa frasitho wie in lex Salica 37 lesen.

<sup>2)</sup> Vgl. Grimm, Deutsches Wörterbuch IV, 1, 217. Graff III, 838. Grimm verzeichnet aus dem Tristan die Stelle: «so vristet beide diz gebot (vollzieht es nicht)». In gleichem Sinne könnte man bei de mitio fristito von der gefristeten Antwort als der nicht vollzogenen Antwort, der vorenthaltenen Verantwortung sprechen.

<sup>3)</sup> So ist in Codex I statt ubi antrustione simithio reddant zu lesen.

<sup>4)</sup> Der Leydener Codex Voss. lat. 119 hatte mitthi iure debent. Eine verschlimm-bessernde Hand hat das h in ein i corrigirt, um zu lesen mitthi iure. Daß die Vorlage der zu Ende des 10. Jahrhunderts geschriebenen Handschrift mitthiu redebent sagen wollte, kann m. E. nicht bezweifelt werden. Als der Ausdruck unverständlich geworden, schälte die Weisheit der Schreiber aus ihm zuerst das iure und dann noch das mitthi heraus.

<sup>5)</sup> Ad fehlt in Codex I. Der Leydener Codex liest ad mitteo. Auf das ad weist auch die Corruptel amonitio im Herold'schen Texte hin.

im Malberg zu verantworten. Da er nicht erschienen war, hatte der Kläger constatirt, daß die Sonne untergegangen, ohne daß der Beklagte binnen der vierzehnnächtigen Frist die Antwort abgegeben hat. Er hatte dem Gegner in Bezug auf die Verantwortung oder (wenn man das ad mit Cod. I fallen läßt) er hatte der Verantwortung des Gegners binnen vierzehn Nächten die Sonne gesetzt.

Inium im Edictum Chilperici<sup>1)</sup>: similiter conuenit, ut quicumque ad mallum fuerit et in ueritate testimonia non habuerit unde se aeducat et necesse est *aut initium* fidem faciant et non habuerit simili modo, qui pro eum fidem faciat, et ipse in sinistra manu fistucam teneat et dextera manu auferat. Chilperichs Edict, welches uns nur der Leydener Codex und eine Abschrift desselben überliefern, ist an einzelnen Stellen in hoffnungsloser Weise verderbt. Als eine Verstümmelung erweisen sich auch die Worte *aut initium*. Man pflegt dafür *ut mitium* zu lesen, eine Emendation, welche Bedenken erregt. Ist *mitium* Subject, so sind darunter wie in der Reclamationsclausel der Mundbriefe, Personen verstanden, für die der Beklagte verantwortlich ist. Es muß aber befremden, daß gerade diese die Leistung des Beklagten verbürgen sollten, der keine Eidhelfer gefunden, daß sie eine Haftung übernehmen sollten für denjenigen, der für sie zu haften hatte.<sup>2)</sup> Auch wäre, da nur ein Einzelner oder mehrere Einzelne Bürgschaft zu leisten hatten, die Wendung *aliquis de mitio* zu erwarten. Sohm faßt *mitium* als Object und übersetzt es als Buße, eine Bedeutung, welche aus keiner der übrigen Fundstellen von *Mithio* mit Sicherheit belegt werden kann und bei einer Reihe derselben vollständig versagt. Im Hinblick auf die Parallelstelle im Herold'schen Text von Lex Salica 51: *quod ei in mallo fidem fecisset*, liegt es nahe, die Erklärung des Passus auf die Bedeutung «*ut in mallo fidem faciat*» zu stützen, wie dies von Boretius angedeutet worden ist.<sup>3)</sup> Will man dabei *mitium* festhalten, so kann man kaum umhin, «*ut ad mitium fidem faciat*» zu lesen. Unter dem *mitium* wäre dann etwa der *mallus* zu verstehen, in welchem die Verantwortung stattfinden sollte. Der Beklagte, das könnte der Sinn der Stelle sein, hat das Recht der Selbstbürgschaft nur in diesem, nicht in einem späteren *Mallus*. Er hat es nicht, wenn er den Eidhelferbeweis angelobt und hinterher nicht erbracht hat. Erklärt er dagegen sofort auf die Klage hin

1) Hessels c. 409, Behrend-Boretius L. Sal., Cap. V, p. 106 c. 6. Vergl. den Text in Holders Ausgabe der Leydener Handschrift der L. S. p. 45, Z. 33.

2) Vgl. Roth, Beneficialwesen 164, Note 228.

3) In seiner und Behrends Ausgabe der Lex Salica, p. 106, Note 9.

in dem Termin, in welchem er die Antwort abgeben soll, den Kläger befriedigen zu wollen, so mag er seine Leistung zur Noth selbst verbürgen. Aber auch gegen diese Erklärung liegen nicht unerhebliche Bedenken vor. Dem Wort *Mithio* wird eine Bedeutung beigelegt, für die wir keinen Belag oder doch keinen sicheren Belag haben. Noch mehr fällt folgende Erwägung in's Gewicht. Wer als Beklagter (*ad-mallatus*, wie statt *ad mallum* zu lesen ist) keine Eidhelfer anbieten kann, ist damit nach allem, was wir von salischem Beweisrechte wissen, noch nicht sachfällig. Es steht ihm noch immer das eigentliche Reinigungsmittel des altsalischen Rechtes, der Kesselfang zu Gebot.<sup>1)</sup> Hat er nicht Eidhelfer, unde se aeducat, so erübrigt ihm, daß er per inium se educat.<sup>2)</sup> Sonach ist nicht ein *fidem facere*, betreffend die Befriedigung des Klägers, sondern ein *fidem facere* über den Kesselfang (*aeneus*, *ineus*, *inius*) zu erwarten.<sup>3)</sup> Demgemäß muß statt *aut initium* entweder *ut ad inium*<sup>4)</sup> oder *ut in inium* oder *ut inium* gelesen werden<sup>5)</sup>. Ist diese Conjectur begründet, so scheidet das Edictum Chilperici aus der Reihe der Stellen aus, welche für die Untersuchung über das *Mithio* in Betracht kommen.

### Mithio in räumlicher Bedeutung.

In karolingischer Zeit wird das Wort *Mithio* stellenweise auch gebraucht, um den Bereich der Verantwortlichkeit, den Raum, das Gebiet zu bezeichnen, auf welches sich die Verantwortlichkeit erstreckt.

In diesem Sinne haben das Wort die drei Rubrikenverzeichnisse der nicht glossirten Handschriften, welche zur dritten Handschriftenfamilie der Lex Salica gehören.<sup>6)</sup> Es sind das die von Hube heraus-

1) Lex Salica 14, 2 in Cod. 2: *se iuratores non potuerit inuenire . . aut ad inium ambulat aut . . sol. 62 culp. iud.*

2) Cf. Lex Salica 56, 1: *ut aut per ineo aut per compositione se educeret.*

3) Vgl. L. Salica 56, 1: *si nec de compositione nec ineo nec de ulla legem fidem facere uoluerit.*

4) *Inium* konnte leicht als Abkürzung für *initium*, *inium* aufgefaßt werden.

5) Gegen *ut inium* spricht, daß sonst die Construction *fidem facere de aliqua re* nicht aliquam rem begegnet. *Ad inium* kann statt *de inio* stehen, wie in der Ueberschrift von Lex Salica 53 *de manu ad ineam redemendam*, wo einige Handschriften statt *ad ineam* *de ineo* lesen. In *inium* ließe sich ebenso oder als abgekürzte Ausdrucksweise für *de manu in inium mittenda* erklären. Die Form *inius* für *ineus*, *aeneus* ist in den Handschriften der Lex Salica vielfach vertreten, wie aus den Registern bei Behrend-Boretius und bei Hessels erschen werden kann.

6) Nach Behrend, die Textentwicklung der Lex Salica in der Zeitschr. f. Rechtsgesch. XIII, 36 f., ist ihr Text später wie die Emendata entstanden.

gegebene Warschauer Handschrift (Hessels H), der Codex Paris. 4409 alten Stils (B) und die Skt. Galler Handschrift 729 (G). In den Rubrikenverzeichnissen findet sich zu Titel 56 (55) dieser Familie<sup>1)</sup> die Rubrik: *si quis in mitio*<sup>2)</sup> alieno per ingenio furtum fecerit, während die glossirten Handschriften derselben Familie (Hessels 7, 8, 9) hier die Fassung bieten: *si quis per malo ingenio in curte aut in casa furtum* (al. in furto) *aliquid miserit*. Hessels, der darauf zuerst aufmerksam gemacht hat,<sup>3)</sup> findet aus der Vergleichung der Rubriken, daß *mithio* augenscheinlich *curtis* oder *casa* sei. Die scheinbare Triftigkeit dieser Folgerung verschwindet, wenn man die Stelle etwas näher in's Auge faßt, der die Rubrik gewidmet ist. Der betreffende Titel lautet in den Handschriften BGH: *si quis in curte vel (in) casa vel in colibet loco*<sup>4)</sup> *furtum per malum ingenium miserit, nesciente domino, cuius domus est, sol. 62½ culp. iud.* Furtum ist hier eine gestohlene Sache. Wer eine gestohlene Sache in das Haus eines Andern ohne dessen Wissen legt, bringt diesen in den Verdacht des Diebstahls.<sup>5)</sup> Wird die Sache hier gefunden, so muß der Hauseigentümer auf die Diebstahlsklage antworten. Es ist ihm widerrechtlich die Verantwortlichkeit für den Diebstahl zugewälzt worden. Die Worte *in curte aut in casa*, wie sie die Rubrik der Handschriften 7—9 enthält, haben offenbar dem Verfasser des Rubrikenverzeichnisses in BGH nicht genügt. Sie schienen ihm den Text der Stelle nicht zu decken, wo es ausdrücklich heißt *in curte uel casa uel in quolibet loco*. *In quolibet loco* ist etwas vag. Es kann sich nur um einen Hinterlegungsort handeln, der den *nesciens dominus* in Verantwortlichkeit versetzt. Der Autor des Index von BGH faßte daher die *curtis*, die *casa* und den *quolibet locus* in dem bezeichnenderen Ausdruck *mitio* zusammen. Das Wort begreift den gesamten Bereich in sich, der den *dominus* im gegebenen Falle verantwortlich macht, nicht bloß die *curtis* und die *casa*, sondern auch den maßgebenden *quolibet locus*. *Mitio alieno* wird also hier nicht mit fremdes Haus, fremder Hof, sondern mit Bereich fremder Verantwortlichkeit zu übersetzen sein.

Bei Grundherrschaften erstreckte sich der Bereich der Verantwortlichkeit des Grundherrn auf all das Gebiet, auf welchem die Leute

<sup>1)</sup> Er entspricht dem Titel 34, § 4 des Textes in 65 Titeln.

<sup>2)</sup> G hat *mitio*.

<sup>3)</sup> Im Glossar s. v. *mitio*.

<sup>4)</sup> Cod. 7, 8, 9: *in quolibet*.

<sup>5)</sup> Vgl. *Pactus Childeberti et Chlotharii*, c. 10: *si quis in alterius domum, ubi clavis est, furtum invenerit, dominus domus de vita componat*.

wohnten und ansässig waren, für welche jener verantwortlich war. Wie *Mithio* einerseits den Kreis der Personen bedeuten konnte, für welche die *Mithiopflicht* des Herrn bestand, so deckte der Ausdruck andererseits das räumliche Gebiet, auf welches sich die Verantwortlichkeit für die darin wohnenden Leute bezog. Als Bereich der Verantwortlichkeit in diesem Sinne findet sich das Wort z. B. in einer Immunitätsurkunde Pippins für das Kloster Murbach: *nec homines ipsius ecclesiae tam ingenuos quam servos, qui super eorum terris vel micio commanere videntur, qui ibidem aspiciunt*.<sup>1)</sup> Ferner werden in dem *Polypticum Irminonis* Personen, welche einen Kopfzins (*cavaticum*) zahlten, eingetheilt in solche *de inframitico* einerseits und *in forastici, de forasmitico* andererseits.<sup>2)</sup> Unter den ersteren versteht man Kopfzinspflichtige, die innerhalb, unter den letzteren solche, die außerhalb des Herrschaftsgebietes wohnten.<sup>3)</sup> Der Mundbrief Pippins für Anisola von 752 und das *Capitulare missorum* von 803, worin man gleichfalls die räumliche Bedeutung von *Mithio* hat finden wollen, sind schon oben S. 17, 18 besprochen worden.

Nach Pippin beginnt das Wort *Mithio* seltener zu werden. Die Kanzlei Ludwigs des Frommen wendet es meines Wissens gar nicht an. Aus den Clauseln der Schutzbriefe, in welchen es früher typisch war, verschwindet es, indem entweder nur die *sperantes* erscheinen,<sup>4)</sup> so daß dieser Ausdruck schlechtweg die Leute bedeutet, für welche der Herr, sei es nun in der Rolle des Klägers oder des Beklagten, einzutreten hat oder indem nur die *homines sui* ohne jede weitere Bezeichnung genannt werden, wie dies schon in der Mundbriefformel Rozière 10, Lindenbrog 385) der Fall ist. Wahrscheinlich hängt diese Erscheinung mit der festeren Ausgestaltung zusammen, welche die Rechtsverhältnisse zwischen *senior* und *homines* in karolingischer Zeit erlangt hatten. Sie ließ eine nähere Bestimmung der *homines* des Herrn, auf welche sich der Inhalt des königlichen Diploms erstrecken sollte, als entbehrlich erscheinen. Auf diese Entwicklung sowie auf die Veränderungen einzugehen, welche die Verantwortlichkeit

<sup>1)</sup> Bouquet V, 698, Mühlbacher, Regesten, 94 zu 752—764. Cf. Mühlbacher 140, a. 772.

<sup>2)</sup> *Polyptyque de l'abbé Irminon* ed. Guérard II, 114, 115, 116.

<sup>3)</sup> Guérard a. O. I, 34, Note 26.

<sup>4)</sup> Z. B. in den Reclamations-Clauseln der *formulae imperiales* 32, 55.

<sup>5)</sup> *Additam, e codd. Marc. nr. 2, Zeumer I, III.*



des Herrn allmählich erfuhr,<sup>1)</sup> ist hier nicht der Ort. Sie fallen über den Rahmen dieser Untersuchung hinaus, der es nur darauf ankam, die Bedeutungen des Wortes Mithio in den Quellen festzustellen.

Als Grundbedeutung haben wir «Antwort», «Erwiderung» gefunden. In übertragener Bedeutung bezeichnete mithio den Kreis der Personen, für welche jemand verantwortlich ist. Außerdem hat sich eine territoriale Bedeutung des Wortes abgezweigt, als des räumlichen Bereiches der Verantwortlichkeit. Eine gewisse Mehrdeutigkeit des Ausdrucks bleibt so allerdings bestehen. Doch ist es gelungen, die Anwendung des räthselhaften Wortes auf eine geringe Anzahl scharfumgrenzter Bedeutungen zurückzuführen, welche sich aus der Grundbedeutung Antwort oder Erwiderung einfach und mühelos entwickeln lassen. Letztere bietet auch die Möglichkeit einer etymologischen Erklärung von Mithio, an welcher man neustens glaubte verzweifeln zu müssen.

Jakob Grimm sprach die Vermuthung aus, daß mitium von mitan, metiri, messen abstamme.<sup>2)</sup> Eine andere Herleitung wies auf das angelsächsische mētan, englisch meet, gothisch gamōtjan, altsächsisch mōtjan hin.<sup>3)</sup> Auch an das angelsächsische gemittan, mittan (occurrere), mitting (concurus) konnte gedacht werden.<sup>4)</sup> Sohm brachte mithio mit Miethe, althochdeutsch mēta, Lohn in Verbindung. Leo und von Sybel nahmen ein Wort keltischen Stammes, meidhead, wägen, zu Hülfe. Kern, der früher mit Grimm von mitan ausgegangen war, hält in den Noten 186, 290 zur Ausgabe der Lex Salica von Hessels eine grammaticalische Erklärung von mithio für unmöglich, er nimmt vielmehr an, daß die fränkischen Schreiber ein anlautendes w durch m ersetzt hätten, und gelangt, die Bedeutung auctoritas voraussetzend, zu wittha oder wittia, witia. Nachträglich, nämlich in dem Glossar, welches Hessels seiner Ausgabe beifügte,

<sup>1)</sup> Es kommen dabei in Betracht die fortschreitende Ausbildung des Systems öffentlicher Strafen, welche zur Umwandlung des Repräsentationsrechtes in eine Repräsentationspflicht führte, ferner der Umstand, daß die Rechtsverweigerung des Immunitätsherrn in Sachen seiner Leute mehr und mehr den Charakter der Justizverweigerung annahm. Vgl. Bethmann-Hollweg, Civilprozefs V, 46 zu Note 43, und V, 45 zu Note 39. Ferner G. Meyer, Z. d. Savignyst. III, 110.

<sup>2)</sup> In der Vorrede zu Merckel's Lex Salica XI f.

<sup>3)</sup> Pardessus zu Ed. Chilp. c. 6. Von Daniels a. a. O. Note 2.

<sup>4)</sup> Die Sachsenchronik bringt in dem Liede auf Aethelstan V. 50 gārmitting, nach Grein hastarum concursus (also wāpentāk). Das Verbum mittan ist bisher nur einmal, im Psalm 106, 3 belegt. Häufiger findet sich gemittan begegnen, antreffen. Ich verdanke diese Fundstellen einer freundlichen Mittheilung Zupitza's. Cf. Diefenbach, vergl. Wörterbuch der goth. Spr. II, 91. Gegen die Verwandtschaft mit mittan spricht, daß die Form «Mithio» älter sein dürfte wie «Mittio».

bemerkt Kern im Hinblick auf die von Hessels vermuthete Bedeutung casa, curtis, daß überall witium u. s. w. zu lesen sei, weil das niederländische wite in der Bedeutung curtis, Farm, vorkomme.

Wie W. Scherer mir mittheilt, ist Mithio vermuthlich verwandt mit dem gothischen Adverbium missô «gegenseitig, wechselseitig», worin an die gleiche Gestalt der Wurzel ein mit einer Dentalis anlautendes Suffix getreten ist und mit goth. maithms «Geschenk» (als Erwiderung gedacht), lat. mutuus, griech. *μοῦρος*, Erwiderung, Vergeltung, worin die gleiche Wurzel mit anderer Gestalt des Vokales erscheint.<sup>1)</sup> Sonach dürfte die Vorstellung des Erwiderns, des Vertauschens zu Grunde liegen. Auf dieser Grundlage konnte sehr leicht der Begriff Antwort, processualische Erwiderung erwachsen.

<sup>1)</sup> Nach Fick, Vergl. Wörterbuch der indog. Sprache I, 3. Aufl. 177, Diefenbach, Vergl. Wtb. d. goth. Spr. II, 76 kann auch das Sanskritwort mithás, gegenseitig, wechselseitig (th im Sanskrit für unverschobenes t) und das altbulgarische mitě von gleicher Bedeutung herangezogen werden.

PAUL HINSCHIUS

Ueber die juristische Persönlichkeit der  
Synodal-Kassen in der evangelischen  
Landeskirche der älteren preussischen  
Provinzen.

---

Das Kön. Konsistorium der Provinz Brandenburg hat aus Anlaß eines Spezialfalles in einem Schreiben vom 25. Januar 1884 den vereinigten Kreissynoden Berlins die Rechtspersönlichkeit abgesprochen, und aus den in der Sitzung dieser Synoden vom 17. Juni 1884 abgegebenen Erklärungen des Vertreters des Konsistoriums war zu entnehmen, daß dasselbe die gleiche Rechtsauffassung auch in Betreff der Kassen der übrigen Synoden theilt. Schon in der 1880 erschienenen Ausgabe des Koch'schen Kommentars zum Allgemeinen Landrecht, Bd. 4, S. 342, n. II a, ehe die Frage überhaupt von praktischer Bedeutung geworden war, hatte ich meinerseits die entgegengesetzte Ansicht aufgestellt. Bei der praktischen Wichtigkeit, welche die Frage jetzt erlangt hat, ist es der Mühe werth, dieselbe näher zu erörtern, um so mehr, als das moderne, auf den neueren Kirchengemeinde- und Synodal-Ordnungen beruhende Recht der evangelischen Landeskirchen bisher seitens der Kirchenrechtswissenschaft sich einer eingehenden juristischen Behandlung nur in wenigen Beziehungen zu erfreuen gehabt hat.

Unbestrittener Massen besitzen nach älterem preussischen Recht von kirchlichen Korporationen 1. die einzelnen (evangelischen und katholischen) Kirchengemeinden A. L. R. II. 11. §§ 17, 160, 618; 2. die Dom-, 3. die Kollegiatkapitel, a. a. O. §§ 940, 941, 1025, 1026, 1054, 1055; und 4. die Klöster a. a. O. §§ 1057, 1185 ff., Gesetz betr. die geistlichen Orden v. 31. Mai 1875, § 4; und

ferner von kirchlichen Instituten oder Zwecken die katholischen Bisthümer, A. L. R. II. 11, § 1034; Bulle: de salute animarum vom 16. Juli 1821, s. v. «atque huius modi censuum proprietas etc.», Gesetz über die Verwaltung erledigter katholischer Bisthümer v. 20. Mai 1874. § 6, die Rechte der juristischen Person.

Es handelt sich in allen diesen Fällen um kirchliche Organisationen, welche zur Befriedigung bestimmter kirchlicher Bedürfnisse materielle Mittel besitzen und nöthigenfalls diese beschaffen müssen. Das ältere preussische Kirchenrecht ist also von dem Princip beherrscht, daß allen solchen Organisationen die juristische Persönlichkeit zukommt.

Daran hat auch die neuere Gesetzgebung festgehalten. Als die Verfassung der evangelischen Kirche der älteren Provinzen im J. 1876 ihren Abschluß gefunden hatte, und dem Kirchenregiment in Verbindung mit der Generalsynode das Recht beigelegt war, Ausgaben für landeskirchliche Zwecke zu bewilligen, wurden der evangelischen Landeskirche durch Art. 19 des Staatsgesetzes betr. die evangelische Kirchenverfassung in den acht älteren Provinzen v. 3. Juni 1876 zugleich die Rechte einer juristischen Person beigelegt.<sup>1)</sup>

Die Kreis-, Provinzialsynoden, die Generalsynode und endlich die vereinigten Kreissynoden Berlins, deren Kassen hier in Frage stehen, haben ebenfalls für materielle kirchliche Bedürfnisse zu sorgen und die Mittel dafür zu beschaffen. Man wird daher von vornherein zu der Annahme berechtigt sein, daß der Gesetzgeber auch in Bezug auf sie an dem Principe des bisherigen Rechtes hat festhalten und ihnen die Korporationsrechte nicht hat versagen wollen.

Was zunächst die Kreis- und Provinzialsynoden betrifft, so haben sie die durch sie verursachten Kosten ihrerseits selbst auf-

1) «Die Vertretung der evangelischen Landeskirche in ihren vermögensrechtlichen Angelegenheiten erfolgt durch den Evangelischen Ober-Kirchenrath unter Mitwirkung des General-Synodal-Vorstandes (§ 36, No. 4 der General-Synodal-Ordnung vom 20. Januar 1876). Die Befugniss zur Aufnahme von Anleihen ist darin nicht einbegriffen. — Schriftliche Willenserklärungen, welche die Landeskirche Dritten gegenüber rechtlich verpflichten, bedürfen in ihrer Ausfertigung des Vermerkes, daß der General-Synodal-Vorstand bei dem Beschlusse mitgewirkt, der Unterschrift des Präsidenten des Evangelischen Ober-Kirchenrathes oder dessen Stellvertreters und der Beidrückung des Amtssiegels.» Mit diesem Artikel steht freilich die Erklärung des Kommissars der Staatsregierung in den Kommissions-Verhandlungen des Abgeordnetenhauses, Drucksachen 12. Legisl.-Per., III. Sess. 1876, No. 153, S. 27 in direktem Widerspruch, daß «der Landeskirche als solcher nirgends Korporationsrechte eingeräumt seien». Sie ist indessen schon dem Wortlaut gegenüber bedeutungslos. Die Motive zu dem betr. Artikel, s. cit. Drucksachen No. 31, S. 31, bemerken gleichfalls: «... und (wird) damit zugleich anerkannt, daß die evangelische Landeskirche als Einheit Vermögen erwerben, besitzen und verwalten kann», bejahen also ihrerseits ebenfalls die juristische Persönlichkeit der Landeskirche ausdrücklich, und in demselben Sinne hat sich auch der Kultusminister Falk in der noch unten (S. 41) näher zu besprechenden Rede erklärt. Der hier vertretenen Ansicht ist auch Förster-Eccius, preufs. Privatrecht 4, 744, welcher freilich irriger Weise auf die Landeskirche den Korporationsbegriff, nicht den Anstaltsbegriff, s. darüber P. Hinschius, bei Marquardsen, Handbuch des öffentlichen Rechtes I, 1, 250, anwendet. S. übrigens auch Dernburg, Pandekten I, 144.

zubringen, und zwar die ersteren nöthigenfalls durch Steuern, welche von den Einzelgemeinden zu erheben sind, Kirchengem.- u. Syn.-Ordn. v. 10. September 1873, §§ 71, 72. Die Provinzialsynoden besitzen ferner ein Besteuerungsrecht für provinzielle kirchliche Zwecke; a. a. O. § 65 No. 7. Sie ziehen diese Steuern und Beträge zur Deckung ihrer Kosten von den Kreissynoden ein, a. a. O. §§ 72, 74, welche letztere sie ihrerseits wieder auf die einzelnen Kirchengemeinden vertheilen. Für beide Arten von Synoden ist dadurch die Nothwendigkeit einer Kassenverwaltung gegeben und daher rechnet die Kirchengemeinde- und Synodal-Ordnung zu den Befugnissen und Obliegenheiten der Kreissynode (§ 53 No. 7) «die Verwaltung der Kreissynodalkasse, die Bestellung des Kreissynodalrechners, die Festsetzung des Etats der Kasse», und bestimmt hinsichtlich der Provinzialsynode (§ 65 No. 6), sie ordnet durch ihre Beschlüsse die Verwaltung der Provinzialsynodalkasse.

Wer ist aber der Eigenthümer des durch die Repartition auf die Gemeinden aufbrachten, in den Synodalkassen befindlichen Geldes?

Die Antwort darauf giebt der § 71 der citirten Ordre, dahin lautend:

«Die Kosten der Synoden werden aus den Provinzial- und Kreissynodalkassen bestritten. Diese erhalten ihren Bedarf, soweit nicht andere Mittel für jenen Zweck gewidmet sind, theils durch die Einkünfte ihres eigenen Vermögens, theils durch die Beiträge der Synodalkreise und Gemeinden.»

Der Paragraph setzt voraus und erkennt damit an, daß die Kreis- und Provinzial-Synodalkassen Vermögen besitzen können, d. h. daß sie vermögensfähig, also juristische Personen sind. Allerdings ist die Kirchengemeinde- und Synodal-Ordnung kein Staatsgesetz, aber die nach preussischem Rechte für die Entstehung einer juristischen Person erforderliche staatliche Genehmigung, welche nicht in der ausdrücklichen Erklärung, daß Korporationsrechte ertheilt werden, zu bestehen braucht (vgl. Förster-Eccius, preufs. Privatrecht 4, 721, 758; Dernburg, preufs. Privatrecht, 4. Aufl. I, 108), ist in dem schon citirten Staatsgesetz v. 3. Juni 1876 enthalten. Die hier gehörigen Artikel ordnen an:

Art. 2: «Die Kreissynode übt die ihr in der Kirchengemeinde- und Synodal-Ordnung vom 10. September 1873 zugewiesenen Rechte in Betreff . . . 3) Der Kreissynodalkasse, des Etats der Kasse und der Repartition der zu derselben erforderlichen Beiträge der Kirchenkassen und Gemeinden (§ 53 No. 7)»;

Art. 10: «Die Provinzialsynodalkasse übt die ihr in der Kirchengemeinde- und Synodal-Ordnung vom 10. September 1873 zugewiesenen Rechte in Betreff . . . 2) . . . der Kreis-synodal- und der Provinzialsynodalkasse»; endlich

Art. 12: «Die Bestimmungen der §§ 71—74 der Kirchengemeinde- und Synodal-Ordnung vom 10. September 1873 über die Kosten der Kreis- und Provinzialsynoden kommen zur Anwendung, sobald die neuen Synodalorgane gemäß der §§ 43—46 der General-Synodal-Ordnung vom 20. Januar 1876 gebildet sind.»

Das Staatsgesetz hat also die gedachten vermögensrechtlichen Funktionen der erwähnten Kassen ausdrücklich anerkannt, ja auch die Vorschrift des mitgetheilten § 71 der erwähnten Ordnung, welcher des Vermögens dieser Kassen gedenkt, seinem vollen Inhalte nach genehmigt.

In Betreff der Generalsynodalkasse bestimmt die General-Synodal-Ordnung vom 20. Januar 1876, § 38:

«Zur Bestreitung der Kosten der Generalsynode, sowie der Vorstände derselben und der von den letzteren bestellten Ausschüsse und Kommissionen wird eine Generalsynodalkasse gebildet. Diese erhält ihren Bedarf, soweit nicht andere Mittel für jenen Zweck gewidmet sind, durch die Beiträge der Provinzialsynodalkassen. Für die Vertheilung dieser Beiträge über die einzelnen Provinzen und die Beschaffung der auf sie entfallenden Summen sind die Bestimmungen des § 14, Satz 2 und 3 maßgebend.<sup>1)</sup> Die Abführung geschieht an den Vorstand der Generalsynode.»

§ 39: «Der Synodalvorstand legt die Rechnung der Generalsynodalkasse. Die Prüfung und Entlastung dieser Rechnung erfolgt durch die Generalsynode.

Beschließt die Generalsynode auf Antrag ihres Vorstandes die Verwaltung der Synodalkasse durch den Evangelischen Ober-Kirchenrath, so erfolgt sie bei diesem; Rechnungslegung und Entlastung richten sich dann nach den Vorschriften des § 11;<sup>2)</sup> und das Staatsgesetz vom 3. Juni 1876:

<sup>1)</sup> D. h. sie werden zunächst auf die Provinzen, in der Provinz auf die Kreis-synodalkassen und innerhalb des Kreissynodalbezirks auf die Gemeinden repartirt.

<sup>2)</sup> In diesem Falle ist die Rechnung der Generalsynode und in den Jahren, in welchen die letztere nicht zusammentritt, dem Generalsynodal-Vorstande zur Prüfung und Ertheilung der Entlastung vorzulegen.

Art. 20: «Für die Kosten der Generalsynode, deren Vorstände, Ausschüsse und Kommissionen, sowie des Synodalthes kommen die §§ 38—40 der General-Synodal-Ordnung vom 20. Januar 1876 zur Anwendung»;

endlich Art. 18: «Der General-Synodalvorstand übt die ihm in den §§ 11, 12 der General-Synodal-Ordnung vom 20. Januar 1876 zugewiesenen Rechte und verwaltet die General-Synodalkasse (§ 34, No. 6).»

Staats- und Kirchengesetz haben durch diese Normen eine Kasse geschaffen, welche besonderen Zwecken zu genügen und zu diesem Behufe mit bestimmten Einnahmequellen dotirt ist. Die ihr zufließenden Gelder sollen nicht einen Bestandtheil des von dem Evangelischen Ober-Kirchenrath verwalteten Vermögens der juristischen Person der evangelischen Landeskirche bilden, vielmehr stehen sie unter einem eigenen Verwaltungsorgan, dem Generalvorstand, wenngleich allerdings die Generalsynode berechtigt ist, die Verwaltung dem Evangelischen Ober-Kirchenrath zu übertragen.

Es kann daher keinem Bedenken unterliegen, auch dieser, selbstständige Funktionen erfüllenden Kasse die Rechtspersönlichkeit zuzusprechen. Dafs der Gesetzgeber dies gewollt hat, ergibt sich aus der Regelung der Verhältnisse derselben und aus dem Parallelismus in den betreffenden Anordnungen und den Vorschriften über die Kreis- und Provinzialsynodalkassen, welche unzweifelhaft als juristische Personen anzusehen sind. Der § 71 der Kirchengem.- und Synodal-Ordnung erwähnt allerdings «des etwaigen Vermögens» der letzteren beiden Kassen, während der § 38 der General-Synodal-Ordnung diesen Ausdruck nicht aufweist. Wenn er aber die Ausschreibung von Beiträgen nur soweit gestattet, als «nicht andere Mittel» für die Bestreitung der Kosten gewidmet sind, so setzt er dadurch voraus, dafs die Kasse solche, also auch Vermögen, z. B. aus Ueberschüssen früherer Steuer-Ausschreibungen und aus etwaigen letztwilligen Zuwendungen u. s. w. besitzen kann.

Für die vereinigten Kreissynoden der Stadt Berlin kommt das staatlich anerkannte Regulativ von 1881, bzw. 1882<sup>1)</sup> in Betracht. Der Wirkungsbereich derselben umfaßt u. A. nach § 4 nachstehende Befugnisse und Obliegenheiten: (No. 6) «die Ausschreibung allgemeiner Umlagen a) behufs Ersatz für die aufzuhebenden Stol-

<sup>1)</sup> Kirchl. Gesetz- u. Verordnungsblatt 1881, S. 80 ff. Die Abänderungen a. a. O. 1882 S. 81, in der jetzt geltenden Gestalt abgedruckt in P. Hinschius, preufs. Kirchenrecht im Gebiete des A. L. R., Berlin 1884, S. 198, Anm. 42.

gebühren, b) zur Gewährung von Beihülfen an ärmere Parochien behufs Befriedigung dringender kirchlicher Bedürfnisse, c) behufs Berichtigung des Antheils aller Gemeinden an den Kreis-, Provinzial- und Generalsynodalkassen, sowie an den im Wege kirchlicher Gesetzgebung festgestellten Umlagen für provinzielle und landeskirchliche Zwecke», ferner

«7) die Errichtung einer Synodalkasse für die Einnahme und Verwendung der ausgeschriebenen Umlagen».

Ueber die Verwaltung derselben bestimmt § 5, Abs. 4:

«Im Falle der Errichtung einer Synodalkasse (§ 4, No. 7) bedarf die Anstellung der für die Verwaltung derselben erforderlichen Beamten und die für dieselben zu erlassende Geschäftsanweisung der Genehmigung der vereinigten Kreissynoden; denselben gebührt auch die Aufstellung der Voranschläge für die Verwaltung der Kasse, die Abnahme der von dem geschäftsführenden Ausschufs darüber zu legenden Rechnungen und die Ertheilung der Entlastung über diese»,

ferner § 10:

«Der geschäftsführende Ausschufs hat:

1. für die Einziehung der beschlossenen Umlagen zu sorgen, die Verwaltung der Umlageerträge zu führen, über dieselbe Bericht zu erstatten und Rechnung zu legen, sowie die Voranschläge für die Verwaltung zu entwerfen;
2. vorbehaltlich der Zustimmung der vereinigten Kreissynoden die Anstellungsverträge mit den besoldeten Verwaltungsbeamten abzuschließen und die Geschäftsanweisungen für dieselben zu entwerfen.»

Das staatsgesetzliche Fundament für das Regulativ bildet der Art. 8 des Gesetzes vom 3. Juni 1876 in seiner Ergänzung durch das Gesetz vom 6. März 1882, welcher bestimmt:

- «1. In dem Regulativ für die vereinigten Kreissynoden der Haupt- und Residenzstadt Berlin kann denselben das Recht beigelegt werden:
2. allgemeine Umlagen auszuschreiben und zwar . . . .<sup>1)</sup>
  3. eine Synodalkasse für die Einnahme und Verwendung der ausgeschriebenen Umlagen zu errichten».

<sup>1)</sup> Hier werden die schon vorhin bezeichneten Zwecke aufgeführt.

Ebenso wie die Generalsynodalkasse hat die Kasse der vereinigten Kreissynoden einen selbstständigen vermögensrechtlichen Zweck zu erfüllen, sie ist ebenfalls mit besonderen Einnahmequellen dotirt und mit besonderen Verwaltungsorganen ausgestattet. Der staatliche Gesetzgeber hat ihr das Recht gegeben, bestimmte Gelder zu vereinnahmen. Darunter kann nur das Recht verstanden werden, sie für sich zu vereinnahmen, also dieselben zu Eigenthum zu erwerben, d. h. der Gesetzgeber hat damit diese Synodalkasse gleichfalls als Rechtssubjekt anerkannt. Hätte er dies nicht bezweckt, so würde er es versäumt haben, den Eigenthümer der in Berlin erhobenen Kirchensteuern zu bezeichnen. Ueberdies würde die Vorschrift, daß eine Synodalkasse für die Vereinnahmung und Verwendung der Steuern zu errichten sei, nur die Bedeutung haben können, den Kreissynoden die Befugniß zu gewähren, die eingezogenen Steuergelder in einen besonderen Schrank oder eine besondere Truhe zu thun und sie in einer zu führenden Rechnung in Einnahme zu stellen, d. h. eine Ungereimtheit enthalten, da jeder Verwalter fremder Gelder an sich die Pflicht hat, dieselben aufzubewahren und darüber Rechnung zu führen.

Eine ungezwungene Interpretation der die verschiedenen Synodalkassen betreffenden kirchen- und staatsgesetzlichen Vorschriften führt nach den vorstehenden Ausführungen dazu, ihnen sämtlich die Rechtspersönlichkeit beizulegen, und dieses Resultat steht in vollem Einklang mit dem oben S. 34 gedachten Princip des preussischen Rechts, daß diese allen denjenigen kirchlichen Einzel-Organisationen gewährt wird, welche mit materiellen Mitteln für bestimmte kirchliche Bedürfnisse eintreten und nöthigenfalls diese herbeischaffen müssen.

Die entgegenstehende Meinung, welche die juristische Persönlichkeit dieser Kassen verneint, beruft sich vor Allem darauf, daß es bei der Feststellung der Verfassung der evangelischen Landeskirche nicht in der Absicht der Staatsregierung gelegen habe, den Synoden Korporationsrechte beizulegen und nimmt dafür die nachstehende Aeußerung, welche der Regierungskommissar, Ministerialdirektor Dr. Förster, bei den Berathungen des Abgeordnetenhauses (49. Sitzung vom 5. Mai 1876, stenograph. Berichte S. 1221) gethan hat, in Bezug:

«Sowohl die Kreissynoden an sich und auch die Gesamtkreissynode von Berlin sind keine vermögensrechtlichen Subjekte, sie haben keine Darlehnsfähigkeit, sie haben nicht die Möglichkeit, eine Realsicherheit zu bieten, sie können also auch keine Anleihen aufnehmen und es ist daher unnöthig,

dafs man ihnen etwas darbietet, was sie, weil sie keine korporativen Rechte haben, nicht ausführen können . . . . Die Angst vor kirchlichen Anleihen ist in den Kommissionsberathungen noch einmal zum Durchbruch gekommen in Artikel 17, wo dies der Vertretung der Landeskirche untersagt ist, und da hat es einen bestimmten Sinn; aber bei den Provinzialsynodal-Verbänden ist nichts davon gesagt, bei den einzelnen Kreissynodal-Verbränden ist es nicht gesagt, — mit Recht, weil alle diese Verbände keine Persönlichkeit haben und Anleihen nicht kontrahiren können».

An und für sich hat die Aeufserung eines Regierungskommissars keine Gesetzeskraft. Es braucht aber im vorliegenden Falle nicht einmal darauf Gewicht gelegt zu werden, denn es läfst sich darthun, dafs gerade die mitgetheilte Erklärung auch aus einer Reihe von anderen Gründen als bedeutungslos und irrig betrachtet werden mufs. Der Regierungskommissar gab die betreffende Aeufserung mit Rücksicht darauf ab, dafs die Kommission des Abgeordnetenhauses in den von den vereinigten Kreissynoden handelnden Artikel 8 des Regierungsentwurfes den Zusatz: «Die Aufnahme von Anleihen ist untersagt» aufgenommen hatte.<sup>1)</sup> Seine Ausführung bezweckte, das Plenum des Hauses zur Ablehnung dieses Amendements zu bestimmen. Die Kommissionsmitglieder, welche für dasselbe gestimmt hatten, mufsten allerdings, weil sie in ihrem Zusatze die Verpflichtungsfähigkeit der vereinigten Kreissynoden oder ihrer Kasse voraussetzten, von der Meinung ausgehen, dafs den ersteren oder der letzteren juristische Persönlichkeit zustehe. Dagegen war es, um das Recht zur Aufnahme von Darlehen auszuschliessen, nicht geboten, dieses principielle Fundament, wie es der Kommissar that, zu bekämpfen. Die Rechtsfähigkeit bedingt es nicht, dafs das betreffende Rechtssubjekt fähig ist, auch jedweden denkbaren Rechtsakt vorzunehmen. Das gilt vor Allem von einer juristischen Person. Die Organe einer solchen repräsentiren sie nur innerhalb des Zweckes, welchem sie dient. Sie sind also nicht befugt, andere Rechtshandlungen, als diejenigen, welche sich innerhalb desselben halten, vorzunehmen. So haben z. B. die Vertreter einer Anstalt oder Stiftung für die Regel keine Befugnifs, Schenkungen aus dem Vermögen der juristischen Person zu machen. Derartige juristische Personen sind also nicht in der Lage, den Rechtsakt der Schenkung zu vollziehen. Ganz ebenso lag aber die Sache bei den vereinigten

<sup>1)</sup> Drucksachen 12. Legisl.-Per., III. 1876, No. 153, S. 12, 43.

Kreissynoden in Betreff der Aufnahme von Darlehen, denn der Gesetzentwurf ermächtigte dieselben allein und ausschliesslich, die erforderlichen Mittel durch Umlagen und nicht auf andere Weise zu beschaffen. Er negirte damit allerdings, wie der Kommissar, die Fähigkeit, Darlehen aufzunehmen. Aber die Begründung, welche der Kommissar dafür gab, war nicht im Entwurf enthalten, war vielmehr lediglich seine persönliche Auffassung und kann schon darum keine maßgebende Bedeutung beanspruchen.

Dazu kommt nun Folgendes. Das Abgeordnetenhaus hat bei der Plenarberathung (49. Sitzung vom 5. Mai 1876, stenogr. Ber. S. 1226) den Zusatz beibehalten. Die Mehrheit ist also der juristischen Anschauung der Kommission beigetreten.

Erst in der Kommission des Herrenhauses, in welcher seitens der Regierungskommissarien dieselbe Auffassung wie im Abgeordnetenhaus geltend gemacht wurde, ist der Zusatz wieder beseitigt worden (Drucksachen 18. 6, No. 67, S. 7) und auch das Plenum des Hauses hat es dabei belassen (11. Sitzung vom 13. Mai 1876, stenogr. Ber. S. 207).

Als die Vorlage demnächst wieder an das Abgeordnetenhaus gelangt war, nahmen hier einzelne Mitglieder den weggefallenen Zusatz durch ein Amendement von Neuem auf, und nunmehr erklärte der damalige Kultusminister Dr. Falk (67. Sitzung v. 30. Mai 1876, S. 1888):

«In wie weit diese vereinigten Kreissynoden auf vermögensrechtlichem Gebiet handlungsfähig sind, das sagt mit dürren und klaren Worten der betreffende Artikel; über diese ausdrücklichen Festsetzungen hinaus haben sie Rechte nicht, denn sie sind nirgends für eine voll handlungsfähige juristische Person erklärt; sie können also gar nicht in die Lage kommen, mit der Aufnahme von Anleihen rechtlich befasst zu werden, und ich sollte meinen, dafs es einem Gesetz doch nicht zum Schmuck gereicht, eine Bestimmung zu enthalten, die in der That nie Anwendung finden kann. Man ist sich in dem anderen Hause sehr wohl bewusst gewesen der Verschiedenartigkeit der Fälle; während beschlossen worden ist, hier den Satz zu streichen, hat man ihn sehr richtig in Beziehung auf den Oberkirchenrath und den Generalsynodalausschufs drin gelassen, weil in der That diese Faktoren die Kirche unbeschränkt in vermögensrechtlichen Angelegenheiten vertreten und deswegen allerdings rechtlich in der Lage sein könnten, eine Anleihe aufzunehmen»;

worauf das Amendement verworfen, also der Zusatz: «die Aufnahme von Anleihen ist untersagt» definitiv beseitigt blieb.

Zwischen dieser Erklärung des Ministers und der S. 39 mitgetheilten seines Kommissars finden sich bemerkenswerthe Verschiedenheiten.

Der erstere liefs die Kreis- und Provinzialsynoden bei Seite. Und mit vollem Recht. Der Kommissar hatte diesen die juristische Persönlichkeit abgesprochen, hatte aber dabei völlig übersehen, dafs der § 71 der Kirchengemeinde- und Synodal-Ordnung, um dessen staatsgesetzliche Genehmigung es sich bei der Vertheidigung des Entwurfes handelte, des «etwaigen Vermögens» der betreffenden Kassen erwähnt und dafs schon der Entwurf in Art. 2, 9, 11 diejenigen Vorschriften enthielt, welche nachmals als Art. 2, 10, 12 (s. o. S. 35) Gesetz geworden sind.

Während ferner der Kommissar die Darlehnsfähigkeit aller Synoden von dem Fundamente aus, dafs ihnen die juristische Persönlichkeit fehle, bestritt, vermied es der Kultusminister, diesen Standpunkt einzunehmen. Er erklärte die Kreissynoden auf vermögensrechtlichem Gebiete in bestimmtem Umfange handlungsfähig. Er verneinte nur, dafs sie eine voll handlungsfähige juristische Person seien und stellte, indem er die evangelische Landeskirche als eine solche bezeichnete, diese letztere den Synoden gegenüber.

Der Gegensatz gegen die voll handlungsfähige juristische Person ist nicht: Negation der juristischen Person, sondern die unvollkommen handlungsfähige juristische Person. Der Kultusminister hat also gerade den vereinigten Kreissynoden die juristische Persönlichkeit zugesprochen. Die Beschränkung, welche er durch den Zusatz: nicht voll handlungsfähig, machte, sollte offenbar dasselbe bedeuten, was schon S. 40 hervorgehoben worden ist, nämlich, dafs die Synoden nur solche Rechtsakte vorzunehmen befugt seien, welche sich innerhalb der Grenzen der von ihnen zu erfüllenden vermögensrechtlichen Zwecke hielten.

Aus dem bisher Angeführten ergibt sich, dafs die S. 39 citirte Aeußerung des Regierungskommissars völlig bedeutungslos ist.

In Betreff der vereinigten Kreissynoden hat der Ressortminister, dessen Erklärung für die Feststellung der Absichten der Staatsregierung das allein maßgebende Gewicht beanspruchen kann, eine Auffassung vertreten, welche mit der seines Kommissars in direktem Widerspruch stand.<sup>1)</sup> Und hinsichtlich der Kreis- und Provinzialsynoden hat der

letztere eine Anschauung vertreten, welche, wie nachgewiesen, mit den eigenen Vorlagen der Staatsregierung unvereinbar war und welche sein Ressortchef ebenfalls nicht adoptirt hat.

Was die anderen Faktoren der Gesetzgebung betrifft, so hat das Abgeordnetenhaus zunächst durch seine Abstimmung vom 5. Mai 1876 an der juristischen Persönlichkeit der betreffenden Synoden festgehalten, und wenn es schliesslich unter dem Eindrucke der Ausführungen des Kultusministers (S. 41) den umstrittenen Zusatz über das Verbot der Aufnahme von Darlehen verworfen hat, so ist anzunehmen, dafs es der Auffassung des Ministers, welche mit seiner eigenen früheren im Einklang stand, beigetreten ist, nicht aber, dafs es dieselbe zu Gunsten derjenigen des vom Minister indirekt desavouirten Kommissars geändert hat.

Aus welchen Motiven seitens des Herrenhauses die Streichung des fraglichen Zusatzes erfolgt ist, läfst sich bei dem Mangel einer Debatte darüber nicht erritteln. Selbst aber, wenn das Herrenhaus dabei etwa von dem seitens des Regierungskommissars Dr. Förster vertretenen Standpunkt ausgegangen sein sollte, würde daraus nur so viel folgen, dafs bei dem Widerspruch der Auffassungen des Herrenhauses mit denen des Kultusministers und des Abgeordnetenhauses eine bestimmte, feste Anschauung des Gesetzgebers in der vorliegenden Frage nicht vorhanden gewesen ist.

Man ist dann mindestens berechtigt, jeden Versuch, die hier fraglichen Artikel des Staatsgesetzes durch die Materialien zu interpretiren, zurückzuweisen und bei der Auslegung lediglich den Wortlaut, den materiellen Inhalt und den Zweck der betreffenden Vorschriften in Betracht zu ziehen.

Dies führt aber, wie sich oben ergeben hat, dazu, den Kassen der in Frage stehenden Synoden die Rechtspersönlichkeit beizulegen.

Hierbei ist der Accent auf das Wort: Kasse zu legen. Bei den Kammerverhandlungen ist zwar stets von der Rechtspersönlichkeit der Synoden gesprochen worden. Das erscheint indessen unrichtig. Die einzelnen verschiedenen Synoden haben nicht den Charakter von Korporationen. Sie sind nicht eine besondere, von den einzelnen Synodalmitgliedern verschiedene und diesen selbstständig gegenüber tretende Personengesammtheit oder Verbandseinheit, welche eigene Interessen und Zwecke zu verfolgen hat. Vielmehr bilden die Synoden Repräsentativorgane der Gemeinden bestimmter kirchlicher Kreise und haben die Funktion, in Verbindung mit dem Kirchenregiment kirchliche Zwecke der verschiedensten Art, theils solche, welche sich auf ihren lokalen Bezirk, theils solche, welche sich auf die Kirche im allgemeinen

<sup>1)</sup> Das ist auch sonst der Fall bei der Berathung des betreffenden Gesetzes gewesen, s. a. S. 34 u. I.



beziehen, zu erfüllen. Deshalb können sie nicht der Gattung der juristischen Personen, welche man als Korporationen zu bezeichnen pflegt, eingereiht werden.

Unter den Funktionen, welche den Synoden obliegen, sind, wie schon früher bemerkt, auch Aufgaben begriffen, zu deren Verwirklichung Geldmittel erfordert werden und von ihnen beschafft werden müssen. Die Ausschreibung und Einziehung der erforderlichen Summen, sowie ihre Verwendung für die gesetzlich bestimmten kirchlichen Zwecke bildet einen Theil ihrer Obliegenheiten. Das angesammelte Geld, wengleich es für die Regel, und zwar in vollem oder annähernd vollem Betrage bald nach seiner Beschaffung wieder ausgegeben wird, ist Vermögen, welches den Zwecken der Landeskirche dient. Es hat also dieselbe Natur und dieselbe Zweckbestimmung wie das Vermögen der Stiftungen und Anstalten. Letztere beide sind nicht nur nach gemeinem, sondern auch nach preussischem Recht (vgl. Förster-Eccius a. a. O. 4, 706, 754; Dernburg a. a. O. I, 104) juristische Personen. Das Recht verbindet mit ihnen, um die Erfüllung ihrer Zwecke durch das dazu gewidmete Vermögen rechtlich zu sichern, die Vorstellung eines Rechts-subjektes. Nichts hindert bei der völlig gleichen Sachlage, diese Vorstellung auch auf die hier in Frage stehenden Synoden zu übertragen. Und zwar ist des Näheren dabei der Begriff der Anstalt zu verwenden. Anstalt in dem hier in Betracht kommenden Sinne ist eine öffentliche Einrichtung zur Erfüllung nützlicher Zwecke, für welche die Aufwendung von Geldmitteln erforderlich ist (vgl. auch Dernburg, Pandekten I, 134, 143). Die Synoden als solche können zwar nicht als Anstalten bezeichnet werden, weil sie nur zeitweise zusammentretende Körperschaften sind und ihre Funktionen nicht auf Zwecke der eben gedachten Art beschränkt sind. Aber sie haben immer unter anderen auch ein für alle Mal festgesetzte kirchliche Vermögenszwecke durch Beschaffung und Verwendung von Geldmitteln zu realisiren und zu diesem Behufe eine dauernde Einrichtung, eine Synodalkasse zu begründen und zu führen. In dieser verkörpert sich die hier in Rede stehende Seite ihrer Thätigkeit und für diese Kasse erscheint daher der Ausdruck «Anstalt» vollkommen zutreffend.

An sie läßt sich die Vorstellung der juristischen Person anknüpfen und die preussische Gesetzgebung hat dies auch selbst gethan, denn in dem von den Provinzial- und Kreissynodalkassen handelnden, staatsgesetzlich bestätigten § 71 der Kirchengemeinde- und Synodal-Ordnung (s. o. S. 35) ist ausdrücklich von dem Vermögen der Kassen die Rede, und das staatlich anerkannte Regulativ für die Berliner Kreis-

synoden spricht in Uebereinstimmung mit dem Staatsgesetz, Art. 8 von einer Synodalkasse für die Vereinnahmung und Verwendung der ausgeschriebenen Umlagen (s. o. S. 38).

Die Synoden, ihre Vorstände und die Synodalrechner, sowie der geschäftsführende Ausschufs der vereinigten Kreissynoden bilden dagegen die Organe, welche die an die Kasse, als Anstalt, geknüpfte juristische Person, innerhalb ihrer Kompetenzen, zu vertreten bezw. das Vermögen derselben zu verwalten haben.

Die Anhänger der entgegengesetzten Ansicht, welche die juristische Persönlichkeit der verschiedenen Synodalkassen leugnen, haben sich bisher nicht dazu verstanden, das Subjekt zu bezeichnen, welchem das in den verschiedenen Kassen befindliche und diesen zustehende Vermögen zuzuweisen ist. Fragen wie die: wer hat das Eigenthum an den in den Kassen befindlichen Geldern? wer ist der Gläubiger zu dem publicistische Forderungsrecht auf die ausgeschriebene Kirchensteuer oder für die Forderung der etwa aus Ueberschüssen gemachten Sparkassen-Einlagen? wem steht bei Unterschlagungen der Steuererheber das Forderungsrecht wegen der Defekte zu? wer ist bei der etwaigen Anstellung besoldeter Beamten durch die vereinigten Kreissynoden der den ersteren für ihr Gehalt verhaftete Gegenkontrahent? und ähnliche, muß jede juristische Theorie, wenn sie überhaupt Anspruch auf Beachtung machen will, zu lösen im Stande sein.

Bei der hier vertretenen Auffassung ist die Antwort einfach gegeben. Das berechnete und das verpflichtete Subjekt ist die betreffende Synodalkasse als juristische Person.

Die gegnerische Meinung hat aber nicht nur bisher auf alle diese Fragen keine Antwort gegeben, sondern sie ist auch bei der Stellung, welche sie eingenommen hat, wie jetzt nachgewiesen werden soll, dazu außer Stande.

Für das Vermögen der Provinzial- und Kreissynodalkassen, sowie der Generalsynodalkasse läßt sich nach Lage der bestehenden Gesetzgebung gar kein anderes Rechtssubjekt, als das damit bezeichnete, finden. Dieselbe gestattet nicht einmal, die verschiedenen Synodalkassen nach Analogie der unselbstständigen *stationes fisci* oder Staatskassen als bloße Kassen der evangelischen Landeskirche aufzufassen und das Vermögen derselben für Vermögen der Landeskirche zu erklären. Denn die Obliegenheiten, welche die Kassen, beziehentlich die Synoden zu erfüllen haben, gehören gesetzlich nicht zu den vermögensrechtlichen Angelegenheiten der ganzen Landeskirche, vielmehr haben die Synoden nur einen Theil der von ihnen aufzubringenden

Geldmittel für allgemeine landeskirchliche Zwecke abzuliefern. Die Synodalkassen stehen also der Kasse der allgemeinen Landeskirche selbstständig gegenüber.

Speziell in Betreff der vereinigten Kreissynoden von Berlin ist bei den Kommissionsberathungen des Herrenhauses (a. a. O. S. 7) die Auffassung vertreten worden, daß diese in Bezug auf die ihnen beigelegten Zwecke eine Gesamtgemeinde bilden, und von diesem Standpunkt aus würde man in den durch die gedachten Synoden vertretenen Berliner Kirchengemeinden, welche jede für sich die juristische Persönlichkeit haben, und zwar in ihrer Gesamtheit als Miteigentümer-Gemeinschaft oder als Gesellschaft, das Rechtssubjekt, welchem das Vermögen der betreffenden Synodalkasse gehört, suchen müssen. Indessen hat auch diese Theorie an der bestehenden Gesetzgebung keinen Anhalt. Ebensowenig wie die zu einer Kreissynode vereinigten Gemeinden eine Gesamtgemeinde oder Miteigentümer-Gemeinschaft ausmachen, ebensowenig sind die vereinigten Berliner Kreissynoden eine solche sämtlicher Berliner Gemeinden. Sie sind, wie auch die einzelne Kreissynode, eine selbstständige, von der bloßen Summe der Einzelgemeinden verschiedene Einrichtung, denn sie haben Zwecke zu erfüllen, welche weder die Einzelgemeinden noch die einzelnen Kreissynoden, wenn man sie bloß summirt, realisiren können. Die Umlagen, welche sie zu diesem Behufe auszuschreiben haben, werden ohne jede Rücksicht auf die Eintheilung Berlins in Kirchengemeinden und im Kreissynodalkreise aufgebracht und ebensowenig haben die einzelnen Gemeinden oder Kreissynoden als solche ein Recht auf einen Antheil an den erhobenen Steuerbeträgen, sondern diese werden nach Maßgabe der Bedürftigkeit, der Ausfälle an Stolgebühren und der Beiträge zu den verschiedenen Synodalkassen vertheilt.

Auch dieser Konstruktionsversuch muß also von der Hand gewiesen werden.

Die Verneinung der juristischen Persönlichkeit der Synodalkassen führt demnach zu der Folge, daß es an jedem berechtigten Subjekt für die in den verschiedenen Kassen vorhandenen Geldbeträge und den ihnen zustehenden Forderungen auf solche fehlt. Mit einem Worte: Diese Vermögensstücke müßten *res nullius* sein. Allerdings können die einzelnen Synoden das betreffende Vermögen verwalten und innerhalb ihrer Zwecke verwenden, weil ihnen dazu das Kirchen- und Staatsgesetz die Legitimation gewährt, vielleicht läßt auch ein minder skrupulöser Richter eine Klage zu, weil er sich um das X, welches die Synoden und ihre Vorstände und Ausschüsse als Organe

vertreten, nicht näher bekümmert. Aber wen trägt der Grundbuchrichter als Gläubiger in das Grundbuch ein, wenn eine Synodalkasse ihre Ueberschüsse auf Hypothek ausleiht? Und können einer solchen Kasse Gelder gestohlen oder unterschlagen werden, wenn man kein Rechtssubjekt als Eigentümer derselben bezeichnen kann, d. h. sie als *res nullius* betrachten muß?

Die hier bekämpfte Meinung muß die Konsequenz anerkennen, daß sie das wesentlich durch die Steuern der Kirchenglieder aufgebraachte Vermögen der Synodalkassen des Rechtsschutzes beraubt. Ist aber eine solche Ungereimtheit dem Gesetzgeber zuzutrauen?

Allein die Annahme der Rechtspersönlichkeit der Synodalkassen entlastet den Gesetzgeber von diesem Vorwurf und so bieten die Konsequenzen, zu denen die gegnerische Ansicht gedrängt wird, ein weiteres Unterstützungsmoment für die Richtigkeit der hier dargelegten Theorie.

ALFRED PERNICE

Volksrechtliches und amtsrechtliches  
Verfahren in der römischen  
Kaiserzeit.

---

Die sog. *extraordinaria cognitio*, die seit Diocletian das gewöhnliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten bildet, ist nichts anderes, als das Verwaltungsstreitverfahren vor dem Beamten, übertragen auf den Civilproceß und demgemäß abgeändert. Dieser Satz wird heute schwerlich mehr auf erheblichen Widerspruch stoßen<sup>1)</sup>. Die Cognition wird bereits in republikanischer Zeit vom Consul, vom Censor, selbst in bestimmten Sachen vom Prätor angewendet.

## I.

Freilich in republikanischer Zeit nehmen die Cognitionen des Prätors keinen großen Raum ein. Es gehören dazu I. die Missionen, Kauttionen und Restitutionen, also die eigentlichen Fälle des sog. *imperium mixtum*<sup>2)</sup>. Die Juristen unterscheiden dies bekanntlich genau vom Straf- und Disciplinarrechte. Die Zwangsmittel des *imperium merum* verwendet der Prätor im Ordinarverfahren nicht; anders dagegen im Bereiche des *imperium mixtum*.

I. Bei Missionen durfte der Prätor grundsätzlich mit Pfändung oder durch seine Diener die Besitzergreifung durchsetzen oder den Eingewiesenen im Besitze erhalten. Aber im Allgemeinen war der Stadtprätor auch hier diskret: er gab lieber *ao. in factum* oder Interdikt<sup>3)</sup>

---

1) Bezeichnend dafür ist die bekannte Zusammenstellung bei Callistratus fr. 5 pr. de eo. cogn. 50, 13.

2) Vgl. Parerga II (Zschr. f. R.-G. N. F. 5) S. 29 f.

3) Fr. 4 § 2 de dam. inf. 39, 2; fr. 5 § 23, § 27 ut in poss. leg. 36, 4; fr. 1 § 9 quod leg. 43, 3. Schmidt (Interdicte S. 310 ff.) meint, die Fälle der außerordentlichen Hilfe seien erst später aufgekommen; die Stellen scheinen mir aber zu ergeben, daß sie Ueberbleibsel sind: *curandum est, ne uis fiat; habet interdictum, aut introducendus est; quaesitum est, an hoc interdicto teneatur*.

und «leitete so das Verfahren in den ordentlichen Rechtsgang über»<sup>1)</sup>. Das war begreiflich in der Kaiserzeit anders, wenn ein Prätor im Verwaltungsverfahren entschied. Dem Fideicommissprätor ist die *pignoris capio* als Mittel der Zwangsvollstreckung geläufig, und er bedient sich ihrer bei Missionen und in ähnlichen Fällen<sup>2)</sup>.

Etwas anders steht es 2. bei Restitutionen. Hier ist das Cognitionungsverfahren selbstverständlich. Der Prätor hat sich durch die ediktalen Restitutionsgründe gebunden, im Uebrigen aber freie Hand gewahrt. Ob er bei der Durchführung der Restitution selbst eingriff oder eine a. rescissoria gab, mochte von seiner Individualität abhängen<sup>3)</sup>; noch häufiger hieng es von der Beschaffenheit des Falles ab. Denn der Stadtprätor kann nicht, wie der Präfekt oder der Consul, sich einen *iudex datus* zur Entscheidung besonderer Fragen zu Hilfe nehmen; er muß das Geschworenenverfahren eintreten lassen, wo er eine That- oder Rechtsfrage nicht selbst erledigen kann oder will. Beispiele des Schwankens zwischen Cognition und Aktion finden sich lediglich bei Restitution wegen Minderjährigkeit<sup>4)</sup>. Denn hier hatte sich der Prätor mit offener Absicht nicht durch das Edikt einen Zwang auferlegt; er sagt: *animaduertam*, ohne eine a. rescissoria aufzustellen<sup>5)</sup>. Ganz anders beim Edikte zu Gunsten Abwesender: hier ist die Formel in's Edikt aufgenommen<sup>6)</sup>, wie der Prätor ja auch ausdrücklich eine Klage zu geben verspricht (*actionem dabo*)<sup>7)</sup>. Das ist hier durchaus sachgemäß; es sollte ein durch Versäumnis verloren gegangenes Recht wiederhergestellt werden. Von diesem Standpunkte ist die Aeufserung des Callistratus fr. 2 ex quib. c. mai. 4, 6 zu würdigen. Er sagt: dem Abwesenden werde in Folge verschiedener Gesetze meist *extra ordinem* geholfen. Es handelt sich um *reipublicae causa absentes*; ein Eingreifen des Kaisers im Verwaltungswege ist daher begreiflich genug<sup>8)</sup>; man hat den Ausspruch mit Recht auf Soldaten und andere bevorzugte Personen bezogen<sup>9)</sup>. Nirgends steht zu lesen, daß der Stadtprätor selbst cognoscirt habe.

1) Fr. 1 § 2 si uentr. nom. 25, 5: *sed melius et ciuilius faciet, si eum per interdictum ad ius ordinarium remiserit.*

2) Fr. 3 pr. § 1 ne uis fiat 43, 4 (Schmidt S. 312); § 3 de satisd. tut. 1, 24.

3) Fr. 13 § 1 de min. 4, 4; fr. 9 § 4 de iureiur. 12, 2; vgl. Savigny, System 7, 234 f.

4) Fr. 24 § 4; fr. 27 § 1 de min. 4, 4; fr. 39 pr. de eu. 21, 2.

5) Fr. 24 § 5 de min. 4, 4.

6) Fr. 28 § 5, vgl. fr. 26 § 7, fr. 43 ex quib. c. m. 4, 6; Lenel, Edict S. 97.

7) Fr. 1 § 1 eod.

8) Vgl. c. 1 quib. ex c. mai. 2, 53.

9) Cujaz, parat. ad h. l.; auch Savigny S. 236.

Andere Fälle der prätorischen Cognition hängen II. mit dem Vormundchaftswesen zusammen. Dies ist dem Prätor durch ein besonderes Gesetz überwiesen worden<sup>1)</sup>. Aber die Theorie der Kaiserzeit rechnete diese Thätigkeit gleich Mission und Kautio zum *officium ius dicentis*<sup>2)</sup>; man betrachtete also die erweiterte Amtsgewalt des Prätors als eine einheitliche. Dennoch gehört das Vormundchaftswesen bekanntlich unter den Kaisern nicht mehr vor den städtischen Prätor; mit dieser Ablösung ist wol auch die Bethheiligung der Tribunen beseitigt worden.

Eine weitere Befugniss des Prätors, die auch zu Cognitionen führen kann, ist III. die Bestellung von Curatoren. Die älteste Cura ist, wie es scheint, 1. die *cura minorum ex lege Plaetoria*<sup>3)</sup>. In der Kaiserzeit, wol seit M. Aurels Verordnung<sup>4)</sup>, werden diese Curatoren nicht mehr vom Stadtprätor, sondern von der Obervormundschaft ernannt und beaufsichtigt, an letzter Stelle also vom Kaiser selber<sup>5)</sup>. Der Grund dafür liegt wahrscheinlich darin, daß auch diese Cura auf einer gesetzlich verliehenen besonderen Zuständigkeit des Prätors beruhte, daß man sie deshalb ganz wie die Vormundschaft behandelte.

Hieran schließt sich 2. die *c. furiosi* und *prodigi* unmittelbar an; sie ist ganz nach Analogie der Vormundschaft gestaltet. Darum scheint mir nicht, daß in der Befugniss des republikanischen Prätors diese Curatoren zu bestellen und zu beaufsichtigen, irgend welche Schwierigkeit liege. Ob auch sie auf den *praetor tutelaris* übergieng, läßt sich nicht feststellen; doch ist es nach fr. 6 de cur. fur. 26, 10 (Ulpian de omnibus tribunalibus) nicht unwahrscheinlich.

1) Diesen bisher unbestrittenen Satz hat neuerdings Wlassak (krit. Studien S. 27 f.) angefochten. Er meint, die Vormundsbestellung sei von jeher Befugniss des Oberamtes gewesen (S. 28); die l. Atilia habe dies Recht vielmehr beschränkt, indem sie die Tribunen zur Theilnahme daran berief (S. 29). Diese an sich bedenkliche Auslegung unserer Nachrichten über das atilische Gesetz (Gaius 1, 185; Ulpian 11, 18) scheint mir durch das Dasein der l. Julia et Titia geradezu ausgeschlossen. Denn der Proconsul hat doch gewiß das volle oberamtliche imperium; und doch wird ihm die Vormundsbestellung — natürlich ohne Theilnahme von Tribunen oder sonstigem Beirathe — ausdrücklich verliehen. Die Schwierigkeit, welche Wlassak (S. 27 f.) aus dem tutor praetorius (Gaius 1, 184; Ulpian 11, 24) entwickelt, ist m. E. eine wesentlich selbst geschaffene. Gewohnheitsmäßig bestellt der Prätor dem Pupillen, der mit seinem Vormunde processieren will, einen tutor: ich meine, das hängt so genau mit der Rechtspflege zusammen, daß der Prätor dafür einer gesetzlichen Ermächtigung nicht bedurfte; Ulpian hat, als er fr. 6 § 2 de tut. 26, 1 niederschrieb, an diesen ohne die Tribunen für den Einzelfall bestellten Vormund schwerlich gedacht.

2) Fr. 1 de iurisd. 2, 1.

3) Labeo 1, 227 ff.; Bruns, kl. Schriften 2, 464 f.

4) V. Marci 9.

5) § 1 de cur. 1, 23; c. 1 de tut. et cur. ill. 5, 33; fr. 3 pr. de min. 4, 4.

Die zahlreichen übrigen *curae* 3. hängen sämtlich enge mit der Rechtspflege, besonders mit den Missionen und Kautionen<sup>1)</sup> zusammen: so die *cura uentris* in ihrer zweifachen Erscheinungsform, die Konkursverwaltung, die *c. bonorum absentis*, die *c. hereditatis*. Zum Theil ist die Wechselbeziehung ausdrücklich bezeugt, sie liegt aber auch ohnehin zu Tage<sup>2)</sup>.

Sonach sind die Fälle der Cognition aus dem *imperium mixtum*, also der Rechtspflege im weiteren Sinne, wie sie dem Prätor oblag, erwachsen, oder ihm durch ein Gesetz übertragen; die letzteren hat die Kaiserzeit dem Stadtprätor wahrscheinlich alle wieder abgenommen.

In diesen Rahmen fügen sich allerdings anscheinend IV. zwei Cognitionsfälle nicht: die *remotio suspecti tutoris* und die *interdictio prodigi*.  
1. Ueber das Absetzungsverfahren sind wir nur mangelhaft unterrichtet. Nach unseren Quellen müssen wir es uns als Strafproceß gegen den Vormund vorstellen<sup>3)</sup>: es durfte sogar von Amtswegen oder auf Anzeige eines Sklaven eingeschritten werden<sup>4)</sup>. Ein solches Verfahren vor dem Stadtprätor ist ungewöhnlich; denn dieser ist nur für Privatgerichte eingesetzt. Und in der That wird das Einschreiten gegen den treulosen Vormund ausdrücklich auf die XII Tafeln zurückgeführt<sup>5)</sup>. Eine gesetzliche Grundlage war also wirklich vorhanden oder — was für uns auf dasselbe hinauskommt — wurde angenommen. Ob der Prätor die Cognition sofort seit Errichtung des Amtes oder erst seit der *lex Atilia* übernahm, läßt sich nicht bestimmen. Jedesfalls ist die Entwicklung erst sehr viel später, welche die *accusatio* geradezu zu einem Theile des prätorischen Aufsichtsrechtes macht und sie deshalb dann wieder zur Jurisdiktion rechnet<sup>6)</sup>.

2. Das Verfahren gegen den Verschwender hat nicht den Charakter einer *causae cognitio*, um dem Prätor die Ueberzeugung von der Nothwendigkeit einer *cura* zu verschaffen, wie beim Wahnsinnigen<sup>7)</sup>; sondern es läuft in eine wirkliche Entmündigung aus, welche den Mündel erst schafft. Der Spruch des Prätors entzieht dem prodigus die Ver-

<sup>1)</sup> Fr. I § 10, § 13 de coll. 37, 6.

<sup>2)</sup> Fr. 15 pr. ex quib. c. m. 4, 6; fr. 23 § 3 de her. inst. 28, 5; fr. I § 17 sqq. de uentre 37, 9; fr. 6 § 2, fr. 8 quib. ex c. in poss. 42, 4; fr. I § 1 de cur. bon. d. 42, 7; fr. I § 4 de mun. 50, 4; vgl. c. 3 de postl. reu. 8, 50.

<sup>3)</sup> Labeo 2, 296 f.

<sup>4)</sup> Fr. 3 § 4, § 12, fr. 12 de susp. 26, 10.

<sup>5)</sup> Fr. I § 2 de susp. 26, 10; pr. de susp. I, 26.

<sup>6)</sup> Fr. I § 4 eod.; fr. 4 de off. ei. I, 21; fr. 6 pr. de off. proc. I, 16. Gerade umgekehrt Rudorff, Vormundschaft 3, 175 f.

<sup>7)</sup> Fr. 6 de cur. fur. 27, 10.

fügung über sein Gut vollständig, und damit erst ist die Nothwendigkeit einer anderweitigen Verwaltung gegeben<sup>1)</sup>; das zeigt sich ganz deutlich darin, daß der Pfleger ursprünglich nicht vom Prätor angeordnet, sondern durch das Gesetz berufen wird<sup>2)</sup>. Eine solche Befugniss liegt nicht ohne weiteres in der Amtsgewalt des Prätors; sie findet in den Verboten seiner Interdikte keine genügende Analogie. Von den römischen Juristen weist Ulpian mehrfach auf eine gesetzliche Grundlage des Verfahrens hin: *lege bonis interdiceret*<sup>3)</sup>, und führt den Ursprung der *cura* auf die XII Tafeln zurück<sup>4)</sup>. Wenn die XII Tafeln wirklich Bestimmungen getroffen haben, so bezogen diese unzweifelhaft sich nur auf die Verschleuderung des Erbgutes<sup>5)</sup>. Und so wäre es erklärlich, daß die Interdiktion daneben auch aus der Gewohnheit hergeleitet wird<sup>6)</sup>. Man wird sonach annehmen dürfen, daß die XII Tafeln ausdrücklich die Interdiktion dem Consul übertragen, oder daß dieser in den gesetzlichen Vorschriften über die Wahnsinnspflege eine genügende Anlehnung für diese Erweiterung seiner Machtvollkommenheit fand.

Hiernach hätten wir es in diesen beiden anomalen Fällen polizeistrafrechtlicher Angelegenheiten mit unvordenklichen Ueberweisungen durch Gesetze an den Oberbeamten, später den Prätor zu thun. In geschichtlich klarer Zeit ist ähnliches mehrfach vorgekommen; so durch die *lex Julia*, das *Sc. Silanianum*<sup>7)</sup>, die *oratio Marci* über letztwillig hinterlassene *Alimente*<sup>8)</sup>. Nur hat die Doktrin diese Funktionen mit der Amtsgewalt des Prätors zu verschmelzen gewußt.

## II.

Mit dem Beginne der Kaiserzeit macht sich mehr und mehr das Bestreben geltend, die gesammte ordentliche Privatrechtspflege in den Händen der beiden obersten Prätores zu vereinigen, sie aber auch darauf zu beschränken. Auf der einen Seite darf jetzt durch Senatsschluss dem Stadtprätor die ordentliche Marktgerichtsbarkeit der Aedilen über-

<sup>1)</sup> Paulus 3, 4a § 7; vgl. Puchta, Inst. 2 § 202 z. S. 38.

<sup>2)</sup> Fr. 13 de cur. fur. 27, 10; Ulpian 12, 2; Labeo 1, 237 f.

<sup>3)</sup> Ulpian 12, 3; fr. 18 pr. qui test. 28, 1; fr. 5 § 1 de adq. her. 29, 2.

<sup>4)</sup> Ulpian 12, 2; fr. I pr. de cur. fur. 27, 10. Ulpian sucht hier Gesetz und Gewohnheit zu versöhnen, indem er die Gewohnheit vor die XII T. verlegt. Manche Gelehrte haben ihm dies apokryphe Gewohnheitsrecht geglaubt.

<sup>5)</sup> Valerius Max. 3, 5, 2.

<sup>6)</sup> Cicero Cato m. 22; Paulus 3, 4a, 7.

<sup>7)</sup> Fr. I pr. de off. ei. cui I, 21;

<sup>8)</sup> Fr. 8 pr. § 8 de transact. 2, 15.

tragen werden<sup>1)</sup>. Allmählich, da die curulischen Aedilen ganz verschwinden, ist sie völlig auf ihn übergegangen, wie die Aufnahme des Aedilenediktes in's prätorische zeigt. Zur ordentlichen Rechtspflege werden begreiflich die Missionen nach wie vor gerechnet: so gehören denn auch die neueren Missionsfälle, welche die Kaiser schufen, zum Machtbereiche des Stadtprätors, so z. B. die *missio ex edicto Hadriani*, die beiden Formen der Mission bei *inspectio uentris*<sup>2)</sup>. Es ist aber wichtig festzuhalten, daß Missionen und Restitutionen wol unentbehrliche Behelfe für die Rechtspflege, aber Ausflüsse des Imperiums sind. — Auf der anderen Seite kann davon nicht die Rede sein, daß der Stadtprätor überall da, wo es ihm billig und angemessen schien, mit Cognition eingegriffen hätte. Damit wären die in der Kaiserzeit gerade für die altrepublikanischen Beamten so fest gezogenen Grenzen der Zuständigkeit verwischt, und die Macht des Prätors, im Widerspruche mit dem sonstigen kaiserlichen Staatsrechte, in's Ungemessene erweitert. Vielmehr steht die Sache so, daß der Prätor durch die Zulässigkeit von *actiones in factum* und durch die Ausweitung des *officium iudicis* mittelst der *bona fides* innerhalb des Ordinarprocesses auf dem Boden des Ediktes hinreichende Mittel hatte, den Bedürfnissen der Rechtsuchenden zu genügen. Außerlich hat der Prätor allem Anscheine nach in der Kaiserzeit das Ediktsrecht durch Aufnahme neuer Klagen nicht selbständig weiter gebildet, sondern nur noch *edicta breuia* aus Anlaß von Gesetzen oder Mandaten<sup>3)</sup> eingeschaltet<sup>4)</sup>. Wo in der Kaiserzeit neue gerichtlich verfolgbare Ansprüche aufkommen, da gehören sie zum sog. *ius extraordinarium*<sup>5)</sup>, sie werden regelmäßig vor eigenen Behörden geltend gemacht, und wie das Verfahren ein verwaltungsrechtliches ist, so fügen sich auch die so geschaffenen Befugnisse nicht ohne weiteres den Erfordernissen des Privatrechts. Ein Ueberblick über die verschiedenartigen Verhältnisse, die man als Fälle der Cognition aufzuzählen pflegt<sup>6)</sup>, wird das, hoffe ich, darthun.

<sup>1)</sup> Dio Cassius 53, 2.

<sup>2)</sup> Fr. 1 pr. § 10, fr. 2 pr. de insp. u. 25, 4.

<sup>3)</sup> Fr. 6 § 1 de cust. reor. 48, 3.

<sup>4)</sup> Vgl. Mommsen, Staatsrecht I, 199. Man sollte die Richtigkeit dieser Thatsache einmal an dem Alter der Ediktsschichten prüfen. Vielleicht hängt mit ihr eine stärkere Ausbeutung der *a. in factum* zusammen.

<sup>5)</sup> Darüber jetzt Wlassak, Studien S. 51 ff. Er hat damit unzweifelhaft Recht, daß das i. e. kein drittes Recht neben *ciuile* und *honorarium* ist. Aber den quellenmäßigen Ausdruck zu verbannen (S. 72), sehe ich keine Veranlassung: er faßt eine Anzahl von processualisch gleichartigen, materiell eigenartigen Instituten zusammen.

<sup>6)</sup> Bethmann-Hollweg, Civilproceß 2, 758 ff.; Bekker, Aktionen 2, 190 ff.

Zweierlei muß man dabei im Auge behalten: 1. wenn unsere Rechtsbücher vom Prätor sprechen, so braucht das nicht nothwendig der *p. urbanus* zu sein; amtlicher Sprachgebrauch ist es viel eher, den Stadtprätor als den vornehmsten mit vollem Titel zu bezeichnen. 2. In der Person des Provinzialstatthalters sind mannigfaltige Kompetenzen stadtrömischer Behörden zusammengefloßen<sup>1)</sup>. Man darf begreiflich nicht annehmen, daß dem Präses allemal in Rom der *praetor urbanus* entspreche.

I. Die geistlichen Angelegenheiten gehören von jeher nicht vor den Prätor, sondern vor den Censor oder Consul und die Sachverständigen-Collegien: diese werden als die eigentlich anordnende Behörde bezeichnet. So läßt denn auch Papinian den Erben *pontificali uel principali auctoritate* zum Baue eines Grabdenkmals nöthigen<sup>2)</sup>. Den Nothweg zum Grabmale verschafft der Präses<sup>3)</sup>: wir wissen, daß Zwangsenteignung sonst nur zu sakralen Zwecken vorkam<sup>4)</sup>; so ist hier der Statthalter an die Stelle des geistlichen Gerichtshofes getreten<sup>5)</sup>. Aehnliches muß von der Erzwingung des Begräbnisses eines Verstorbenen gelten: es ist Sache des Pontifex, für rechtzeitige Bestattung zu sorgen<sup>6)</sup>; daher ist die Ordnung dieser Dinge auf den Kaiser übergegangen<sup>7)</sup>. Ulpian aber läßt den Prätor eintreten<sup>8)</sup>. Wie er dazu kommt, ist nicht zu sagen; man möchte eine Aenderung der Kompilatoren oder eine nachlässige Redeweise (*praetor* für Statthalter) vermuthen.

II. Wahre Verwaltungssachen, also dem Ordinarverfahren entzogen, sind Ansprüche des Fiskus, seitdem einmal dessen Bedeutung als Staatsinstitut anerkannt worden war<sup>9)</sup>, und theilweis Ansprüche der Gemeinden. Diese sind allerdings im Vermächtnisrechte, seit die Legate an sie klagbar geworden sind, und bei Erbittung der *bon. possessio* allem Anscheine nach dem ordentlichen Richter unterworfen<sup>10)</sup>,

<sup>1)</sup> Fr. 7 § 2 de off. proc. 1, 16; fr. 10 sq. de off. praes. 1, 18.

<sup>2)</sup> Fr. 50 § 1 de H. P. 5, 3.

<sup>3)</sup> Fr. 12 pr. de relig. 11, 7.

<sup>4)</sup> Cicero de off. 3, 66; Val. Max. 8, 2, 1.

<sup>5)</sup> Plinius ad Trai. 68 sq.; c. 1 de relig. 3, 44.

<sup>6)</sup> Cicero de leg. 2, 57; Marquardt, Staatsverw. 3, 295 f.

<sup>7)</sup> Fr. 8 pr. de relig. 11, 7; fr. 1 de cad. pun. 48, 24.

<sup>8)</sup> Fr. 14 § 2 de relig. 11, 7.

<sup>9)</sup> Mommsen 2b, 968, 980 f.

<sup>10)</sup> Ulpian 24; 28; Celsus fr. 30 de leg. 2; fr. 73 § 1, fr. 117, fr. 122 pr. de leg. 1; fr. 3 § 4 de b. p. 37, 1; fr. 1 § 1 de lib. uniu. 38, 3 (das spricht auch für ordentliches Verfahren bei Vermächtnissen).

wie sie denn auch nach Art der Privaten vindicieren<sup>1)</sup>. Dagegen gehören Pollicitationen vor die Verwaltungsbehörde. Vielleicht sind die Consuln schon seit dem Anfange der Kaiserzeit eingeschritten, wo die Verwirklichung der Zusage an eine Stadt angemessen erschien<sup>2)</sup>. Erst Traian aber hat eine vollständige einseitige Verbindlichkeit des Pollicitanten anerkannt<sup>3)</sup>. Indefs niemals ist eine Klage vor dem Prätor zugelassen, immer blieben die Consuln zuständig<sup>4)</sup>, und im äußersten Nothfalle griff der Kaiser ein<sup>5)</sup>.

III. Hieran schloß sich die Fälle des fr. 2 de eo. cogn. 50, 13, soweit ich sie bis jetzt begreife, unmittelbar an: denn es sind lauter rein provinzielle Verwaltungssachen. Der Schluss, daß darüber in Rom der Prätor entschieden habe, ist m. E. durchaus unzulässig. *De usu aquae, de rivis novis inciviliter institutis, item de equis alienis a sciente possessis fetuque earum, et de damno dato per immissos in praedium suum uniuersos homines eos, qui in plurimum praedia distribui debuerunt, si modo id non ex auctoritate eius, qui iubere potuit, factum est, praesidem provinciae doceri oportere responsum est, ut is secundum rei aequitatem et iurisdictionis ordinem convenientem formam rei det.* Usus aquae ist der Kunstausdruck für die Vertheilung des Wassers aus öffentlichen Leitungen an Private<sup>6)</sup>. Darüber steht in Rom und Italien natürlich dem curator aquarum die Aufsicht zu. In Verbindung damit werden *rivi novi* neue Berieselungsgräben sein, durch welche das Wasser aus einer öffentlichen Leitung ungehöriger Weise abzweigt wird<sup>7)</sup>, *rivus* ist dafür die hergebrachte Bezeichnung<sup>8)</sup>. Das vierte Beispiel bezieht sich, wie mir scheint, auf die Einquartierung (*ἐνοικιασθῆναι, munus hospitis recipiendi*). Sie ist eine Grundlast<sup>9)</sup>, die unter den Gemeindegliedern herumgeht<sup>10)</sup>. Dem Statthalter wird es zur besonderen Pflicht gemacht, die Provinzialen damit nicht zu über-

1) Fr. 3 § 1 de poll. 50, 12.

2) Dafür spricht nicht nur die Inschrift des Helvius (Or. 4365; Labeo I, 284 A. 24), sondern auch die Erzählung Sueton Tib. 31.

3) Fr. 14 de poll. 50, 12; Labeo I, 284; Karlowa, Rechtsgeschäft S. 273.

4) Ulpian de off. cons. fr. 8 de poll. 50, 12.

5) Fr. 11 § 2 sq. de leg. 3.?

6) c. 2 C. Th. 15, 2; Parerga S. 82 f.

7) Fr. 17 de SPR. 8, 3.

8) Vielleicht gehört Paulus 5, 6. 9. hierher. Dagegen ist es m. E. nicht wol möglich, mit Huschke ad h. l. an private Wasserleitungen zu denken. Fr. 4 de aq. cot. 43, 20 und fr. 19 § 4 comm. diu. 10, 3 zeigen, daß hier spätestens seit Julian öffentliche Rechtsmittel bestanden.

9) Fr. 3 § 14 de mun. 50, 4.

10) Fr. 11 de uac. 50, 5.

schweren<sup>1)</sup>. Demnach auch hier eine reine Verwaltungssache, eine Beschwerde an den Statthalter, wenn ein Grundeigenthümer mehr Mann Einquartierung erhält, als ihm zukommen. Der dritte Fall: die Untersuchung über wissentlich vorenthaltene fremde Stuten mit ihren Füllen, ist mir nicht ganz verständlich. Ohne Zweifel wäre hier eine gewöhnliche Vindikation statthaft: das Verhältniß muß eine Besonderheit haben, welche die Zusammenstellung mit den drei anderen Verwaltungssachen und das außerordentliche Einschreiten des Präses rechtfertigt. Ich möchte daher den Satz in Zusammenhang bringen mit der in mehreren Provinzen in größerem Umfange betriebenen Zucht von Rennpferden<sup>2)</sup>, die in Herden gehalten werden<sup>3)</sup>. Auf die Reinheit der Rasse, also auch auf die Herde, aus der die Thiere stammen<sup>4)</sup>, wird besonderes Gewicht gelegt. So erscheint das Wegfangen oder Weglocken tragender Stuten von der Weide als ein ebenso gewinnbringendes, wie verwerfliches Thun. Daß der Statthalter selbst der Sache sich annimmt, erklärt sich entweder daraus, daß hier die Spiele, eine öffentliche Angelegenheit, in Frage kommen, oder daraus, daß die Pferdeherden auf verpachteten Staatsländereien gehütet wurden<sup>5)</sup>.

In diesen drei Gruppen von Fällen ist die Cognition wegen der Natur der verhandelten Sachen und wegen der dadurch bedingten Spruchbehörde nach römischem Staatsrechte der Republik wie des Kaiserreiches selbstverständlich.

### III.

Der Kaiser darf als höchster Staatsbeamter Sachen an sich zur Verhandlung ziehen, welche vor das ordentliche Gericht, also in Rom vor den Prätor gehören<sup>6)</sup>. Dem Consul und dem Diktator steht diese Befugniß nicht zu; denn sie werden von der Civilrechtspflege grundsätzlich fern gehalten. Der Kaiser dagegen hat eine neben dem ordentlichen Richter selbständige Gerichtsbarkeit in Privatsachen. Bezeichnend dafür ist Sueton Claud. 15: *alium (iudicem) interpellatum ab aduersariis de propria lite negantemque cognitionis rem, sed ordinari iuris esse, agere causam confestim apud se coegit, proprio negatio documentum daturum rell.*

1) Fr. 4 pr. de off. proc. 1, 16; fr. 6 § 6 de off. praes. 1, 18.

2) Schol. zu Juvenal 1, 155; Friedländer, Sittengeschichte 2, 293 f.

3) Varro de RR. 2, 7.

4) Symmachus 4, 62 sq.

5) Vgl. ähnliches wegen der Schafherden CIL. 9, 2438.

6) Mommsen 2b, 936.



Am guten Rechte des Kaisers, selbst zu entscheiden, wird nicht ge-  
zweifelt; aber die häufige Einmischung des Claudius erscheint als eine  
seiner zahlreichen Narrheiten. Allerdings aber hat nach einer viel-  
besprochenen Nachricht bei Sueton Domitian Urtheile des Centumviral-  
gerichtshofes, also Erkenntnisse in Erbstreitigkeiten, aufgehoben: *extra  
ordinem ambitiosas Cuirorum sententias rescidit*, nicht *rescindebat*; man  
darf daher nicht an eine regelmässige Berufungsinstanz denken<sup>1)</sup>. Das  
Beiwort *ambitiosae* scheint mir weniger auf erzwungene und erschlichene  
Erkenntnisse zu deuten, als auf anmafsliche, die Kompetenz über-  
schreitende<sup>2)</sup>. In der That war die Gefahr einer Ungehörigkeit,  
namentlich auf dem Gebiete der querella inofficiosi test. besonders nahe  
gelegt: denn der Gerichtshof hatte ja fast vollständig freie Hand.  
Wirklich finden sich zwei Beispiele in den Rechtsbüchern dafür, dafs  
der Kaiser Erkenntnisse in Erbschaftsprozessen vernichtete, weil sie  
der Billigkeit nicht zu entsprechen schienen. Es handelt sich beidemal  
um Erbeinsetzung aus irrthümlichem Beweggrunde, welche die Kaiser will-  
kürlich genug abändern: Hadrian entscheidet zu Gunsten eines Sol-  
daten, Sever wurde vielleicht von politischen Motiven mitbestimmt<sup>3)</sup>.

Die Kaiser haben von ihrer weit reichenden Macht nur einen  
sparsamen Gebrauch in ganz besonderen Fällen gemacht — das dürfen  
wir hieraus schliessen. Es läfst sich sogar der Versuch nicht abweisen,  
das kaiserliche Einschreiten durch gewisse rechtliche Grenzen einzu-  
schränken. Von jenen beiden Fällen abgesehen, handelt es sich in  
allen übrigen, die m. W. in den Rechtsbüchern vorkommen, nur um  
Restitutionen und Missionen mit Einschlufs der bon. possessio<sup>4)</sup>. Und  
hier auf dem Gebiete des *imperium mixtum* ist die Geltendmachung  
der vorgeordneten Stellung des Kaisers erklärlich (S. 56): er hat sie  
dazu benutzt, das überlieferte Missionsrecht entsprechend weiter zu  
bilden<sup>5)</sup>. In dieser Thätigkeit des Kaisers ist nach römischer An-  
schauung keine Richterfunktion zu erblicken. Es sind Verwaltungs-

1) Sueton Dom. 8; Mommsen 2b, 941 A. 3; Merkel, Abhandlungen 2, 65 ff., 71.

2) Vgl. fr. 4 de decr. ab ord. fac. 50, 9; fr. 3 pr. de min. 4, 4.

3) Fr. 28 de inoff. 5, 2; fr. 93 de her. inst. 28, 5. Der Erblasser Pactumeius war  
von Commodus (V. Comm. 7), der beiseitegeschobene Testamentserbe Novius Rufus wurde  
später von Sever selbst hingerichtet (V. Seu. 13; Mommsen 936 A. 4); vgl. dagegen  
Gordian c. 1 C. Greg. 3, 6.

4) Gaius 2, 163 (§ 6 de her. qual. 2, 19); c. 1 de test. 6, 23 (§ 7 de test. 2, 10);  
fr. 38 pr. de min. 4, 4; fr. 52 pr. de adq. her. 29, 2 (Buchholtz, Zschr. f. Civilr. u. Proc.  
14, 316 ff.).

5) Fr. 3 § 3 ne uis fiat 43, 4; fr. 7 § 16 quib. ex c. 42, 4; fr. 1 pr. de insp. u. 25, 4;  
fr. 8, fr. 10 pr. de pact. 2, 14.

mafsregeln, die sich an die Normen des Privatrechtes nicht strenge bin-  
den, sondern nur einen billigen Ausgleich oder Ausweg suchen. Da-  
her kommt es auch vor, dafs die Kaiser, statt selbst vorzugehen, die  
Consuln, die gleichfalls vorgeordneten Beamten, zum Einschreiten gegen  
den Prätor anregen<sup>1)</sup>.

So wie der Kaiser stellt sich auch sein Beamter zum ordentlichen  
Gerichte. Unmöglich können die Diener eine gröfsere Gewalt in An-  
spruch nehmen als ihr Herr; sie verwalten und richten ja lediglich im  
Auftrage und an Statt des Kaisers. Von willkürlichen Uebergriffen  
oder gar von einem systematischen Verdrängen der städtischen Behör-  
den vermag ich auch hier nichts wahrzunehmen. Die Präfecten haben  
als solche regelmäfsig keine Civilgerichtsbarkeit, sondern nur ein ge-  
wisses Strafrecht in Verbindung mit ihrer polizeilich-verwaltenden Amts-  
thätigkeit. Doch erlangen sie allmählich auch eine Art von privat-  
rechtlicher Befugnifs, schwerlich durch Gesetz, wahrscheinlicher durch  
Uebergriff: denn es handelt sich hier gar nicht um wirkliche Konkur-  
renz mit den ordentlichen Gerichten. Bezeichnend dafür ist fr. 1 § 18  
de exerc. 14, 1: *sed ex contrario exercenti nauem aduersus eos, qui cum  
magistro contraxerunt, actio[nem] non pollicetur, quia non eodem auxilio  
indigebat . . . solent plane praefecti propter ministerium annonae, item in  
prouinciis praesides prouinciarum extra ordinem eos iuuare ex contractu  
magistorum*. Der *praefectus annonae*, dem die Sorge für die Zufuhr  
oblag, mußte begreiflich die Rheder in Schutz nehmen, auf deren Mit-  
wirkung er angewiesen war. So wird es denn üblich, dafs diese sich  
an ihn wenden, wenn der Mitkontrahent ihres Kapitānes seinen Verbind-  
lichkeiten nicht genügt. Er hilft ihnen dann: ein wirklich processualisches  
Verfahren wird daraus ursprünglich kaum hervorgegangen sein, wenn  
es auch später stattgefunden haben mag. Erläutert wird dies Vorgehen  
durch fr. 8 quod c. eo 14, 5. Die *actio institoria* gegen den Herrn des  
flüchtigen Sklaven ist hier zweifelhaft; der Prätor hat Bedenken oder lehnt  
geradezu ab. Da geht der Getreidehändler an den *praefectus annonae*;  
und dieser verschafft mit einer kühnen Wendung, die dem Privatrechte  
nicht entspricht, seinem Schützlinge die gewünschte Zahlung. Hier  
liegen Ergänzungen der prätorischen Rechtspflege vor. Aber es gibt  
auch Fälle, wo der Präfect bequemer hilft, als der Prätor, und er des-  
halb von dem Rechtsuchenden bevorzugt wird, gerade wie man heut-  
zutage wol die Polizei zum Beistande ruft, wo das Gericht angegangen

1) Fr. 30 pr. de adq. her. 29, 2 (Mommsen will freilich hier *proconsulem* für *consulibus*  
schreiben); fr. 50 de C. et D. 35, 1.

werden könnte<sup>1)</sup>. Das ist der Thatbestand des fr. 1 § 2 de migr. 43, 32: *hoc interdictum proponitur inquilino qui soluta pensione vult migrare . . . cui rei etiam extra ordinem subueniri potest: ergo infrequens est hoc interdictum*. Es scheint mir nicht zweifelhaft, daß die außerordentliche Hilfe hier vom *praefectus vigillum* gewährt wird<sup>2)</sup>: seine Kompetenz für Miethssachen und insbesondere für die aus der Perklusion hervorgehenden Schwierigkeiten ist ausdrücklich bezeugt<sup>3)</sup>. Aehnliches mag noch in zahlreichen Fällen vorgekommen sein, von denen wir nichts Sicheres wissen, z. B. bei Streitigkeiten mit den Bankiers<sup>4)</sup>. Nur scheint es mir klar, daß die kaiserlichen Beamten immer noch die zarte Grenze polizeilich-administrativer Thätigkeit achten; daß man sich ihr Auftreten nicht als tumultuarisches Eingreifen und willkürliches Zurückdrängen der Magistrate ausmalen darf.

Wenn nun der Kaiser oder seine Beamten eine Entscheidung treffen, so verhandeln sie die Sache gleichmäßig selbst oder durch einen bevollmächtigten Richter, *iudex datus*. Es ist uns kein Fall überliefert, wo der Kaiser ein Schwurgericht mit formelmäßiger Anweisung niedergesetzt hätte, und ob er es überhaupt durfte, erscheint recht zweifelhaft<sup>5)</sup>. Denn mit Sicherheit kennen wir ein schwurgerichtliches Verfahren nur bei Prätores und Aedilen, nicht bei Consuln und Censoren. Und gewiß ist, daß die kaiserlichen Beamten (Präfecten) nie *iudices priuati* bestellten. Auch im Strafprocesse tritt der Kaiser niemals als Vorsitzender einer *quaestio* statt des Prätors auf.

#### IV.

Von einer solchen außerordentlichen Hilfeleistung des Kaisers hat auch I. die ständige Gerichtsbarkeit über Fideikommissen und gesetzliche Alimente ihren Ausgang genommen: sie ist eine vom Kaiser delegierte<sup>6)</sup>. Durch die Einrichtung einer dauernden Spruchbehörde ist in beiden Fällen eine Anforderung des *Officium* in eine Rechtsverbindlichkeit umgewandelt worden. Dennoch hat man diese Ansprüche in klassischer Zeit mit den Befugnissen des ordentlichen

<sup>1)</sup> Vgl. Dernburg, Pr. Privatrecht I, 281.

<sup>2)</sup> Vgl. fr. 23 pr. q. m. c. 4, 2.

<sup>3)</sup> Fr. 9 in quib. c. pign. 20, 2 (Paulus de off. praef. uig.). Auf fr. 56 loc. 19, 2 will ich mich nicht berufen; es scheint, daß die *horrea* durchgängig Staatsanstalten waren; Jordan, Topographie 2, 128 f.; Marquardt, Staatsverw. 2, 128 f. Daraus erklärt sich fr. 3 § 2 de off. praef. uig. 1, 15.

<sup>4)</sup> Vgl. fr. 2 de off. praef. urb. 1, 12.

<sup>5)</sup> A. M. Mommsen 2b, 937.

<sup>6)</sup> Sueton Claud. 23.

Rechtes niemals ganz ausgeglichen: es klebt ihnen immer noch etwas Verwaltungsmäßiges an<sup>1)</sup>.

I. Für die Fideikommissen ist es uns bestimmt überliefert, daß Augustus ursprünglich nur bei Fällen ganz besonderer «Untreue» durchgegriffen haben wollte und daß er dazu die Consuln anwies<sup>2)</sup>. Dabei und später sind die Regeln des Privatrechtes nicht schlechthin maßgebend: die Klagbarkeit der Fideikommissen schließt die Anerkennung von *mandata post mortem* in sich, welche das Privatrecht verwirft<sup>3)</sup>; Haussöhne und Sklaven dürfen gegen ihre Gewalthaber «klagen»<sup>4)</sup>; und es drang gegen die Grundsätze des *ius ordinarium*<sup>5)</sup> durch, daß die Freilassung und Emancipation vom Gewalthaber *extra ordinem* erzwungen, vom Richter schließlich die Freierklärung ergänzt werden konnte<sup>6)</sup>.

2. Hiermit durchaus parallel hat sich die sog. gesetzliche Alimentenforderung entwickelt, wenn wir auch über ihren Ursprung nicht unterrichtet sind. Von einer gesetzlichen Einführung wissen wir nichts<sup>7)</sup>. Es sieht vielmehr so aus, als seien in besonders gearteten Fällen die Consuln auf Anrufen eingeschritten. Durch die Praxis hätte sich dann das zwifache Erforderniß der Bedürftigkeit auf der einen, der Wohlhabenheit auf der anderen Seite festgestellt<sup>8)</sup>. Daneben werden doch noch bei der Zubilligung recht polizeiliche Erwägungen gemacht<sup>9)</sup>. Die Regeln des Privatrechtes werden überall verletzt: vor allem «klagen» die Söhne gegen die Väter.

II. An diese Verhältnisse schließt sich eine Reihe von Forderungen der Gewaltunterworfenen gegen den Hausherrn an, die nicht im ordentlichen Processe verhandelt werden konnten und sollten; ersteres nicht, weil der Richter nicht frei erklären durfte, wo über die Thatsache der Unfreiheit kein Zweifel war; letzteres nicht, weil man auf diese Verhältnisse nicht ausschließlich die Sätze des Privatrechtes anwenden wollte. Es ist gerade die Absicht, diese Sachen als Verwaltungssachen zu behandeln, offenbar, weil dabei der Staat und das Gemeinwohl mit in

<sup>1)</sup> Vgl. Parerga S. 24.

<sup>2)</sup> Fr. de cod. 2, 25; § 1 de fcomm. her. 2, 23 u. Theophilus dazu; Labeo I, 413 f.; Mommsen 2a, 97 f.; 2b, 875.

<sup>3)</sup> Labeo I, 413 f., 447 A. 37.

<sup>4)</sup> Schon Pomponius fr. 44 de fcomm. lib. 40, 5.

<sup>5)</sup> Fr. 114 § 8 de leg. 1.

<sup>6)</sup> Fr. 92 de C. et D. 35, 1.

<sup>7)</sup> Bethmann-Hollweg 2, 764 A. 42.

<sup>8)</sup> Fr. 5 § 7 § 11 de adgn. lib. 25, 3.

<sup>9)</sup> Z. B. fr. 5 § 17 § 20 eod.

Betracht kommen. So übt den Zwang zur Emancipation der Kaiser selbst aus<sup>1)</sup>, und nur in ganz außerordentlichen Fällen<sup>2)</sup>. So wird der Herr zum Verkaufe oder zur Freilassung des Sklaven genötigt: die Behörde dafür ist der Stadtpräfekt<sup>3)</sup>; die Angelegenheit wird recht eigentlich als polizeiliche angesehen. Das bestätigt die spätere Gesetzgebung, welche hier dem Bischofe und dem *defensor civitatis* eine Einwirkung gestattet<sup>4)</sup>. Die Grundsätze des Privatrechtes werden dabei nicht beachtet<sup>5)</sup>. Der Stadtpräfekt aber kann den Sklaven nicht für frei erklären; denn er hat keine *Legisactio*. Damit mag es zusammenhängen, daß Pius hier die Consuln einschleibt<sup>6)</sup>: sie hatten seit der *lex Aelia Sentia* ohnehin eine Art von Jurisdiktion in Freilassungssachen<sup>7)</sup>. Später, jedesfalls schon in der severischen Zeit, tritt an ihre Stelle ein eigener *praetor de liberalibus causis*<sup>8)</sup>. Ein Erlaß Alexanders von 223, also aus der Blüteperiode des erneuerten Senatsregiments, zeigt den Prätör in dieser Funktion neben dem Stadtpräfekten<sup>9)</sup>. Und so wird es denn auch dieser Prätör, nicht der städtische, sein, der dem *noxae deditus* zur Freiheit verhilft, nachdem die Schuld abverdient worden ist<sup>10)</sup>. Die Einrichtung ist erst jüngerer Ursprunges<sup>11)</sup>. Daß man aber diese Fragen von jeher zur Verwaltung, nicht zur Justiz rechnete, zeigt die Thätigkeit des Censors auf diesem Gebiete.

III. Mit dem Dasein dieses Freiheitsprätörs ist es wol zu erklären, daß allmählich alle Statusprocesse im Cognitionsverfahren vor ihm verhandelt wurden<sup>12)</sup>. Zunächst 1. die Freiheitsprocesse: in der

1) Fr. 5 si a par. 37, 12.

2) Fr. 31 de adopt. 1, 7; fr. 8 extr. si tab. 38, 6.

3) Fr. 1 § 8 de off. pr. u. 1, 12; fr. 5 pr. de manum. 40, 1.

4) C. 2 C. Th. de len. 15, 8.

5) Darüber besonders die Zusammenstellung fr. 53 de iud. 5, 1 und der Erlaß des Pius Coll. 3, 3, 5 sq. Daher die Entscheidungen in fr. 56 de C. E. 18, 1; fr. 10 pr. § 1 de in i. uoc. 2, 4 und ähnliche, die man durch untergeschobene Resolutionsbedingungen zu erklären sucht: Schulin, Resolutivbed. S. 115 f.

6) Fr. 50 de C. et D. 35, 1 (S. 61 A. 1).

7) Fr. 1 de off. cos. 1, 10; Mommsen 2, 95.

8) CIL. 10, 5398; der Prätör ist Consul im J. 214. Vgl. Mommsen 2, 216. Vielleicht hängt seine Einsetzung mit der Einrichtung von Civilstandsregistern zusammen; M. Aurel führte sie gerade mit Rücksicht auf den Beweis der Freiheit ein (V. Marci 9). Fr. 37 de fcomm. lib. 40, 5 ist wohl der pr. fideicommissarius.

9) C. 1 si manc. 4, 56 . . . libertate competente secundum interpretationem eiusdem principis perducere eam ad praetorem, cuius de liberali causa iuris dictio est, ut li ordinetur, iubebit.

10) Papinian Coll. 2, 3; § 3 de nox. a. 4, 8.

11) Gaius 1, 140.

12) Fr. 8, fr. 41 § 1 de lib. c. 40, 7 [fr. 27 eod. möchte ich nicht hierherziehen: die Consuln treten wol als Vormundschaftsbehörde auf; erst als Alleinherrscher hat

diocletianischen Staatsordnung erscheint der Prätör geradezu als Richter über Freiheit und Unfreiheit<sup>1)</sup>. Zu Anfange der Kaiserzeit urtheilten darüber Recuperatoren unter Leitung des Stadtprätörs<sup>2)</sup>. Den Prätör bezeugt noch Gaius<sup>3)</sup>, die Recuperatoren setzen Celsus, Julian und Pomponius voraus<sup>4)</sup>. In welcher Weise die Consuln mit den Freiheitsprocessen zu thun haben, getraue ich mich nicht zu bestimmen<sup>5)</sup>.

Vielleicht konkurrierte 2. dieser Prätör auch in Processen über den Familienstatus mit dem städtischen. Sonst ist fr. 1 § 2 de R. V. 6, 1 schwer verständlich: *petuntur (liberi) aut praevindictis aut interdicitis aut cognitione praetoria*. Bei allen drei Rechtsmitteln und der gleich folgenden Vindikation *adiecta causa* handelt es sich um Herausgabe vorenthaltener Kinder. Es ist nicht abzusehen, wie der Stadtprätör bei der Fülle der Rechtsmittel, die er für alle Bedürfnisse zur Verfügung stellen konnte, auch noch auf Cognition verfallen sein sollte.

IV. Verwickelter sind die Verhältnisse bei den Salar- und Honorarforderungen, die unter Umständen *extra ordinem* beigegeben werden können.

1. Das republikanische Staatsrecht kennt schon entgeltliche Vertrauensstellungen der Unterbeamten. M. W. werden diese niemals unter den privatrechtlichen Begriff des Mandats gebracht: die Löhnung wird *merces* genannt, und die Art, wie diese Gehilfen in den Dienst der Oberbeamten eintreten, ist dem Auftrage ganz unähnlich<sup>6)</sup>. Es liegt in der Natur der Sache, daß diese Leute in der Kaiserzeit ihre Gehaltsansprüche vor dem Verwaltungsgerichte, d. h. vor Consuln und Senat geltend machen, obgleich sie das *salarium* nicht unmittelbar vom Staate, sondern von ihren Vorgesetzten beziehen<sup>7)</sup>.

2. Nach dem Muster dieses Verhältnisses werden die entgeltlichen

M. Aurel den pr. tutelaris eingesetzt]; damit könnte Alexanders Entscheidung (c. 3 de iud. 3, 1) zu erklären sein, welche die Statusprocesse einem andern als dem Richter über Mein und Dein zuweist.

1) C. 16 C. Th. de praet. 6, 4; c. 1 de off. praet. 1, 39. Wer die *iudices maiores* Justinians sind, die über Freiheit richten, weiß ich nicht: c. 6 ubi c. st. 3, 22; danach wol interpoliert fr. 32 § 7 de rec. 4, 8.

2) Sueton Vesp. 3; Dom. 8.

3) Fr. 9 de lib. c. 40, 12; Lenel, Edict S. 306 f.

4) Fr. 36—39 de re iud. 42, 1. Der unus iudex bei Labeo (fr. 42 de lib. c. 40, 12) und bei Pius (fr. 7 § 2 de H. P. 5, 3) ist daher höchst auffällig.

5) Was Bethmann-Hollweg 2, 766 darüber sagt, ist sehr unzulänglich; die Consuln scheinen neben dem Prätör thätig gewesen zu sein.

6) Mommsen 1, 320 A. 2; 338 A. 4; Parerga S. 102 f.

7) Plinius ep. 4, 12; fr. 4 de off. adsess. 1, 22; fr. 19 § 10 loc. 19, 2; fr. 52 § 2 de A. E. 19, 1; fr. 4 de eo. cogn. 50, 13.

Dienstleistungen der Aerzte und Lehrer zurechtgelegt. Auch hier heisst die Vergütung, soweit ich sehe, ausschliesslich *merces*<sup>1)</sup>, und sie werden mit dem *comites* auf dieselbe Stufe gestellt<sup>2)</sup>. Diese Lehrer und Aerzte werden von den Gemeinden angestellt<sup>3)</sup>; sie haben Freiheit von Steuern und Bürgerlasten<sup>4)</sup>, beziehen aber in der Regel kein Gehalt von der Gemeinde<sup>5)</sup>; wohlthätige Bürger hinterlassen deshalb wol der Stadt für sie *salaria* und *alimenta*<sup>6)</sup>. Um so mehr muß die Stadt, also die Verwaltung, dafür sorgen, daß die Kranken und Schüler ihre Honorare ordentlich entrichten. Der privatrechtliche Gesichtspunkt des Mandats wird nirgends für die rechtliche Beziehung der Kunden zu diesen Leuten verwendet. Eher fassen sie die Juristen als Miethsvertrag auf<sup>7)</sup>. — Die Hebammen gehören zu den Aerzten und werden ihnen gleich behandelt<sup>8)</sup>.

3. Die Dienstleistungen der Anwälte zu belohnen war durch die *lex Cincia* verboten. Erst unter Claudius oder Nero wurde eine *merces* für die *advocati* festgesetzt<sup>9)</sup>. Sie stehen unter der Aufsicht des *praefectus urbi* und der Provinzialstatthalter, die ihnen die Ausübung ihres Berufes untersagen dürfen<sup>10)</sup>. Es kann auch sonst beim Statthalter Beschwerde über die Anwälte erhoben werden<sup>11)</sup>. Beim Verfahren wegen der *merces* handelte es sich nicht um einen einseitigen Privatanspruch, sondern es werden wieder polizeiliche Erwägungen über deren Zulässigkeit und Umfang angestellt, die weit über die bloße *civile bona fides* hinausgehen und dadurch dem Ganzen ein öffentlich rechtliches Gepräge geben<sup>12)</sup>. Die Instanz in Rom kennen wir nicht; in der Provinz verhandelt der Präses den Anspruch amtsrechtlich.

4. Ulpian bezeichnet es als einen allmählich aufgekommenen Gebrauch (*usurpatum est*), daß auch für andere Dienste (ausbedungene?)

1) Cicero Phil. 2, 43; acad. pr. 2, 98; Sueton de gramm. 3, 7; fr. 7 de his qui eff. 9, 3; fr. 1 pr. de eo. cogn. 50, 13; c. 15 de neg. g. 2, 18.

2) Fr. 1 § 8 de eo. cogn. 50, 13.

3) Fr. 6 § 2 de excus. 27, 1; Vat. § 149; Kuhn, städt. u. bürgerl. Verfassung I, 83 f.

4) Dio Cass. 53, 30; fr. 18 § 30 de mun. 50, 4; fr. 10 § 2 de uac. 50, 5.

5) Fr. 4 § 2 de decr. ab ord. 50, 9.

6) Fr. 16 § 1 de al. leg. 34, 1.

7) Fr. 7 § 8 ad l. Aq. 9, 2.

8) Fr. 1 § 2 de eo. cogn. 50, 13; fr. 9 ad l. Aq. 9, 2; Cujaz, obseru. 17, 27.

9) Tacitus ann. 11, 7; Sueton Nero 17.

10) Fr. 1 § 13 de off. praef. u. 1, 12; fr. 9 pr. § 1 sqq. de poen. 48, 19. Auch der Senat befaßt sich damit: Plinius ep. 5, 13.

11) Fr. 1 § 9 de eo. cogn. 50, 13.

12) Fr. 1 § 10 sqq. eod.

Vergütung *extra ordinem* gefordert werden dürfe<sup>1)</sup>; sogar der Ammenlohn (*nutricia*) ist endlich in dieser Form klagbar geworden (*deuenit officium praesidis*)<sup>2)</sup>. Und daran schließt sich endlich der Mäklerlohn, über dessen Herkunft nichts Näheres bekannt ist<sup>3)</sup>. In einer Anzahl von diesen Fällen haben die römischen Juristen ein Mandatsverhältniß angenommen: Ulpian sagt ausdrücklich, daß die Vereinbarung eines *honor* die *a. mandati* (*directa*) nicht ausschliesse<sup>4)</sup>. Dennoch hat niemals die *a. mandati contraria* zur Geltendmachung des Lohnanspruches gedient; immer ist dafür nur *Cognition* zulässig geblieben<sup>5)</sup>. Als Richter wird in allen übrigen Fällen der Statthalter genannt; nur beim Ammenlohne erscheint neben dem Präses der Prätor<sup>6)</sup>. Das muß man als Zufall ansehen; vielleicht ist der Prätor sonst von den Kompilatoren gestrichen und hier versehentlich stehen geblieben. Ueberliefert ist, daß durch eine Verordnung von Marcus und Verus die Klage auf Anwaltsgebühren vor den Präses verwiesen wurde: sie ist dann auf andere analoge Verhältnisse ausgedehnt worden<sup>7)</sup>. Es liegt wol am nächsten anzunehmen, daß durch dieselbe Verordnung in der Stadt der Prätor mit der Entscheidung über Honoraransprüche betraut wurde. Allein mir dünkt es nicht wahrscheinlich, daß dies gerade der Stadtprätor war, obwol ich eine Sonderprätor für diese Angelegenheiten nicht nachzuweisen vermag. Eine Ausdehnung der prätorischen Kompetenz liegt 1. nicht im Sinne der kaiserlichen Regierung. Es wäre 2. sehr eigenthümlich, daß die Honorarforderung nicht in der *a. mandati contraria* aufging, wenn wirklich derselbe Prätor entschied<sup>8)</sup>. In den Büchern *de omnibus tribunalibus*, aus welchen die hierher gehörigen Stellen entnommen sind, bespricht Ulpian 3. die verschiedenen Specialpräturen mit Ausnahme der *tutelar*is und *fideicommissaria*, die er in besonderen Büchern behandelt hat: fr. 15 de iurisdic. 2, 1 zeigt, daß nicht bloß von Einem Gerichte die Rede ist.

1) Fr. 1 § 6 h. t.

2) Fr. 1 § 14 h. t.

3) Fr. 1, fr. 3 de proxen. 50, 14. Cujaz, obseru. 11, 18 zieht wohl mit Recht auch fr. 15 de praescr. u. 19, 5 hierher.

4) Fr. 6 pr. mand. 17, 1; vgl. fr. 19 § 1 de don. 39, 5 (Labeo).

5) C. 1 mand. 4, 35.

6) Fr. 1 § 14 de eo. cogn. 50, 13.

7) Fr. 1 § 9 eod.

8) Wie es mit der Honorarforderung des Vormunds steht, bleibt, wie dieser ganze Anspruch, nach unseren Quellen unklar: fr. 33 § 3 extr. de adm. et per. 26, 7; fr. 1 § 6 de tut. et rat. 27, 3.

So ist hier überall wahrscheinlich für den neuen außerordentlichen Anspruch durch die Kaiser selbst eine neue besondere Behörde geschaffen worden. Diese bildete begreiflicher Weise ihre eigene, durch das Edikt nicht gebundene Praxis aus.

## V.

Bei Erörterung einer ganzen Reihe von Fällen wird der Ausdruck *extra ordinem* zwar gebraucht, aber nicht im Sinne des amtsgerichtlichen Verfahrens, sondern um damit eine außerordentliche Rechtshilfe im volkrechtlichen Sinne zu bezeichnen<sup>1)</sup>. Zuerst kommt hier fr. 17 de R. C. 12, 1 in Betracht: *cum filius fam. viaticum suum mutuum dederit, cum studiorum causa Romae ageret, responsum est a Scaeuola extraordinario iudicio esse illi subueniendum*. Dem Haussohne soll nach Scaeuola durch eine außerordentliche Klage Beistand geleistet werden, wenn er seinen Wechsel in Rom verborgt hat. Man stellt sich das so vor, als habe der Stadtprätor sich nicht getraut, dem Haussohne eine a. in factum zu gewähren, und sei deshalb selbst *extra ordinem* eingeschritten<sup>2)</sup>. Damit würde er viel kälter auftreten, als mit jener a. in factum; denn er würde willkürlich vom volkrechtlichen Verfahren abweichen. In der That aber hatte schon Julian dem Haussohne die a. depositi gegeben und Marcellus hatte zugestimmt<sup>3)</sup>. Bei Ulpian erscheint der Kreis der dem Haussohne zustehenden Klagen wesentlich erweitert<sup>4)</sup>. Es sähe wie ein Zurücklenken Scaeuolas aus, wenn er nicht eine a. in factum nach dem Vorbilde der Darlehnsklage gestattete, sondern den Studenten auf außerordentliche Hilfe im allgemeinen verwies. Thäte er es wirklich, so wäre dem Haussohne besser mit dem Beistande des Stadtpräfecten als des Stadtprätors gedient.

Aehnlich steht es mit fr. 43 de R. V. 6, 1 (Paulus l. 27. ad ed.): *quae religiosis adhaerent religiosa sunt et idcirco nec lapides inaedificati postquam remoti sunt vindicari possunt: in factum autem actione petitori extra ordinem subuenitur, ut is qui hoc fecit restituere eos compellatur*. Es handelt sich hier nicht um «widerrechtlich religiös gemachte Sachen». Kämen solche in Frage, so wäre ein amtsrechtliches Einschreiten hier wie in allen sacralen Angelegenheiten (II, 1) sehr erklärlich. Es handelt sich vielmehr um Steine, die aus dem Grabmale ausgebrochen

1) Darüber neuerdings Wlassak, Studien S. 89 f.

2) Z. B. Mandry, Familiengüterrecht I, 201.

3) Fr. 9 de O. et A. 44, 7; fr. 19 dep. 16, 3; Labeo I, 160 f.

4) Fr. 18 § 1 de iud. 5, 1.

und fortgeschafft worden sind<sup>1)</sup>. Eine Vindikation ist durch die Religiosität der Steine ausgeschlossen. Daher wird dem Interessenten «aufsergewöhnlich» eine a. in factum auf Herausgabe gewährt.

## VI.

Bei den bisherigen Ausführungen ist absichtlich der sog. Reskriptsproceß übergangen worden, weil er einer besonderen Erörterung bedarf.

Die Einholung eines kaiserlichen Reskripts durch eine Partei wird seit Hadrian üblich; Traian hat, soviel wir wissen<sup>2)</sup>, auf Anfragen Privater noch nicht geantwortet. In seinen Anfängen ist ein solcher Erlaß allem Anscheine nach nichts anderes, als ein Gutachten für den Proceß gewesen; er steht also mit den *responsa prudentum* auf derselben Stufe. Um die Seltsamkeit eines solchen kaiserlichen Rechtsrathes zu verringern, muß man sich erinnern, daß es eigentlich respondierende (sog. patentierte) Juristen nur in Rom und in Italien gab. Die Anfragen an den Kaiser aber gehen in der weit überwiegenden Zahl von Provinzialen aus: ihnen steht der Kaiser als Proconsul nicht bloß rechtlich nahe, sondern namentlich seit Hadrians Fürsorge für die außeritalischen Reichtheile auch thatsächlich. So haben wir denn eine große Anzahl von Kaisererlassen, welche lediglich als Gutachten erscheinen<sup>3)</sup>: eine Klage wird als angemessen oder rätlich bezeichnet<sup>4)</sup>, umgekehrt: ein Anspruch wird als unberechtigt oder verkehrt abgewiesen<sup>5)</sup>; es wird geradezu gesagt: der Gegner habe Recht<sup>6)</sup>; vorsichtige und und weise Provinzialen muthen dem Kaiser sogar zu, ein gelehrtes Gutachten nachzuprüfen<sup>7)</sup>. So hat denn die Haltung der Reskripte Aehnlichkeit mit der Art und Weise der Responen, vor allem in der Manier, wie neue Rechtsgedanken, namentlich eine Erweiterung vorhandener Aktionen, eingeführt und an das bisher Anerkannte angeknüpft

1) Vgl. Labeo 2, 147 A. II. Bestätigt wird diese Erklärung durch fr. 2 de sep. uiol. 47, 12, aus demselben Buche des Paulus, das auch von Gegenständen spricht, die von Grabmälern abgerissen werden.

2) V. Macrini 13; Mommsen 2b, 874.

3) C. Greg. 14, 2, 1; c. 10 loc. 4, 65; vgl. fr. 3, fr. 13 § 1 de al. leg. 34, 1.

4) C. 3 de his quae ui 2, 19; c. 3 de R. V. 3, 32; c. 1 de nox. 3, 41.

5) C. Greg. 13, 1, 1; c. 1 si cert. pet. 4, 2; c. 13 de usur. 4, 32; c. 2 de usufr. 3, 33; c. 1 de dote prom. 5, 11; fr. 17 § 1 de usur. 22, 1; fr. 6 § 7 mand. 17, 1; fr. 41 § 7 de leg. 1.

6) C. 1 sq. de cond. ob c. 4, 6; fr. 18 q. m. c. 4, 2.

7) C. 1 de his quae ui 2, 19; c. 5 ad exh. 3, 42; auch fr. 7 § 16 quib. ex c. 42, 4.

werden<sup>1)</sup>. Und es wäre an sich möglich, dafs solche kaiserliche Weis-  
thümer auch zur Verwerthung im ordentlichen Verfahren vor dem  
Stadtprätor ergiengen. Aber ein sicheres Beispiel dafür ist, soweit ich  
die Quellen übersehe, nirgends zu entdecken<sup>2)</sup>.

Dies Eingreifen des Kaisers läfst sich m. E. nur thatsächlich er-  
klären aus der schärferen Zusammenfassung der Reichsangelegenheiten  
in der Hand des Princeps und der damit enge verbundenen Sorge für  
das Wohl der Unterthanen, vor allem der Provinzialen. Denn die re-  
publikanischen Kaiser haben sich nie als alleinige Quelle des Rechtes  
oder der Rechtskunde betrachtet. Das Gegentheil läfst sich nicht aus  
der «Verleihung» des *ius respondendi* an hervorragende Juristen er-  
schliessen. Die Kaiser haben das *ius respondendi* nie so übertragen, als  
hätten sie das Monopol des Gutachtens; sie haben vielmehr lediglich  
seine Ausübung nach Form und Wirkung geregelt. Gerade Hadrian  
hat diese rechtliche Auffassung deutlich ausgesprochen<sup>3)</sup>; *ex auctori-  
tate principis respondere* heifst unter Gewähr des Kaisers Gutachten er-  
theilen.

Allerdings aber sucht Hadrian durchweg die Praxis der Recht-  
sprechung in gesetzliche Normen zusammenzufassen und so sich und  
seine Macht mehr in den Mittelpunkt zu schieben. Das Edikt wird  
codificiert; der rechtliche Einflufs der Responsen in ziemlich äufserlicher  
und mechanischer Weise festgestellt. Die beiden ersten Prätoeren, die  
thatsächlich schon seit dem Beginne der Kaiserzeit keine Abänderungen  
der *lex annua* vorgenommen hatten, müssen nun das Edikt in der julia-  
nischen Fassung veröffentlichen<sup>4)</sup>. Das machte sich wieder besonders  
in den Provinzen fühlbar, wo die Berührung mit der hauptstädtischen  
Rechtswissenschaft keine lebhaftere sein konnte. Insofern ist allerdings  
ein Zusammenhang zwischen der Ediktsredaktion und der Zunahme  
der kaiserlichen Procefsreskripte vorhanden: der Kaiser gilt als *uiua  
uox iuris ciuilis*, nicht rechtlich, aber der Sache nach; es steht ihm ein  
«Interpretationsrecht» zu.

Beim einfachen Gutachten sind die kaiserlichen Reskripte bekannt-

<sup>1)</sup> Papinian fr. 13 § 6 de H. P. 5, 3 mit c. 1 de inoff. 3, 28; Papinian fr. 30 § 4  
de N. G. 3, 5 mit c. 3 de neg. gest. 2, 18; vgl. fr. 16 pr. de pact. 2, 14; fr. 3 pr. de trans-  
act. 2, 15.

<sup>2)</sup> In fr. 9 § 3 q. m. c. 4, 2 wendet sich der Gezwungene wol an den Kaiser,  
weil eine Gemeinde in Frage kommt. Uebrigens rescribieren die Kaiser folgerichtig in  
Restitutionssachen.

<sup>3)</sup> Fr. 2 § 49 de o. i. 1, 2: *... Hadrianus . . . rescripsit eis hoc non peti sed praestari  
solere, et ideo si quis fiduciam sui haberet delectari se et q. s.* (mit Mommsens Emendation).

<sup>4)</sup> So mit Recht m. E. Wlassak, Studien S. 15.

lich nicht stehen geblieben. Sie tragen in späterer Zeit durchaus den  
Charakter von Instruktionen an den Richter. Diesen scheinen sie erst  
allmählich und fast unbewußt angenommen zu haben. Den Uebergang  
kann man sich aus einigen Erlassen Hadrians anschaulich machen: sie  
sind durch Bittschriften (*libelli*) der Partei veranlaßt, aber an den er-  
kennenden Beamten gerichtet, der angewiesen werden soll<sup>1)</sup>; sie wer-  
den demnach nicht der anfragenden Partei selbst «zu weiterer Veran-  
lassung» mitgetheilt.

Zur Zeit des ausgebildeten Reskriptsverfahrens, seit der 2. Hälfte  
des 2. Jahrhdts., ist dagegen, wie man schon öfters hervorgehoben hat<sup>2)</sup>,  
der kaiserliche Erlaß ein vollkommenes Gegenstück der prätorischen  
Formel. Die Parallele läfst sich in's Einzelne durchführen. Die kaiser-  
liche Voruntersuchung schließt, wie die prätorische, mit *denegatio actionis*  
oder Gewährung des Reskriptes; die Wirkungen der Litiscontestation  
sind an die *impetratio rescripti* geknüpft<sup>3)</sup>; wie die Formel durch  
Berufung an die Tribunen, so kann das Reskript durch Supplikation  
angefochten werden; die Formel kommt nicht, wie ein Erkenntniß  
unter Mitwirkung des Consiliums, sondern unter Beirath einzelner Sach-  
verständiger zu Stande: so wird auch über den Libell nicht im kaiser-  
lichen Consilium verhandelt, sondern der Kaiser beschließt unter Zu-  
ziehung des *procurator a libellis*, höchstens betheiligte sich noch einer  
oder der andere Würdenträger in wichtigen Fällen an dem Be-  
schlusse<sup>4)</sup>.

Es ist von vornherein nicht eben wahrscheinlich, dafs neben dieser  
kaiserlichen Instruktion an den Beamten noch eine Formel, d. h. eine  
Anweisung des Beamten an den Geschworenen gestanden haben sollte:  
sie hätte nur wiederholen können und dürfen, was dem Beamten selbst  
vom Kaiser vorgeschrieben worden war. In der That ist der Kaiser  
wohl Berufungsinstanz gegenüber den republikanischen Beamten, aber  
nicht ihre Aufsichtsbehörde. Das liegt weder in der tribunicischen  
noch in der proconsularischen Gewalt; *mandata* ertheilt der Kaiser blofs  
den Statthaltern der Provinzen. Stünde neben dem Reskripte noch  
die Formel, so ergäbe sich die grofse Schwierigkeit, diese sachent-

<sup>1)</sup> Fr. 33 de re iud. 42, 1; fr. 3 § 9 de J. F. 49, 14; fr. 5 § 1 de H. P. 5, 3; fr. 1  
§ 14 de uentre 37, 9; fr. 12 de cust. 48, 3; fr. 28 § 6 de adult. 48, 5.

<sup>2)</sup> Puchta, Inst 1 § 178 S. 549 Kr.; Rudorff, Rechtsgesch. 2, 208 f.

<sup>3)</sup> C. 33 de don. 8, 53; c. 8, c. 10 CTh. de diu. resc. 1, 3.

<sup>4)</sup> Hier dafür nur die Belegstellen; ich hoffe auf diesen Punkt zurückzukommen:  
Cicero de or. 1, 168; Seneca de tranq. 3, 4; Cicero Verr. 5, 53, 55; fr. 17 de i. patr. 37, 14;  
fr. 57a de R. N. 23, 2; V. Macrini 13, 1; V. Alex. 16; Dio Cass. 52, 33 p. 487 E.

sprechend abzufassen. Denn häufig greifen die Reskripte stark in's *officium iudicis* über; sie ordnen an, was der Urtheiler thun soll<sup>1)</sup>. Das ist mit der Formel nicht zu vereinbaren. Der Prätor kann den kaiserlichen Befehl in der Formel, die im Album steht, nicht zum Ausdruck bringen; und es ist undenkbar, daß er dem selbständigen Geschworenen zweierlei Anweisungen ertheilt haben sollte, die eigene und die kaiserliche. Ganz anders dagegen steht es, wenn man den *iudex datus* als Urtheiler voraussetzt: die Partei mit dem kaiserlichen Reskripte in der Hand legt einfach Berufung von seinem Spruche an den Beamten ein, wenn er der kaiserlichen Anordnung zuwiderhandelt. — Die Fälle, in welchen man die Niedersetzung eines Schwurgerichtes nach Reskriptseinholung hat finden wollen, sind thatsächlich nicht darauf zu beziehen. Julian fr. 8 de off. praes. 1, 18 (davon ist Callistratus fr. 9 nur abgeschrieben): *saepe audiri Caesarem nostrum dicentem hac rescriptione 'eum qui provinciae praeest adire potes' non imponi necessitatem proconsuli uel legato . . suscipiendae cognitionis, sed eum aestimare debere, ipse cognoscere an iudicem dare debeat*. Man müßte hiernach annehmen, der Statthalter habe nach freiem Belieben entweder selbst untersuchen oder einen Geschworenen bestellen dürfen. Das steht in bestimmtem Widerspruche zu allem, was wir sonst über die staatsrechtliche Schranke der prätorischen Gerichtsgewalt wissen. Vielmehr ist der Sinn Julians offenbar, daß gegenüber dem kaiserlichen Erlasse der Statthalter selbst die Sache verhandle. Es wird nur mildernd zugefügt, er dürfe erwägen, ob er nicht einen *iudex* zu Hülfe nehmen solle<sup>2)</sup>. So kann man aber in Julians Zeit nur vom *iudex datus*, nimmermehr vom *iudex priuatus* sprechen<sup>3)</sup>.

Nimmt man hiernach an, daß durch ein kaiserliches Reskript die Sache allemal in's Cognitionsverfahren übergeleitet wurde, so scheint mir das nur so erklärbar, daß der Kaiser einen Instruktionsbescheid überhaupt nur ertheilte, wo das amtsrechtliche Verfahren ohnehin stattgefunden hätte; seine Anweisungen beschränken sich auf die Fälle, in denen er auch ohne Anfrage der Partei hätte eingreifen oder das Erkenntniß hätte abändern können. Wäre es anders gewesen, so hätte

1) C. 3 de transact. 2, 4; c. 5 fam. enc. 3, 36; c. 1 comm. diu. 3, 37; c. 4 ad exh. 3, 42; c. 5 de pact. i. empt. 4, 54; fr. 18 § 3 fam. enc. 10, 2; fr. 15 § 3 § 5 loc. 19, 2; im Gegensatze dazu Pius c. 1 de ed. 2, 1.

2) Das *debeat* scheint Wieding (Libellprocefs S. 116) zu der Annahme veranlaßt zu haben, daß der Statthalter einen Richter bestellen müsse. Im Zusammenhange scheint es mir unmöglich, das Wort so zu pressen.

3) S: auch Rudorff, Rechtsgesch. 2, 4.

das Reskriptsverfahren nothwendig zur thatsächlichen Lahmlegung des Stadtprätors führen müssen, wie die Konkurrenz der kaiserlichen Beamten das ordentliche Strafverfahren der Quästionen allmählich verdrängte. Davon aber ist nichts zu verspüren; der Stadtprätor übt sein Amt noch in der Mitte des 3. Jahrhdts. wie früher. So nur ist ein Erlaß des Philippus v. J. 246 zu verstehen: ein Miteigenthümer fordert die Kosten der Ausbesserung des gemeinschaftlichen Hauses; er wird vom Kaiser auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen<sup>1)</sup>.

Folgerichtig wäre diese Beschränkung unzweifelhaft: die Fälle, welche durch Berufung an das Kaisergericht erwachsen konnten, brachte man vor Annehmung des ersten Richters sofort an ihn, um von ihm die maßgebende Anweisung zu erlangen; die Unterrichter selbst konnten damit nur einverstanden sein. Auf der anderen Seite setzt die Ertheilung einer Instruktion immer ein Abhängigkeitsverhältniß des Beamten voraus; eine solche Unterordnung des städtischen Prätors unter den Kaiser widerspräche aber den Grundsätzen der Dyarchie. Im Strafverfahren läßt der Kaiser den Consuln freie Hand; er beeinflusst den Senat höchstens thatsächlich, indem er mitstimmt. Es läßt sich nicht ohne weiteren Beweis zugeben, daß er sich dem Prätor gegenüber auf dessen eigenstem Gebiete anders verhalten haben sollte<sup>2)</sup>.

Dagegen darf man sich keinesfalls darauf berufen, daß sehr häufig bei Reskriptssachen Aktionen und Exceptionen erwähnt, einzelne mit Namen genannt und die verschiedenen Klagfiguren auseinander gehalten werden. Das Aktionenrecht gehört nicht dem ordentlichen Verfahren ausschließend an; auch unter Diocletian, nach dem Untergange des *ordo iudiciorum*, finden wir dieselben Erscheinungen<sup>3)</sup>. Das Aktionenrecht ist eben, um den neuerdings bei solchen Fragen beliebt gewordenen Ausdruck zu gebrauchen, «materiellrechtlicher Natur».

Der Thatbestand der Quellen, soweit ich sie bis jetzt zu übersehen vermag, stimmt mit dem obigen Satze zusammen; es macht durchaus den Eindruck, als habe der Kaiser nur in den bezeichneten

1) C. 4 de aedif. priu. 8, 10; vgl. Marcus u. Verus fr. 30 de reb. auct. iud. 42, 5.

2) Die Aeuferung bei Sueton Tib. 31: *caetera quoque non nisi per magistratus et iure ordinario agebantur* lautet zu allgemein, um als Beleg angeführt zu werden. Cal. 16 stimmt damit überein. Wenn es von Tiberius heißt: *magistratibus pro tribunali cognoscentibus plerumque se offerebat consiliarium* (Sueton 33), so bezieht sich das, wie der Ausdruck zeigt, auf amtsrechtliches Verfahren. Denn gleich darauf wird erzählt, der Kaiser habe die Quästionenrichter ermahnt. Klar ist's, daß er in beiden Fällen thatsächlich einwirkte, wie durch sein Erscheinen im Senate.

3) C. 15, c. 17 de transact. 2, 4; c. 4 si cert. pet. 4, 2; c. 8 ad exhib. 3, 42.

Sachen reskribiert<sup>1)</sup>. Die kaiserlichen Bescheide zerfallen in drei nicht gleich große Massen. Sie richten sich 1) an die republikanischen Beamten, also die Prätores: den tutularis, fideicommissarius und den Freiheitsprätor; sie werden auch für den städtischen Prätor in Cognitionssachen, namentlich bei Missionen und Restitutionen erlassen<sup>2)</sup>; denn hier hat sich der Princeps, wie wir wissen, die letzte Entscheidung vorbehalten<sup>3)</sup>. Ganz unbeschränkt bescheiden die Kaiser 2) in Fällen, wo ihre eigenen Beamten, die Präefekten und Procuratoren, als richtende Behörde in Frage kommen. Bei weitem die zahlreichsten Reskripte aber sind 3) für die Provinzialstatthalter bestimmt. In den Provinzen aber hat allem Anscheine nach das Geschworenengericht im Laufe der Kaiserzeit aufgehört; die iudices sind hier zuerst zu Unterrichtern geworden. Das läßt sich, hoffe ich, sehr wahrscheinlich machen.

1. Schon in der republikanischen Zeit ist es erkennbar, daß das Institut der Geschworenen in der Provinz nicht so feste Wurzeln geschlagen hat, wie in Italien. Rechtlich steht das *imperium militare* anders, als das *domesticum*, und thatsächlich ist die Stellung der Statthalter eine übermächtige und unverantwortliche: begreiflich, daß die Theilung des Richteramtes hier nicht so lebhaft als ein wesentliches Element der Staatsverfassung empfunden wird. Es giebt dafür zwei oft besprochene Belege. Einmal das Edikt des Verres: *si perperam iudicauerit se cogniturum*<sup>4)</sup>. Die richtige Auffassung scheint mir, daß Verres sich damit einer fehlerhaften Entscheidung der Geschworenen gegenüber eine neue Verhandlung der Sache (cognitio) vorbehielt. Aber wenn diese wiederholte Verhandlung sich auch nur beziehen sollte auf das vom Quästor niedergesetzte Gericht<sup>5)</sup>, so wäre selbst damit der Geschworenenwahrpruch angetastet. Dagegen kann es sich, meine ich, hier nicht um ein bloßes Disciplinarverfahren gegen den Richter handeln, das den Spruch des Richters bestehen ließe<sup>6)</sup>. Daß dies Edikt des Verres einen «Frevel» enthalte<sup>7)</sup>, sagt Cicero nirgends; über Vernichtung rechtskräftiger Entscheidungen als eine Gefahr für

1) Es ist schlimm, sich zum Beweise auf einen Eindruck berufen zu müssen; aber ich sehe keine andere Möglichkeit als dies Verfahren, um weiter zu kommen. Es läßt sich nun über widersprechende Stellen streiten.

2) Fr. I § 14 de uentre 37, 9; fr. I § 3 ut in poss. 36, 4; Vat. 168; c. 3 de proc. 2, 12; c. 4 de inoff. 3, 28; fr. 86 de adq. her. 29, 2?

3) Sueton Claud. 14; fr. 12 de adq. her. 29, 2; fr. 7 pr. de i. i. rest. 4, 1.

4) Cicero Verr. 2, 33.

5) Mommsen I, 225.

6) Merkel 2, 32 ff.

7) Keller, C. Pr. § 86 S. 449 W.

die Staatsordnung weiß er sonst andere Worte zu finden<sup>1)</sup>. Hier handelt es sich um einen neuen Satz im Edikte, den der Ankläger als Eigenmacht darzustellen sucht, während er sogar vom Wohlwollen eingegeben sein kann. — Der zweite Fall, wo zu republikanischer Zeit ein Provinzialbeamter den Geschworenenwahrpruch angreift, ist die Verfügung des Q. Cicero, die Marcus höflich belobt<sup>2)</sup>. Die Recuperatoren, denen angeblich ihre Entscheidung abgezwungen wurde, sollen die Sache zum zweiten Male verhandeln. Daß etwas Aehnliches auch in Rom möglich gewesen wäre, wird man schwerlich behaupten.

2. Dies Verhältniß dauerte auch in der Kaiserzeit fort. — Für's erste in den Senatsprovinzen: der Statthalter bestellte Geschworene zur Entscheidung der Rechtshändel. Der Beweis dafür läßt sich aus Gaius' Erläuterung des Provinzialediktes entnehmen. Das Edikt ist das einer proconsularischen, also einer Senatsprovinz<sup>3)</sup>. Der Proconsul wird als richterliche und verwaltende Behörde an den ausschlaggebenden Stellen überall genannt<sup>4)</sup>. Dabei setzt Gaius deutlich den Geschworenenproceß voraus. Das von *officium* und *arbitratus iudicis* und von *accipere iudicium* wiederholt die Rede ist<sup>5)</sup>, würde freilich an sich nichts erweisen. Aber entscheidend dünkt mir die *translatio iudicii*, welche vorkommt<sup>6)</sup>, und der unzweideutige Hinweis auf die Formeln von *actio* und *exceptio*<sup>7)</sup>.

3. Negativ wird dies Ergebniß bestätigt durch die nicht eben zahlreichen Erlasse der Kaiser an Proconsuln; sie beziehen sich durch-

1) S. die Stellen Parerga S. 39 A. 2.

2) Cicero p. Flacco 21, 49. Mit Unrecht zieht Merkel (S. 21 f.) Cicero de domo 78 gleichfalls hierher. Die *adsertio in libertatem* darf ausnahmsweise wiederholt werden, d. h. die *exco rei iudicatae* ist hier (wol durch ein Gesetz) ausgeschlossen: Quintilian inst. or. 5, 21 (*adsertio secunda*); II, 1, 78 (*etiam si apud alios iudices agatur, ut in secunda adsertione*); vgl. Keller A. 858 S. 169.

3) Nicht ein allgemeines Provinzialedikt. Mir scheint es staatsrechtlich unmöglich, ein Edikt für alle Provinzen anzunehmen. Denn es giebt für dessen Erlaß keine Behörde; formell muß jeder einzelne Statthalter das Edikt in seinem Machtbereiche veröffentlichen. Aber daß auch materielle Verschiedenheiten in den provinziellen Edikten blieben, wird sich mit Rücksicht auf das Vulgarrecht schwerlich läugnen lassen.

4) Daß daneben auch der Prätor ein paar Mal vorkommt, scheint mir — abgesehen von der Möglichkeit einer Aenderung durch die Compileren — nur von geringem Gewichte. Die zwiefache Erwähnung des Präses ließe sich bei der Vormundschaft nicht vermeiden (fr. 5 de tut. dat. 26, 5; fr. 5 de cur. fur. 27, 10); Gaius mußte hier allgemein sprechen.

5) Fr. 12, fr. 46 pr. § 3 de proc. 3, 3; fr. 3 § 4 de al. iud. mut. c. 4, 7; fr. 10 § 1 q. m. c. 4, 2; fr. 28 de R. V. 6, 1; fr. 3 fam. erc. 10, 2; fr. 25 § 5 loc. 19, 2; fr. 3 de eo q. c. l. 13, 4.

6) Fr. 15 de nox. 9, 4; vgl. auch fr. 7 iud. solui 46, 7; fr. 10 § 3 de ed. 2, 13.

7) Fr. 48 de proc. 3, 3; fr. 3, fr. 10 § 1 de H. P. 5, 3; fr. 1 § 1 fam. erc. 10, 2.



gänglich auf Cognitionssachen, gar nicht auf Privatstreitigkeiten<sup>1)</sup>. Die einzige sehr erklärliche Ausnahme ist ein Erlaß M. Aurels an den Proconsul von Africa, der die Auslegung eines Senatsschlusses enthält<sup>2)</sup>. Wie es scheint, wird dabei das Ordinarverfahren in Africa noch als in Uebung vorausgesetzt.

4. Hält man aber hieran fest, so gewinnt fr. 9 qui satisd. 2,8 (Gaius ad ed. prou.) eine noch gröfsere Bedeutung, als man ihm bisher schon beigelegt hat<sup>3)</sup>: *arbitro ad fideiussores probandos constituto, si in alterutram partem iniquum arbitrium uideatur, perinde ab eo atque ab iudicibus appellare licet*. Die *arbitri* sind *dati iudices*, Kommissare des Proconsuls für eine besondere Verhandlung. Die *iudices* dagegen sind nach dem Ausgeführten im Zweifel Geschworene. Gegen ihren Spruch kann Berufung eingelegt werden, wie hier beiläufig und wie selbstverständlich erwähnt wird. Die Berufung geht natürlich an den Proconsul. Dafs hier der Kaiser eingriff und erneuerte Verhandlung gestattete, läfst sich vielleicht aus fr. 31 de iurei. 12,2 entnehmen. Jedefalls bekundet Gaius' Aeufserung die Anfänge einer Herabsetzung der Geschworenen zu Unterrichtern und das Aufkommen von *arbitri dati* in der Senatsprovinz.

5. Auf der anderen Seite ist es schwer, sich vorzustellen, dafs die *legati pro praetore* des Kaisers in seinen Provinzen das alte Geschworenenverfahren festgehalten haben sollten. Denn sie sind und bleiben Richter an Kaisers Statt, und man darf vermuthen, dafs sie auch wie dieser selbst verhandelt haben. Unzweideutige Belege dafür aus der früheren Kaiserzeit zu finden, ist mir bis jetzt in der Fülle des Quellenmaterials nicht gelungen. Immerhin weisen solche Urkunden darauf hin, wie Hadrians Brief an den Thessalischen Landtag über die Reihenfolge der Klagen<sup>4)</sup>; wie Pius' an den Legaten von Numidien über die Vermächtnisse bei lieblosem Testamente<sup>5)</sup>, oder an den thrakischen Landtag über Berufung gegen ein Reskript<sup>6)</sup>. Sie sind schwerlich mit dem Ordinarverfahren in Einklang zu bringen.

<sup>1)</sup> Hadrian: Coll. 1, 11, 2; fr. 3 § 3 de test. 22, 5; fr. 14 ad SC. Turp. 48, 16; Pius: Coll. 3, 3, 1 sq.; 5 sq.; fr. 2 de his qui sui 1, 6; fr. 6 § 1 de i. imm. 50, 6; fr. 31 de re iud. 42, 1; Marcus u. Verus: fr. 7 § 10 de interd. et rel. 48, 22; Sever: fr. 4 pr. de off. ei. cui 1, 21 = fr. 1 § 4 de susp. 26, 10.

<sup>2)</sup> C. 1 de pet. her. 3, 31.

<sup>3)</sup> Merkel, Abh. 2, 68 f.

<sup>4)</sup> Fr. 37 de iud. 5, 1 (fr. 5 § 1 de ui publ. 48, 7?).

<sup>5)</sup> Fr. 7 de leg. praest. 37, 5.

<sup>6)</sup> Fr. 1 § 1 sq. de app. 49, 1.

6. Jedefalls fand in der severischen Zeit bereits durchgehends in allen Provinzen das amtsrechtliche Verfahren vor dem Präses statt<sup>1)</sup>; ein Unterschied zwischen Proconsuln und Proprätoren ist in dieser Beziehung nicht mehr zu bemerken. Im J. 292 cognoscirt der Proconsul von Africa in einer Civilsache<sup>2)</sup>.

7. Von diesem Standpunkte aus tritt Diocletians vielbesprochene Verordnung c. 2 de ped. iud. 3, 3 in ein anderes Licht. Die immer noch herrschende Meinung<sup>3)</sup> sieht darin die Aufhebung des Geschworenenverfahrens. In der That aber schliesst sie sich unmittelbar an die bisherige Entwicklung der Provinzialgerichtsbarkeit an. Der Kaiser nimmt den Statthaltern das Recht, was sie bis dahin ganz selbstverständlich hatten, sich beliebig Gehilfen zu bestellen, *quod ipsi non possent cognoscere*, weil sie selbst die Verhandlung nicht führen könnten — der Conjunktiv ist bezeichnend — d. h. möchten<sup>4)</sup>. Die Selbstentscheidung wird demnach als Regel vorausgesetzt, die Bestellung eines *iudex datus* für Ausnahmefälle eingeräumt; das ist für den Präses eine Erleichterung, nicht eine Kompetenzschränke<sup>5)</sup>.

8. Die Stellen, nach denen es scheinen könnte, als werde ein *iudex priuatus* vorausgesetzt, wo der Kaiser rescribiert, können dem allem gegenüber m. E. das Ergebnifs nicht erschüttern<sup>6)</sup>. Es ist erklärlich, dafs auch der Prätor im ordentlichen Verfahren auf den Inhalt eines kaiserlichen Bescheides Rücksicht nahm, der anderweit ergangen war<sup>7)</sup>.

<sup>1)</sup> Sever c. 1 de ord. iud. 3, 8; Caracalla c. 2 quando fisc. 4, 15; c. 1 de fid. instr. 4, 21 (cod. Greg. 4, 2, 1); c. 2 de n. n. p. 4, 30; Alexander c. 2 comm. diu. 3, 37; c. 1 ad exh. 3, 42; c. 3 de relig. 3, 44; c. 1 de resc. uend. 4, 44; c. 1 de reb. alien. 4, 51; Val. u. Gallien c. 2 de inoff. don. 3, 29; Philippus c. 5 de seru. 3, 34; Claudius c. 6 eod.; Carus c. 9 de R. V. 3, 32.

<sup>2)</sup> C. Hermog. 2, 1.

<sup>3)</sup> Dagegen schon Rudorff, Rechtsg. 2 § 1, aber ohne Eindruck zu machen.

<sup>4)</sup> Diesen Conjunktiv, der das *non posse* als Meinung oder Aeufserung der Statthalter erscheinen läfst, übersieht die herrschende Auslegung ganz; sie geht davon aus, «dafs es Sachen gebe, in welchen die Magistrate bisher das Recht der Cognition nicht gehabt hätten» (Wieding, Libellprocefs S. 116).

<sup>5)</sup> Die bisherige Auslegung macht die wunderliche Annahme, dafs der Kaiser vorn im Gesetze die *iudicis datio* im Sinne von Geschworenenbestellung beseitigt, hinten die *iudicis datio* im Sinne einer Einsetzung von Unterrichtern erlaubt, ohne auch nur anzudeuten, dafs hinten und vorn von ganz verschiedenen Dingen die Rede ist, ja indem er sogar den alten (abzuschaffenden) Geschworenen als *iudex pedaneus* bezeichnet, also mit dem Kunstausdrucke für den Unterrichter.

<sup>6)</sup> Namentlich öfter im ehelichen Güterrechte: fr. 12 pr. de Publ. 6, 2; fr. 1 pr. de dot. coll. 37, 7; fr. 1 § 5 sq. de her. inst. 28, 5; fr. 5 pr. de auct. et per. 26, 8.

<sup>7)</sup> So lassen sich einige von den angeführten Stellen erklären; ganz deutlich ist dies in § 30 de act. 4, 6 (*ex rescripto D. Marci compensatio inducebatur*: das Imperfekt ist

## VII.

Aus diesem Ueberblicke der Sachen des amtsrechtlichen Verfahrens scheint mir hervorzugehen, dafs auch hier die staatsrechtlichen Verhältnisse der Kaiserzeit geordneter waren, als man gewöhnlich sich vorstellt. Ich fasse die Ergebnisse nochmals zusammen.

I. Das volkrechtliche Verfahrens wurde in der Stadt (*domi*) ausschliesslich vom städtischen Prätor geleitet; mag er das amtsrechtliche Verfahren in einzelnen ihm besonders überwiesenen Fällen daneben noch geübt haben oder nicht; das letztere ist wahrscheinlicher.

II. Die neuen städtischen Instanzen, welche sämtlich nur amtsrechtliches Verfahren kennen<sup>1)</sup>, beeinträchtigen die Stellung des Stadtprätors nicht wesentlich. Sie haben 1) neue, im Edikte nicht berücksichtigte Ansprüche zu verhandeln; 2) da, wo sie frei konkurrieren, wie das Kaisergericht, wird diese Befugnifs mit Zurückhaltung geltend gemacht; 3) die Konkurrenz der kaiserlichen Präfekten hält sich in den Schranken polizeilicher Hilfeleistung.

III. Dagegen haben die Provinzialstatthalter (*militiae*) auch bürgerliche Rechtsstreitigkeiten im Verwaltungsverfahren entschieden, allgemein wol erst seit der zweiten Hälfte des dritten Jahrhunderts.

IV. Unter diesen Umständen ist der Schlufs nicht gewagt, dafs der *ordo iudiciorum* nicht als solcher aufgehoben wurde, sondern dafs er ganz von selbst verschwand, als die diocletianische Staatsordnung dem römischen Stadtprätor die Gerichtsbarkeit in Civilsachen entzog.

---

bedeutsam); fr. 8 de pact. 2, 14 (*ex D. Marci rescripto colligi potest*); fr. 3 pr. comm. 13, 6 (*sed mihi uidetur . . . secundum D. Pii rescriptum*).

<sup>1)</sup> Wenn wirklich der von Nerva eingesetzte Fiskalprätor (Pomponius § 32) mit Geschworenen (Recuperatoren) entschied, so ist dies sicher nur eine vorübergehende volksthümliche Einrichtung gewesen. Aber die Sache scheint mir doch nicht aufser allem Zweifel: Sueton Nerva 17 ist vielleicht Mißverständnis von Tacitus ann. 13, 51; und Plinius paneg. 36 läfst sich auf iudices dati beziehen: die später jedenfalls zulässige *pignoris capio* und die Zulässigkeit einer Berufung deuten nicht auf Geschworene.

---

CARL BERNSTEIN

Zur Lehre von der *dotis dictio*.

In der dictio war ein juristisches Werkzeug von merkwürdiger Beschaffenheit gegeben: ein einseitiger solenner Act, dienstbar einem einzigen Zwecke — der Bestellung einer dos — und auch das nur in den Händen einiger wenigen Personen, — des Vaters der Frau, resp. der männlichen Ascendenten väterlicherseits, der Frau selber, des Schuldners der Frau auf Geheiß derselben.<sup>1)</sup>

Die Form der dictio erforderte sollenne mündliche Rede des Bestellers, des Dicenten, an den gegenwärtigen Destinatär der dos.

Die gesprochenen Wortformeln scheinen wesentlich bestanden zu haben aus einem von Fall zu Fall wechselnden Blanquetbestandtheil — der demonstratio rei sc. doti dictae — und aus der festen im futurum indicativi concipirten Ansage der Dotalbestimmung der res:

quod filius tuus mihi debet id doti tibi erit — fr. 57. D. de J. D. 23, 3;

quod mihi debes aut fundus Sempronianus doti tibi erit — fr. 46 § 1 D. de J. D. 23, 3;

pro Sticho, quem mihi debes, decem tibi doti erunt — fr. 25 D. de J. D. 23, 3;

vgl. auch fr. 44 § 1 u. fr. 59 D. eod. und fr. 125 D. de V. S. 50, 16.

---

<sup>1)</sup> In dieser allseitig durchgefochtenen Controverse genügt es wohl, die Gründe für die eigene Ansicht kurz anzudeuten. Dafür, daß die dictio ein solenner Act war, sprechen, abgesehen von dem sinnlichen Character des älteren Rechts, Ga. Ep. II, 9, 3 u. l. 4 C. Th. de dot. 3, 13; für die verba Ga. Ep. II, 9, 3 und der terminus dicere; für die Gegenwart der Parteien die Dictionsformeln (tibi erit, erunt). — Für die Einseitigkeit sprechen Ga. Ep. II, 9, 3, die hergebrachten Pandektenbeispiele, in denen von einer Acceptation nirgends die Rede ist, die Definition von dictum in l. 19 D. 21, 1, vielleicht auch ganz besonders l. 46 D. de J. D. 23, 3 . . . servus . . . si dotem domini nomine tibi promitti (dici) patiatur. Czyhlarz und Bechmann, in ihren Schriften über das römische Dotalrecht, betrachten die dictio als formlosen Vertrag. Vgl. die ausführliche Erörterung von Meykow, die Diction der römischen Brautgabe § 2, der in der dictio einen formlosen, einseitigen Act sieht, Czyhlarz, das röm. Dotalrecht § 33 und Bechmann, das röm. Dotalrecht § 72.

Wie kam es nun, daß der einseitige Act diese rechtliche Geltung erlangte? Und warum bloß zum Zwecke der Bestellung einer dos? und noch dazu bloß von Seiten gewisser Personen?

Diese Fragen sind schon an sich schwierig genug; die Schwierigkeiten steigern sich, wenn wir auch noch die Frage nach den unmittelbaren Rechtswirkungen der *dictio ins Auge* fassen.

### I.

Die unmittelbaren Functionen der *dictio* sind jedenfalls mannigfaltiger, als die herrschende Meinung es in der Regel annimmt.

1. Von jeher anerkannt war die obligatorische Wirkung der *dictio*. Schon Gaius Ep. II, 9, 3 hatte die *dictio* als obligatorischen Act aufgeführt, und diese Stelle war von jeher grundlegend gewesen. Dazu kommt, daß das *dicere* als eine Unterart des *promittere* bestimmt wird in l. 19 § 2 de *äd. ed.* 21, 1 — vgl. dazu Gaius Ep. II, 9, 3 i. f. —; daß Nonius Marcellus p. 280 *dicere* auch durch *promittere* interpretirt (*dicere etiam promittere*); daß endlich Justinian an so und so vielen Stellen den *terminus dicere* durch *promittere* ersetzt hat — vgl. z. B. l. 59 D. de J. D. 23, 3, l. 125 de V. S. 50, 16.

Die durch die *dictio* erzeugte *obligatio* war wahrscheinlich eine streng einseitige, die Klage, die derselben zur Seite stand, eine *actio stricti juris*, eine *condictio*. l. 125 de V. S. 50, 16, l. 46 § 1 de J. D. 23, 3, c. 1 C. de J. D. 5, 12.<sup>1)</sup>

2. Während nun die herrschende Meinung die obligatorische Function der *dictio* als die einzige ansieht, führt jedes nähere Studium dieses Instituts nothwendig zur Anerkennung auch noch einer anderen Function desselben — der liberatorischen: eine *dos* kann durch Erlaß bestellt, der Erlaß aber durch *dictio* bewirkt werden. L. 44 § 1, l. 45 pr., l. 46 § 1, l. 57, l. 58 § 1, l. 77 de J. D. 23, 3, l. 47 pr. *mandati* 17, 1.

Die regelmässige Formel dieser *dictio* war: *quod mihi debes doti tibi erit* — l. 44 § 1, l. 46 § 1, l. 57, l. 77 D. de J. D. 23, 3, l. 47 pr. D. *mand.* 17, 1. — oder auch: *quod mihi debes doti tibi habere permitto*<sup>2)</sup> — l. 58 § 1 D. de J. D. 23, 3. Dieser Erlaß hob die alte Schuld *ipso jure* auf — l. 58 § 1 D. de J. D. 23, 3, l. 31 § 1 D. de *nov.* 46, 2, l. 47 pr. D. *mand.* 17, 1, l. 25 D. de J. D. 23, 3. Ja es wird in der Regel so angesehen *perinde ac si solutum debitum mulieri in dotem ab ea datum esset* — l. 77 D. de J. D. 23, 3, l. 43

<sup>1)</sup> Meykow, Die Diction der Brautgabe, p. 83. Czychlarz, *Dotalrecht*, p. 116.

<sup>2)</sup> Dagegen Czychlarz, l. c. p. 128 A. 8.

pr., l. 25 eod., l. 9 pr. D. de *fundo dot.* 23, 5 —; es verbindet sich mit der Aufhebung der alten Schuld die doppelte Fiction der Zahlung und des Rückempfangs, es findet statt eine *brevi manu solutio* — vorausgesetzt, wenn es sich um die Schuld einer individuell bestimmten Sache handelt, daß die Sache in den Händen des Schuldners ist.<sup>1)</sup>

Ganz ausdrücklich wird der Gedanke zurückgewiesen, als ob die *dictio* hier eine obligatorische Wirkung erzeugen könne. Von der Frau, die ihrem Manne die Schuld desselben zur *dos* dicirt, heißt es — l. 44 § 1 D. de J. D. 23, 3 — *non obligatur, sed efficit ut id quod actione . . . servari poterat in dote sit*.

Durch die Fiction der *brevi manu solutio* unterschied sich der Erlaß durch *dictio* wesentlich von dem Erlaß durch *acceptilatio*. Die *acceptilatio dotis causa* macht folgeweise nur die *liberatio* zum Gegenstand der *dos*, die liberatorische *dictio* dagegen kann den geschuldeten Gegenstand selbst dazu machen — ein Satz von folgenreicher Bedeutung — l. 58 § 1 D. de J. D. 23, 3, l. 14 § 5. D. de *fundo dot.* 23, 5.<sup>2)</sup>

Wie ist es nun zu erklären, daß derselbe Act bald obligatorisch, bald liberatorisch wirken kann?

a) Zu mißbilligen ist es jedenfalls, wenn eine jede der zwei Functionen selbständig für sich dargestellt wird, als verstände sich jener Dualismus von selbst, als bedürfte er gar keiner Erklärung. Dies Verfahren finden wir leider bei einem Schriftsteller, dem unsere Lehre so manche Förderung zu verdanken hat, — bei Czychlarz.

b) Nahe liegt die Frage, ob denn nicht die eine Function aus der andern zu erklären sei, die *liberatio* aus der *obligatio*? Wirkt denn die *stipulatio* nicht obligatorisch und liberatorisch zugleich in der *Novation*? Kann die *Novation* nicht geradezu zu rein liberatorischen Zwecken verwendet werden? — so z. B. in Form der *expromissio*, wenn der Gläubiger eine Schuld gegen den Willen seines Schuldners erlassen will. Die obligatorische Wirkung wird durch die *exceptio doli* auf Grund der *causa* des Geschäfts elidirt. Vgl. l. 91 de *sol. et lib.* 46, 3.

Nur diesen einen Weg, das Phänomen der liberatorischen Wirkung der *dictio* zu erklären, haben diejenigen, welche die obligatorische Wir-

<sup>1)</sup> Czychlarz, l. c. p. 130, 131. Bechmann, l. c. II, p. 114. Ueber die widersprechenden Stellen l. 44 § 1 u. l. 57 D. de J. D. 23, 3, vgl. Meykow, l. c. p. 70, 71, Bechmann, l. c. p. 116, 117 u. Czychlarz, l. c. p. 129, 130. Czychlarz' feine Interpretation scheint mir die Schwierigkeit definitiv zu lösen.

<sup>2)</sup> Vgl. Czychlarz, l. c. p. 131 ff.

kung der dictio für die einzig wesentliche halten. Und dieser Weg ist es auch, der schon einmal eingeschlagen worden ist, und von keinem geringern als Hasse.<sup>1)</sup> Aber Hasse versucht die Erklärung nur, um zu dem Resultate der vollständigen Unmöglichkeit derselben zu gelangen.

Eine Novation, sagt er, könne doch unmöglich dadurch bewirkt werden, daß die Verpflichtung des Gläubigers an die Stelle der Verpflichtung des Schuldners tritt, zumal die Quellen an eine Verpflichtung des Dicenten überhaupt nicht denken, die Befreiung des Schuldners auf der Stelle stattfindet, die Schuld sofort dos sein soll — l. 44 § 1, l. 45, l. 57, l. 77 de I. D. 23. 3. Noch weniger sei an eine Novation durch die spätere Verpflichtung des Mannes zur Restitution der dos zu denken, — denn diese entstehe nicht aus der dictio sondern aus dem Haben der dos. Wir bemerken dazu, daß die causa dotis ursprünglich in Wahrheit eine perpetua war und eine Restitutionspflicht des Mannes in der Regel nicht anerkannt wurde.

Was fängt nun Hasse mit dem obligatorischen Acte an, der contra naturam sui generis wirken soll, aber nicht kann? Er läßt den Knoten eben ungelöst und versucht nur denselben zu zerhauen, indem er erklärt, man habe gewußt, der Schuldner müsse befreit werden und hätte nur über die Prozeßform, in der dies geschehen müsse, gestritten.<sup>2)</sup>

c) Ist es unmöglich, die eine Function aus der andern abzuleiten, so bleibt nichts weiter übrig, als beide Functionen als coordinirte Folgen eines dritten, der Natur der dictio, zu erklären.

Diesen Weg hat Bechmann als den richtigen erkannt und betreten, leider aber nicht bis an's Ende verfolgt. Erst bei Gelegenheit der liberatorischen dictio, sagt er:<sup>3)</sup> «die dictio ist nicht ein Geschäft von unveränderlichem Inhalt und unveränderlicher Wirkung, sondern ein formloser, bald obligatorischer, bald liberatorischer Vertrag.» Mußte dieser Satz nicht der gesammten Darstellung der dictio

<sup>1)</sup> Hasse, Güterrecht der Ehegatten, p. 300 ff.

<sup>2)</sup> Vgl. p. 306 u. 307 l. c. und dazu l. 44 § 1, l. 45, l. 25, l. 77 de J. D. 23, 3 und l. 31 de nov. 46, 2. Meykow, Die Diction der Brautgabe, nach dessen Ansicht die Diction nur ein persönliches Recht gewähren soll wie die Promissio — p. 10 — nimmt die von Hasse mit Recht verworfene Theorie einer Novation der Schuld des Mannes durch eine Schuld der Frau wieder auf — pp. 65—70; nur sollte, wenn das Schuldobject in den Händen des Gläubigers sei, in Folge der brevi manu solutio, Erfüllung und Contrahirung der obligatio zusammenfallen.

<sup>3)</sup> Bechmann, Das römische Dotalrecht II, p. 117.

zu Grunde gelegt werden? Daß dies nicht geschehen, ist durchaus bedeutsam: dieser Satz ist eben reines Aufsenwerk geblieben. Die Auseinandersetzungen über die obligatorische dictio<sup>1)</sup> hinterlassen den Eindruck, als ob für den Verfasser die dictio in erster Linie doch nur ein obligatorischer Act sei. So heißt es bei Gelegenheit einer Parallele der dictio mit der promissio, die dictio unterscheide sich von der promissio theils in Form und Voraussetzungen, theils auch in den Wirkungen im Einzelnen. Bei Erörterung der unpersönlichen Form der dictio meint der Verfasser «die unpersönlich gefassten Verpflichtungen konnten nur bei den pacta adjecta vorkommen» (p. 96). An einer andern Stelle sagt er (p. 109) «festzuhalten sei, daß durch dictio wie durch stipulatio zunächst nur obligatorische, nicht dingliche Rechtsverhältnisse entstanden». Und die Darstellung der liberatorischen dictio läßt ihrerseits erkennen, daß der Verfasser bei der Aufstellung seiner Hypothese über die Entwicklung der dictio an die liberatorische Function derselben gar nicht gedacht, — denn diese wird von der Hypothese nicht mit ergriffen. Die Wirksamkeit der obligatorischen dictio hat der Verfasser erklärt aus einem an der Klagbarkeit des Hauptgeschäftes participirenden pactum adjectum der ältesten Sponsalien; woher aber die Wirksamkeit, ja die acceptilationsähnliche Wirksamkeit der liberatorischen dictio? Dazu kommt, daß mit der Statuirung der dualistischen Natur der dictio noch nicht alles geschehen: diese dualistische Natur ist ja selber ein Räthsel und fordert eine Erklärung.

3. Wenden wir uns nun der Erklärung des Phänomens zu, so erweitert die Aufgabe sich sofort zu einer noch größeren und schwierigeren. Die liberatorische Function der dictio weist über sich hinaus auf eine dritte, eine sachenrechtliche Function.

Ist die Diction nicht schon als sachenrechtlicher Act anerkannt in der Fiction der Zahlung und des Rückempfanges der geschuldeten Leistung, die sich mit der liberatorischen dictio verbindet? l. 58 § 1 de I. D. 23 3. Si habuerit rem quam debebat vir poterit videri res ipsa ad eum pervenisse. l. 77 D. eod. perinde (est) ac si solum debitum mulieri in dotem ab ea datum esset.<sup>2)</sup>

Die brevi manu solutio führt nothwendig zur brevi manu traditio. Die dictio wirkt auch als Eigenthumsübertragungsact, wenn es nur an der objectiven Voraussetzung, dem Vorhandensein der betreffenden

<sup>1)</sup> Bechmann, l. c. p. 89 ff.

<sup>2)</sup> Vgl. l. 9 pr. de fundo dot. 23, 5 und l. 13 § 2 eod.

Species bei dem Schuldner nicht fehlt. Ja noch mehr! Unter derselben Voraussetzung muß die *brevi manu solutio* consequenterweise auch die *mancipatio* überflüssig machen: die *dictio* kann das Eigenthum auch an *res Mancipi* übertragen,<sup>1)</sup> sie ersetzt die *Mancipatio*.

Haben nun diese Schranken der Wirksamkeit der *dictio* von jeher bestanden? Hat es nicht vielleicht eine Zeit gegeben, wo die *dictio* schlechtweg *quiritisches* Eigenthum begründen konnte? Und was von dem Eigenthume, galt das nicht auch von den übrigen Sachenrechten? Konnten solche nicht durch *dictio* begründet und aufgehoben werden? Darf also die Hypothese gewagt werden, daß die *dictio* ursprünglich nicht bloß ein obligatorischer und liberatorischer, sondern auch ein sachenrechtlicher Act war, durch den Sachenrechte constituirt und gelöst werden konnten?<sup>2)</sup>

## II.

Tritt uns also die *dictio* in den mannigfaltigsten Functionen entgegen — als obligatorischer, als liberatorischer, als sachenrechtlicher Act — so ist es klar, daß sie ihrer Natur nach weder ein obligatorischer, noch ein liberatorischer, noch ein sachenrechtlicher Act ist. Sie ist ein Gefäß für den verschiedenartigsten Rechtsstoff — ein eigenthümlicher Formalact im Dienste einer einzigen *causa*. Materialact im Gegensatz dazu ist ein jeder Act, der unmittelbar nur eine bestimmte juristische Wirkung erzeugen kann — Obligation, Liberation, Begründung oder Aufhebung eines dinglichen Rechts — einerlei nun, ob um einer oder verschiedener *causae* willen.

Ganz entgegengesetzt ist das Formalgeschäft, das abstracte Geschäft, das General- oder Gattungsgeschäft (Brinzl) der herrschenden Theorie.

<sup>1)</sup> Man wende nicht ein, mit Fictionen dürfe man nicht wie mit Realitäten operiren, man könnte leicht zu Absurditäten gelangen: könnte man nicht beispielsweise mit demselben Recht die Behauptung aufstellen, die *Stipulation* sei ein Act, durch den Eigenthum übertragen werden könne, denn durch den Abschluß einer *Delegationsstipulation* werde bewirkt, daß es so angesehen wird, wie wenn der *Delegat* dem *Deleganten* und der *Delegant* dem *Delegatar* gezahlt, der *Delegatar* aber die Zahlung dem *Delegaten* creditirt hätte? Dieser Einwand wäre unwiderleglich, wenn wir es hier mit einer reinen Fiction zu thun hätten, wie bei der *Delegation*; in unserm Falle wird aber eine reale Grundlage, das Vorhandensein des zu übertragenden Objects, als nothwendige Voraussetzung gefordert, fehlt's an dem Object — wenigstens wo es sich um eine *species* handelt — so greift die Fiction nicht Platz.

<sup>2)</sup> Obwohl *Meykow* die *Diction* bloß als obligatorische Zusage faßt, so läßt er doch nach dem Vorgange von *Galvanus* auch *jura in re aliena* durch *dictio direct* bestellt werden und *res Mancipi* ohne *mancipatio* und in *jure cessio direct* auf den Ehemann übergehen — «um Schwerfälligkeiten zu vermeiden». Vgl. *Meykow*, die *Diction* der Brautgabe, p. 80 u. 81.

Das Formalgeschäft in diesem Sinne erzeugt zwar nur eine Rechtswirkung einer einzigen Art — Eigenthum, Obligation, Liberation etc. — aber im Dienste der verschiedensten *causae*. Legen wir also nicht die Mannigfaltigkeit oder Einfachheit der unmittelbaren Rechtswirkungen, sondern diejenige der *causae* zu Grunde, so erscheint die *dictio* als Special- oder Causalgeschäft, denn es kann durch dieselbe nur eine einzige *causa*, die *causa dotis*, verwirklicht werden.

Sowohl in dem einen, wie in dem andern Sinne General- oder Formalgeschäft ist das Vermächtniß, — durch die Mannigfaltigkeit der unmittelbaren Wirkungen und durch die Verschiedenheit der *causae*, deren Werkzeug es sein kann.<sup>1)</sup>

Der rein formalen, dem unmittelbaren Inhalt gegenüber indifferenten Natur der *dictio* entsprechen die überlieferten Wortformeln derselben. Denn diese enthalten nichts als die Bezeichnung der Sache und die der Sache gegebene Bestimmung: *fundus Cornelianus doti tibi erit; centum doti tibi erunt; quod mihi debes doti tibi erit.*<sup>2)</sup> Keine Art unmittelbarer rechtlicher Wirkung liegt in diesen Formeln unmittelbar ausgesprochen: der Besteller spricht bloß seine Absicht aus, das Vermögen des Ehemanns um ein bestimmtes Vermögensstück zu bereichern, die bestmögliche Verwirklichung dieser Absicht juristischer Interpretation überlassend.

Bei der Interpretation der *dictio* mag übrigens in dubio die für den *Dicenten* mildeste Deutung, die im Sinne einer Obligation, die prävalirende geworden sein, und dies mag auf die spätere Auffassung dieses Instituts von Seiten der Römer selbst von nicht geringem Einfluß gewesen sein.

Dem formalen Character der *dictio* gegenüber ist die Deutung von *dicere* gleich *promittere* nicht aufrecht zu erhalten. Wir müssen, wie es übrigens schon *Hasse* gethan, die *andre*, von *Nonius Marcellus* überlieferte, Bedeutung von *dicere* = *destinare* zu Grunde legen. Aus dieser läßt sich die Bedeutung von *promittere* unschwer entwickeln.

<sup>1)</sup> *J. Hartmann*, Begriff und Natur des Vermächtnisses nach römischem Recht, p. 35 ff.

<sup>2)</sup> Selbst diese letztere Formel sagt an sich nicht, daß unmittelbare Liberation gemeint sei — noch weniger wenn wir annehmen, daß die Worte *quod mihi debes* *Blanquet*-worte sind und namentlich bei einer *species debita* durch eine Bezeichnung ersetzt werden könnten, der das Merkmal der Geschuldetheit fehlt: wenn der *fundus Cornelianus* geschuldet war, so konnte er doch ganz wirksam erlassen werden durch die Formel *fundus Cornelianus doti tibi erit*.

## III.

Nach Bechmann und Czyhlarz<sup>1)</sup> ist die *dictio* ein formloser Vertrag, durch welchen — in erster Linie wenigstens — eine *obligatio dotis causa* begründet werden kann, aber nur von gewissen Personen. Es fragt sich nun: wie kommt das *pactum* zu einer solchen Wirksamkeit? und woher sind die subjectiven Beschränkungen herzuleiten?

Soll das *pactum* zu einer solchen persönlich beschränkten Wirksamkeit gelangen, so muß es sich an ein anderes anerkanntes Rechtsgeschäft anlehnen, an dessen Wirksamkeit es participiren kann, und dieses andere Rechtsgeschäft muß ein solches sein, bei welchem eben nur die betreffenden Personen sich betheiligen können. Aus solchen Erwägungen ist jene geistvolle Hypothese entstanden, wonach die *dictio* eine *lex sponsionis dicta* war.

Zu der Zeit, als auch in Rom die *Sponsalien* noch ein durch Klage geschütztes Verhältniß erzeugten, war die *dos dicta* nur eine *lex sponsionis dicta*. Als Stück der *sponsio* konnte sie eventuell mit der *actio ex sponsu* geltend gemacht werden. Sie erschien als ein *pactum legitimum*<sup>2)</sup> und behielt die Klagbarkeit auch dann noch, als das Verhältniß ein fast bloß moralisches, klagloses Verhältniß geworden war. Zur Begründung der *dos* in dieser Form oder richtiger Formlosigkeit sind natürlich ursprünglich nur diejenigen Personen berechtigt, die an dem Abschluß der *Sponsalien* theilnehmen. Die Loslösung der *dictio* von den *Sponsalien* führt indess eine Reihe von Aenderungen nach sich, — so in Betreff der Personen, die das Rechtsgeschäft vornehmen können (*dictio* des Debitors der Frau!) — in Betreff der Zeit, in der das Rechtsgeschäft errichtet werden kann (auch *post nuptias*!) — ja, nach Czyhlarz auch in Betreff der Form: für die selbstständig gewordene, ursprünglich formlose *dictio* fordert Czyhlarz eine feste *solenne* Form.

So geistreich diese Hypothese auch ist, so können wir derselben doch nicht zustimmen.

Dieselbe setzt als einfach und selbstverständlich voraus, daß ein Nebenvertrag bei einer *sponsio* — und das schon in allerältester

<sup>1)</sup> J. Bechmann, *Röm. Dotalrecht*, p. 72 ff. Czyhlarz, *Das röm. Dotalrecht*, § 33 ff. Bechmann hat übrigens seine Ansicht über die *dotis dictio* in seinem Werke über den Kauf — p. 252 A. I. — zurückgenommen — ohne indess etwas anderes an die Stelle zu setzen.

<sup>2)</sup> Bei dieser Hypothese werden *lex* und *pactum* immer durcheinander geworfen.

Zeit — als Stück dieses Vertrages angesehen worden ist. Ist dies auch nur wahrscheinlich? Welcher Rechtssatz spräche dafür? oder welche Analogieen? Selbst bei den *bonae fidei* Verträgen, und das in der Periode hoch entwickelter, freier, klassischer Jurisprudenz, werden *pacta adjecta* nur sehr allmählig und sehr bedingt als Theile des Hauptvertrages anerkannt, — und bei einem *negotium stricti juris* sollte schon in so früher Zeit ein *pactum adjectum* dem Hauptgeschäft incorporirt worden sein?<sup>1)</sup>

Gesetzt aber, auch dies unwahrscheinliche wäre geschehen, — wo ist denn die *actio ex sponsu* hingekommen, mit der die *dos dicta* geltend gemacht werden sollte? Statt dessen haben wir eine einfache *condictio*.

Endlich wäre ja durch die Bechmann-Czyhlarz'sche Hypothese doch bloß die obligatorische Function der *dictio*, nicht die auch von ihnen anerkannte liberatorische motivirt. Es bliebe immer noch die Frage: wie kam das *pactum* zu einer derjenigen der *acceptilatio* gleichen, ja durch die Fiction der *brevi manu solutio* überlegenen Kraft?

## IV.

Obwohl wir nun die Bechmann-Czyhlarz'sche Hypothese nicht billigen, müssen wir doch zur Erklärung der von uns statuirten Phänomene der *dictio* einen wesentlich ähnlichen Weg einschlagen.

Wir fragen: wie kommt die *dictio* als einseitiger Act zu rechtlicher Geltung überhaupt? wie ist nun gar die weittragende Wirksamkeit dieses Acts zu erklären? und warum diese bloß im Dienste einer einzigen *causa*? und noch dazu als Werkzeug bloß bestimmter Personen?

Und auch wir glauben diese Fragen am besten zu beantworten, indem wir dem einseitigen Act durch Anschluß an ein anerkanntes civiles Rechtsgeschäft Kraft und weittragende Wirksamkeit verschaffen, und wir wählen hierzu ein civiles Rechtsgeschäft, bei dem nur die bestimmten betreffenden Personen betheiligt sind und der einseitige in Rede stehende Act nur *dotis causa* errichtet wird.

Kurz, wir sagen: die *dictio* ist ursprünglich eine *lex coemptionis dicta* — und zwar eine *lex* des väterlichen Gwalt habers, erlassen in dem Momente, wo er seine Tochter durch *coemptio* in fremde manus giebt.

<sup>1)</sup> Vgl. Pernice *Labeo* I, p. 481 ff.

1. Ausgehen müssen wir von den zwei Sätzen der XII Tafeln: 1) «cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupasset, ita jus esto» und «uti legasset super pecunia tutelave suae rei ita jus esto.»

Mit diesen erschreckend allgemein gehaltenen Sätzen hatten die XII Tafeln ein Institut von unermesslicher Bedeutung in's Civilrecht eingeführt, — die *lex privata*, geradezu ein Analogon der *lex publica*. Die weitgehendsten Verfügungen des Veräußerers erlangen Kraft und Geltung, einseitig als *lex promulgata* im Anschluß an ein *negotium per aes et libram*.

Seine volle Verwirklichung hat dieser Grundsatz jedenfalls in einem Institut gefunden — in dem Mancipationstestamente, — und hier hat sich die Geltung desselben auch erhalten. Eigenthum, dingliche Rechte, Forderungsrechte, Liberationen zu Gunsten dritter Personen werden wirksam begründet einzig und allein durch die *lex* des Testators, desjenigen, der die *familia mancipi* ist. Die *linguae nuncupatio* macht also ebenso *jus*, wie die verschiedenen, zur Erzeugung der betreffenden Rechtswirkungen bestimmten Rechtsacte, einzeln den dritten gegenüber errichtet, es hätten thun können — die *lex* ersetzt alle diese civilen Acte.

Dürfen wir nun annehmen, daß es auch bei den anderen Rechtsgeschäften *inter vivos*, soweit dieselben *per aes et libram* errichtet wurden, eine *nuncupatio* des Veräußerers geben konnte und daß die *lex mancipationi dicta* hier eine eben solche Bedeutung hatte, wie beim Testament? 2) Man hat sich gescheut, diese Consequenz zu ziehen, sie würde zu sehr alle dem widersprechen, was später herrschender Grundsatz im römischen Recht ist — und doch ist derselben nicht zu entgehen. Waren denn die auf das Testament angewandten Grundsätze, war das Rechtsgeschäft auf das dieselben zur Anwendung kamen, etwas Singuläres? War ja das *testamentum per aes et libram* nichts anderes, als ein regelrechtes *negotium inter vivos*, und waren es ja die allgemeinen Grundsätze der XII Tafelgesetzgebung, durch die es sich als *civiles* Rechtsgeschäft legitimirte!

1) Wir haben uns bei Aufbau und Darstellung unserer Hypothese wesentlich angeschlossen an die Untersuchungen und Ausführungen von Pernice *Labeo* I, p. 475 ff.

2) Bechmann — *Kauf* I, p. 250 ff. — will bloß die Möglichkeit von constatirenden *dicta* des Veräußerers anerkennen, nicht von constituirenden, die constatirenden sollen aber an der Kraft der *mancipatio* theilnehmen. Bechmann übersieht, daß die der Form nach constatirenden *dicta* dem Inhalt nach constituirend sind. Liegt nicht in der Constatirung von *Activservituten* die Constituirung einer obligatorischen Haftung? Soll nicht, wie B. meint, in der Constatirung von *Accessionen* des *mancipierten* Objects die Constituirung des Eigenthums an denselben liegen?

Wir gehen noch weiter. Wir glauben, daß die Grundsätze der XII Tafeln in der ersten Zeit der Republik auch auf die *lex traditioni dicta* ausgedehnt worden sind. Und hierfür besitzen wir ein werthvolles Zeugniß in einer der *leges* des Cato, einem jener wohldurchdachten und traditionellen Geschäftsformulare, die im engsten Anschlusse an das geltende Recht gefaßt sind und in denen nur solche Bestimmungen Aufnahme gefunden, denen der Richter unbedingt Folge geben mußte. Es handelt sich um den Verkauf der *olea pendens*. An Verkauf und Gestattung der *Lese* knüpft sich nun folgende *lex* bezüglich der Verpflichtungen des Käufers:

Cato de R. R. 146. *Donicum solutum erit . . . quae in fundo inlata erunt, pigneri sunt. Ne quid eorum de fundo deportato. Si quid deportaverit domini esto.*

Die commissorische Clausel ist klar und deutlich. An die Bedingung «*si deportaverit*», an die Aufhebung jedes körperlichen Verhältnisses der Sache zum *dominus fundi* knüpft sich ohne weiteres die Folge «*domini esto*», und die Worte «*domini esto*» haben unseres Wissens nur eine einzige Bedeutung: die Sache fällt in das Eigenthum des *dominus*. Also Eigenthumsübergang ohne Besitzübertragung. Ja noch mehr! Wenn die importirte *res* eine *res mancipi* war, dann haben wir den Eigenthumsübergang einer *res mancipi* ohne Mancipation und ohne *in jure cessio*. 1) Die *lex traditioni dicta* ersetzt alle eigenthumsübertragenden Acte — und zwar, wie wir sehen, nicht bloß bei dem Hauptgegenstand des Geschäfts, sondern auch bei den Accessorien desselben.

Dieser Rechtszustand mußte indess nothwendig und mit Recht eine Reaction hervorrufen. Es war absurd, es sah geradezu wie Aberglaube aus, daß eine Nebenclausel unter Umständen größere Wirkungen erzeugen sollte als das Hauptgeschäft und so zur Umgehung wesentlicher Rechtsgrundsätze verwendet werden konnte. Im Testament ließen manden Rechtszustand wesentlich unangefochten. 2) Soweit es sich aber um wahre Rechtsgeschäfte *inter vivos* handelte, suchte man das weitgehende Recht der *lex dicta* in seinem Princip selbst zu brechen.

1) Bekker hat bereits auf diese nothwendigen Folgerungen aufmerksam gemacht. Vgl. *Zschr. f. Rechtsgeschichte* III, p. 445. Dernburg, *Pfandrecht* I, p. 65, will den Erwerb des Eigenthums erst an den Erwerb des Besitzes mit Hülfe der *hypothecaria* knüpfen. Vgl. dagegen Bekker I. c.

2) Doch begegnen wir auch hier einer die Weite des Principes einschränkenden Richtung, l. 120 de V. S. 50, 16.



Der Sieg dieser Strömung kommt zum Ausdruck in l. 73 § 4 de R. J. 50, 17. Mucius Scaevola libro singulari *ῥῶον*: Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest.

Etwa ein Jahrhundert nach Cato wird die Begründung von Forderungen zu Gunsten Dritter durch Rechtsgeschäft inter vivos auf's energischste abgewehrt. Nicht durch pactum, nicht durch stipulatio, nicht durch lex dicta soll dies geschehen können. Der Prohibitivcharakter des Grundsatzes ist ein werthvoller Beweis des früher bestandenen entgegengesetzten Rechtszustandes.

Ganz extirpirt war aber der alte Gedanke nicht. Seine zähe Lebenskraft beweist er in der exceptionellen Behandlung der lex rei suae dicta<sup>1)</sup>. Ja auch noch in spätester Zeit treibt er neue Schöfslinge — so in der dinglichen Wirkung der Resolutivbedingung. Allerdings war im Laufe der Zeit die früher formell einseitige lex auch äußerlich in das übergegangen, was sie ja in Wahrheit war, in eine Abrede.

2. Ein Product des alten, später überwundenen Rechtszustandes repräsentirt nun auch unseres Erachtens die dotis dictio.

Die dictio war nichts als die linguae nuncupatio des väterlichen Gewalthabers bei der Uebertragung der Gewalt über seine Tochter auf den Ehemann — sie war die lex coemptioni dicta. Und hiermit erscheinen motivirt — ihre Geltung überhaupt — ihre mannigfaltige Wirkung — ihr Dienstverhältniß zur dos — ihre ursprüngliche Brauchbarkeit bloß für den väterlichen Gewalthaber.

Nicht stören darf es uns, daß die lex sich nicht auf den Gegenstand der Uebertragung selbst bezieht. Darf doch der Testator bei Gelegenheit der familiae mancipatio Verfügungen treffen über die tutela derjenigen, denen eventuell ja auch — in der Regel wenigstens — das mancipirte Vermögen dienen soll: warum sollte also nicht auch umgekehrt der Vater bei Gelegenheit der Mancipation seines Kindes Verfügungen treffen können über das Vermögen, das wesentlich den Interessen dieses Kindes zu dienen bestimmt ist? Ist nicht übrigens auch die von Cato überlieferte lex eine solche über die Accessorien des Hauptgegenstandes des Vertrags?

Auch an der futuralen, nicht imperativen Form der dictio darf man sich nicht stoßen. Sie entspricht durchaus der uns überlieferten Fassung mancher dicta bei der mancipatio, z. B. der dicta, betreffend

<sup>1)</sup> Vgl. Pernice Labeo I, p. 475 ff. u. Jhering. Jbb. X, p. 549 ff.

die Existenz von Activservituten: uti sunt, ita erunt — accessurum iter — l. 6 § 6 de a. e. v. 19. I.<sup>1)</sup>

Mit dem Verschwinden der Manusehe verlor die dotis dictio eigentlich ihren Boden. Sie blieb indefs bestehen, vielleicht mit abgeschwächten Wirkungen — in späterer Zeit tritt die obligatorische Wirkung der dictio fast ausschließlich in den Vordergrund, wie wir es aus Gaius Ep. II, 9, 3 und aus den Justinianischen Interpolationen (promisit statt dixit) erkennen vgl. oben sub II — und mit Modificationen, die nothwendig die Loslösung des Geschäfts von der coemptio begleiten mußten: die Diction hörte auf, an den Moment des Eheabschlusses gebunden zu sein, sie konnte ante und post nuptias stattfinden, und an die Stelle des einen dictionsfähigen väterlichen Gewalthabers trat ein ganzer Kreis dictionsfähiger Personen: der Vater und der väterliche Ascendent als solcher, die Frau selber und auch ihr Schuldner auf ihr Geheiß.

Unterdessen war aber auch mit dem Schwinden des Formensinns die als einseitige solenne lex auftretende Abrede mit dem formlosen pactum immer mehr zusammengefloßen,<sup>2)</sup> und so ist es nur eine consequente Entwicklung der Dinge, wenn die dictio schließlich in der bloß obligatorischen formlosen, allgemein zugänglichen pollicitatio aufgeht, und wir in Bezug auf diese im Ungewissen sind, ob dieselbe ein einseitiger Act oder ein Vertrag ist.

<sup>1)</sup> Vgl. Bechmann, Kauf I, p. 263.

<sup>2)</sup> Vgl. Pernice Labeo I, p. 483.

KONRAD COSACK

Formzwang und Elastizität des Ver-  
fahrens im modernen Zivilprozefs.

---

Der alte Prozeß, sei es nun im römischen, sei es im deutschen Recht, ist von einem strengen und starren Formalismus durchdrungen, er unterliegt der Maxime des Formzwanges. Dieser Zwang hat auch seine geschichtliche Berechtigung; denn nur ihm ist es zu danken, wenn in den Anfangsstadien der Rechtsentwicklung dem Volke der Glaube an die Unparteilichkeit des Prozeßverfahrens eingeflößt wurde, wenn das Gericht sich eine zwingende, auch den unterliegenden Theil fesselnde Autorität erwarb. Im Laufe der Zeit, zugleich mit der Fortentwicklung aller andern Institute des öffentlichen und privaten Rechts, hat der Prozeß sich von der Maxime des Formzwanges befreien können, da auch dem freieren Verfahren Achtung und Gehorsam seitens der Staatsangehörigen entgegengebracht wurde. Nachdem sie zunächst allmählich verfeinert, verflüchtigt worden war, machte sie endlich einer neuen positiven, ihr geradezu entgegengesetzten Maxime Platz, der Maxime der Elastizität des Prozeßverfahrens. Diese neue Maxime hat den Sinn, daß ein Prozeß, der für die unendliche Mannigfaltigkeit der materiellen Rechtsverhältnisse des heutigen Lebens und für die hieraus entspringende bunte Verschiedenheit der Rechtsstreitigkeiten gleichmäßig geeignet sein soll, daß ein solcher Prozeß nicht nach einer einheitlichen Schablone oder nach einer bestimmten Anzahl fest umgränzter Kategorien geregelt werden darf, sondern daß er im Gegentheil im Stande sein muß, sich den individuellen Eigenthümlichkeiten jedes einzelnen Rechtsstreits biegsam anzupassen. Und zwar wird die Art, wie in dem konkreten Falle diese Anpassung erfolgen soll, selbstverständlich nicht durch die Parteien bestimmt. Denn dies würde dem Grundsatz widersprechen, daß der Prozeß zum öffentlichen Rechte gehört und deshalb der Privatwillkür entzogen ist; es würde dies das Gericht in eine unwürdige Abhängigkeit von dem

Publikum und den Anwälten bringen, und damit den richterlichen Beruf gerade den Personen verleiden, welche durch die Selbständigkeit und Unabhängigkeit ihrer Gesinnung vorzugsweise für denselben geeignet sind. Vielmehr ist die Herrschaft über den Prozeß lediglich dem Gericht anzuvertrauen und von dem freien pflichtmäßigen Ermessen des Gerichts hängt es ab, welchen Gebrauch es von der Elastizität des neuen Verfahrens machen will.

## I.

Wir beginnen die nähere Erörterung der Elastizitäts-Maxime mit der kurzen Bezeichnung einiger Punkte, bezüglich deren die positive Geltung der Maxime im heutigen Rechte allgemein anerkannt ist.

So wird zunächst die Dauer der meisten Fristen vom Gerichte frei bestimmt, und auch der Zwischenraum zwischen den einzelnen Terminen hängt nur von Ermessen des Gerichts ab. (Z. P. O. § 202. 204. 206.) Je nach Lage des einzelnen Falles ist also für eine schleunige, für eine methodisch gründliche, für eine dilatorische, geradezu schleppende Behandlung des Prozesses Raum gegeben. Letztere ist z. B. als die einzige Waffe des Gerichts gegen den säumigen Prozeßbetrieb seitens der Anwälte sehr wichtig, dagegen insbesondere, daß die Parteien, nachdem das Gericht sich gründlich für einen Termin vorbereitet hat, kurz vor der Terminsstunde seine Aufhebung vereinbaren. Eine Strafbefugnis ist für Fälle dieser Art dem Gericht nicht gegeben, obschon sich häufig genug hinter solchem Parteikompromiß einfach die Säumnis des einen Anwalts verbirgt und nur die «Kollegialität» es dem andern Anwalte verbietet, durch sein eignes Erscheinen im Termin und motivirten Vertagungsantrag dem Gegner eine Strafe aus § 48 des Gerichtskostengesetzes zu erwirken. Will das Gericht sich hiegegen wehren, — und es ist dies seiner eignen Würde und dem Interesse der Parteien selbst schuldig — so beraumt es den neuen Termin erst nach 6 Monaten an, in korrekter, sinnentsprechender Anwendung der Elastizitäts-Maxime.

Aehnlich frei disponirt das Gericht über den Prozeßstoff selbst. Es kann insbesondere getrennte Prozesse vereinen, kombinierte Prozesse theilen, endlich im Rahmen des einzelnen Prozesses die Verhandlung oder die Beweisaufnahme auf einen speziellen Punkt beschränken. Nur wenige positive Regeln schränken hier das richterliche Ermessen ein. Aber auch diese haben nur instruktionelle Bedeutung und können also z. B. niemals zur materiellen Abweisung der unrichtig kumulirten

Klagen<sup>1)</sup> führen, wenn nicht etwa das Gericht für einen der kumulirten Ansprüche unzuständig oder die gewählte Prozeßart für einen derselben unzulässig oder die Kumulirung nur eine eventuelle war.<sup>2)</sup> Vielmehr wird das Gericht bei unrichtiger Klagkumulation einfach die Terminanberaumung ablehnen oder, falls ein Termin anberaumt ist, in diesem, unter gleichzeitiger Einforderung getrennter Schriftsätze, die Sonderung der kumulirten Ansprüche beschließen.

Aehnlich steht es im freiem Ermessen des Gerichts, ob es ein Theilurtheil erlassen, ob es, selbst wenn die Sache völlig spruchreif, einen Sühnetermin anberaumen, ob es beim Arreste Sicherheit verlangen will. Von ganz besonderer Bedeutung endlich ist es, daß an Stelle der starren Eventual-Maxime des frühern Rechts auch bezüglich der Zulassung verspäteter Partei-Anführungen im Wesentlichen die Elastizitäts-Maxime durchgreift und also das Gericht frei darüber befindet, ob es die Anführung — wenigstens des Beklagten — zurückweisen oder frei zulassen oder endlich nur unter Belastung der säumigen Partei mit einer Kostenstrafe berücksichtigen will.

## II.

Die Maxime der Elastizität findet in dem Gesetz einen weiteren bedeutsamen Ausdruck durch § 267 Z. P. O. Danach darf die Verletzung einer prozessualischen Vorschrift, auf deren Befolgung die Parteien wirksam verzichten können, dann nicht mehr gerügt werden, wenn die Partei auf die Befolgung der Vorschrift verzichtet oder ihre Verletzung nicht baldmöglichst gerügt hat. Das «baldmöglichst» ist dabei im Gesetz eigenthümlich eng verkläusulirt.

Nun läßt freilich die wenig präzise Fassung des § 267 mehrfachen Zweifeln Raum, und es kann danach sogar bestritten werden, ob er überhaupt etwas mit der hier behandelten Maxime zu thun hat, ob er also geeignet ist, die richterliche Machtvollkommenheit zu erweitern. Erwägt man nämlich den Wortlaut derjenigen Bestimmungen der älteren Gesetze, welchen § 267 Z. P. O. nachgebildet ist — z. B. § 9

<sup>1)</sup> Oder gar nur des einen willkürlich vom Gerichte herausgegriffenen Anspruchs. Abweichend hat Reichsg. V, S. 166 noch in III. Instanz den mit einer Ehesache kumulirten vermögensrechtlichen Anspruch, weil im eherechtlichen Prozeß unzulässig, abgewiesen. Mit demselben Recht hätte es die Ehesache, weil im ordentlichen Prozeß unzulässig, abweisen können. Sollte hier wirklich das Gericht sich den Anspruch frei aussuchen können, den es abweisen will?

<sup>2)</sup> Z. B. es wird in possessorio und gleich eventuell in petitorio geklagt. Hier Abweisung des petitorium aus § 232 Z. P. O.

der preuß. Verordn. v. 14. Dezember 1833 — und erwägt man, daß unser Paragraph die der Partei-Rüge entzogene Handlung immer doch als die «Verletzung» einer Formvorschrift, nicht etwa bloß als eine «Abweichung» von derselben bezeichnet, so wird man vielleicht den ganzen Paragraphen eher gegen als für die Elastizitäts-Maxime verwenden wollen. Nur um Weiterungen zu vermeiden, würde danach das Recht der Parteien, formale Verstöße des Richters zu rügen, zeitlich eng begrenzt, der Richter selbst aber zu solchen Verstößen nicht entfernt autorisiert, vielmehr streng an alle Formvorschriften wesentlicher wie unwesentlicher Art gebunden sein.

Allein diese Auslegung des Gesetzes ist nicht zutreffend. Denn nach derselben würde die Machtvollkommenheit der Parteien, auf die Befolgung gewisser Vorschriften zu verzichten, die in unserm Paragraphen ausdrücklich als seine Voraussetzung bezeichnet ist, — diese Machtvollkommenheit würde eben nichts anderes bedeuten, als eine Beschränkung des Rügerechts der Parteien, und unser Paragraph würde den seltsamen Zirkelschluss machen, daß er das Rügerecht der Parteien nur in den Fällen beschränkt, wo dasselbe — beschränkt ist. Ueberdies wird man nicht sagen können, daß die Parteien auf die Befolgung einer Vorschrift zu «verzicht» vermögen, wenn der Richter ungeachtet des Verzichts die Vorschrift dennoch befolgen muß.

Aber noch ein anderer Zweifel liegt nahe, der gleichfalls geeignet ist, den Zusammenhang zwischen dem § 267 Z. P. O. und der Elastizitäts-Maxime in Frage zu stellen, der Zweifel nämlich, ob der Richter nicht etwa im Fall eines Partei-Verzichts von der streitigen Formvorschrift abzusehen verpflichtet ist. Auch bei dieser Auslegung würde die Machtstellung des Richters und die damit eng verbundene Elastizität des Verfahrens durch den § 267 eher geschmälert als gefördert werden, und der Prozeß wäre nach wie vor einer bindenden Norm unterworfen, nur daß die Norm nicht vom Gesetzgeber, sondern von der Partei diktiert wäre. Allein auch so ist die Vorschrift nicht zu verstehen. Einmal spricht das Gesetz eben nur von dem Verzicht der Partei und der Beschränkung ihres Rügerechts, ohne eine Beschränkung der richterlichen Gewalt auch nur anzudeuten; im Gegenteil wird bei einzelnen Fällen des Partei-Verzichts, wie z. B. dem § 415 Z. P. O. ausdrücklich gesagt, daß der Richter dem Verzicht stattgeben «kann», nicht daß er ihm stattgeben «muß». In der That würde auch eine für den Richter maßgebliche Willkür der Partei zu sehr mit dem Charakter des Prozesses als eines öffentlichrechtlichen Instituts widerstreiten, um ohne ganz ausdrückliche Sanktion des Ge-

setzes als geltendes Recht angenommen werden zu können. Wir stehen deshalb nicht an, selbst dann, wenn z. B. der Beklagte ausdrücklich die mangelhafte Zustellung der Klage und die Fehler der ihm mitgetheilten Abschriften nicht rügen zu wollen erklärt, dem Richter die Befugnis zuzusprechen, bis zur Beseitigung dieser Mängel den Verhandlungstermin zu vertagen. Darin liegt weder ein pedantischer Formalismus noch eine ängstliche Bevormundung der Parteien, sondern die Erwägung, daß eine sachdienliche, der Würde des Gerichts entsprechende, nicht stets von Mißverständnissen hüben und drüben durchkreuzte Verhandlung offenbar einen ordnungsmäßigen Austausch der beiderseitigen Schriftsätze voraussetzt. Aus ähnlichen Gründen kann das Gericht darauf halten, daß dem Beklagten die gesetzliche Einlassungsfrist voll gewahrt wird, auch wenn er selbst — nach Ansicht des Gerichts voreilig — darauf verzichtet.

So haben wir es denn in der That hier mit einer erheblichen Erweiterung der richterlichen Machtbefugnis zu thun. Nur ist es schwer, die Grenzen<sup>1)</sup> festzustellen, bis zu denen diese Erweiterung reicht. Es fragt sich, welches die gesetzlichen Vorschriften sind, auf deren Befolgung die Parteien verzichten können. Bedauerlicher Weise wird diese Frage von den Gerichten aller Instanzen sehr restriktiv beantwortet, und erst neuerdings hat der erste Senat des Reichsgerichts in unverkennbarem Widerspruch zu früheren Reichsgerichtsentscheidungen — IX. S. 431. VII. 377 — eine freiere Auffassung derselben vertheidigt. Man hat die restriktive Interpretation des § 267 Z. P. O. darauf gründen wollen, daß die Zulässigkeit des Verzichts mit der publizistischen Natur des Prozeßrechtes in Widerspruch stehe und deshalb nur auf unwesentliche Formvorschriften zu beziehen sei. Dem steht aber entgegen, daß die unwesentlichen Formvorschriften gleichfalls dem öffentlichen Rechte angehören und daß also, wenn jener Widerspruch in der That vorhanden wäre, der Verzicht nur in den ganz speziellen Fällen, in denen das Gesetz desselben ausdrücklich gedenkt, zugelassen werden dürfte. Der Widerspruch besteht aber in Wahrheit nicht, da wie oben ausgeführt, das Gericht an den Parteiverzicht nicht gebunden ist und ihm gegenüber sehr gut das öffentliche Interesse vertreten kann. Ueberdies ist dem Gesetz die Unterscheidung zwischen wesentlichen

<sup>1)</sup> Andere Fragen können hier unerörtert bleiben, wann z. B. der Verzicht einer Partei genügt, ob der Verzicht im Voraus und generell erklärt werden kann u. s. f. Unrichtig ist es jedenfalls, wenn z. B. Seuffert meint, der Verzicht müßte mündlich erklärt werden; warum soll der Bekl. nicht etwa die mangelhafte Klagzustellung in einem Schreiben an den Kläger gültig genehmigen können?

und unwesentlichen Formverhältnissen wohl bekannt, — vgl. Z. P. O. § 501 — sodafs es diese Unterscheidung, falls sie wirklich auch auf den § 267 Z. P. O. anwendbar sein sollte, in demselben wohl zum Ausdruck gebracht haben würde; an Stelle defs deutet das Gesetz durch die ganze Fassung des § 267 sogar im Gegentheil an, dafs es die Zulässigkeit des Verzichts für die Regel, die Unzulässigkeit, — deren es nur in negativer Form und im zweiten Absatz des Paragraphen gedenkt, — für die Ausnahme erachtet hat. Noch weniger beweisend ist das Argument, auf welches sich z. B. der V. Senat des Reichsgerichts — V. S. 352 — beruft: der Verzicht müsse da ausgeschlossen sein, wo der Richter «selbst beim Nichterscheinen des Beklagten von Amtswegen» den Mangel rügen müfste. Sagt doch unser Paragraph selbst mit dünnen Worten, dafs die Formvorschriften bei dem Nichterscheinen des Beklagten rigoros angewendet werden müssen, als wenn derselbe anwesend ist und seine Interessen persönlich wahrnehmen kann. Das Reichsgericht hat ja auch selbst in Uebereinstimmung mit der herrschenden Meinung angenommen, dafs das Gericht dem ausbleibenden Beklagten gegenüber seine Unzuständigkeit ex officio geltend zu machen hat, und es müfste danach, dem klaren Wortlaute des Gesetzes entgegen, auch der Verzicht auf die Inkompetenz-Einrede allgemein unzulässig sein.

Wir ziehen deshalb die Grenzen für die Anwendbarkeit des § 267 ziemlich weit und scheiden nur diejenigen Vorschriften aus, die entweder die Prozeßfähigkeit der Partei betreffen, — weil diese selbstverständlich auch die Fähigkeit, einen prozeßualischen Verzicht zu erklären, in Frage stellen —, oder aber ganz überwiegend dem öffentlichen Interesse zu dienen bestimmt sind. Die erste Kategorie erklärt sich von selbst. Als Beispiele der zweiten mögen folgende genannt sein: Vorschriften, die die Besetzung des Richterkollegiums betreffen, weil diese auch die Würde und Integrität des Richterstandes zu erhalten bestimmt sind; die Maxime der Oeffentlichkeit und der Mündlichkeit, weil beide Maximen dem Prozeß zugleich eine gewisse Rolle im Volksleben zuertheilen und weil der Charakter sowohl des Richters, wie ganz besondere des Anwaltsstandes von der Beobachtung der beiden Maximen wesentlich abhängt; die Unabänderlichkeit der Nothfristen,<sup>1)</sup> weil diese zugleich im öffentlichen Interesse eine zu grofse

<sup>1)</sup> Dafs dieses die für den Gesetzgeber maßgebenden Motive gewesen sind, ist freilich nur ein Rückschlufs aus der positiven Bestimmung § 202, Abs. 1 Z. P. O. Die ganze Vorschrift kann übrigens leicht umgangen werden; die Parteien brauchen dazu nur die Zustellung des Erkenntnisses zugleich mit der Einlegung des Rechtsmittels zu wiederholen, und dem Gericht die erste Erkenntnisszustellung zu verschweigen.

Belastung der höheren Instanzen, sowie eine endlose Fortsetzung eines und desselben Rechtsstreits zu beschränken bestimmt sind. Dagegen halten wir für verzichtbar die Vorschriften über Zustellungen und Ladungen aller Art, soweit diese nicht eine Nothfrist zu wahren bestimmt sind, über die Essentialien der Klage, über die Essentialien der Klage im Urkundenprozeß, über die Normirung eines Parteieides durch Urtheil, die Zuziehung der Parteien zur Beweisaufnahme u. s. f. Auch die Kumulirung von Besitzprozeß und Petitorium dürfte bei Verzicht des Beklagten vom Gericht zugelassen werden können, weil das bezügliche Verbot des § 232 Z. P. O. wohl nur die Vertheidigung des Beklagten zu erleichtern bestimmt ist; dagegen ist das Verbot der Kumulirung einer Ehesache mit einer Klage vermögensrechtlicher Art absolut, weil dies Verbot theils auf einem gewissen Gefühl der Unanständigkeit solcher Kumulirung, theils auf der Besorgniß beruht, dafs die Verschiedenheit des Beweis- und Verhandlungssystems in beiden Sachen eine befriedigende Behandlung einer jeden unmöglich machen.<sup>1)</sup>

### III.

Nach der Ausführung zu II steht fest, dafs die Elastizität des Verfahrens dadurch wesentlich gefördert wird, dafs das Gesetz den Parteien das Recht gibt, auf die Befolgung gewisser prozeßualischer Grundsätze zu verzichten. Daraus folgt nun aber, richtig verstanden, noch ein Weiteres. Ueberall nämlich, wo der Richter annehmen darf, dafs die betheiligte Partei auf die demnächstige Befolgung einer Vorschrift der eben genannten Kategorie präsumtiv verzichten wird, wird er schon im Voraus in seinem Pflichtbewusstsein sich an jene Vorschrift nicht gebunden fühlen, sondern wird, wo er es dem wahren Interesse der Partei für dienlich erachtet, nach freiem Ermessen vorgehen. Selbst wenn sich im späteren Verfahren herausstellt, dafs die Partei zu dem Verzicht auf die streitige Vorschrift nicht entschlossen ist, wird den Richter, weil er sich alsdann eben nur entschuldbar geirrt hat, ein Vorwurf nicht treffen.

Dieser Satz, der theoretisch mancher Anfechtung begegnen wird, wird in der Praxis fast allgemein anerkannt. Namentlich in zwei Fällen dürfte seine Richtigkeit kaum in Frage zu ziehen sein.

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu die vielfach abweichenden Ausführungen von Bülow im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 64 S. 1 ff. und besonders S. 93 ff.

Zunächst handelt es sich dabei um die gesetzliche Bestimmung — Z. P. O. § 193 —, daß auf jede Klage ohne Prüfung ihrer Schlüssigkeit binnen 24 Stunden nach Eingang des Schriftsatzes bei Gericht Verhandlungstermin anberaumt werden soll. Nun gehen bei einzelnen Amtsgerichten fast täglich Klagen gegen Personen ein, die in einer benachbarten kleineren, mit einem eigenen Amtsgericht begabten Stadt wohnen; wird nunmehr aus § 193 Z. P. O. binnen der 24stündigen Frist Termin anberaumt, so erhebt der Beklagte ausnahmslos den Einwand der Unzuständigkeit, — gerade für Einwendungen dieser Art ist erfahrungsmäßig der rustikale Rechtssinn sehr eingenommen, — und die Klage wird abgewiesen oder zurückgenommen, nur um bei dem zuständigen Gerichte neu angebracht zu werden. Nach dem oben aufgestellten Satze wird dagegen der Richter sich nicht formalistisch an den § 193 Z. P. O. binden; sondern er wird sich sagen, daß der Kläger, um sich die Weiterungen, die Kosten, den Zeitverlust, wie dies die Folgen des streng formalen Verfahrens sein würden, zu sparen, mit Freuden auf die Rechtswohlthat schleuniger und kritikloser Terminanberaumung verzichten wird, und er wird demgemäß, ohne Rücksicht auf die Frist der 24 Stunden, eine Zwischenverfügung an den Kläger erlassen, mit der Anfrage, ob bei der Zugehörigkeit des Beklagten zu einem anderen Gericht die Klage an dieses abgegeben werden solle. Erfolgt alsdann binnen kurzer Frist keine oder eine verneinende Antwort, so muß das unzuständige Gericht natürlich Termin anberaumen; das ist aber nur ganz ausnahmsweise der Fall; regelmäßig erfolgt vielmehr die prompte und höfliche Bitte, die Klage dem Nachbargericht zu übermitteln. Aehnlich liegt natürlich der Fall, wenn bei Eingang der Klage der Richter etwa die amtliche Kenntniß hat, daß über den Beklagten Konkurs eröffnet, daß derselbe gestorben ist u. s. f. Der Richter, der hier auf die Klage Verhandlungstermin anberaumen würde, würde eben damit gegen die Maxime der Elastizität des Verfahrens verstossen, und er, — nicht der Richter, der an den Kläger eine Rückfrage richtet — handelt gegen das nach seinem Sinn und nicht nach seinem Buchstaben auszulegende Gesetz. Die Praxis ist dann auch solchen Rückfragen sehr geneigt.

Weiter hat nun aber die Praxis, auch von dem Fall der Klageerhebung abgesehen, bei Rechtsfragen aller Art, namentlich wenn sie keine mündliche Verhandlung erfordern, den Erlaß von Zwischenverfügungen zu einem förmlichen System ausgebildet. So wird z. B., wenn ein Antrag auf Kostenfestsetzung gestellt wird, bei welchem irgend eine Position des Belags ermangelt oder rechtlich bedenklich

ist, regelmäßig nicht ein erschöpfender, definitiver Beschluss gefasst, in dem die Kostenfestsetzung theilweise genehmigt, theilweise abgelehnt wird, sondern es ergeht seitens des Dezenten eine Rückfrage an den Antragsteller, ob er jenes Bedenken zu beseitigen im Stande sei. Auch hier sind die Resultate dieses Verfahrens ganz überwiegend günstig, d. h. der Antragsteller modifizirt seinen Antrag oder gibt eine bessere Begründung und erspart in dem einen wie dem andern Falle Zeit und Kosten; nur ausnahmsweise wird er dagegen seinen Antrag aufrechterhalten und um definitiven Beschluss bitten, und hat dann allerdings, falls dieser Beschluss oder auf seine Beschwerde der Beschluss des höheren Gerichts ihm Recht gibt, durch jene Zwischenverfügung Zeit verloren, — aber eben weil dies die Ausnahme, kommt dieser geringe Nachtheil gegen die regelmäßigen Vorzüge der Methode nicht in Betracht. Sie ist denn auch in der Praxis allgemein angenommen und hat hier bei den Kollegialgerichten sogar zu einer besonderen Mittelform geführt, der s. g. «Verfügung auf Vortrag», welche, auf einem wirklichen Kollegialbeschluss beruhend, sich dennoch nicht als definitive Willensäußerung des Kollegiums gibt und demgemäß dem Antragsteller die Verbesserung seines Antrages offen hält. Nun ist es zwar sicher, daß weder die einseitigen Verfügungen der Dezenten noch die eben erwähnten «Verfügungen auf Vortrag» auf einer ausdrücklichen Anordnung des Gesetzes beruhen; sie scheinen sogar dem Grundsatz zu widersprechen, daß das Gericht einen ihm unbegründet erscheinenden Antrag ebenso schleunig definitiv zu erledigen hat, als die begründeten Anträge, einfach deshalb, weil sonst der Antragsteller um so später die Möglichkeit erlangt, die Beschwerdeinstanz zu beschreiten. Trotzdem liegt kein Abusus in diesen Verfügungen. Sie weichen eben nur von einer Prozessvorschrift ab, welche dem Verzicht der Parteien unterliegt, und zwar nur deshalb, weil das Gericht nach Lage des konkreten Falles pflichtmäßig die Geneigtheit der beteiligten Partei zu solchem Verzicht voraussetzen darf.

Auch hier gewinnt also der konkrete Fall gegenüber der starren Vorschrift des abstrakten Gesetzes sein Recht. Das Gericht ist nicht gezwungen, wenn es gegen eine Klage oder einen sonstigen prozessualischen Antrag Bedenken hat, gleichmäßig nach einer und derselben Schablone zu verfahren, sondern wird verschieden handeln, je nachdem der Antrag großer Beschleunigung bedarf oder eine kurze Verzögerung durch Erlaß einer Zwischenverfügung ertragen kann, je nachdem der Mangel des Antrages zweifelhaft, der Antragsteller als streitsüchtig bekannt ist oder nicht.

## IV.

Die Praxis — namentlich die der Amts- und Landgerichte — hat nun aber weiter gegenüber den abstrakten Normen des Gesetzes die Elastizitäts-Maxime selbst da zur Anwendung gebracht, wo ein Verzicht der Parteien unzulässig sein würde oder, wo er zwar zulässig ist, jedoch Seitens der Parteien Widerspruch erhoben wird. Natürlich kommt dieses Verfahren in den gerichtlichen Entscheidungen niemals mit klaren und bewußten Worten zum Ausdruck, sondern es versteckt sich hinter einer freien Auslegung der betreffenden positiven Gesetzesnorm. Vergleicht man aber, wie diese Gesetzesauslegung auch bei einem und demselben Gericht inkonsequent und widerspruchsvoll durchgeführt wird, so wird man nicht zweifeln, daß der eigentlich treibende Gedanke schliesslich nur das Streben ist, die Prozeß-Judikatur von den Fesseln einer formalistischen, schablonenhaften Bestimmung zu befreien. Diese Art der Praxis darf nun wirklich theilweise als Abusus bezeichnet werden. Nichtsdestoweniger ist sie für das Verhältniß der Elastizitäts-Maxime zum geltenden Rechte von wesentlicher Bedeutung. Wir heben im Folgenden drei Beispiele hervor.

Nach § 230 Abs. 2 muß jede Klage einen «bestimmten Antrag» enthalten. Trotzdem wird nicht nur eine Klage auf Ersatz des in separato zu ermittelnden Schadens zugelassen, wo dann wenigstens die Unbestimmtheit des Antrages für diesen Prozeß eine dauernde ist. (Reichsg. X, S. 414); sondern auch die Klage auf Ersatz des vorläufig in quanto noch unbestimmten, aber noch im Laufe des nämlichen Prozesses zu bestimmenden Schadens wird als zulässig bezeichnet (a. a. O. S. 353). Und zwar ist bezüglich letzterer Klage die Zulassung lediglich vom richterlichen Ermessen abhängig, da das Gericht auf dieselbe zunächst nur über den «Grund des Anspruchs» zu erkennen im Stande ist, der Richter aber ein Theilurtheil dieser Art nicht zu fällen verpflichtet, sondern nur dazu berechtigt ist (a. a. O. S. 357). Ebenso läßt die Praxis s. g. Eventualanträge zu, bei denen nicht der Kläger oder der Beklagte das Wahlrecht haben, sondern das Gericht sich den ihm passenden Antrag aussuchen soll, z. B. bei der actio mandati das Gesuch um Zahlung von 1000 Mark, eventuell aber, falls dieser Anspruch nicht für schlüssig erachtet wird, um Rechnungslegung; oder um Räumung einer Wohnung wegen Ungiltigkeit des Miethvertrages, eventuell, falls der Vertrag für giltig erachtet wird, um Zahlung der Mieth; um Verneinung des gegnerischen Miteigen-

thums, eventuell um reelle Theilung des gemeinsamen Besitzes zwischen den Parteien. In allen diesen Fällen wird offenbar das Erforderniß eines bestimmten Antrages ganz verflüchtigt, und es müßten konsequentermaßen auch Klagen zugelassen werden, deren Antrag lautet: «dem Kläger eine gerichtlich zu arbitrende Rente aus dem Haftpflichtgesetze zuzusprechen» oder ganz allgemein «zu erkennen, was Recht ist». Gegen diese Konsequenzen werden sich aber die Gerichte nachdrücklich verwahren. Man sieht: die Praxis will sich hier wie so oft nur die Würdigung des konkreten Falles vorbehalten, und sucht deshalb die Aufstellung einer ein für alle Mal bindenden abstrakten Regel zu vermeiden.

Z. P. O. § 240 erklärt eine Klagänderung für zulässig, wenn sie den Klagegrund nicht ändert, und man ist im Allgemeinen darüber einverstanden, daß Klagegrund und der in § 230 Z. P. O. erwähnte «Grund des erhobenen Anspruchs» ein und derselbe Begriff sind. Bekanntlich sind nun wiederholt Versuche gemacht, eine feste Definition für diesen Begriff zu gewinnen, und alle Kommentare zur Z. P. O. sind damit beschäftigt, diese Definitionen nach der einen oder anderen Richtung hin speziell zu begründen. Ob dies Verfahren Erfolg verspricht, kann hier dahingestellt bleiben. Nur sei bemerkt, daß die Definition der Motive, auf die sich neuerdings das Reichsgericht (X, S. 434) stützt, Klagegrund seien die Thatsachen, «welche an sich geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers entstanden und zugleich als durch den Beklagten verletzt erscheinen zu lassen», daß wenigstens diese Definition offensichtlich verfehlt ist; denn hiernach wäre überhaupt jede nicht bloß als Indizium angeführte Thatsache Theil des Klagegrundes und dürfte nicht abgeändert werden, gleichgiltig, ob sie die Entstehung des Klageanspruchs an sich, dessen Fälligkeit (vv. «durch den Beklagten verletzt») oder die Aktivlegitimation des Klägers betrifft. Die Praxis hält sich nun auch nicht an diese Definition; wenigstens nicht konsequent. Sie hält sich aber ebensowenig konsequent etwa an Wach's und Eccius Theorie. Der einzelne Fall ist entscheidend. Bei verwickelten Prozessen wird sie deshalb, um die Sache nicht noch mehr zu komplizieren, einer Klagänderung sehr abgeneigt und deshalb gerade zur Annahme einer unzulässigen Aenderung des Klagegrundes sehr geneigt sein: so haben z. B. die «Ouvriers», die den Berliner «Baugeldgeber» als angeblichen Mitbesteller ihrer Arbeiten in Anspruch nehmen, wenig Aussicht auf Erfolg, wenn sie nachträglich denselben auf Grund der nützlichen Verwendung haftbar machen wollen. Umgekehrt wird bei einfachen



Sachen, zumal wenn der eventuelle Klagegrund sofort spruchreif ist, die Aenderung der Klage sehr viel leichter für zulässig gehalten werden. Im Grunde ist solch eine Entscheidung von Fall zu Fall auch die einzig zweckmäßige. Das Gesetz begünstigt diese Methode überdies dadurch, daß es die Entscheidung, welche die Aenderung einer Klage für zulässig erklärt, jeder Anfechtung durch die Parteien entzieht.<sup>1)</sup>

Z. P. O. § 275 gibt dem Gericht bei dem Erlaß eines Zwischenurtheils in erheblichem Maße freie Hand, setzt aber doch als positive Bedingung desselben regelmäßig voraus, daß es sich dabei um ein selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel handle. Auch hier ist nun die Theorie bemüht gewesen, den Begriff «Selbständigkeit» auf eine feste Definition zurückzuführen, ohne daß sie damit in der gerichtlichen Praxis großen Erfolg gehabt hätte. Diese hat vielmehr zum meist angenommen, daß irgend ein Theil eines komplizierteren Rechtsstreits, bei welchem seiner konkreten Beschaffenheit nach ein Zwischenurtheil zweckmäßig erschien, eben damit seine «Selbständigkeit» bekundet hatte, der Erlaß des Zwischenurtheils also hier zulässig war.

## V.

Wäre die Elastizitäts-Maxime zur ausnahmslosen Geltung in dem neuesten deutschen Prozeßrecht gekommen, so hätte sich damit die so viel erörterte Streitfrage: «Schriftlichkeit oder Mündlichkeit» für den Gesetzgeber von selbst erledigt. Vielmehr hätte sich die Form der Verhandlung erst aus den speziellen Umständen des einzelnen Falles ergeben müssen. Der Richter hätte alsdann erwägen müssen, daß die ganze Parteiverhandlung schlechterdings nur den Zweck hat, ihm, dem Richter, ein möglichst klares Bild des Rechtsstreites, so wie er sich in der Auffassung jeder der Parteien darstellt, zu verschaffen, und er hätte demnach für jeden Rechtsstreit diejenige Form der Verhandlung

<sup>1)</sup> Neuerdings hat freilich das Reichsg. X, S. 434 allgemein den Satz ausgesprochen, bei dinglichen Klagen sei jede Aenderung des Erwerbsgrunds unzulässig. Ob dies theoretisch richtig, bleibe hier dahingestellt; praktisch wird jedenfalls das Reichsgericht selbst, wenn es seiner früheren Judikatur treubleiben will, den Satz nicht allgemein aufrechtzuerhalten (vgl. IV, S. 251, a. a. O. S. 97. X, S. 395). Z. B. Kläger will das streitige Grundstück von A. durch Testament ererbt haben; das Testament stellt sich als ungiltig heraus, und Kläger will nun A.s Intestaterbe sein. Oder er stützt sein Eigenthum auf einen Kaufvertrag aus dem J. 1860; dieser wird als aufgehoben durch einen späteren Vertrag derselben Kontrahenten aus dem J. 1861 nachgewiesen, und Kläger leitet sein Eigenthum jetzt aus diesem letzteren Verträge her. In beiden Fällen wird das Reichsg. schwerlich Aenderung des Klagegrundes annehmen.

bezeichnen müssen, die geeignet war, ihm gerade von diesem Rechtsstreit das klarste Bild zu geben. Dabei hätte er aber keinesfalls im Voraus — ein für alle Mal und gleichmäßig für alle Prozesse — die Schriftlichkeit oder die Mündlichkeit oder ein fest kombiniertes System dieser beiden Methoden maßgebend sein lassen dürfen; so wenig wie, — um ein etwas paradoxes aber doch nicht unpassendes Beispiel zu wählen — irgend Jemand für sämtliche Universitätsvorlesungen das Diktat oder den freien Vortrag zur obligatorischen Methode machen möchte; so wenig, wie die Vorschrift, daß die Handelsmakler nur persönlich mit ihren Auftraggebern verhandeln dürfen, der Verallgemeinerung fähig oder selbst nur für die amtlichen Makler durchführbar ist. Vielmehr hätte der Richter die Parteien zunächst informatorisch durch Annahme von Schriftstücken oder Vernehmung zu Protokoll hören müssen, und wäre dann in der Lage gewesen, weitere Schriftsätze einzufordern oder in der Sache selbst materiell zu entscheiden oder endlich das persönliche Erscheinen der Anwälte oder der Parteien anzuordnen. Hat sich doch die analoge Befugniß, die das Gericht schon nach heutigem Rechte hat, das persönliche Erscheinen der Parteien zu verlangen, vortrefflich bewährt!

Das Gesetz hat nun diese Konsequenzen der Elastizitäts-Maxime nicht gezogen: und wohl mit Recht. Denn, ganz abgesehen von den Gründen, die über die rein technischen Fragen des Prozeßrechts hinausgehen und mehr politischer Natur sind, müßte schon an und für sich ein so radikaler Bruch mit dem früheren, noch tief im Formalismus steckenden Prozeß, wie er in Altpreußen, den gemeinrechtlichen Landestheilen und auch wohl sonst noch galt, vermieden werden. Die Machtbefugniß, die das heutige Recht den Gerichten gibt, ist ja schon an sich eine außerordentliche, und es galt erst die Probe, ob sie sich in diesem Umfange bewähren würde. Es muß deshalb einstweilen als ein nothwendiges Uebel hingenommen werden, daß der Prozeß um Ehescheidung wie um Geld, der Urkundenprozeß wie der des gewöhnlichen Verfahrens, der Prozeß mit und ohne Anwälte, die einfachste Schwängerungs- oder Exmissionsklage wie der komplizirteste Bau-, Versicherungs-, Patentprozeß im Wesentlichen derselben Schablone folgt.

Aber man überschätze deshalb die Methode unseres positiven Rechts nicht, sondern halte fest, daß sie, wenn auch vielleicht nothwendig, so doch jedenfalls ein Uebel ist. Sie ist und bleibt ein Ausfluß des alten formalen Prozeßrechts, und kann deshalb niemals ein wahrhaft lebensvolles Verfahren hervorbringen, nie den realen Bedürfnissen irgend einer der beteiligten Personen gerecht werden. Es kann

sein, daß der Gesetzgeber besorgt hat, es möchte der Richter, wenn man ihm freie Wahl zwischen Schriftlichkeit und Mündlichkeit ließe, gar zu sehr — einfach aus Bequemlichkeit und alter Gewohnheit — die Schriftlichkeit bevorzugen, und das mündliche Verfahren würde daneben verkümmern, trotz aller der großen Vorzüge, die dem letzteren zweifellos eigen sind. Aber der Gesetzgeber übersah, daß mit dem Augenblick, wo er dem Richter und den Parteien die Mündlichkeit als alleinigen Modus des gegenseitigen Verkehrs oktroyirte und ihnen künstlich den Weg schriftlicher Mittheilung versperrte, die Mündlichkeit ihren alten Charakter, ihre alten Vorzüge sofort verlor; ja, daß sie jetzt, wo sie mehr leisten soll, als sie überhaupt vermag, nicht einmal mehr das leistet, was sie in Wahrheit kann. Unsere Mündlichkeit ist ein Kunstprodukt, pedantisch und ohne spontane Lebenskraft. Wenn Richter, Anwälte oder Publikum sich des heutigen Prozeßrechts wirklich erfreuen und dasselbe rückhaltslos als einen Fortschritt gegen das alte Recht anerkennen, so ist daran sicher die obligatorische Mündlichkeit nicht schuld. Der «Mündlichkeitsfanatismus», von dem man wohl früher sprach, ist sehr rasch verirauscht.

Um diesen für die Würdigung der Elastizitäts-Maxime so wesentlichen Satz zu beweisen, braucht man nicht einmal an die schlimmen Mißbräuche zu erinnern, die bei manchen Gerichten traditionell geworden sind, etwa das Ablesen der Schriftsätze durch die Anwälte, das oft so mechanisch ist, daß dem Gericht bei jedem Schriftsatz das volle Rubrum mitgetheilt und aus der «Klage» auch diejenigen Thatsachen verlesen werden, welche später die «Replik» widerruft. Es genügt vielmehr auf ganz normale Vorkommnisse hinzuweisen. So ist es fast allgemein Grundsatz, daß eine Sache, die «vor demselben Kollegium» schon einmal verhandelt ist, in den sämtlichen folgenden Terminen, mögen auch Monate zwischen diesen und der ersten Verhandlung liegen, garnicht oder nur in einem absolut unvollständigen Resumé vorgetragen wird. Wenn man nun auch bei allen Richtern ein gutes Durchschnittsgedächtniß und die größte Aufmerksamkeit im ersten Termin voraussetzt, so ist es doch absolut unmöglich, daß in dem neuen Termin jeder der Richter ein völlig präzises, klares, vollständiges Bild des gesammten Verhandlungsstoffes hat; vielmehr wird erst durch das Referat des Berichterstatters gelegentlich der Berathung oder durch die Lektüre der Akten die Erinnerung auch bezüglich der Details geweckt, und es bedarf keiner Ausführung, daß der Werth dieser Reminiszenzen etwas problematisch ist. Selbst der Referent wird meistens finden, daß er ohne private

Notizen nicht mehr genau anzugeben im Stande ist, ob der mündliche Vortrag seiner Zeit dem Inhalt der Schriftsätze etwas hinzugefügt oder von demselben etwas fortgelassen hat; wenn nun vollends die anderen Mitglieder des Gerichts ihre Erinnerung auf Grund jener Referenten-Notizen auffrischen, so geht offenbar die Maxime der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit in ihrem ächten Sinne vollständig verloren. Und das Resultat ist, daß jeder Rechtsstreit mit dem Aufwande aller den Anwälten zu Gebote stehenden Redekunst gerade im ersten Termin verhandelt wird, der mit einem Beweisbeschluss oder gar mit einer Vertagung endigt, daß dagegen der eigentlich entscheidende Termin, auf welchem das Endurtheil beruht, dem Gericht nur ein flüchtiges, unsicheres, sehr mittelbar gewonnenes Bild des Prozeßstoffes gewährt. Oder man nehme an, daß ein Anwalt über der Menge der zweifelhaften einen ganz unzweifelhaften, aber deshalb nicht minder wesentlichen Punkt — z. B. die Kündigung des Darlehns, das Datum der für die Zinsforderung präjudizirlichen Mahnung, die Insolvenz des Hauptschuldners bei der paulianischen Klage — vorzutragen versäumt. Der aktenkundige Referent, sowie der gleichfalls aktenkundige Vorsitzende haben ihre Aufmerksamkeit ebenfalls nur bei den Zweifelspunkten gehabt, und der dritte Richter, der sich der Tragweite der Omission erst bei der Berathung klar bewußt wird, bringt dieselbe nunmehr zur Sprache. Alsdann wird die Verhandlung wieder eröffnet, allein die Anwälte sind nicht zur Stelle zur bringen, und die spruchreife Sache muß nun zum Nachtheil der säumigen Partei entschieden oder vertagt werden, obschon nach den Schriftsätzen feststeht, daß der kritische Punkt gar nicht streitig ist. Wenn dann wenigstens einer der Anwälte da ist, so holt er sich wohl einen Kollegen, damit dieser als angeblicher Substitut des Gegners die vergessene Behauptung nachholt oder sie nachholen hört, und das vollkommen informirte Gericht «der Form wegen» die ihm genau bekannte Thatsache von einer dem Sachverhalt ganz fremden Person sich erzählen läßt. Man nehme dann den Amtsrichter, der die Schriftsätze der Anwälte A. und B. vor dem Termin genau studirt und nothgedrungen seine Ansicht zur Sache sich fest gebildet hat, dem dann die Anwälte sagen, daß sie genau den Schriftsätzen gemäß verhandeln würden, und der nun doch eine Stunde lang die Schriftsätze der Form wegen «anhören» muß. Man nehme denselben Amtsrichter, der «Publikationstermine» abhält und, obschon keine Partei anwesend ist und der Gerichtsschreiber ganz gewiß nicht zuhört, die von ihm normirten Eide und anderweiten Urtheile den Wänden vorlesen muß. Man nehme die Anwälte endlich, die stunden-

lang auf ihren Termin warten müssen, blos um Versäumnis-Urtheil oder Reinigung eines bedingten Endurtheils, nachdem der Eid rite vor einem ersuchten Richter geleistet ist, zu beantragen. Das ist der Formzwang des heutigen Rechts!

Kein Wunder deshalb, daß man, so gut es geht, in der Praxis sich von der formalen Strenge der Mündlichkeit zu emancipiren sucht. Natürlich ist bei diesen Emanzipationsversuchen viel Abusus. So läßt man thatsächlich die Bezugnahme auf Schriftsätze seitens der Anwälte, sobald dieselben deren Inhalt mündlich wenigstens skizzirt haben, in weit größerem Umfange zu, als sich der Gesetzgeber bei Erlaß der Z. P. O. gedacht haben wird.<sup>1)</sup> So ist bei den Amtsgerichten zumeist trotz der klaren Vorschrift des § 128 Z. P. O. von einem «freien Vortrage» der Parteien nicht die Rede, so wird endlich die zuerst als großer legislativer Fortschritt<sup>2)</sup> begrüßte Beweisaufnahme vor dem Kollegium bei der Mehrzahl der Gerichte schon dann aufgegeben und dem beauftragten Richter überwiesen, wenn sie nur einigermaßen weitläufig zu werden droht, ohne daß man auch nur entfernt von «erheblichen Schwierigkeiten» — § 340, Nr. 2, Z. P. O. — reden könnte, die dem ordentlichen Verfahren entgegenständen.

Aber auch wenn man von diesen modernen Versuchen einer «prätorischen» Rechtsbildung absieht, und im Rahmen des positiven Rechtes bleibt, ist doch wenigstens gegenüber dem Buchstaben dieses positiven Rechtes der wirkliche Sinn desselben frei zur Geltung zu bringen, und das bedeutet allein schon ein gut Stück Emanzipation

<sup>1)</sup> Hierher gehört z. B. die weitverbreitete Unsitte der Anwälte, ein weitläufiges Plaidoyer mit der Klausel zu schließen: «Uebrigens will ich auch alle andern in meinen Schriftsätzen enthaltenen Behauptungen hiermit vorgetragen haben», eine Klausel, die natürlich absolut verwerflich ist.

<sup>2)</sup> Sie ist ein Fortschritt, aber nur da, wo sie frei elastisch gehandhabt wird. Denn überall, wo nicht unmittelbar nach der Beweisaufnahme das Endurtheil ergeht, sondern die Beweisaufnahme fortgesetzt oder die Verhandlung zwecks Rücksprache der Anwälte mit den Parteien vertagt wird, kann höchstens der Referent eine präzise Erinnerung an den persönlichen Eindruck bewahren, den die Zeugen auf ihn gemacht haben, und diese individuelle Erinnerung würde auch vorhanden sein, wenn er die Beweisaufnahme kommissarisch vorgenommen hätte. Wirkt bei der Beweisaufnahme gar ein Richter mit, der an dem Erlaß des Beweisbeschlusses noch nicht Theil genommen hat, und muß dann im Termin, weil die Anwälte nicht rechtzeitig erscheinen, die Beweisaufnahme der Verhandlung zur Sache vorangehen, so ist für den neuen Richter der natürliche Gang der Information geradezu in das Gegentheil verkehrt. Man sieht, daß auch hier Elastizität Noth thut, und daß es weit besser wäre, der Regel nach es bei der kommissarischen Zeugenvernehmung zu belassen, und nur für einzelne Fälle die Zeugen, vielleicht erst, nachdem sie kommissarisch vernommen sind, vor das Kollegium zu laden. Damit würde viel Zeit erspart.

von dem Formalismus, welchem sich die gar zu pedantischen Interpreten des Gesetzes unterwerfen.

Es ist nämlich zunächst allseitig anerkannt, und ergibt sich auch aus den Verhandlungen der Justizkommission des Reichstages, daß durch die Maxime der Mündlichkeit etwa die bloße Bezugnahme auf eine umfangreiche Klagrechnung ohne spezielle Verlesung derselben nicht hat ausgeschlossen werden sollen. Dies ist aber offenbar kein Privileg der Klagrechnung, da diese ja juristisch keinerlei Eigentümlichkeiten hat, vielmehr nur einen integrierenden, sehr wesentlichen Theil der schriftlichen Klage darstellt, welcher aus Zweckmäßigkeitgründen rein äußerlich von ihr abgetrennt und zur «Anlage» der Klage gemacht ist. Solche allgemeine Bezugnahme muß also auch auf Schriftstücke zulässig geschehen können, die vom Beklagten überreicht sind, und auch auf Theile der vorbereitenden Schriftsätze, die äußerlich nicht in so scharfer Weise von dem übrigen Inhalte derselben abgesondert sind wie die Anlagen. Und nur das eine ist zweifelhaft, wieweit der Richter gegenüber der Vorschrift des § 128 Z. P. O. «eine Bezugnahme auf Schriftstücke statt mündlicher Verhandlung ist unzulässig» in der Berücksichtigung solcher Hinweise auf den Akteninhalt gehen darf. Indes ist diese Grenze, wenn schon sie einigermaßen elastisch sein muß, nicht schwer zu finden. Man vergegenwärtige sich nur, wie das Verfahren sich gestalten würde, wenn der Zwang des mündlichen Vortrages sich auch auf längere Rechnungen erstrecken würde. Da der Vortrag doch nicht in den Wind gesprochen werden dürfte, und andererseits die Fassungskraft keines der Richter dem Vortrage zu folgen im Stande wäre, müßte jeder der Richter, eine Abschrift der Rechnung in der Hand, fortwährend den Vortrag mit dem Schriftstücke vergleichen. Seine Aufgabe bestände also darin, zu kontrolliren, ob der Anwalt richtig lesen und seine Schreiber richtig schreiben können. Da man nun doch den Richtern diese letztere Kontrolle nicht ernstlich auferlegen will, so ist der einzige Zweck der ganzen Vorlesung, daß die Richter nunmehr wissen, die Klagrechnung sei in ihren Akten; diesen Erfolg hatte der klägerische Anwalt aber auch erreicht, wenn er nur mit drei Worten auf die Klagrechnung Bezug genommen hätte. Man sieht also, daß bei einer bestimmten Grenze die reine Mündlichkeit einfach versagt und von selbst in die Schriftlichkeit übergeht, und daß beide an dieser Stelle sich nur durch die mündliche «Bezugnahme» auf das inhaltlich allein maßgebende Schriftstück unterscheiden, welche die Maxime der Mündlichkeit verlangt, die Maxime der Schriftlichkeit dagegen entbehren kann. In

diesen Fällen ist also die Bezugnahme auf Schriftstücke nichts als eine ganz bestimmte, unvermeidliche Form der «mündlichen Verhandlung» im technischen Sinne, und das Gesetz, welches jene Bezugnahme nur «anstatt» mündlicher Verhandlung verboten hat, hat sie da nicht ausschließen wollen, wo sie mit mündlicher Verhandlung dem realen Inhalte nach, und von dem oben erwähnten, dem Richter sicher nicht zukommenden Abschriftenkollationiren abgesehen, durchaus übereinstimmt.

Dies ist der springende Punkt. Danach hat also der Vorsitzende, vorbehaltlich der Korrektur durch das Kollegium, in jedem einzelnen Falle zu prüfen, inwieweit bei etwas komplizirten Sachen der mündliche Vortrag geeignet ist, von aller Vorbereitung aus den Akten natürlich abgesehen, dem Richter eine präzise Kenntniß des status causae et controversiae zu verschaffen, und überall, wo er findet, daß der Vortrag zur leeren Form wird, hat er die bloße Bezugnahme auf die entsprechende Darstellung in den Schriftsätzen zu veranlassen. Und er sei ja nicht sparsam damit! Denn, wenn man einmal dazu gelangt ist, die Bezugnahme auf Schriftstücke überhaupt irgendwann für zulässig zu erklären, so ist, wie oben nachgewiesen, dieser Modus der Verhandlung schlechterdings nur als eine ganz normale Form des mündlichen Verfahrens anzusehen und hat nicht entfernt den Charakter eines allenfalls entschuldbaren Mißbrauchs. Einige Freiheit in der Anwendung der so wie so strengen Mündlichkeits-Maxime ist ja dringend geboten; nicht wegen der Bequemlichkeit der Richter und Anwälte, sondern um die Spannkraft, welche die Mündlichkeit von diesen beiden Berufsklassen fordert, um ihre Freude in der Ausübung des Berufs nicht gar zu sehr herabzustimmen. Man schliesse deshalb grundsätzlich von dem Vortrag alles kalkulatorische Detail, alle Rechnungen, mögen sie nun streitig sein oder nicht, die namentliche Benennung der Zeugen aus; man lasse bei den Interventionsklagen, wo so manches Mal hunderte von Sachen, in Dutzende von Kategorien, je nach der Erwerbsart, geordnet, aufgeführt werden, gleichfalls die Details in den Schriftsätzen ruhen; hat ein vorbereitendes Rechnungsverfahren stattgefunden, so lasse man eine kurze Charakteristik des Inhalts der Protokolle genügen; bei Punktensachen höre man den allgemeinen Inhalt der Einreden und sonstigen Streitfragen, während der Zusammenhang jedes dieser Bedenken mit den einzelnen Positionen der Klage durch den Hinweis auf die Akten erledigt wird. Auch die Verlesung auswärtiger, mit Zahlen erfüllter Beweisprotokolle wird sich oft erübrigen.

Ebenso ist es wohl zulässig, den Grundsatz: im Laufe des Prozesses darf ein materieller Beschluss nur auf Grund mündlicher Verhandlung gefasst werden, nicht ausnahmslos durchzuführen. So dürfte es kaum einem Bedenken unterliegen und wird auch in der Praxis allgemein angenommen, daß das Gericht auch ohne neue mündliche Verhandlung in Ergänzung eines früheren Beweisbeschlusses die Vernehmung eines Zeugen durch ein auswärtiges Gericht beschließen kann, wenn sich nachträglich herausstellt, daß der Zeuge einen andern als den von den Parteien angegebenen Wohnsitz hat. So kann auch, wenn der vom Gericht zunächst zur Erstattung eines Gutachtens aufgeforderte Sachverständige die Ausfertigung eines solchen ablehnt, das Gericht ex officio sofort einen andern Gutachter bestellen.

Die Erfahrung wird lehren, daß die freie Anwendung der Mündlichkeits-Maxime, wie sie hier vorgeschlagen wird, zwar die nachtheiligen Folgen nicht aufzuheben im Stande ist, die ihre obligatorische Geltung nothwendig verursacht, daß sie aber immerhin einen Theil dieser Folgen, die man in der Praxis empfindlich genug spürt, verschwinden, und umgekehrt die zweifellosen Vorzüge der Mündlichkeit schärfer hervortreten lassen wird. Und sollte es sich erweisen, daß die Maxime der Mündlichkeit sich nicht, wie es hier versucht ist, wenigstens zu einem erheblichen Theil der Elastizitäts-Maxime zu unterwerfen im Stande wäre, ohne sich dabei ganz und gar zu verflüchtigen, so wäre damit weiter nichts bewiesen, als daß die Maxime der Mündlichkeit für den heutigen Prozeß absolut unbrauchbar sein würde.

RICHARD RYCK

Der Irrthum bei Rechts-  
geschäften.

---

Die Frage nach der Bedeutung des wesentlichen Irrthums bei Rechtsgeschäften und nach der Art und Weise der Wirkung desselben kann trotz der eingehenden und lebhaften Erörterungen, deren sich in neuester Zeit die Irrthumstheorie zu erfreuen gehabt hat, noch keineswegs als abgeschlossen gelten. Die neueren und neuesten Versuche bieten zwar viel des Anregenden, befriedigen jedoch im Resultat nicht. Andererseits sind erhebliche Mängel an der herrschenden Lehre aufgedeckt worden und erscheint deren Begründungsweise jedenfalls nicht ausreichend. Es soll daher im Nachfolgenden die Frage in ihren Hauptpunkten einer erneuten Erörterung unterzogen werden.

Die Frage ist dahin zu formuliren: Ist die unter der Herrschaft eines sogenannten wesentlichen Irrthums (*error in persona, in corpore, in negotio*) abgegebene Erklärung nichtig, und wie erklärt sich diese Nichtigkeit oder, mit andern Worten, was bedeutet der Satz: *errantis voluntas nulla est*?

Die Antwort der herrschenden Lehre, daß die Nichtigkeit eintrete, weil der Erklärung der wirkliche Wille fehle, indem der Irrthum den zu dem Geschäft erforderlichen Willen ausschliesse, ist nichts weniger als selbstverständlich und fordert zum Widerspruch heraus.

Denn schon die einfachste Beobachtung lehrt, daß derjenige, der aus Irrthum in Bezug auf X. Etwas vornimmt, indem er X. mit Y. verwechselt, wirklichen Willen hat und sein Wille hierbei sogar ein sehr potenziertes sein kann. Auf criminalistischem Gebiet ist man längst darüber im Klaren, daß trotz des Irrthums im Gegenstande (*error facti*) der strafrechtliche Dolus vorhanden sein kann, indem z. B. wenn Jemand, der den Y. tödten will, aus Verwechslung mit diesem den X. tödtet, die Wirklichkeit seines auf den vor ihm stehenden X. gerichteten Tödtungswillens garnicht in Abrede gestellt werden kann. Warum soll nun in Bezug auf die Wirklichkeit des Willens

bei Rechtsgeschäften im Irrthumsfalle etwas anderes gelten und dem Irrthum hier die Macht zur Ausschließung der Willenswirklichkeit beizuhelfen? Gesetzt, Jemand der in einem ihm gegenüber stehenden X. den Y. vor sich zu haben glaubt, den er beschenken will, zwingt den wegen der offenbaren Verwechslung die Annahme der Schenkung verweigernden X. durch Drohungen zur Annahme, ist hier nicht ein mit aller Energie geltend gemachter wirklicher Schenkungswille vorhanden? Dieser Wille läßt sich mit dem Prädikat als bloßer Scheinwille nicht abfertigen. Es ist daher auch nicht richtig, daß der Irrthum hier nur die zufällige Veranlassung (Puchta, Pand. § 65 Note d) oder nur der Grund gewesen, weswegen ein nicht wirklich Gewolltes als gewollt erklärt worden ist (Windscheid, Pand. § 76 zu Note 2), da eben das, was erklärt ist, gewollt und wirklich gewollt ist. Wenn dennoch kein gültiges Rechtsgeschäft zu Stande gekommen ist, muß der Erklärungsgrund wohl anderswo liegen.

Unergiebig ist in dieser Beziehung der von v. Savigny aufgestellte Begriff des unechten Irrthums. Denn das Kriterium der Fälle dieses Irrthums, daß sie «schon an sich selbst so gestaltet sind, daß es an den nothwendigen Bedingungen einer juristischen Thatsache, z. B. an der Uebereinstimmung des Willens mit der Erklärung fehlt, so daß es nicht der Irrthum ist, der die Folgen derselben hindert» (Syst. III S. 440, 444), würde gerade in den Fällen des wesentlichen Irrthums nicht zutreffen, da die Uebereinstimmung der Erklärung mit dem aktuellen Willen — die Korrektheit des Ausdrucks vorausgesetzt — in bester Form vorliegen würde. Ermangelt es sonach nicht an dieser Uebereinstimmung, so bleibt es offene Frage, an welcher sonstigen Bedingung zum Zustandekommen des Geschäfts es denn fehlt?

Im Gegensatz zu der herrschenden Lehre kommt Zitelmann (Irrthum und Rechtsgeschäft, 1879) vom Standpunkt seiner Absichts- und Individualisationstheorie zu dem Resultat, daß es unrichtig sei, dem Irrthum über Identität und Eigenschaften die Kraft zuzuschreiben, das Rechtsgeschäft nichtig sein zu lassen, vielmehr der Irrthum über Eigenschaften oder Identität eines individuell bestimmten Objekts nie Irrthum als Mangel der Absicht, vielmehr immer nur Irrthum im Motiv sein könne (S. 456—459). Diese Ansicht verfällt in den umgekehrten Fehler, daß sie den Willen in seiner Richtung auf den vorgestellten Gegenstand als bloße Scheinabsicht charakterisirt (S. 455). Denn was Zitelmann zur Wirklichkeit der Absicht erfordert, daß sie «im Moment der That konkret sein müsse», leistet jene vermeintliche Scheinabsicht in vollem Maße, da die Absicht eben dadurch, daß

sie sich auf ein bestimmtes Y. richtet, konkretisirt ist, und diese Eigenschaft nicht verlieren, sich nicht in einen abstrakten Willen verwandeln kann, bloß deshalb, weil der Handelnde in dem ihm gegenüberstehenden X. sein vorgestelltes Y. sieht, und seinen Willen nicht auf X. als solches, sondern nur auf X. als das vorgestellte Y. fixirt. Es ist nicht ersichtlich, wie die Absicht auf das individuelle Y., um konkret zu werden, noch eines besonderen Individualisierungsprozesses bedürfen soll. Es hat denn auch einen rein tautologischen Sinn, wenn Zitelmann, vom Irrthum absehend, ferner meint, daß die «abstrakte Absicht, den Y. zu tödten» einen Individualisierungsprozeß durchmachen und zu der Absicht werden müsse, diesen konkreten Menschen zu tödten, der nun in der That Y. war. Was heißt dies Anderes als: die Absicht, Y. zu tödten, muß werden zu der Absicht, Y. zu tödten? Wenn Zitelmann S. 457 weiter argumentirt, die Absicht müsse jenen Individualisierungsprozeß durchmachen, um zur wahren relevanten Absicht zu werden, so ist es wenigstens in Ansehung des Rechtsgeschäfts eben die Frage, welche von beiden Absichten: jene vermeintlich abstrakte oder diese konkret individualisirte die wahre rechtlich relevante ist, da die Bejahung des faktischen Vorhandenseins und der Wirklichkeit der Absicht noch nicht die Bejahung der rechtlichen Relevanz in sich schließt.

Auch durch die sonstigen Aufstellungen Zitelmann's wird die eigentliche Frage um Nichts der Lösung näher gebracht. Wenn der Irrthum in seiner negativen Funktion als «Abwesenheit der Vorstellung über die Rechtsfolge, welche nach der Regel des Lebens als durch das Thun beabsichtigt erscheint», bezeichnet wird und er mithin — da jene Vorstellung Moment des komplexen Begriffes Absicht ist oder sogar diesen Begriff selbst bildet — auch Mangel der Absicht bedeuten soll (S. 430), wenn ferner «die richtige Vorstellung (scientia) über das eigene Thun und die richtige Vorstellung über die Rechtsfolge des Thuns Thatbestandsmoment (S. 342—345) und deshalb bei einem Irrthum darüber das «nur scheinbar errichtete Rechtsgeschäft nichtig sein soll» (S. 345, 430, 489, 490), so umfaßt dies Alles, wie die weiteren Ausführungen Zitelmann's ergeben, nur solche Fälle, wo dem scheinbar Handelnden das Bewußtsein mangelt, oder wo eine Erklärung abgegeben ist, deren Inhalt von dem Erklärenden nicht gewollt ist, nicht aber die gerade hier fraglichen Fälle, wo unter dem Einfluß eines Irrthums über eine Person oder Sache ein wirklicher Wille erklärt ist und der Handelnde sowohl sich bewußt ist, daß er handelt, als auch eine vollkommen richtige Vorstellung von den Rechtsfolgen hat,

die aus seiner Erklärung in Bezug auf die ihm gegenüberstehende Person oder Sache nach der «Regel des Lebens» hervorgehen müssen.

Nur auf Fälle der ersteren Art gehen denn auch die weiterhin von Zitelmann angeführten Beispiele: daß Jemand auf eine von ihm mißverständene Offerte eine Bejahung erklärt, obwohl er bei richtigem Verständniß sich in ganz anderem Sinne erklärt hätte und also etwas anderes wollte, als der Erklärungsinhalt besagte. Dem entsprechend wird ferner «der Irrthum rücksichtlich der Art des Geschäfts» als «Mangel der Absicht» an folgendem Fall exemplificirt: A. offerirt mir seine Violine zum Kauf für 500 oder zur Miethe für jährlich 20 Mark und ich sage: ja, ich will letzteres, indem ich meinte, es sei zuletzt vom kaufen die Rede gewesen» (S. 527). Hier fehlt es nicht sowohl an der richtigen Vorstellung über das Individualisationsmoment der Absicht, da der Erklärende eben kaufen wollte, als vielmehr an der richtigen Erklärung dieser Absicht, indem die Erklärung sich nicht mit der Absicht deckte, sondern auf Miethen lautete.

Auf den Irrthum über die Identität der Person oder Sache bezogen, würde der Satz: daß überall, wo eine der Vorstellungen, die zur Individualisirung der Absicht gehören, unrichtig ist oder gänzlich mangelt, der Rechtserfolg bloß scheinbar beabsichtigt sei und dann niemals eintreten könne» (S. 489, 490), sich aus Zitelmann's Prämissen nicht herleiten lassen und sich als bloße Reproduction der üblichen Auffassung von der Scheinnatur des unter dem Einfluß des Irrthums stehenden Willens darstellen.

Keine Lösung, sondern eine Umgehung der die Irrthumslehre bewegenden Fragen ist es, wenn Leonhard (Irrthum bei wichtigen Verträgen 1882, 1883) den Satz aufstellt, daß der Irrthum erheblich sei und die Nichtigkeit des Vertragschlusses herbeiführe, nur wenn der irrthümlich vorausgesetzte Umstand in erkennbarer Weise entweder der bestimmende Grund für die Zustimmung einer Partei war, oder von beiden Parteien, wenn auch nur stillschweigend, zur Bedingung der durch die Erklärung bezweckten Rechtswirkung gemacht wurde (S. 329, 330, 336, 512, 571, 586). Wenn man auch der stillschweigenden Bedingung das größtmögliche Anwendungsgebiet zugestehen wollte, so würde, falls man nicht zu einer gesetzlichen Präsumtion eines allgemeinen Bedingungswillens gelangen soll, immerhin eine gewisse Anzahl von Fällen übrig bleiben, in denen schlechterdings für einen stillschweigenden oder auch nur muthmaßlichen Bedingungswillen sich in den Parteiberedungen keinerlei Anhalt fände, und würde man wohl oder übel sich wieder der verurtheilten Irrthumslehre zu-

wenden müssen. Die Erfahrung lehrt, daß die unter dem Einfluß des Irrthums handelnden Parteien die Möglichkeit des Irrthums garnicht in Betracht ziehen und kann ihnen daher auch eine Absicht, gegen einen Irrthum, dessen sie sich garnicht bewußt sind, stillschweigend Cautelen zu treffen, füglich nicht suppedirt werden. Es läßt sich jedenfalls nicht behaupten, daß in Bezug auf alle nur möglichen, für den Geschäftswillen entscheidenden Umstände die Abwesenheit des Irrthums stets als stillschweigende erkennbare Geschäftsbedingung anzunehmen wäre.

Die Frage: ob und in welcher Weise der wesentliche Irrthum das Zustandekommen eines gültigen Rechtsgeschäfts hindert, fällt mit der anderen Frage zusammen: inwiefern wird durch den Irrthum ein wesentliches Erforderniß zum Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts ausgeschlossen? Die Beantwortung dieser Frage hängt daher in erster Linie von dem Verhältniß ab, in welchem der wesentliche Irrthum zu den einschlägigen wesentlichen Erfordernissen der Rechtsgeschäfte steht und sind deshalb diese vorab festzustellen.

## I. Rechtsgeschäfte sind Willensakte, durch welche über rechtliche Verhältnisse Bestimmung getroffen wird.

Gegenstand des rechtsgeschäftlichen Willens können sowohl private als öffentliche und völkerrechtliche Verhältnisse und sowohl die Begründung als Aufhebung und Aenderung derartiger Verhältnisse sein. Das Wesen des Rechtsgeschäfts besteht darin, daß eine Aenderung in der Rechtswelt, d. h. in der Sphäre der durch das objective Recht beherrschten realen Verhältnisse kraft der Parteiwillkür, kraft autonomischer Satzung herbeigeführt werden soll. Die Realität des Rechtsgeschäftsbegriffs hat somit zur unerläßlichen Voraussetzung, daß der Parteiwillkür innerhalb gewisser Grenzen rechtswirksame Bestimmungen zu treffen gestattet ist und die Rechtsordnung den innerhalb der gesteckten Grenzen sich bewegenden Parteiwillen als maßgebend anerkennt und nöthigenfalls auch schützt. Das Rechtsgeschäft läßt sich daher auch definiren als die concrete Norm, die von den Parteien für ein der Willkür derselben unterliegendes Verhältniß aufgestellt ist.



Es ist gerade der Hauptmangel der üblichen Definitionen des Rechtsgeschäfts, daß sie diesen Normcharakter des letzteren ganz und gar unbeachtet lassen. Denn wenn es heißt: «Rechtsgeschäfte sind Willenserklärungen, deren Zweck und Absicht wesentlich auf eine rechtliche Wirkung: Entstehung, Endigung oder Aenderung eines Rechtsverhältnisses gerichtet ist» (Arndt's Pand. § 63) oder «Rechtsgeschäft ist die auf Entstehung u. s. w. von Rechten gerichtete Privatwillenserklärung» (Windscheid, Pand. § 69), so wäre damit sehr wohl die Vorstellung vereinbar, daß jene Richtung des Willens und der Willenserklärung ein bloßes «Thatbestandsmoment» sei, an dessen Vorliegen die Rechtsordnung, also die allgemeine Norm, den Eintritt der Rechtsfolge erst knüpft, etwa wie an die Pubertät den Eintritt der Handlungsfähigkeit, oder an die Separation den Fruchtwerb des Eigenthümers, an den Besitz der Sache die Exhibitionspflicht u. dergl.

In der That ist es eine sehr verbreitete Auffassung, das Rechtsgeschäft ebenso wie das Delikt lediglich als einen Thatbestand, bezw. zuzüglich der weiteren subjectiven und objectiven Voraussetzungen als einen «Gesamthatbestand» zu betrachten, durch welchen die Vorbedingung für das Wirksamwerden einer Rechtsregel erfüllt und deren concrete Geltung begründet wird, dergestalt also, daß das Rechtsgeschäft nicht schon an und durch sich selbst wirkt, vielmehr zur Hervorbringung der Rechtswirkung der Mithilfe der Rechtsordnung bedarf, und also seine Funktion schließlichsich darauf reducirt, der Rechtsordnung als Anknüpfungspunkt für das Eintretenlassen gewisser Wirkungen und Rechtsfolgen zu dienen. Denn die Bedeutung eines «Thatbestands» ist nur die, daß er die Summe derjenigen Momente darstellt, welche die Rechtsordnung zum Eintritt gewisser von ihr vorgesehener und vorbestimmter Folgen erfordert. Das wirkende Moment (causa efficiens) ist hierbei allein der Wille der Rechtsordnung, indem der Thatbestand lediglich den Eintritt des Falles bedeutet, für welchen die Rechtsfolge im Voraus ausgesprochen ist. Den Thatbestand als die wirkende Ursache anzusehen, wäre ebenso unrichtig, als bei einem bedingten Rechtsgeschäft das Ereigniß, welches die Erfüllung der Bedingung darstellt, als die Ursache der durch das Geschäft bezweckten Rechtsfolge oder eine Handlung, die einen strafrechtlichen Thatbestand darstellt, als die Ursache der eintretenden Strafverwirkung zu betrachten. Der Thatbestand hat nur die passive Bedeutung, daß er zur Voraussetzung für den Eintritt von Rechtswirkungen gemacht ist. Wenn demgegenüber Zitelmann (S. 279, 280) behauptet: daß «Ursache der Rechtswirkung in den Fällen der gewillkürten wie der nothwendigen

Rechtsfolge gleichermaßen der Thatbestand sei» und «das Gesetz — Naturgesetz wie Rechtsgesetz — niemals selbst Ursache der Natur- und Rechtswirkung sein könne, weil es . . . nichts als die Causalbeziehung zwischen beiden (Ursache und Wirkung), so wird bei dieser Argumentation 1) der Unterschied zwischen Naturkraft und Naturgesetz unbeachtet gelassen und 2) das Wesen des Rechtsgesetzes verkannt. Das Naturgesetz besagt allerdings nichts weiter als die regelmässige und nothwendige Ordnung, nach der gewisse Erscheinungen unter gewissen Bedingungen wiederkehren, während über die Ursache der Erscheinungen damit nichts ausgesagt wird, diese vielmehr in der Naturkraft gesucht werden muß.<sup>1)</sup> Das Rechtsgesetz ist aber nicht bloße Causalbeziehung, nicht die bloße Constanz, mit der Rechtsfolgen unter gegebenen Bedingungen eintreten, sondern ist das schöpferische Princip, die die Rechtswelt bewegende und gestaltende Kraft selbst.

Der Wille des Gesetzes ist also «das eigentlich Wirkende» überall da, wo er an einen Thatbestand rechtliche Folgen knüpft.<sup>2)</sup>

Durch die Degradation des Rechtsgeschäfts zu einem bloßen Thatbestand wird ihm die selbständige schöpferische Kraft genommen, die ihm ja anerkanntermassen innerhalb der Rechtsordnung verbleiben soll.<sup>3)</sup> Daran wird auch nichts geändert, wenn man den Gegensatz zwischen Rechtsgeschäft und Delikt dahin ausdrückt: daß bei ersterem «die auf den Eintritt der Rechtsfolge gerichtete Absicht der Partei Moment des Thatbestandes sei, bei letzterem dagegen nicht.»<sup>4)</sup> Die Parteiabsicht würde nach wie vor zu der passiven Rolle verurtheilt sein, dem «Willen des Gesetzes» als Anknüpfungspunkt einer Rechtsfolge zu dienen.

Abzuweisen ist ferner die in der üblichen Auffassungsweise mehr oder weniger deutlich auftretende Vorstellung, daß es zum Eintritt der

<sup>1)</sup> S. hierüber besonders Schopenhauer: Die Welt als Wille und Vorstellung. Bd. 1, S. 115—117. (5. Aufl.)

<sup>2)</sup> So auch Karlowa, Rechtsgeschäft S. 1, welcher freilich unrichtigerweise den Satz auch auf das Rechtsgeschäft anwendet. Die Polemik Zitelmann's gegen diesen Satz erscheint um so weniger begründet, als gerade seine Auffassung der Rechtsnorm als eine Art hypothetischen Urtheils (S. 223) nothwendig dazu hinführt: Aus der Bejahung des Vordersatzes folgt die Wahrheit des Nachsatzes, d. h. wenn die Voraussetzung, der Thatbestand, vorliegt, wird der Ausspruch des Gesetzgebers — «der die Macht hat, durch seinen Willen dem Subject (S.) ein Prädicat (z. B. Verpflichtetsein) beizulegen» — zur Wahrheit und die Rechtsfolge verwirklicht.

<sup>3)</sup> S. bes. Ihering, Geist. 3, § 53, S. 125, 3. Aufl., S. 132.

<sup>4)</sup> Zitelmann S. 280.

Geschäftswirkung erst noch der besonderen Vermittelung durch einen idealen Contact zwischen der Geschäftsthat und der Rechtsordnung<sup>1)</sup> oder einer zu dem Geschäftsakt stillschweigend hinzukommenden gesetzlichen Billigung und Genehmigung<sup>2)</sup> bedürfe oder der Eintritt der Geschäftswirkung in der Weise zu denken sei, daß das Recht dem in der «Geschäftsabsicht» ausgedrückten Begehren der Rechtsfolge entspreche und letztere gewähre.<sup>3)</sup> Hiernach würde das, was man «rechtschöpferische Thätigkeit des subjectiven Willens», Privatautonomie nennt, darin zusammenschumpfen, Rechtsfolgen begehren zu können, mit der Gewißheit, vor der Rechtsordnung Erörterung und Genehmigung zu finden, sofern das Begehren sich in den gehörigen Grenzen hält. Es leuchtet ohne Weiteres ein, daß damit der Begriff der Privatautonomie völlig aufgehoben sein würde. Die autonome Bestimmung ist begriffsnothwendig eine solche, die an sich selbst gültig ist und der Bekräftigung und Genehmigung durch einen andern Willen nicht bedarf. Hieraus folgt, daß das Privatrechtsgeschäft als Ausfluß der Privatautonomie nicht ein Thatbestand ist, der erst von der Rechtsordnung mit der Kraft, Rechtsfolgen zu erzeugen, auszustatten wäre, sondern schon von selbst ohne irgendwelche Beihilfe der Rechtsordnung Rechtsfolgen erzeugt. Und läuft es nicht auf eine bloße Fiction hinaus, für die, oft den absonderlichsten Eingebungen entspringenden, aber noch innerhalb der erlaubten Grenzen sich bewegenden Parteibeliebungen, also von Fall zu Fall eine besondere Rathabition und Bekräftigung durch die Rechtsordnung zu supponiren? Ein ungeeigneterer Weg, die Privatautonomie zu verwirklichen, wäre kaum denkbar! Es verhält sich mit dieser Verwirklichung vielmehr folgendermaßen:

Privatautonomie ist die der Person von der Rechtsordnung ertheilte Ermächtigung, innerhalb gewisser Grenzen die eigenen Angelegenheiten in freier, selbständiger Weise zu bestimmen. Diese freiheitliche Ausstattung der Privatrechtspersönlichkeit enthält die Befugnifs (jus, facultas, licentia), die zur Bestimmung und Regelung der Privatangelegenheiten dienlichen Akte mit rechtlicher Wirkung vorzunehmen und macht gewissermaßen das Individuum zum Gesetzgeber

<sup>1)</sup> Bartolus, super Inst. de oblig. 3, 14; facta cum vinculo juris diligent.

<sup>2)</sup> S. bes. Gardeike, Verträge unter Abwesenden, 1882, S. 1: «Gesetzliche Genehmigung, rathabition, confirmatio, permissio.»

<sup>3)</sup> Zitelmann S. 244, 245, welcher das objective Recht zu der Partei reden läßt: «Du hast nur nöthig, zu erklären, welche Rechtsfolge den Inhalt Deines Begehrens bildet und ich werde Dein Begehren erfüllen.» Vgl. S. 279.

in seinen Angelegenheiten. Auf diesem Gedanken beruhen die Zwölf-tafelsätze: Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto und uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto. Dem entsprechend die Ausdrücke: facultas testamenti faciendi, testandi (l. 2 pr. D. si quis aliq. 29, 6, l. 19 § 4 C. de test. 6, 23), legandi facultas (l. 1 pr. D. ad leg. Falc. 35, 2), testamenti faciendi jus (l. 6 pr. D. qui test. fac. p. 28, 1), jus testandi (l. 3 § 5 D. de bon. poss. 37, 1), legandi licentia (pr. J. de lege Falc. 2, 22), ut legare volet, jus esto (l. 1 pr. ad leg. Falc. 35, 2), jus stipulandi (pr. J. de stip. serv. 3, 18), donandi jus (l. 28 § 2 D. de pact. 2, 14), uxorem ducendi licentia (l. 5 C. de incestis 5, 5) u. s. w. Der Frage, wie diese Befugniffe und vor Allem die Befugnifs zum Rechtsgeschäft überhaupt rechtlich zu characterisiren und wo sie im System ihre Stelle finden, hat man bisher nicht genug Beachtung geschenkt. Daß die Antwort nicht von dem Inhalt des subjectiven Privatrechts heraus erfolgen kann, ergibt sich schon daraus, daß jene Befugniffe eben die nothwendige Grundlage für die Hervorbringung von Rechten und Rechtsverhältnissen bildet, und ist dies insbesondere betreffs der Befugnifs, über die einzelnen Rechte selbst zu verfügen, bereits klar erkannt.<sup>1)</sup> Ebenso wenig fällt jene Befugnifs mit der «Handlungsfähigkeit» zusammen, da diese nur die Erfordernisse zur Ausübung jener Befugnifs begreift. In enger Beziehung zu ihr steht dagegen die besonders von Puchta Pand. § 51 hervorgehobene «Dispositionsbefugnifs», insofern diese ihr wenigstens nach einer gewissen Seite hin entspricht. Die Befugnifs zum Rechtsgeschäft gehört zu den staatlichen Grundrechten und findet ihre Stelle neben der Rechtsfähigkeit, mit welcher zusammen sie den Inhalt des commercium im weiteren Sinne ausmacht. Sie füllt den Begriff der Privatautonomie aus. Hieraus folgt nun aber mit zwingender Nothwendigkeit weiter, daß die Willensacte, die das Individuum in Gemäfsheit jener ihm ertheilten Machtbefugnifs vornimmt, zu ihrer Giltigkeit der weiteren Mitwirkung und Beihilfe der Rechtsordnung nicht nur nicht bedürfen, sondern auch eine derartige Mitwirkung geradezu begriffsmäfsig ausgeschlossen ist, und das Rechtsgeschäft als Bethätigung des autonomen Willens mit seinem Abschluß und seiner Perfection schon an sich selbst rechtliche Geltung hat, also wahre private Satzung, *lex privata*<sup>2)</sup> ist, wie dies insbesondere in

<sup>1)</sup> z. B. von Thon, Rechtsnorm S. 335—341.

<sup>2)</sup> In einem anderen Sinne versteht der Code civil, Art. 1134: les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites — den Normcharacter des Rechtsgeschäfts, indem daraus die bindende Kraft der Verträge hergeleitet wird.

der imperativen Form der Willenserklärung bei den solennen Rechtsgeschäften der Römer seinen plastischen Ausdruck fand. Aus diesem Gesichtspunkt findet auch die übliche Unterscheidung zwischen Entstehung der Rechte durch den Willen der Parteien und Entstehung durch den Willen des Gesetzes ihre innere Rechtfertigung. Doch wird dieselbe im Wesentlichen wieder preisgegeben, wenn man sie dahin erläutert, daß auch im ersteren Falle: bei der Entstehung durch den Parteiwillen, nicht dieser, sondern der Wille des Gesetzes, welcher jenen mit rechtlicher Wirkung begabt hat, das «Entscheidende» sei (Windscheid, § 68, Note 1). Der Wille des Rechts steht zu den gedachten beiden Entstehungsarten der Rechte in ganz verschiedenen Beziehungen. Bei der Privatwillenserklärung: bei dem Rechtsgeschäft kommt ihm nur die Bedeutung zu, daß auf ihm die Befugnis zum Rechtsgeschäft beruht und letzteres ihm also zu seiner Gültigkeit nur die *conditio sine qua non*, die Entstehungsmöglichkeit verdankt, während er bei der actualen Begründung der Rechtswirkung nicht mehr betheiligt ist, seine ganze Bedeutung für das Rechtsgeschäft sich somit in der Ertheilung der Befugnis zu demselben erschöpft hat. Als *causa efficiens* kann nur der Parteiwille selbst gelten. Umgekehrt ist in den Fällen der sog. gesetzlichen Entstehung der Rechte der Wille des Gesetzes die *causa efficiens*, der Thatbestand, das *Factum* hingegen die *causa remota s. materialis*. Es leuchtet ein, daß der Wille des Gesetzes in beiden Fällen eine ganz verschiedene Function ausübt, indem er in dem einen Falle als mittelbare, in dem andern als unmittelbare Ursache erscheint, zugleich aber auch, daß, wenn man genau reden will, er in Bezug auf den Erfolg des Rechtsgeschäfts nicht als das eigentlich «Wirkende» oder «Entscheidende» bezeichnet werden kann<sup>1)</sup>. Für die entgegengesetzte Ansicht beweist auch keineswegs l. 130 D. de V. S. 50, 16: *Lege obvenire hereditatem non improprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur, quia lege XII tabularum testamentariae hereditates confirmantur* (Ulpianus lib. 2 ad legem Juliam et Papiam). Der in diesen Schlufsworten enthaltene Hinweis auf das durch die XII Tafeln gewährleistete *jus testandi* ergibt vielmehr, daß es sich bei jener Ausdrucksweise nur um die mittelbare Beziehung des gesetzlichen Willens handelt, während die technische und genaue Bedeutung des *lege obvenire* durch zahlreiche andere Stellen belegt wird.<sup>2)</sup>

<sup>1)</sup> A. M. Zitelmann S. 279: «in beiden Fällen übt das Gesetz die gleiche Function aus.»

<sup>2)</sup> *lex vocat, vocatur aliquis per legem, lege, ex senatus consulto, ex constitutione:* Gaj. I 165, II 35, 169, III 36 l. 6 D. de suis 38, 16 l. 3 D. de H. P. 5, 3, l. 2, § 14

Ebensowenig läßt sich für die Idee einer zu dem concreten Willensact hinzutretenden «gesetzlichen Genehmigung» geltend machen l. 9 § 3 D. de acq. rer. dom. 41, 1: *Nihil tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi* (Gaj. lib. 2 rerum cotidianarum sive aureorum). Das *ratam haberi* drückt hier nur die in der Natur der Sache begründete objective Gültigkeit des Uebertragungswillens aus. Vollends ist in der l. 18 D. communia praed. 8, 4: *Receptum est, ut plures domini et non pariter cedentes servitutes imponant vel acquirant, ut tamen ex novissimo actu etiam superiores confirmantur, perindeque sit atque si eodem tempore omnes cessissent* (Paulus lib. 1 Manualium) — nicht von einer Confirmation durch das Gesetz, sondern von der Perfection des ganzen Geschäfts durch den Beitritt des noch fehlenden Mitinteressenten, also von der Confirmation durch einen Parteiact die Rede.

Wenn ich das Resultat des Vorstehenden zusammenfasse, so ist es dieses: das Rechtsgeschäft ist der Ausdruck eines normsetzenden Willens, d. h. eines Willens, der innerhalb gewisser Grenzen die Macht hat, in den Rechtszustand frei gestaltend einzugreifen, und der dadurch, daß er erklärt wird und in die Außenwelt tritt, durch sich selbst innerhalb der gesteckten Grenzen die Rechtsverhältnisse in maßgebender, gültiger Weise bestimmt und regelt. Hierbei wird unterstellt, daß das Rechtsgeschäft ein wirkliches, d. h. nicht ein nichtiges ist; denn das Nichtige ist eben nichts und kann deshalb auch nicht ein Rechtsgeschäft sein. Daß bei freierem Sprachgebrauch auch von «nichtigen Rechtsgeschäften» geredet wird, ist unverfänglich, kann aber auch keinen Einfluss auf die Begriffsbestimmung haben.

Von der herrschenden Thatbestandstheorie unterscheidet sich der oben entwickelte Begriff des Rechtsgeschäfts dahin, daß nach ihm der Rechtserfolg schon durch den erklärten Parteiwillen als solchen hervorgebracht wird, während jene, indem sie den auf das Eintreten der Rechtsfolgen gerichteten Willen lediglich als Thatbestandsmoment faßt, die Rechtsfolgen nicht unmittelbar und von selbst aus dem Parteiwillen, sondern aus dem an den gegebenen Thatbestand anknüpfenden Willen des Gesetzes herleitet oder doch consequent herleiten muß.

Aus dem dargelegten Wesen des Rechtsgeschäfts entscheidet sich zunächst mit Leichtigkeit die Streitfrage, ob die Occupation und Dere-

D. ad S. C. Test. 38, 17 und im Gegensatz dazu: *testator vocat*, l. 88, § 6 D. de leg. 2 (31), l. 63 § 7, D. ad S. C. Treb. 36, 1. Dazu: Windscheid, § 529, Note 1.

liction Rechtsgeschäfte sind? Die Frage ist zu verneinen. Weder Occupation noch Dereliction sind bloße Satzung. Die bloße Erklärung des Derelictionswillens hat keine Wirkung: *dominium nihilominus ejus manet, qui dominus esse non vult* l. 17 § 1 D. de poss. 41, 2. Es bedarf einer äußeren Bethätigung des Derelictionswillens: *pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecerit ut id rerum suarum esse nolit* (§ 47 J. de r. div. 2, 1), *quia qui pro derelicto rem habet, omnimodo a se rejecit nec potest ejus operibus uti, quem eo jure ad se pertinere noluit* (l. 36 D. de stip. serv. 45, 3) cfr. l. 2 § 1, l. 3 D. pro derel. 41, 7.

Andererseits genügt wieder das bloße Fahrenlassen der Sache ohne den *animus derelinquendi* zum Verlust des Eigenthums nicht: *hae enim dominorum permanent, (quae) non eo animo ejiciuntur, quod quis eas (res) habere non vult, sed quod magis cum ipsa nave periculum maris effugiat* (l. 9 § 8 D. de acq. rer. dom. 40, 1), cfr. l. 43 § 11 D. de furtis 47, 2. Trotzdem ist die Dereliction kein Rechtsgeschäft, weil nicht der erklärte Derelictionswille als solcher wirkt, vielmehr ist er in Verbindung mit der Besitzentschlagung nur Thatbestandsmoment, wie es bei der Occupation die Thatsache der Besitzergreifung für den Eigenthumserwerb ist<sup>1)</sup>. Besitzerwerbs- und Besitzverlusthandlungen sind überhaupt nicht Rechtsgeschäfte im technischen Sinne. Hingegen ist die Vollmacht ein wahres Rechtsgeschäft und zwar, weil der Wille des Machtgebers die Vertretungsbefugniß des Bevollmächtigten wirkt, die, wenn sie auch kein dingliches oder obligatorisches Recht des Bevollmächtigten, doch immerhin einen für den Abschluß von Rechtsgeschäften relevanten Rechtserfolg darstellt<sup>2)</sup>.

## II. Das Willensmoment beim Rechtsgeschäft.

1. Der Wille. Von den Begriffsmomenten des Rechtsgeschäfts ist es das des Willens, welches hier einer näheren Entwicklung bedarf. Obgleich es sich hierbei um einen psychologischen Begriff

<sup>1)</sup> Vgl. über diese Streitfrage Zitelmann S. 311—316, der unrichtigerweise seine ebenfalls verneinende Entscheidung darauf gründet, daß bei der Occupation «die Absicht auf Eigenthumserwerb» und ebenso bei der Dereliction «die Absicht, Eigenthum zu verlieren», nicht «Thatbestandsmoment» für den Eintritt der Rechtsfolge seien.

<sup>2)</sup> Die Vollmacht bringt auch dadurch, daß sie die Vertretungsbefugniß des Bevollmächtigten setzt, eine «Veränderung in der Rechtswelt» hervor, da jene Vertretungsbefugniß eben vordem in der Rechtswelt nicht existirte. Vgl. über diese Frage Zitelmann S. 297, 298, der jedoch die Vollmachtsertheilung nur «wie die Offerte als Theilursache eines späteren Erfolges» und also nicht als Rechtsgeschäft ansehen will. Vgl. ferner Windscheid § 69, Note 1, No. 4; Karlowa, Rechtsgeschäft S. 58.

handelt, giebt darüber die Psychologie bei ihrem dermaligen Stande für die Zwecke der Rechtswissenschaft nur wenig unmittelbar brauchbare Aufschlüsse, und hält es schwer, aus dem Chaos der psychologischen Theoreme das für den juristischen Bedarf Dienliche auszuwählen und abzuklären. Schon die herkömmliche Eintheilung der Seelenvermögen in: Fühlen, Beghehen und Vorstellen ist für den Juristen von sehr zweifelhaftem Werth, da diese Vermögen sich nicht nur an der Menschen-, sondern auch mehr oder weniger an der Thierseele unterscheiden<sup>1)</sup> lassen, während für das Recht nur der Mensch in seiner Eigenthümlichkeit: der Mensch als wollendes, also als geistiges Wesen interessirt und es sich daher empfiehlt, von der Unterscheidung zwischen Seele und Geist auszugehen.<sup>2)</sup>

Der Geist, als die eigenthümliche Potenz der Menschenseele, äußert sich in zwei Grundthätigkeiten: im Denken und Wollen.

Das Denken: Verstandes- und Vernunftthätigkeit ist Anschauung, abstraktes Erkennen und Begreifen. Es verhält sich der Welt der Erscheinungen gegenüber beobachtend und betrachtend, ohne ein thätiges Eingreifen in dieselbe; es ist der in sich beharrende, sich selbst genügende Geist (*θεωρητικός νοῦς*).<sup>3)</sup> Dem gegenüber ist der Wille das bewegende Prinzip des Geistes; er betrachtet die Außenwelt als das Objekt vorzunehmender Veränderungen, indem er die Verwirklichung von ihm vorgestellter Zustände und Erfolge anstrebt. Er ist der die Veränderung im Sinne seiner Vorstellung sinnende und betreibende, der gestaltende und schaffende Geist (*λογιζόμενος καὶ πρακτικός νοῦς*).<sup>4)</sup>

Dieser geistige, der praktischen Vernunft entspringende Wille: der denkende Wille hat sein Gegenbild in dem mechanischen Willen, d. h. den durch die Strebungen der animalischen Seele vermittelten Impulsen. Dieser mechanische, in seiner Aktualität von der

<sup>1)</sup> Schon Aristoteles schreibt den Thieren Vorstellungsvermögen und eine Art Intellect zu: *φαίνεται δὲ γε δύο ταῦτα κινῶντα, ἡ ὄρεξις ἢ νοῦς, εἰ τις τὴν φαντασίαν τιθεῖν ὡς νόησον τινα · πολλὰ γὰρ παρὰ τὴν ἐπιστήμην ἀκολουθοῦσι ταῖς φαντασίαις, καὶ ἐν τοῖς ἄλλοις ζῴοις οὐ νόησις οὐδὲ λογισμὸς ἐστίν, ἀλλὰ φαντασία.* (Aristoteles, de anima III. 10.)

<sup>2)</sup> So auch Puchta, Inst. I. S. 3.

<sup>3)</sup> Aristoteles, de anima III, 9: *ὁ μὲν γὰρ θεωρητικός οὐδὲν νοεῖ πρακτόν, οὐδὲ λέγει περὶ φεκτοῦ καὶ διοκτοῦ οὐδὲν.*

<sup>4)</sup> Aristoteles, de anima III, 10: *νοῦς δὲ ὁ ἐνεκά του λογιζόμενος καὶ ὁ πρακτικός · διαφέρει δὲ του θεωρητικοῦ τῷ τέλει.* Daher auch: animus (l. 3, § 1, D. de O. et A. 44, 7, l. 44, D. pro soc. 17, 2) mens, (l. 28, § 1, D. de V. S. 50, 16), mens testatoris (Ulp. fr. 20 § 1) = voluntas testatoris (l. 1. D. qui test fac. p. 28, 1).

Erregung der motorischen Nerven begleitete Wille ist: das physische Vermögen, sich zu einer Kraftäußerung zu bestimmen, die Möglichkeit der physischen Selbstbestimmung. Diese Möglichkeit steht im innigen Zusammenhang mit dem körperlichen Organismus. Wenn man den Willen als die «Ursache» körperlicher Bewegung auffasst, so ist dies eine *Petitio principii*. Denn es ist eben die Frage, ob ein solches Causalverhältniß in Wahrheit besteht, und der Wille das zeitlich Voraufgehende ist. Die Möglichkeit der Selbstbewegung ist eine Eigenschaft jedes lebenden Organismus, und erscheint die Bewegung als eine Ursache und Wirkung in sich schließende Affection des Organismus selbst, indem die Bewegung nur die an der Körperlichkeit sich vollziehende Erscheinung der bewegenden Kraft selbst ist, und nur durch den fortgesetzten Einfluß dieser Kraft zu Stande kommt, so daß Wille und Bewegung nothwendig zeitlich zusammenfallen. Die zeitliche Trennung beider würde den Willen ohne Weiteres in dieselbe Reihe mit den physikalischen Kräften stellen, die, wie z. B. die Kraft des Stofses, indem sie auf einen Körper wirken, diesen in Bewegung versetzen. Die Uebertragung des physikalischen Causalitätsverhältnisses auf die seelischen Vorgänge ist keineswegs von selbst gerechtfertigt und ist daher die Formulirung: «Wille ist psychische Ursache körperlicher Bewegung oder die Ursache unmittelbarer Erregung der motorischen Nerven», nicht geeignet, das eigenthümliche Wesen des Seelenvorgangs, welchen wir Willensfunction nennen, das Verhältniß des Willens zu der von dem Willen getragenen «körperlichen Bewegung», zum richtigen Ausdruck zu bringen.

2. Der Rechtswille. Der denkende Wille, indem er auf etwas zu Verwirklichendes, eine vorzunehmende Aenderung geht, erzeugt die Idee des Sollens, welche, wenn sich damit die Erkenntniß der Nothwendigkeit verbindet, in die Idee des Müssens umschlägt. Auf den ethischen Gebieten entwickelt sich hieraus die Norm: das Sitten- und Rechtsgebot. Der normative Wille hat Realität durch sich selbst, durch die ihm innewohnende eigenthümliche Kraft auf die Gemüther. Sitte und Recht, da sie unmittelbar aus dem Volksgeist hervorgehen und den Volkswillen in Bezug auf das Sittliche und das Rechtliche ausdrücken, haben eben dadurch von selbst Geltung und Ansehen im Volk, da, wie der Einzelne, so auch das Volksganze vor Allem seinen eigenen Ueberzeugungen und seinem eigenen Willen zu folgen und nachzuleben geneigt ist. Der objective Wille hat somit die Quelle seiner Autorität in sich selbst. Daß es irgendwann eine sociale Entwicklungsstufe gegeben, auf der die Einzelnen in den concreten Fällen

durch direkten obrigkeitlichen Zwang zur Beobachtung des Sitten- und Rechtsgesetzes angehalten worden wären, ist historisch nicht nachweisbar, und hätten Einrichtungen dieser Art überhaupt keinen dauernden Bestand haben können. Der Zwang erscheint vielmehr als ein indirekter in Folge Ahndung der Uebertretung. Dennoch kann nicht behauptet werden, daß das sittliche und Rechts-Leben der Völker erheblich auf diesem Zwang beruhe, und nicht daran die ideale Macht der Sitte und des Rechts den weitaus größten Antheil hätte. Das Wesen des objectiven Willens, insbesondere des Rechtswillens liegt somit in seiner normativen und autoritativen Bedeutung. Dieser Charakterzug muß sich nun auch nothwendig auf den innerhalb der Rechtsordnung zu freier, schöpferischer Thätigkeit berufenen subjectiven Willen übertragen. Denn was jener im Großen, im Bereich des Ganzen, ist dieser im Kleinen, in der Sphäre der Einzelnen. Er hat daher kraft seines autoritativen Ursprungs Gültigkeit und Realität durch sich selbst. So erzeugt denn auch der rechtsgeschäftliche Wille vermöge der ihm innewohnenden Normqualität die rechtlichen Folgen, zu deren Herbeiführung, da sie sich durchaus in dem idealen Gebiet der Rechtswelt bewegen, physische Kraftäußerung völlig unvermögend sein würde.

Hierdurch unterscheidet sich der rechtsgeschäftliche Wille wesentlich von dem Delictswillen. Der rechtswidrige Erfolg kommt zu Stande und kann nur zu Stande kommen durch eine physische Kraftäußerung, da er der Sinnenwelt angehört; der rechtswidrige Wille wird verwirklicht nur dadurch, daß der Causalismus der Naturgesetze für ihn in Bewegung gesetzt wird, wohingegen der rechtsgeschäftliche Wille der sich selbst verwirklichende Wille ist.

Freilich muß auch dieser, um zu wirken, in die Außenwelt treten: er muß erklärt sein. Dem im Innern verschlossenen, unausgesprochenen Willen legt das Recht keine Bedeutung bei, aber nicht etwa deshalb, weil der innere Wille als *factum internum* sich nicht beweisen ließe oder weil er vor der Erklärung «keine rechtliche Existenz» habe oder weil die innere Willensregung (Vorhaben, Wünschen) «nicht entschieden und fertig genug ist, um als Anknüpfungspunkt rechtlicher Wirkungen zu dienen»<sup>1)</sup> — was diese Erklärungsversuche unterstellen, ist mehr oder weniger willkürlich, und ist sehr wohl das Gegentheil denkbar — sondern lediglich deshalb, weil der Normwille, da er Lebensverhältnisse betrifft, und sich auf bestimmte Subjecte bezieht, diesen erkennbar sein muß,

<sup>1)</sup> Zitelmann a. a. O. S. 248.

wie überhaupt jeder Imperativ denjenigen, denen er gilt, kundzugeben ist, wenn anders er wirken und befolgt werden soll. Wenn nun auch die Erklärungshandlung Kraftäußerung und «körperliche Bewegung» ist, so leuchtet doch ein, daß sie nicht als solche, sondern nur als Ausdruck eines Rechtswillens Erzeugerin der Rechtswirkung ist. Diese gilt, nicht, weil eine Kraftäußerung: das Aussprechen von Worten oder die Vornahme sonstiger Ausdrucksmittel geschehen ist, sondern weil ein Rechtswille erklärt ist. Für die Erzeugung der Rechtswirkung ist daher «das unmittelbare Wollen der Erklärungshandlung», der mechanische Aeußerungswille und in Folge davon die Entstehung einer adäquaten Vorstellung über den Inhalt meines Begehrens in meinem Gegenüber (Zitelmann S. 241) nur von instrumentaler Bedeutung, während der Geschäftswille als das wahre, causirende Moment erscheint. Weiterhin unterscheidet sich die Erklärungshandlung als solche von einer durch Worte oder Zeichen verübten Delictshandlung dadurch, daß sie eben nichts als Mittel des Sichverständlichmachens ist, bei dieser hingegen die Aeußerung und Mittheilung einen selbständigen rechtswidrigen Erfolg (z. B. Ehrenbeleidigung, Gotteslästerung, Landesverrath) herbeiführt.

Unhaltbar ist die Grenzscheidung, welche Zitelmann (S. 243) zwischen Erklärungshandlungen und Handlungen anderer Art ziehen will: daß nämlich jene «nicht bloss Aeußerung des unmittelbaren Willens wie jede Handlung, sondern zugleich eine wahre Aeußerung des mittelbaren Willens, der Absicht, eine Erklärung des mittelbaren Willens, in diesem Sinne eine Willenserklärung ist».

Auch jede andere Handlung, insbesondere die Delictshandlung ist Aeußerung der Absicht d. h. des Willens zum Erfolg. Die Absicht ist nicht bloss das die Handlung unmittelbar veranlassende, sondern auch das sie während ihres Vollzuges beherrschende und fortgesetzt leitende Moment und drückt sich somit unmittelbar in der gewählten Art der Kraftentfaltung aus (z. B. in der Manipulation des Stehlens, Mißhandelns, Tödtens), weshalb Art und Charakter der letzteren in den meisten Fällen einen sicheren Rückschluss auf die zu Grunde liegende Absicht gestatten. Wenn es auch richtig ist, daß «einer gewöhnlichen Handlung nicht ohne Weiteres anzusehen ist, welche Absicht bei ihrer Causation vorhanden war»,<sup>1)</sup> so kann dies erstlich gerade darauf beruhen, daß der «gewöhnlichen» Handlung eben eine bestimmte Absicht fehlt und ein völlig indiffe-

<sup>1)</sup> was Zitelmann a. a. O. S. 243 geltend macht.

rentes Thun vorliegt, und ist ferner zu berücksichtigen, daß es auch bei Erklärungshandlungen vorkommen kann, daß die Absicht nicht sofort erkennbar ist und erst mit Hilfe anderweiter Momente sich ermitteln läßt. Wenn es richtig wäre, daß «bei den anderen Handlungen die Absicht nicht in der Handlung erscheint, sondern erst ihre sinnliche Erscheinung in dem Erfolge der Handlung gewinnt»,<sup>1)</sup> so wäre die nächste Folge hiervon, daß die Bestrafung des Versuchs als principiell unhaltbar aufgegeben werden müßte.

Der vermeintliche Unterschied zwischen Erklärungs- und anderen Handlungen würde also dahin zusammenschumpfen, daß factisch bei diesen öfter als bei jenen es an der leichten Erkennbarkeit der Absicht fehlen kann, was theoretisch völlig bedeutungslos ist. Die Resultate des Obigen fassen sich dahin zusammen:

Die juristischen Willenserklärungen tragen ihre Rechtsnorm in sich selbst. Handlungen anderer Art, ihre juristische Relevanz vorausgesetzt, haben ihre Norm außerhalb ihrer selbst und können nur Thatbestandsmomente zu deren Anwendung bilden.

Die juristische Willenserklärung wirkt Rechtsfolgen, nicht schon, weil sie Erklärung, d. h. physische Kraftäußerung oder körperliche Bewegung zum Zweck des Sichmittheilens ist, sondern nur, weil und insofern sie den subjectiven autonomen Rechtswillen zum Ausdruck bringt.<sup>2)</sup>

Ziehen wir nunmehr die

### III. Consequenzen für die Irrthumslehre.

Die zu beantwortende Frage ist auf folgenden Punkt zu concentriren:

Ist es eine gültige Willenserklärung, wenn Jemand, der seinen Geschäftswillen auf ein vorgestelltes Y gerichtet hat, diesen seinen Willen, indem er irrig X für Y hält, schliesslich auf Y fixirt und den so fixirten Willen demnächst thatsächlich erklärt?

Vorweg leuchtet ein, daß bei Beantwortung dieser Frage der bloss mechanische Wille, da er ja nur die «motorischen Nerven» erregt und kein denkender, geistiger Wille ist, völlig außer Betracht bleiben muß,

<sup>1)</sup> Zitelmann a. a. O. S. 242.

<sup>2)</sup> Die Meinung, daß die Erklärung ohne Rücksicht auf einen entsprechenden inneren Willen principmäßig als gültig zu erachten sei, ist zutreffend von Windscheid, Wille und Willenserklärung, 1878, widerlegt worden.

indem, was ihn anbelangt, der Irrthum gänzlich indifferent ist, und er blindlings den Gehorsam leistet, gleichviel ob der dirigirende geistige Wille unter Irrthum leidet oder nicht. Die Entscheidung der Frage kann nur aus dem geistigen Willen und aus dessen autoritativer und normsetzender Bedeutung entnommen werden.

Der geistige Wille aber in seiner Richtung auf Verwirklichung eines Vorgestellten ist mit seiner Vorstellung untrennbar verbunden, findet in dieser seinen materiellen Inhalt und seine Daseinsbedingung. Wenn nun so die Wahrheit und Wirklichkeit des Willens sich aus der Vorstellung des Willenssubjectes heraus bestimmt und was bei der Erklärung gewollt ist, lediglich aus dem Geiste und der Intuition des Erklärenden zu entnehmen ist, auch nur dem hiernach festzustellenden Willen die rechterzeugende Kraft beiwohnt, so folgt, daß von einem Willen des Erklärenden nur in Bezug auf das die Rede sein kann, was er unter dem präsenten Objecte sich vorstellt, gleichviel ob die Vorstellung sich mit der Wirklichkeit deckt oder nicht. Es bewährt sich hiermit Schopenhauer's Satz: daß Alles, was für die Erkenntniß da ist, also die ganze Welt nur Object in Beziehung auf das Subject ist, Anschauung des Anschauenden, Vorstellung: die Welt ist meine Vorstellung!

Der Irrthum liegt nicht auf dem Gebiete des Willens, sondern auf dem Gebiete der Anschauung und Vorstellung, d. i. auf dem Gebiete der Verstandesthätigkeit, denn Irrthum im subjectiven Sinne ist eine Annahme, eine Anschauung, die nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmt, ihr widerspricht. Ein Fehler der Anschauung, die Unrichtigkeit der Vorstellung in Ansehung dessen, was den Inhalt des Willens bildet, kann niemals den Willen selbst alteriren und in Frage stellen, vielmehr bleibt dieser durch allen Irrthum hindurch unverrückbar auf ein und dasselbe Vorgestellte gerichtet. Der Irrthum bringt nur zur Folge, daß der Erklärende das reale präsent Object unrichtigerweise unter die Vorstellung vom Gegenstand seines Willens subsumirt, und der wirkliche, unverändert in der Richtung auf sein Vorgestelltes verharrende Wille nur auf Etwas, was thatsächlich ein Anderes als das Vorgestellte ist, abgeleitet wird. Es findet somit objectiv eine Aberration des Willens statt,<sup>1)</sup> aber nur eine Aberration von Seiten der Vorstellung über die objectiven Willenssubstrate.

<sup>1)</sup> Wie es eine Aberration der Handlung (*aberratio facti, delicti*), so giebt es auch eine Aberration des Willens.

Ich gelange hiernach zu folgendem Ergebniss: Wer in Bezug auf Y. will, aber, indem er X. für Y. hält, seinen Willen auf X. fixirt, hat zwar wirklichen Willen, jedoch nicht Willen auf X., weil er eben nicht X. als solches will, sondern in dem X. nur das Y. will, welches er irrthümlich unter dem X. sich vorstellte. In Bezug auf X. ist der Wille nur mechanischer Wille, nicht Normwille, lediglich Schein eines solchen, Scheinwille in diesem Sinne. Es ist in Wahrheit nicht gewollt, was nicht als solches gewollt, und in der Vorstellung des Wollenden gewesen ist. Die actuelle Erklärung in Bezug auf den unrichtigen Gegenstand ist Nichts als ein mißlungener Versuch zur Erklärung für den richtigen Gegenstand. Die Erklärung gilt nicht, weil ihr der gehörige Wille fehlt, und der gehörige Wille gilt nicht, weil ihm die entsprechende Erklärung fehlt.

Allein warum ist im Strafrecht der Irrthum im Gegenstand gleichgültig und schließt die Strafbarkeit nicht aus? Die Antwort ist einfach die: der rechtswidrige, verbrecherische Wille hat keine normative Bedeutung. Für die Anwendung der Strafrechtsnorm ist lediglich entscheidend, daß der Thatbestand erfüllt ist. Für diesen — von besonderen qualificirenden Momenten abgesehen — ist es gleichgültig, ob der Thäter in dem Gegenstand irrt, vielmehr genügt, daß sein rechtswidriger Wille sich auf eine Person, eine Sache, gleichviel welche, richtet, so z. B. für den Thatbestand der Tödtung, daß er den vor ihm stehenden Menschen tödten wollte, gleichviel ob er diesen für den X. oder Y. hielt. Die Strafrechtsnorm hat ihre objective Geltung, unabhängig von dem Glauben und Meinen des einzelnen Subjects. Anders die rechtsgeschäftliche Norm, die erst durch den subjectiven Willen gebildet wird, mit ihm identisch ist und also mit ihm steht und fällt. Eine Erklärung in Bezug auf die Person Y. oder die Sache Y. ist hinfällig, wenn die sie beherrschende Willensnorm nicht diesem Y., sondern gerade nur der Person X. oder der Sache X. gilt, und ist es in diesem Falle gleichgültig, daß Y. ebenfalls eine Person oder Sache, und vielleicht von derselben Art wie die Person oder Sache X. Es wird gefordert das vollständige Durchdrungensein der Erklärung von dem beherrschenden Willen.

Von den gewonnenen Grundlagen aus sind nun auch

#### IV. die Kriterien des sog. wesentlichen Irrthums

zu bestimmen. Vorweg auszuschneiden aus der Irrthumslehre ist der sog. Irrthum als Mangel des Bewußtseins über das eigene Thun.<sup>1)</sup> Denn in den darunter befaßten Zuständen des völlig mangelnden und mangelhaften Bewußtseins (Fieberdelirium, sinnlose Betrunktheit, Wahnsinn, Kindheit, Cretinismus) handelt es sich weder um eine solche Vorstellung und Annahme, noch kann von einem Nichtwissen die Rede sein, da dieses als die Negation des Wissens eben die Möglichkeit des letzteren voraussetzt, und also nicht sowohl das Nichtwissen, als vielmehr der Mangel der Wissensmöglichkeit und der Erkenntnisfähigkeit das Bewußtsein ausschließt. Auszuschneiden ist ferner der bloße Irrthum im Ausdruck, indem irrthümlich eine unrichtige Bezeichnung z. B. ein falsches nomen proprium oder appellativum gebraucht<sup>2)</sup> wird, oder Jemand sich verspricht und Ja statt Nein antwortet,<sup>3)</sup> da es sich hier nicht um ein Fehlen des Willens selbst handelt.

Der wesentliche Irrthum ist vielmehr ein solcher, welcher das Zustandekommen eines gültigen Rechtsgeschäfts hindert dadurch, daß er den rechtsgeschäftlichen Willen ausschließt, indem er ein für den bezweckten rechtsgeschäftlichen Erfolg wesentlich bestimmendes Moment betrifft, d. h. ein Moment, ohne welches der Erfolg nicht derjenige sein würde, der er im Sinne des Wollenden sein soll. Die Wesentlichkeit des Irrthums hängt somit von dem Verhältniß ab, in welchem das von ihm ergriffene Moment im Sinne des Erklärenden zu dem hervorzubringenden Rechtserfolge steht: wesentlich ist ein Moment nur dann, wenn es von solcher Bedeutung ist, daß sein Fehlen den Erfolg gänzlich vereiteln oder doch wesentlich, d. h. seinem Charakter nach verändern würde.

Nach der oben dargelegten Natur des rechtsgeschäftlichen Willens ist es folgerecht, die Wesentlichkeit des Irrthums aus dem Sinne des Erklärenden zu beurtheilen. Daraus ergibt sich vorweg, daß die Wesentlichkeit des Irrthums nicht unwandelbar an gewisse abstracte Kategorien, wie *error in persona*, *in substantia* und *in negotio* gebunden sein kann. Noch weniger statthaft ist es, die Irrthumswesentlichkeit mit den Essentialien der Rechtsgeschäfte in Verbindung zu bringen, da auch *accidentielle* Bestimmungen (z. B. Bedingung, Modus, Zeit-

<sup>1)</sup> Diesen Begriff sucht Zitelmann S. 341, 360, 361 näher zu rechtfertigen.

<sup>2)</sup> S. hierüber v. Savigny, Syst. III, S. 305 und die Citate in Note h.

<sup>3)</sup> Zitelmann S. 485 spricht hier von «Irrthum rücksichtlich des Geschäftsabschlusses selbst» und «Mangel des bewußten Willens».

und Ortsbestimmung) sowohl an sich als auch ganz besonders nach dem Sinne des Erklärenden unter Umständen die Bedeutung haben können, daß sie als Wesenheitsmomente des angestrebten Erfolges gelten müssen, z. B. Jemandem kommt es darauf an, sich eine Leistung gerade zu einem bestimmten Tage oder an einem bestimmten Orte zu sichern. Die *Essentialia negotii* bedeuten nur das nach der Natur der Sache unerläßliche Minimum dessen, was von dem Geschäftswillen umfaßt sein muß, um den bezweckten Rechtserfolg hervorzubringen. Für dieses Maß des unerläßlich Nothwendigen reichen die üblichen Kategorien: *error in persona*, *in corpore*, *in substantia* und *in negotio* vollkommen aus. Hierbei ist jedoch in Betreff der beiden erstgenannten zu berücksichtigen, daß, wo das Recht für ein Verhältniß ein Subject und Object erfordert, es damit noch nicht die weitere Anforderung stellt, daß der Erklärende von der Person oder Sache, auf welche sich seine Erklärung bezieht, eine individuelle Vorstellung haben müsse, vielmehr dieses Erforderniß die verschwindende Ausnahme ist, wie sie sich z. B. in Betreff der Erbeinsetzung einer *incerta persona* findet.<sup>1)</sup> Die vorgedachten Kategorien können nur als besonders wichtige und häufige Beispiele eines wesentlichen Irrthums gelten. Allein unhaltbar ist es, sie als die ausschließlichen Fälle hinzustellen, und ist es ferner ein offener Mifsgriff, die berücksichtigungswerthen und nicht berücksichtigungswerthen Momente durch Aufstellung fester Kategorien von einander abgrenzen zu wollen.

Ebenso verfehlt aber ist es andererseits, wie dies Zitelmann thut (S. 496), ohne Weiteres «jedem Bestandtheil des Rechtsgeschäfts rücksichtlich des Irrthums und Dissenses gleiche juristische Bedeutung» beizulegen, so daß z. B. «der Dissens über Zeit und Ort, die Individualisirung der Absicht bezüglich derselben vorausgesetzt, den Vertrag ebensowenig zu Stande kommen lasse, wie der Dissens rücksichtlich der Art des abzuschließenden Vertrages selbst», und damit der Unterschied zwischen wesentlichem und unwesentlichem Irrthum gänzlich beseitigt wäre. Diese Auffassung beruht auf dem formalen Gesichtspunkt, daß, da «jeder Erfolg ein concreter Erfolg», um «zugerechnet werden bezw. eintreten» zu können, «in seinen Merkmalen als concreter Erfolg von der Absicht umfaßt gewesen sein müsse» und «überall, wo bezüglich der Individualisationsmomente des Erfolges (d. h. der den

<sup>1)</sup> Ulp. XXII, § 4: *quoniam certum consilium (d. h. individuell fixirt) debet esse testantis Gaj. II, § 238: incertae personae legatum inutiliter relinquitar: incerta autem videtur persona, quam per incertam opinionem animo suo testator subicit*, d. h. wovon der Testator keine individuelle Vorstellung hat.



Erfolg oder das Rechtsgeschäft concretisirenden Merkmale, vgl. S. 462, 465) die thatsächlich eingetretene Folge der vorgestellten Folge nicht entspricht, ein Irrthum vorliege, der als Mangel der Absicht und Mangel des bewußten Willens functionirt.» So richtig und unanfechtbar dies ist, so wenig trifft es den Kern der Frage, welche eben dahingeht, inwiefern trotz des Absichts- und Willensmangels bezüglich eines einzelnen Individualisationsmomentes, d. h. eines einzelnen Geschäftsbestandtheils das Rechtsgeschäft doch im Ganzen bestehen bleibt oder Gültigkeit hat? Die Antwort hierauf kann nicht durch formal-psychologische Deductionen, sondern nur aus dem Verhältniß gefunden werden, in welchem die einzelnen Bestimmungsmomente nach der Absicht der Parteien zu dem bezweckten Haupterfolge stehen, sie hängt insbesondere davon ab, ob der Erfolg gerade nur in der der Gesamtheit aller Individualisationsmomente genau entsprechenden Gestalt erreicht werden kann und also das Einzelne die *conditio sine qua non* des Gesamteffects bildet oder ob ihm nur eine untergeordnete, secundäre Bedeutung zukommt, so daß es unbeschadet des Gesamtzweckes gänzlich fehlen kann oder durch ein Gleichwerthiges ersetzbar ist. Es kann nicht behauptet werden, daß — was zur Allgemeingültigkeit des von Zitelmann aufgestellten Satzes supponirt werden müßte — auch abgesehen von den essentiellen Momenten jedes einzelne individualisirende Moment nothwendigerweise und unterschiedslos in allen Fällen als ein den Geschäftserfolg wesentlich bestimmender Factor angesehen werden müßte. Hätte das Individualisationsmoment diese Bedeutung überall und ohne Weiteres von selbst, so wäre die «Individualisirung der Absicht» mehr als bloße Individualisirung, nämlich: wirkliche Potenzirung der Absicht selbst, Erweiterung derselben dahin, daß von dem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des betreffenden Moments der Gesamterfolg des Rechtsgeschäfts abhängig sein sollte, dahin also schließlic, daß jedes Individualisationsmoment *eo ipso* als stillschweigende Geschäftsbedingung, *conditio in praesens collata* aufzufassen wäre! Daß diese Behandlungsweise nicht dem Leben entspricht, liegt auf der Hand. Sehr häufig findet zwischen dem principalen Geschäftszweck und den gewollten anderweiten Geschäftsbestimmungen nur ein sehr loser Zusammenhang statt, indem diesen an sich wie nach dem Sinne der Contrahenten eine bloß adminiculirende und instructionelle Bedeutung für die Ausführung der Hauptbestimmung und die Erzielung des Geschäftserfolges zukommt, so daß eine andere ebenso zweckmäßige oder noch zweckmäßigere Art der Ausführung füglich nicht als ausgeschlossen gelten kann.

Hiebei geschieht es häufig, daß die Parteien in der Beurtheilung der Zweckmäßigkeit von ganz falschen Voraussetzungen ausgehen und die praktische Durchführung der Hauptbestimmung unterbleiben müßte, wenn jene Nebenbestimmungen schlechthin maßgebend sein sollten. Und nicht bloß derartige Ausführungsmodalitäten sowie Modificationen nach Zeit und Ort, sondern auch Eigenschaften von Personen und Sachen, die bei Geschäften der betreffenden Art gewöhnlich vorausgesetzt werden oder in einem concreten Falle von einer Partei ausdrücklich vorausgesetzt worden sind, ja selbst Vorbehalte und Bedingungen können nach dem Masstabe des Hauptzwecks gemessen, völlig bedeutungslos erscheinen. Wenn z. B. ein Fabrikant beim Ankauf einer Maschine irrthümlich Eigenschaften derselben voraussetzt, die nach den bisherigen Erfahrungen allgemein als unentbehrlich zur Brauchbarkeit betrachtet wurden, die gekaufte Maschine aber trotz des Mangels dieser Eigenschaften in Folge einer neuen Constructionsart sich als völlig brauchbar erweist, ohne irgend welche Unbequemlichkeiten für die bisherige Fabrikationsmethode des Käufers oder irgend einen Kostenaufwand zu verursachen, wie könnte, wenn lediglich aus der Natur der Sache zu entscheiden ist, der Irrthum des Käufers zur Aufrufung des Geschäfts führen? Freilich wird der Richter, dem das Gesetzbuch,<sup>1)</sup> die Berücksichtigung des Irrthums in ausdrücklich oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften der Person oder Sache kategorisch vorschreibt, nichtsdestoweniger — offenbar im Widerspruch mit dem Rechtsbewußtsein — die Ungültigkeit des Geschäfts auszusprechen haben. Muß sich nicht eine derartige Vorschrift, wie die gleichartige in Betreff der Identität der Person oder Sache mit der Einschränkung verstehen, daß die Partei bei gehöriger Kenntniß von der Bewandniß der Sache auf das Vorhandensein jener Eigenschaften überhaupt Gewicht gelegt hätte oder vernünftigerweise legen konnte? Vorbehalte und Bedingungen anlangend, so können solche sehr wohl nur mit Rücksicht auf eine gewisse Constellation der Umstände und unter Voraussetzung gewisser bestimmter, zur Zeit des Contractsschlusses in Aussicht zu nehmender Eventualitäten Sinn und Bedeutung haben, dergestalt, daß sie beim Wegfall dieser Voraussetzungen nicht weiter in Betracht zu ziehen sind und der Irrthum darüber als völlig indifferent erscheinen muß.

Hieraus folgt, daß es, abgesehen von den Essentialien, keinerlei Momente giebt, von denen allgemein und für alle Fälle gültig behauptet

<sup>1)</sup> z. B. das Preufs. Landrecht §§ 77, 81, 83 I. 4.

werden könnte, daß ein Irrthum über dieselben die Willenserklärung zu vereiteln geeignet ist.

Ich komme sonach zu folgenden Resultaten: der Irrthum in den Essentialien hindert überall mit logischer Nothwendigkeit das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts. Ein Irrthum in anderen Punkten hat diese Wirkung nur, wenn er seiner Relevanz nach einem Irrthum im Wesentlichen des Geschäfts gleichzustellen ist. Für seine Relevanz aber ist entscheidend, ob er ein Moment betrifft, ohne welches nach dem Zweck und Zusammenhang des Geschäfts und insbesondere im Sinne der Parteien der Geschäftserfolg ein wesentlich anderer werden würde.

Die Wesentlichkeit des Irrthums hängt somit ab von der individuellen Werthschätzung, welche seinem Gegenstande in Bezug auf den Geschäftserfolg zukommt. Der Irrthum ist nach dem Maßstab der relativen Wesentlichkeit zu messen oder mit anderen Worten: für seine Wesentlichkeit entscheidet nicht sein Gegenstand schlechthin, sondern die Werthrelation dieses letzteren innerhalb des Geschäftszwecks.

Einen wichtigen Anhalt für die Werthschätzung bietet das bei dem Geschäft von den Parteien verfolgte Interesse. Es ist nicht genau gedacht, wenn man das Interesse als Motiv des Handelns bezeichnet. Das Interesse: der materielle oder ideelle Vortheil, der für Jemanden aus dem Eintritt oder Nichteintritt einer gewissen Thatsache hervorgeht, ist vielmehr das Object, das man begehrt und aus dem man Befriedigung eines Bedürfnisses sucht, während das Motiv in dem Bedürfnis, in der Empfindung des Mangels liegt.<sup>1)</sup> Wenn Zitelmann (S. 498) dem Interesse für den Irrthum lediglich motivirende Bedeutung beilegen will, weil «die Prädicirung des Irrthums als wesentlich» aus dem Gesichtspunkt des Interesse nur besage, «daß, wenn ich die Vorstellung gehabt hätte, daß diese andere Person, diese andere Sache u. s. w. Theil des Geschäfts sei, ich das Geschäft nicht abgeschlossen haben würde», so bleibt dabei der Doppelsinn dieser Denkform außer Acht, da sie einmal die Causalbeziehung, also den error causam dans, das andermal aber auch die bezweckte besondere Art des Erfolges, den error circa rem, ausdrückt. Im letzteren Sinne ist sie aber der Ausdruck gerade für den festen Entschluß der Partei, mit keiner

<sup>1)</sup> Der vulgäre Sprachgebrauch: Jemand handle aus Interesse, ist nur eine Umschreibung des eigennützigen Motivs.

anderen als der vorgestellten Person, auf keine andere als die vorgestellte Sache u. s. w. contrahiren zu wollen, also der Ausdruck gerade für Art und Richtung des Geschäftserfolges selbst. Es ist ferner nicht abzusehen, warum, wie Zitelmann will (S. 498, 521—522), nur bei der von ihm sogenannten unbestimmten, insbesondere generellen Absicht das Interesse («Normalinteresse») als Mittel für die Interpretation der Parteintentionen in Betracht kommen und ferner nur ebenda die Unterscheidung von wesentlichem und unwesentlichem Irrthum anwendbar sein soll. Gegen den diesbezüglichen Satz Zitelmann's: «Ueberall, wo die Absicht bezüglich eines einzelnen Punktes unbestimmt bleibt, sind die concreten Merkmale dieses Punktes unwesentlich, dagegen wesentlich alle diejenigen Merkmale des Erfolges, bezüglich deren die Absicht sich individuell entschieden hat», gelten analoge Einwendungen wie gegen seinen Satz von der unterschiedslosen Gleichwerthigkeit aller Geschäftsmomente für den Irrthum. Nach der Individualität des Falles kann es geboten sein, von concreten Merkmalen auf generelle und von generellen Merkmalen auf concrete überzugehen, und kann unter Umständen das ausgedrückte generelle Merkmal unwesentlich, das zu supponirende concrete wesentlich sein und umgekehrt.

Im Uebrigen ist für die Interpretation der Parteiabsicht das Interesse trotz seiner Bedeutsamkeit in vielen Fällen doch nicht ausschließlich maßgebend, vielmehr concurriren damit bald das logisch-nothwendige Verhältniß des Einzelnen zu dem Gesamtzweck, bald das unberechenbare Walten der Parteiwillkür, die sich an Punkte hängen kann, die kein erkennbares Interesse darbieten.

## V. Abgrenzung des sogenannten wesentlichen Irrthums.

Für den rechtsgeschäftlichen Willen als solchen kommt der Irrthum nur in folgenden zwei Beziehungen in Betracht: 1) als Irrthum im Motiv, also in Bezug auf die Willensbestimmung und 2) als Irrthum in Bezug auf den Willensinhalt, diesen letzteren in dem weiteren, auch die Person oder Sache, der er gilt, umfassenden Sinne genommen. Nicht hierher gehörig ist der Irrthum über den Consens oder Dissens, ersterer nicht, weil nicht der Irrthum, sondern der tatsächliche Mangel des Consenses die Willensübereinstimmung ausschließt, letzterer nicht, weil das Nichtwissen des tatsächlich vorhandenen Consenses diesen letzteren gar nicht alterirt, sondern möglicherweise nur den Mangel eines etwaigen sonstigen Erfordernisses zum Eintritt der Wirksamkeit des Vertrages bedeutet.

Sehr häufig stellt man den Irrthum im Motiv als unwesentlichen Irrthum dem Irrthum im wesentlichen Geschäftsinhalt gegenüber. Hierbei wird das Eintheilungsprincip geändert. Denn der Irrthum im Motiv wird als unwesentlich gesetzt insofern, als er nicht den Willen ausschließt, während ein Irrthum im Geschäftsinhalt wesentlich ist, nicht schon, weil er den Willen in einem Punkt ausschließt, sondern erst, wenn er mit Rücksicht auf den Geschäftszweck als erheblich zu erachten ist. Ebenso verfehlt ist es ferner, wenn man den Irrthum im Beweggrund mit dem nicht wesentlichen Irrthum bezüglich des Geschäftsinhalts, der Person oder Sache, als coordinirte Glieder zusammenstellt.<sup>1)</sup> Denn der Irrthum der letzteren Art schließt, wenn auch nur bezüglich eines untergeordneten Punktes, den Willen aus, wirkt aber gar nichts, während ersterer umgekehrt den Willen nicht ausschließt, aber bisweilen die Umstofsung des Rechtsgeschäfts wirken kann, wie z. B. bei letztwilligen Verfügungen.<sup>2)</sup> Hierzu kommt, daß auch innerhalb des Irrthums im Motiv sich wiederum zwischen wesentlichem und unwesentlichem unterscheiden ließe. Will man unter wesentlichem und unwesentlichem Irrthum vorzugsweise den wesentlichen und unwesentlichen Irrthum im Geschäftsinhalt verstehen, so muß dabei der Irrthum im Beweggrund völlig außer Betracht bleiben.

## VI. Die wesentlichen Irrthumsfälle im Einzelnen.

Nach den verschiedenen Beziehungen, welche das Rechtsgeschäft darbietet, führen sich die wesentlichen Irrthumsfälle auf folgende Kategorien zurück: *error in persona*, *in corpore*, *in negotio*. Innerhalb derselben lassen sich unterscheiden: Irrthum über die Identität, Qualität, Quantität u. s. f.

1. Der Irrthum im Geschäft (*error in negotio*) umfaßt sowohl den Irrthum über den Inhalt des Willens im Ganzen als auch den über die Natur des Geschäfts und alle sonstigen möglichen Momente des Geschäftswillens (z. B. Bedingungen, Zeit- und Ortsbestimmungen, Modus), z. B. Jemand bewilligt den Inhalt eines Schriftstückes, von dem er irrtümlich annimmt, daß dasselbe einen bestimmten, von ihm

<sup>1)</sup> So z. B. im Schweizerischen Obligationenrecht § 21.

<sup>2)</sup> Ein Beispiel, wie verwirrend diese Vermischung der Gesichtspunkte ist, liefert u. A. Koch, Preufs. Privatr. I. § 106 No. 3, wo er lehrt: «nach dem Einfluß auf die Willensbestimmung ist der Irrthum ein wesentlicher, wenn er im Wesentlichen des Geschäfts oder in der Person des Andern vorgefallen ist, und unwesentlicher, wenn er nur bei Gelegenheit einer anderswie veranlaßten Erklärung in einzelnen Nebendingen vorgefallen ist (c. essentialis s. causam dans und concomitans).»

vorausgesetzten Geschäftsinhalt oder gewisse, von ihm vorausgesetzte Geschäftsbedingungen enthalte oder Jemand, dem ein Anderer Geld schenken will, nimmt dies als Darlehen an, in der Meinung, daß ihm nur ein solches offerirt sei.

Aus dem Grunde des Irrthums ist aber in letzterem Falle lediglich die Acceptorklärung, Mangels des Annahmewillens, hinfällig, hingegen der Vertrag als solcher durch den Mangel der beiderseitigen Willensübereinstimmung vereitelt, weshalb denn auch die Quellen in diesen Fällen gerade den Mangel des Consensus betonen.<sup>1)</sup>

2. Beim Irrthum in der Person ist zu unterscheiden: der Irrthum über die Person schlechthin, der Irrthum über die Identität und der Irrthum über Eigenschaften einer Person. Die Bezeichnung: Irrthum über die Person ist zweideutig, indem sie sowohl den Irrthum über die Person dessen, von dem irgend ein Thun oder Zustand in Frage ist, z. B. über den Urheber eines Verbrechens, als auch den Irrthum über die Identität eines bestimmten Individuums mit einem bestimmten anderen bedeuten kann. Es ist kein eigentlicher Identitäts-Irrthum, wenn man irrtümlich Jemanden für den Urheber einer That hält; denn, wenn sich auch sagen läßt, daß hierbei Jemand gewissermaßen mit dem unbekanntem Urheber der That identificirt wird, so bedeutet diese uneigentliche Redeweise doch nur, daß man ihm die Urheberschaft zuschreibt, also nur ein Urtheil darüber, auf wessen Thun ein gewisser Erfolg zurückzuführen ist. So handelt es sich im Fall der *condictio Iuventiana* nicht um einen Irrthum über die Identität, sondern nur schlechthin über die Person des Darlehensgebers, indem der Empfänger die Geberschaft fälschlich der Person X. zuschreibt, ohne diese irgendwie mit der Person des wahren Gebers Y. zu identificiren. Sein Irrthum hat die Bedeutung, daß dadurch der Verpflichtungswille für den wahren Geber und weiterhin der Consensus für das Darlehnsgeschäft ausgeschlossen wird: *non pecuniam tibi credidi, hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest*, l. 32. D. de reb. cred. 12, 1.

Der Identitätsirrtum ist wesentlich,<sup>2)</sup> vorausgesetzt jedoch, daß

<sup>1)</sup> l. 3 § 1 D. de O. et A. 44, 7: *non obligabor, quia non hoc inter nos actum est!* l. 5 C. plus valere 4, 22: *neutrum contractum (in utroque alterius consensu deficiente) constitisse procul dubio est.* Die l. 9 pr. D. de contr. emt. 18, 1: *sive in ipsa emtione dissentient ... emtio imperfecta est*, kann sich sowohl auf den Geschäftsabschluss selbst (vergl. Zitelmann S. 528 Not. 491) als auf die Art des Geschäfts (vergl. v. Savigny, Syst. III. S. 269 Not. a) beziehen.

<sup>2)</sup> l. 9, pr. D. de hered. inst. 28, 5. Hierher gehört auch der Fall der l. 15 D. de jurid. 2, 1: *Si per errorem alius pro alio praetor fuerit aditus, nihil valebit quod*

gerade nur in Bezug auf die gemeinte Person gewollt war.<sup>1)</sup> Als wesentlich muß aber auch der Irrthum über Eigenschaften der Person gelten, wenn ohne solche der Geschäftszweck nicht erreichbar und ein ganz anderer Erfolg entstehen würde. Z. B., Jemand contrahirt mit einem Winkelconsulenten, den er für einen Notar hält, wegen Aufnahme eines der notariellen Form bedürftigen Rechtsactes. Nicht entgegensteht<sup>2)</sup> l. 14 § 3 D. de in diem add. 18, 2: Quod si alieno servo, quem putaverit liberum esse, addixerit, contra se habebit et erit hic similis *egenti* (Paulus). In dem dieser Stelle zu Grunde liegenden Falle war dem Geschäftszweck schon dadurch genügt, daß ein höheres Gebot abgegeben worden war (cfr. § 2 eod.: *maiore pretio addictum est ei, qui solvendo non est, § 3: sed et si pupillus postea sine tutoris auctoritate pluris emerit*); es war außer dem höheren Gebot nicht noch weiter die Solvenz des besseren Käufers erforderlich, weil angenommen werden muß, daß es dem Verkäufer gerade auf Erzielung einer Preiserhöhung ankam. Anders wäre zu entscheiden gewesen, wenn die *melior conditio* von dem Verkäufer gerade nur in der Solvenz des zweiten Käufers gesucht worden wäre.<sup>3)</sup> Läßt die Stelle aber noch diesen Ausweg offen, so kann sie nichts gegen die hier vertretene Meinung beweisen.<sup>4)</sup>

Der Einwurf, daß der Irrthum über Identität und Eigenschaften der Person, auf die sich «die Absicht des Handelnden bereits individualisirt hat, psychologisch nie etwas anderes sein könne, als Irrthum im Motiv, nie aber Irrthum als Mangel der Absicht» (Zitelmann S. 552) ist unhaltbar. Das Motiv kann in Umständen liegen, die mit der vorausgesetzten Identität und Eigenschaft in gar keinem Zusammenhang

actum est: nec enim ferendus est, qui dicat, consensisse eos in Præsidem, cum (ut Julianus scribit) non consentiant, qui errent (Ulp.). Beide Theile wollten bei dem Prätor Y. prorogiren, die Prorogation bei X., den sie für Y. halten, ist eben deswegen hinfällig. Anders erklärt Zitelmann S. 557, 558.

1) S. hierüber v. Vangerow Pand. III, § 604, III, v. Windscheid Pand. § 76, No. 2.

2) S. hierüber Vangerow a. a. O. v. Windscheid a. a. O. Note 6. Vgl. auch Leonhard, Irrthum bei nichtigen Verträgen II, S. 420.

3) vgl. l. 30 § 1 D. de pactis 2, 14, wo das *pactum de non petendo* gerade mit Rücksicht auf die Solvenz des Intercedenten bewilligt und der Irrthum über den Freiheitsstand des Letzteren erheblich war.

4) Ebensowenig läßt sich dagegen l. 3 § 8 D. de cond. c. d. 12, 4 anführen: *Quid ergo, si hic (sc. servus, qui testamento heredi jussus erat decem dare et liber esse) non heredi, sed alii dedit, cui putabat se jussus? Si quidem peculiares dedit, nec fecit accipientis, si autem alius pro eo dedit, aut ipse dedit jam liber factus, fiet accipientis (Ulpianus)*. Die Tradition ist gültig, weil der richtigen, d. i. der wirklich gemeinten Person, gezahlt und nur der Schuldgrund irrtümlich angenommen wurde.

stehen. Z. B. Jemand wird durch die gefälligen Manieren eines Menschen veranlaßt, mit ihm in gesellschaftlichen Verkehr zu treten, indem er im Uebrigen voraussetzt, daß er es mit einer achtbaren Persönlichkeit zu thun habe. Das, was ihn hier motivirte, vor allen anderen von ihm ebenfalls für achtbar gehaltenen Persönlichkeiten gerade mit dem Betreffenden in Verkehr zu treten, war offenbar nicht die Vorstellung von der Achtbarkeit, oder die Unkenntniß über den Mangel dieser Eigenschaft, sondern der Eindruck, den die gesellschaftliche Tournüre jenes auf ihn gemacht hatte. Bloße Vorstellung kann überhaupt niemals motiviren, sondern allenfalls nur Motive erregen, sei es die Motive des Handelns (z. B. Habsucht, Wollust), sei es die Motive des Unterlassens (Widerwille, Abscheu). Und warum sollte der Irrthum über Eigenschaften, gleichviel ob über wesentliche oder unwesentliche, nicht partiellen Mangel der Absicht bedeuten? Wenn Jemand den Willen für ein von ihm mit gewissen Eigenschaften gedachtes Individuum hat, so hat er doch eben nur den Willen für das Individuum nach der Totalität seiner Vorstellung. Fehlt es nun in Wirklichkeit an einer der vorgestellten Eigenschaften, so deckt sich theilweise wenigstens das wirkliche Object nicht mit dem Object seiner Vorstellung — seines Willens. Es ist nicht ohne Weiteres zu sagen, daß er für das von seiner Vorstellung abweichende Object gewollt hat. Dies hängt vielmehr von Beantwortung der weiteren Frage ab, ob die vorausgesetzte Eigenschaft in einem so wesentlichen Zusammenhange zu dem Geschäftszweck steht, daß dieser bei dem Mangel derselben völlig vereitelt erscheint.

Wesentlich sind alle die Eigenschaften, deren Mangel den Geschäftserfolg vereitelt oder doch Wesen und Charakter desselben alterirt, unwesentlich hingegen alle die Eigenschaften, deren Mangel für den Geschäftserfolg gänzlich bedeutungslos oder denselben nicht nach Wesen und Character zu alteriren geeignet sind. Jenachdem das Eine oder das Andere zutrifft, ist der Irrthum über Eigenschaften der Person ein wesentlicher oder unwesentlicher.

3. Für den Irrthum in der Sache und deren Eigenschaften gelten analoge Grundsätze wie für den Irrthum in der Person und Eigenschaften derselben. Es ist zu unterscheiden der Irrthum über die Sache schlechthin (z. B. Jemand legirt die in einem gewissen Behältniß befindlichen Gegenstände, in der falschen Annahme, daß sich darin die von ihm früher einmal für den betreffenden Legatar ausgesuchten Gegenstände befinden), ferner der Irrthum über die

Identität und die Eigenschaften einer Sache. Der Irrthum ist wesentlich, wenn der Mangel der Identität oder der vorausgesetzten Eigenschaft der Sache den Geschäftszweck an sich oder im Sinne der Partei völlig vereiteln oder den Geschäftserfolg wesentlich ändern würde. Die Formulirung v. Savigny's (Syst. III, S. 283) «der Irrthum über eine Eigenschaft der Sache ist ein wesentlicher, wenn durch die irrig vorausgesetzte Eigenschaft, nach den im wirklichen Verkehr herrschenden Begriffen, die Sache zu einer anderen Art von Sachen gerechnet werden müßte, als wozu sie wirklich gehört», ist zu eng, weil sie nur einen allerdings sehr hervorstechenden Fall jenes Irrthums trifft und jene Art der Verschiedenheit dazu «weder stets nothwendig noch stets hinreichend» ist.<sup>1)</sup> Die Unzulänglichkeit dieser Formulirung nöthigt, da sie nicht auf alle Fälle zutrifft, zu weiteren Unterscheidungen, weshalb z. B. Windscheid (Pand. § 76) sie nur da anwenden und Nichtigkeit des Geschäfts nur da eintreten lassen will, «wo der Wille hinter der Erklärung zurückbleibt, nicht aber da, wo er weiter geht, als die Erklärung». Es handelt sich hierbei hauptsächlich um die Interpretation der l. 1 § 2 D. de pign. act. 13, 7: Si quis tamen cum aes pignori daret, affirmavit hoc aurum esse et ita pignori dederit, videndum erit, an aes pignori obligaverit et numquid, quia in corpus consensum est, pignori esse videatur: quod magis est (Ulpianus), cfr. l. 36 D. eod. 13, 7, l. 20 pr. D. de furtis 47, 2. Der Entscheidungsgrund liegt nicht lediglich in dem von Ulpian selbst bei anderer Gelegenheit (l. 9 § 2 D. de contr. empt. 18, 1) als nicht durchaus maßgebend erachteten: quia in corpus consensum est, als vielmehr darin, daß die Verpfändung der minderwerthigen Sache dem Geschäftszweck: dem Gläubiger Sicherung zu verschaffen, immerhin in gewissem Maße entspricht und sich ihm unterordnet, und für die Zwecke des Pfandrechts weniger Individualität und Qualität, als vielmehr der Werth des Pfandobjects in's Gewicht fällt. Aehnlich erklärt sich l. 50 D. de solut. 46, 3: Si, cum aurum tibi promissem, ignoranti quasi aurum aes solverim, non liberabor. sed nec repetam hoc quasi indebitum solutum, quod sciens feci. petentem tamen te aurum exceptione summovebo, si non reddas aes, quod accepisti (Paulus). Dem Zweck der Zahlung ist die Hingabe auch eines anderen Gegenstandes als des Schuldobjects immerhin förderlich und dienlich, da der Gläubiger an dem hingegebenen Gegenstand ein Retentionsrecht erwirbt (l. 26 § 4 D. de cond.

<sup>1)</sup> Was v. Savigny a. a. O. von der «Verschiedenheit des Stoffs» sagt, daß er «weder nothwendig noch stets hinreichend», gilt auch von der Verschiedenheit der Art.

ind. 12, 6), schlimmstenfalls auch eine demnächstige Annahme an Zahlungsstatt nicht ausgeschlossen ist. Der Erwerbswille bezüglich des hingegebenen Objects liegt daher durchaus in der Richtung des Willens des Gläubigers, Befriedigung zu erlangen, und ist mit diesem von selbst vorhanden. Keine Schwierigkeit bietet ferner l. 22 D. de V. O. 45, 1: Si id quod aurum putabam, cum aes esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi hujus aeris nomine, quoniam in corpore consenserimus, sed ex doli mali clausula tecum agam, si sciens me fefelleris (Paulus). Bei dem farblosen Charakter der Stipulation als Mittel im Dienst des absoluten Gläubigerwillens kommt nur der abstracte Wille in Betracht und ist daher die Frage: ob das Object schlechthin oder nur mit Rücksicht auf eine gewisse vorausgesetzte Eigenschaft dem Gläubigerinteresse dienlich, von selbst ausgeschlossen. Der Satz: in corpus consensum est hat hier seine volle Berechtigung.<sup>1)</sup>

Die Werthschätzung der Sache und ihrer Eigenschaften nach dem Maßstabe der im Einzelfall zu Grunde liegenden Interessen und der concreten Geschäftszwecke muß dagegen von selbst Platz greifen auf Geschäftsgebieten, die durch individuelle Rechts- und Verkehrszwecke beherrscht werden, von diesen ihre eigenthümliche Structur empfangen und sich nicht, wie das Gebiet der Formalcontracte, nach abstracten Principien bestimmen. Es ist daher keine bloße historische Zufälligkeit, daß die Berücksichtigung des Irrthums in wesentlichen Eigenschaften sich zuerst auf dem Gebiet des Kaufcontracts geltend gemacht und die starre Theorie des: in corpus consensum est durchbrochen hat.

Ulpian gebührt das Verdienst, den ersten entscheidenden Schritt in dieser Richtung gethan zu haben. Sein Gedanke ist einfach der: Unter Umständen kann lediglich mit Rücksicht auf eine gewisse Eigenschaft gewollt sein, consentirt sein, und ist, wenn die vorausgesetzte Eigenschaft nicht vorhanden, auch kein Wille, kein Consens vorhanden. Er argumentirt einfach: Gold ist Gold und nicht Bronze, Silber nicht Blei oder Holz, Wein nicht Essig, ein Sklave nicht eine Sklavin: si in materia erratur, aliud pro alio venisse videtur l. 9 § 2, l. 11 § 1, l. 14 D. de contr. empt. 18, 1. Sein weiteres Argument: Alioquin quid dicemus, si caecus emptor fuit, vel si in materia erratur vel in minus perito discernendarum materialium? In corpus eos consensisse dicemus? Et quemadmodum consensit, qui non vidit? l. 11 pr. D. eod. 18, 1 —

<sup>1)</sup> v. Savigny III, S. 300 bringt die Entscheidung mit der strengen Natur der Stipulation in Verbindung.

soll die Unrichtigkeit der Gegenmeinung auch daran erweisen, daß die nur durch sinnliche Wahrnehmung zu gewinnende Vorstellung von der körperlichen Individualität der Sache zum Consense weder nothwendig noch ausreichend ist, ersteres, weil der Blinde contrahiren kann, obwohl ihm Mangels eigener Wahrnehmung die Vorstellung von der Sache nur durch Angabe der wesentlichen Merkmale beigebracht werden kann, letzteres, weil, wo es sich um die Unterscheidung der Stoffe handelt, dem Unkundigen die bloße sinnliche Wahrnehmung Nichts nützt, bei ihm daher wie beim Blinden der Consens nur auf Grund der ihnen mitgetheilten Merkmale und Eigenschaften zu Stande kommt, so daß er mit diesen steht und fällt und ein Irrthum über dieselben den Willen ausschließt.<sup>1)</sup>

Ulpian's Meinung (Eigenschaftstheorie), deren Anfänge schon auf Julian<sup>2)</sup> zurückreichen und der offenbar auch Paulus folgt,<sup>3)</sup> muß gegen die widersprechende Meinung des Marcellus<sup>4)</sup> (Individualitätstheorie) als die in der Compilation recipirte angesehen werden,<sup>5)</sup> und ist jedenfalls ein festes Dogma des modernen Rechts geworden. Die starre Theorie des: *in corpus consensus est!* würde zu den unerträglichsten, das Rechtsbewußtsein in schroffster Weise verletzenden Konsequenzen führen.

Bei Geschäften über ein Genus ist der Irrthum über die Gattung wesentlich.

Der Quantitätsirrrthum über die Sache, d. h. der Irrthum über Größe, Umfang oder Gewicht desjenigen Gegenstandes, welcher als solcher, als Ganzes das Geschäftsobject bildet, ist im Allgemeinen un-

<sup>1)</sup> Zitelmann, S. 569, ist diese Bedeutung der Ulpian'schen Argumentation vollständig entgangen!

<sup>2)</sup> l. 41 § 1 D. de contr. empt. 18, 1.

<sup>3)</sup> l. 10 D. eod. 18, 1.

<sup>4)</sup> l. 9 § 2 D. de contr. empt. 18, 1.

<sup>5)</sup> Zitelmann, S. 583, kommt von seinem Standpunkt zur Meinung des Marcellus. Allein in l. 21 § 2 de act. empt. 19, 1 ist die Lesart zweifelhaft; nach dem Zusammenhang und aus inneren Gründen empfiehlt sich die Lesart: *emptionem non esse, statt emptionem esse*. Ebenso ist in der l. 45 D. de contr. empt. 18, 1, auf welche Zitelmann sich vorzugsweise stützt, mit keiner Sylbe von der Gültigkeit des Kaufes in der Sache selbst, sondern ebenso wie in l. 21 § 2 eod. nur von der Ersatzleistung des Verkäufers aus seiner ausdrücklichen Zusage der vorausgesetzten Eigenschaften, also aus seinem Garantieverprechen die Rede. Mit Recht erklärt sich dagegen Zitelmann S. 573 gegen Savigny's (III, S. 286) Interpretation der l. 21 § 2 cit. Vgl. im Uebrigen v. Vangerow, Pand. § 604, S. 266, 267 (7. Aufl.). Beide Stellen betreffen gar nicht den Einfluß des Irrthums auf Bestand des Geschäfts in der Sache selbst; die *actio empti* geht in den fraglichen Fällen nur noch auf Ersatz wegen der falschen Zusage.

wesentlich, da der bezweckte Geschäftserfolg eben in dem Gegenstande als solchen beruht und durch den quantitativen Unterschied nicht in seinem Charakter alterirt wird, vielmehr unbeschadet seines Charakters und seiner Wesenheit sich nur in engerem oder weiterem Umfange verwirklicht.<sup>1)</sup> Die quantitative Aenderung, insbesondere die Verringerung, kann jedoch, wenn sie über einen gewissen Grad hinausgeht, in eine qualitative Aenderung umschlagen und den Geschäftserfolg vereiteln. In Fällen dieser Art kann eine bestimmte quantitative Beziehung als wesentliche Eigenschaft in Betracht kommen und ist der Irrthum darüber dementsprechend zu behandeln.

Nicht zu verwechseln mit dem Quantitätsirrrthum bezüglich des Geschäftsgegenstandes sind die Fälle, wo Jemand, der eine Geldsumme schuldet, in der irrigen Meinung, daß er eine höhere Summe schuldet, Gegenstände zum Betrage dieser höheren Summe an Zahlungsstatt giebt, oder derjenige, der ein Waarenquantum schuldet, in Folge ihm geliehener unrichtiger Maße oder Gewichte in dem falschen Glauben, daß er noch nicht genug zugemessen oder zugewogen, mehr als er schuldig ist, giebt, da hier der Irrthum sich nur auf die Höhe des Schuldbetrages, die *quantitas debiti* bezieht, und also lediglich *ex falsa causa* gegeben wird, es sich mithin nur um einen Irrthum im Motiv handelt.<sup>2)</sup> l. 18 § 3 D. de dolo malo 4, 3, l. 5 § 1 D. si mentor falsum modum dixerit 11, 6, l. 26 § 4—6 D. de cond. ind. 12, 6.

Nicht in die Lehre vom wesentlichen Irrthum gehören endlich die Fälle, wo unter den Parteien «Mißverständniß» über die Quantität obwaltet: nämlich darüber, welches Quantum den Gegenstand des Geschäfts oder der Gegenleistung bildet. Nicht um einen Irrthum über das Quantum des individuell bestimmten Geschäftsgegenstandes, sondern über den Geschäftsgegenstand selbst, um einen *error in negotio* im weiteren Sinne handelt es sich hier.<sup>3)</sup>

<sup>1)</sup> Ob und inwiefern in Folge der Quantitätsdifferenz Ermäßigung oder Erhöhung der Gegenleistung oder verhältnißmäßiger Werthersatz eintritt, kann nicht aus der Irrthumslehre beantwortet werden. Vgl. hierüber v. Vangerow, Pand. § 604, S. 269—270. Die von demselben citirten l. 40 § 2 D. de contr. empt. 18, 1, l. 42 D. de act. empt. 19, 1, l. 13 § 14 D. eod. 19, 1, l. 45 D. de evict. 21, 2, l. 69 § 6 D. eod. 21, 2, stehen in keiner Beziehung zum Irrthum. l. 45 cit. insbesondere setzt solchen nicht voraus.

<sup>2)</sup> Dies verkennt Zitelmann, S. 599, wenn er l. 18 § 3 D. cit. 4, 3 dafür zu verwerthen sucht, daß der Quantitätsirrrthum in Ansehung des «vollständig individuell bestimmten Geschäftsgegenstandes» nur «höchstens als Motiv» in Betracht kommen könne. Nicht hierher gehört l. 25 § 1 D. de usufr. 7, 1, welche Leonhard S. 471—472 richtig erklärt.

<sup>3)</sup> S. über diese Fälle v. Savigny, Syst. III, S. 274, 275, Zitelmann a. a. O. S. 605.

Der sog. *error in dominio* fällt theils ganz aufserhalb der Irrthumslehre (z. B. Jemand kauft seine eigene Sache in dem Glauben, dafs es eine fremde sei — der Kauf ist nichtig, aber nicht wegen des Irrthums, sondern wegen der juristischen Unmöglichkeit,<sup>1)</sup> die eigene Sache zu kaufen), theils ist er unwesentlicher Irrthum (z. B. Jemand contrahirt über eine fremde Sache als über seine eigene oder über die eigene Sache als Beauftragter eines Andern, l. 49 D. mand. 17, 1 — der Verkauf ist selbstverständlich gültig, da der Geschäftserfolg nicht im mindesten durch den Irrthum alterirt wird), theils bedeutet er den Mangel eines Thatbestandsmoments, z. B. den des *animus domini transferendi*, wenn Jemand als Procurator oder Vormund die eigene Sache als die des Machtgebers oder Mündels tradirt — die Tradition ist nichtig, weil es an dem Thatbestandsmoment, seine Sache tradiren zu wollen, fehlt,<sup>2)</sup> wogegen diese Absicht nicht fehlt, wo man in eigenem Namen die eigene Sache, jedoch als eine fremde tradirt, wohin auch der Fall der l. 41 D. de reb. cred. 13, 13) gehört: ein Sklav, der, ohne zu wissen, dafs er die Freiheit erhalten und zum Miterben eingesetzt ist, aus der Erbschaft Geld zu Darlehen giebt, überträgt nach Verhältnifs seiner Erbquote gültig Eigenthum an dem Gelde, eben weil er für Rechnung der Erbschaft und der Erben darleihen will, und, da er nun selbst Erbe, thatsächlich für seinen Antheil dargeliehen und tradirt hat.

Ohne specifische Bedeutung ist der Irrthum über das Vorhandensein des Geschäftsobjects, da wegen der Nichtexistenz des letzteren das Geschäft ohnehin nichtig ist.<sup>4)</sup>

Der Irrthum des Tradenten über die *causa traditionis* hindert als blofses Motiv den Eigenthumsübergang nicht, sondern rechtfertigt

<sup>1)</sup> l. 45 pr. D. de Reg. jur. 50, 17.

<sup>2)</sup> l. 35 D. de acq. rer. dom. 41, 1. l. 15 § 2 D. de contr. empt. 18, 1: non putat Pomponius dominium meum transire, quoniam non hoc mihi propositum fuit, sed quasi tuum dominium ad eum transire. cfr. l. 4 D. de man. vind. 40, 2, l. 15 § 1 D. qui et a quib. 40, 9. Ebenso wird die Absicht zur Prorogatio fori dadurch ausgeschlossen, dafs man irrthümlich annimmt, sich vor dem zuständigen Richter einzulassen, da vielmehr die Meinung, dafs man einen unzuständigen Richter angehe, vorhanden sein mufs, l. 2 pr. D. de jud. 5, 1: consensisse autem videntur, qui sciunt se non esse subjectos jurisdictioni ejus. Vgl. Zitelmann S. 557.

<sup>3)</sup> Ueber die verschiedenen Interpretationsversuche s. Zitelmann S. 537.

<sup>4)</sup> l. 8. l. 15 pr. D. de contr. empt. 18, 1. l. 44. l. 57. pr. D. eod. 18, 1 (der Untergang zum grössten Theil gilt als gänzlicher Untergang: ut si amplior domus pars exusta est, non compellatur emptor perficere emptionem). l. 58 D. eod. l. 1 § 9 D. de O. et A. 44, 7, l. 1. l. 7. D. de hered. vel act. vend. 18, 4. l. 34—36. l. 38 §. 13, 14. D. de aed. ed. 21, 2. Modificirenden Einflufs hat hier der Dolus. l. 57 § 1—3. D. cod. 18, 1. l. 34 § 3. D. eod. Vgl. Vangerow, § 604, S. 262, 263.

nur unter Umständen die Rückforderung. Ebensowenig hindert der Dissens über die *causa traditionis* den Eigenthumsübergang, sofern nur die von jeder Seite vorausgesetzte *causa* zu demselben praktischen Resultate führt, wie z. B. bei der Tradition zum Zwecke der Tilgung einer Schuld, indem hierfür die Natur des Schuldgrundes gleichgültig ist. Wo dagegen die Tradition von beiden Seiten in ganz verschiedenem Sinne genommen, z. B. von der einen Seite als Schenkung, von der anderen als Darlehen verstanden wird, mufs die Verschiedenartigkeit der dabei vorausgesetzten Zwecke nothwendigerweise den Consens ausschliessen. Und wiederum ist es hier Ulpian, der in l. 18. D. de reb. cred. 12, 1 gegen die abweichende Meinung Julian's in l. 36. D. de adq. Dom. 41, 1, mit Recht das innere Moment des Consenses: den Sinn und Zweck der Tradition geltend macht, da dieses Moment für den schliesslichen Geschäftserfolg bestimmend ist, indem der Geschäftserfolg ein sehr verschiedenartiger ist, jenachdem die Tradition zu dem einen oder anderen Zweck geschieht (et puto: nummos accipientis non fieri, quum *alia opinione* acceperit). Erst die Uebereinstimmung in Sinn und Zweck (*opinio*) macht den Consens perfect.<sup>1)</sup> Es handelt sich um einen *dissensus in negotio*. Ulpian's Meinung ist daher die der Natur der Sache allein entsprechende.<sup>2)</sup>

## VI. In den neueren Gesetzgebungen

kommen fast alle in der Irrthumslehre vertretenen Standpunkte zum Ausdruck. Das Preufs. Landrecht unterscheidet den «Irrthum im Wesentlichen des Geschäfts», den «Irrthum in dem Hauptgegenstand der Willenserklärung», den «Irrthum in der Person», den «Irrthum in ausdrücklich vorausgesetzten» und «gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften der Person oder Sache» und den «Irrthum in anderen Eigenschaften oder Umständen» (§§ 75—83. I. 4.). Diesen Unterscheidungen fehlt es an einem einheitlichen Princip. Die Kategorie: Irrthum im «Wesentlichen des Geschäfts» lehnt sich an die im vorigen Jahrhundert zu einigem Ansehen gelangte Theorie, welche die wesentlichen Irrthumsfälle mit den Essentialien des Rechtsgeschäfts in Verbindung brachte. Consequenterweise wäre von diesem Standpunkt aus nur zwischen den «wesentlichen» und den «unwesentlichen Bestandtheilen» der Rechtsgeschäfte zu unterscheiden gewesen. Wenn nun statt dessen dem

<sup>1)</sup> Unrichtig erklärt Leonhard S. 346, 364.

<sup>2)</sup> A. M. v. Vangerow § 311, Anm. 3 auf S. 574. (7. Abschn.)

«Irrthum im Wesentlichen des Geschäfts» der Irrthum im «Hauptgegenstand», in der «Person», in den «Eigenschaften der Person oder Sache» angeschlossen werden, so wird damit auf einen anderen Standpunkt übergegangen: nämlich den althergebrachten «casuistischen», der sich an die in den Quellen entschiedenen Hauptfälle hält.

Der Mangel eines festen Principis macht sich denn auch bei den Einzelfragen fühlbar. Wohin ist nach Landrecht der Irrthum über Bedingungen, Modus, Zeit und Ort zu stellen? Soll er etwa unter den in § 83. I. 4 als unerheblich gekennzeichneten «Irrthum in anderen Umständen» fallen, und als Irrthum über die Accidentalien in ausschließendem Gegensatz zu dem Irrthum «im Wesentlichen» stehen? Allein dies ist zu verneinen, wenn man erwägt, daß das Landrecht nicht schroff die Alternative zwischen Essentialien und Accidentalien stellt. Der Irrthum über die Bedingtheit oder Unbedingtheit ist unter den Irrthum «im Wesentlichen» zu subsumiren,<sup>1)</sup> indem er das Geschäft selbst in Frage stellt und der Irrthum über Modus, Zeit und Ort, wo diese als integrirende Geschäftsbestandtheile anzusehen sind, fällt unter den «Hauptgegenstand der Willenserklärung». Unter letzterem ist nicht etwa bloß das körperliche oder unkörperliche Substrat des durch die Willenserklärung zu begründenden Rechtserfolgs, sondern dieser Rechtserfolg selbst zu verstehen, da eben auf ihn als ihren Gegenstand die Willenserklärung gerichtet ist, z. B. Eigentumsübertragung, Servitutbestellung, Begründung eines Forderungsrechts u. s. w. Mit dem Rechtserfolg gehören auch dessen Modalitäten zum Geschäftsgegenstand und kommt es für die Wesentlichkeit des Irrthums über dieselben auf ihre Bedeutung für den Geschäftserfolg an.

Zweifelhaft ist ferner, wie der Irrthum über «ausdrücklich vorausgesetzte Eigenschaften» aufzufassen. Diese können im Gegensatz zu den «gewöhnlich vorausgesetzten» Eigenschaften nur Eigenschaften bedeuten, die nicht gewöhnlich, sondern nur gerade bei einem einzelnen Rechtsgeschäft von der einen oder anderen Partei oder beiden Parteien vorausgesetzt werden. Hierbei bleibt fraglich, ob die Voraussetzung der außergewöhnlichen Eigenschaft bei dem Geschäft auch dem Gegencontrahenten erkennbar gewesen sein müsse und die bloß innerlich gebliebene Voraussetzung zur Berücksichtigung des Irrthums über eine derartige Eigenschaft nicht genügt. Für die Ausschließung des

<sup>1)</sup> Koch, Commentar zu § 75 I. 4, Note 80, findet den Begriff «im Wesentlichen des Geschäfts» nicht klar und bestimmt ihn als Irrthum über die Art des Geschäfts, was zu eng!

Consenses, wenn dieser sich gerade an die Voraussetzung einer bestimmten Eigenschaft knüpfte, ist die Erkennbarmachung der Voraussetzung völlig gleichgültig und nur die positive Rücksicht auf das Interesse des Gegencontrahenten und die Sicherheit des Verkehrs könnte es rechtfertigen, sich über den thatsächlichen Mangel des Consenses hinwegzusetzen, falls nicht die besondere Voraussetzung bei dem Geschäft erkennbar war. Dafür, daß diese positive Rücksicht in der That im Sinne der landrechtlichen Bestimmung lag, spricht außer dem Wortlaut («ausdrücklich») auch die analoge Behandlung des Irrthums in gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften, indem dieser nicht berücksichtigt werden soll, wenn «der Irrrende durch eigenes grobes oder mäßiges Versehen seinen Irrthum veranlaßt hat» (§§ 82. I. 4. cfr. §§ 330, 331. I. 5). Andererseits ist aber auch die Berücksichtigung der «ausdrücklich» oder «gewöhnlich vorausgesetzten» Eigenschaften stets mit der Beschränkung zu verstehen, daß in Wahrheit der Consens durch diese Eigenschaften bedingt ist, was nicht immer durchaus zutreffen braucht, und ist daher der im § 76, I. 4 für die Berücksichtigung des Irrthums in der Person gemachte Vorbehalt: «daß aus den Umständen erhellt, daß ohne diesen Irrthum die Erklärung solchergestalt nicht erfolgt sein würde», auf die Fälle des Irrthums in Eigenschaften der Person oder Sache (§§ 77, 81 I. 4) unbedenklich auszudehnen. Bei richtiger Interpretation dürften die landrechtlichen Bestimmungen trotz des Mangels bestimmter principieller Kriterien für den wesentlichen Irrthum dem practischen Bedürfnis im Großen und Ganzen genügen. Als wesentlicher Irrthum in Eigenschaften der Person kann sich unter Umständen der Irrthum über die Zahlungsfähigkeit und die Vermögenslage characterisiren, z. B. bei Versicherungsverträgen, wo der Geschäftszweck gerade auf den Garantien beruht, die der Versicherer zu geben im Stande ist,<sup>1)</sup> wogegen in anderen Fällen die Zahlungsfähigkeit nicht oder doch nicht in gleicher durchschlagender Weise in's Gewicht fällt. Darüber, daß der wesentliche Irrthum, da er Mangel des Consenses und Willens bewirkt, überall Nichtigkeit des Geschäfts herbeiführt, sollte füglich kein Zweifel sein.<sup>2)</sup>

<sup>1)</sup> Dies gilt insbesondere auch bei Versicherungen auf Gegenseitigkeit. Das Gegenargument, daß die Insolvenz einer Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit die Insolvenz aller seiner Mitglieder voraussetzt — beweist nichts, da es nicht gerade auf den Zustand constatirter Insolvenz ankommt, sondern schon die ungünstige Vermögens- und Geschäftslage (z. B. unzulänglicher Reservefond, unsolider Geschäftsbetrieb u. dgl.) genügt.

<sup>2)</sup> Anders das Ober-Tribunal sogar bezüglich des Irrthums über die Natur des Geschäfts und in dem Hauptgegenstande der Willenserklärung und Koch hinsichtlich des error in substantia, Koch, Commentar zu § 78, I. 4, Note 85.



Das österreichische bürgerliche Gesetzbuch bezeichnet als Fälle des wesentlichen Irrthums: den Irrthum in «der Hauptsache», «im Hauptgegenstand», «in einer wesentlichen Beschaffenheit» desselben, aber auch in einem «Nebenumstand», den die Parteien «als vorzügliche Absicht erklärt haben», ferner den Irrthum «in der Person, insofern ohne den Irrthum der Vertrag entweder gar nicht oder doch nicht auf solche Art errichtet wäre». Die Ungültigkeit des Geschäfts soll jedoch nur eintreten, wenn der eine Theil den anderen «durch falsche Angaben irreführt» hat, wogegen das Geschäft gültig ist, wenn der versprechende Theil entweder «von einem Dritten durch falsche Angaben irreführt worden» oder selbst und allein an seinem wie immer gearteten Irrthum Schuld ist, es wäre denn, daß dem annehmenden Theil der obwaltende Irrthum offenbar aus den Umständen auffallen mußte. §§ 871—876. Bei letztwilligen Verfügungen macht der wesentliche Irrthum (Irrthum in der Person und dem Gegenstande) schlechthin die Anordnung ungültig (§ 570).

Die reine Bedeutung des wesentlichen Irrthums kommt daher nur auf dem Gebiet der letztwilligen Verfügungen zum Ausdruck, während seine verlausulirte Berücksichtigung auf dem Gebiet der Verträge offenbar auf einer das Interesse des Gegencontrahenten bevorzugenden Tendenz beruht. Damit ist über das Ziel hinausgeschossen!

Der Code civil faßt zwar den Irrthum als Willensmangel mit den fehlerhaften Beweggründen: dolus und metus zusammen, und stellt diese jenem auch in der Wirkung gleich, betrachtet aber begrifflich jenen keineswegs als bloßen Beweggrund,<sup>1)</sup> wie die Bezugnahme auf l. 116 pr. und § 2 D. de reg. jur. 50, 17 l. 57 D. de O. et A. 44, 7 deutlich ergibt. Abgesehen von dem Fall eines Betrugers hat jedoch der wesentliche Irrthum Wirkung nur, wenn er das Wesen (substance) des Gegenstandes (und des Vertrages) oder die Identität der Person betrifft, mit Rücksicht auf welche man gerade contrahiren wollte.<sup>2)</sup> Art. 1109—1110. Der Umfang der wesentlichen Irrthumsfälle ist somit im französischen Recht erheblich eingeschränkt. Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch betrachtet als wesentlich den Irrthum über das Rechtsgeschäft, die Art desselben, die Identität des Gegenstandes bezw. auch der Person. Dem Identitätsirrrthum stellt es gleich den

<sup>1)</sup> Es ist nicht correct, wenn Zachariä-Puchelt, franz. Civilrecht § 343 No. 4 (S. 427), im Sinne des Code den Irrthum nur als «Bestimmungsgrund» zur Einwilligung gelten lassen wollen.

<sup>2)</sup> Vergl. Zachariä-Puchelt a. a. O. Note 7 (S. 430). Frey, franz. Civilr. § 534, S. 413.

«ausdrücklich vorausgesetzten Stoff, ohne welchen die Sache zu einer anderen Gattung oder Art von Sachen zu rechnen sein würde und welcher für sie wesentlich» ist, sowie den Irrthum «über persönliche Eigenschaften des Anderen, ohne welche die Erfüllung des Vertrages unmöglich ist» (§§ 95, 841—842). Mit dem Dissensus bezw. Irrthum über den beiderseitigen Consens beschäftigen sich die §§ 837—840. Das schweizerische Obligationenrecht befaßt unter dem «wesentlichen Irrthum» auch die Fälle des einfachen Dissenses (Art. 19, No. 2, 4), und unter dem nicht-wesentlichen Irrthum auch den Irrthum im Motiv (Art. 21). Als unwesentlicher Irrthum wird der Irrthum über die Zahlungsfähigkeit bezeichnet.

ERNST ECK

Beitrag zur Lehre von den  
ädilizischen Klagen.

---

## I.

### Die Statthaftigkeit der ädilizischen Klagen trotz Verfügung des Käufers über die Sache.

Die Frage, ob der Anspruch des Käufers einer fehlerhaften Sache auf Preisrückgabe oder Preisminderung (*actio redhibitoria* oder *quantum minoris*) durch eine von ihm getroffene Verfügung über die Sache, (Gebrauch, Verbrauch, Umgestaltung, Verschlechterung, Vernichtung, Veräußerung, Dereliktion, Freilassung), geschmälert bzw. aufgehoben werde, ist in der Litteratur des Römischen Rechts noch nicht erschöpfend erörtert. Und doch ist diese Frage gerade für das letztere von besonderer Wichtigkeit.

Denn das Römische Recht wendet im übrigen bekanntlich seine volle Gunst dem Käufer zu. Indem es einseitig die möglichen «*fallaciae venditorum*» und die Thatsache, daß Fehler oft erst allmählich und bei längerem Gebrauch hervortreten, in's Auge faßt, gestattet es dem Käufer, bis zum Ablauf der Verjährungszeit die Frage, ob er Mängel an der Sache wahrgenommen, im Dunkeln zu lassen und so nicht blos die Erledigung der Angelegenheit zu verschleppen, sondern auch zum Nachtheil des Verkäufers auf Steigen oder Fallen des Marktpreises der gelieferten Waare zu spekuliren. Es berücksichtigt eben nicht genügend, daß auch der Verkäufer ein berechtigtes Interesse hat, bei angeblichem Vorhandensein von Mängeln für einen Gegenbeweis Sorge zu tragen, über die Ansprüche, die der Käufer erheben kann und will, rasch in's Reine zu kommen, und falls die Rückgabe der Waare eintritt, über diese anderweit zu verfügen. In Folge dessen zeigt sich in Theorie und Praxis des gemeinen Rechts eine entschiedene Tendenz, die so

weit bemessenen Rechte des Käufers wenigstens dadurch einigermaßen zu beschränken, daß man die an die Spitze dieses Aufsatzes gestellte Frage in möglichst ausgedehntem Maße bejaht.

Das Preussische Landrecht bemißt zwar die Befugnisse des Käufers erheblich enger, indem es dem Uebernehmer nur dann gestattet, vom Kontrakte abzugehen, wenn er die Sache in dem Stande, in dem er sie empfangen, zurückgeben kann (§§ 326—328. A. L. R. I. 5). Allein einestheils schliesen ja gewisse Verfügungen, wie eine Veräußerung, die Möglichkeit unveränderter Herausgabe keineswegs aus, da ihr Erfolg (durch Wiedererwerb) rückgängig gemacht werden kann. Anderentheils legt man auch die Bestimmungen des Landrechts einschränkend dahin aus, daß die gerade durch den Fehler veranlaßte Vernichtung der Sache, ferner unwesentliche Veränderungen und sogar eine eingreifende Verfügung, wenn der Kauf zum Zweck derselben geschehen ist, nach § 328 a. a. O. den Rücktritt vom Vertrage noch nicht ausschließen.<sup>1)</sup> Mithin bleibt unsere Frage auch nach Preussischem Recht, nur in vermindertem Maße, praktisch.

Das deutsche Handelsgesetzbuch dagegen hat bekanntlich in Art. 347. 348. jene Einseitigkeit des Römischen Rechts dadurch ausgeglichen, daß es im Falle des Distanzkaufs den Käufer verpflichtet, die bei einer Untersuchung der Sache wahrnehmbaren Mängel, bei Vermeidung des Präjudizes der Genehmigung, dem Verkäufer sofort anzuzeigen, und bei Beanstandung der Waare für deren einstweilige Aufbewahrung zu sorgen. Außerdem aber sieht man auch bei Platzgeschäften unter Kaufleuten wenigstens soviel als durch Handelsgewohnheitsrecht feststehend an, daß der Käufer die thatsächlich von ihm wahrgenommenen Mängel dem Verkäufer anzeigen muß, widrigenfalls dasselbe Präjudiz eintritt.<sup>2)</sup> In dem Bereiche dieser handelsrechtlichen Normen ist daher einestheils für alle Fälle, wo das Präjudiz der Genehmigung in Kraft tritt, unsere Frage von selbst ausgeschlossen, anderentheils auch in den übrigen Fällen dem Käufer eine Ausbeutung der Sachlage zum Nachtheil des Verkäufers wesentlich erschwert, und darum eine weitere Beschränkung der Rechte des Käufers aus dem Gesichtspunkt einer von ihm getroffenen Verfügung über die Sache weniger Bedürfnis. Indessen tritt doch auch hier unsere Frage, und zwar besonders

<sup>1)</sup> Vergl. Dernburg Lehrb. II (3. Aufl.) § 144, Anm. 14—16. Förster-Eccius, Theorie u. Praxis (4. Aufl.) I, § 85, Anm. 59, 60.

<sup>2)</sup> Vgl. statt aller Hanausek, Die Haftung des Verkäufers II, S. 84, der aber Anm. 16 wohl mit Recht den Viehkauf ausnimmt; damit übereinstimmend Gareis in Endemann's Handb. II, § 274, Anm. 72; Seuffert Arch. XXXII, 72.

häufig in der Gestalt auf, ob und in wiefern der Käufer, nachdem er sich durch eine Fehleranzeige seine Rechte gewahrt hat, gleichwohl durch eine Verfügung, die seiner Aufbewahrungspflicht nicht entspricht, die Ansprüche aus der Fehlerhaftigkeit wieder verliere. So ist denn unser Gegenstand nicht bloß nach wie vor für die unabhängig vom Handelsrecht zu beurtheilenden Käufe, sondern auch für die dem letzteren unterliegenden von hoher praktischer Bedeutung.

Suchen wir nun in der Litteratur des Römischen Rechts nach einer Antwort auf unsere Frage, so wird eine solche, wenn überhaupt, immer nur sehr kurz und meist zu Ungunsten des Käufers ertheilt.

Die ältere Theorie ging vielfach so weit, den Käufer schon durch Gebrauch oder Veräußerung der Sache beider ädilischen Rechtsmittel verlustig gehen zu lassen.<sup>1)</sup> Andere ermäßigten dies dahin, daß der Käufer durch eine vorsätzlich oder schuldhaft herbeigeführte Unmöglichkeit, die Sache überhaupt oder auch nur in unverändertem Stande zurückzugeben, den Redhibitionsanspruch verliere.<sup>2)</sup> Noch andere beliefen diesen dem Käufer auch bei Verschlechterung der Sache, wenn er nur Werthersatz leiste, und auch bei Veräußerung derselben, wenn er sie zurückerwerbe.<sup>3)</sup> Endlich auch bei den Neuesten<sup>4)</sup> findet sich zum Theil noch die strenge Lehre, das Redhibitionsrecht erlösche «durch jedwede Veräußerung»,<sup>5)</sup> oder durch eine vom Käufer ver-

<sup>1)</sup> Mevius, Decisiones, pars IV, dec. 341. Curtius, Handbuch des chursächs. Civilrechts §§ 1293, 1298. v. Berg, Jurist. Beobachtungen II, S. 126. Vgl. das Urtheil der Fakultät Halle bei Seuffert Arch. XVI, 106 und die Mittheilungen bei Kori in Langenn's u. Kori's Erörterungen prakt. Rechtsfragen II, No. 7; auch den Codex Maximil. Bavaricus Theil IV, Cap. 3, § 23, No. 9.

<sup>2)</sup> Ben. Carpzov, Opus decisionum, Lips. 1660, pars III, dec. 222, No. 16, sqq. Dieser bezeugt und vertheidigt die Abweisung eines Redhibitionsklägers, der ein Wohnhaus gekauft und dann bei dessen Umwandlung in ein Brauhaus entdeckt hatte, daß das Fundament «ganz unbeständig und mangelhaft» war, und «das ganze Gebäude bald über den Haufen fallen» mußte und «sicherlich nicht bewohnt werden möchte». Abweichend für diesen Fall, (weil die Veränderung des Hauses keine wesentliche sei), aber im Prinzip mit Carpzov einverstanden: Schilter Praxis iur. Rom; exerc. XXXIV, No. 13, 14 und Stryk Usus modern.; ad tit. Dig. de aed. ed. § 20. Aehnlich Thibaut, System 9. Ausgabe, § 428.

<sup>3)</sup> Pothier Pand. Just. ad h. t., No. 61, 62. Gesterding in Ztschr. für Civilr. und Proz. VI, S. 41 u. Kori a. a. O. Vgl. auch Glück, Ausführl. Erl. XX, S. 75. Nach diesem muß der Käufer im Falle verschuldeten Untergangs der Sache deren Werth vergütten. «Es setzt aber dieses freilich voraus, daß der Verkäufer den Werth annehmen will. Denn eigentlich erlöschen die actiones aediliciae in jenem Falle!»

<sup>4)</sup> Keine Ausbeute für unsere Frage gewähren die Lehrbücher von Puchta, Arndts, Keller, Vangerow u. Wächter.

<sup>5)</sup> So Brinz, Lehrb. 2. Aufl. II, § 327b, Anm. 19.

schuldete Unmöglichkeit der Rückgabe, und somit auch durch eine Veräußerung, wenn nicht der Abnehmer die Sache dem Käufer wieder zurückgegeben habe u. dergl. m.<sup>1)</sup> Manche dagegen, insbesondere Windscheid, lassen auch bei dem durch den Käufer verschuldeten Untergang der Sache Werthersatz eintreten und behaupten, nur bei freiwilliger Veräußerung, je nachdem sie in Kenntniß des Fehlers geschehen, oder nicht, endgiltiges Erlöschen der Redhibitionsklage wegen Verzichts, oder aber Wiedergewinnung derselben durch Rückwerb der Sache.<sup>2)</sup> Hier und da aber wird sogar im völligen Gegensatz zur herrschenden Meinung ganz allgemein gelehrt, dafs wenn der Käufer die Kaufsache nicht zurückgeben könne, die Wandelklage «darum nicht weniger möglich, und der Käufer nur verpflichtet sei, sofern ihm eine Schuld zur Last falle, statt der Sache den Werth in Geld zu ersetzen, bezw. in Abzug zu bringen».<sup>3)</sup>

Ein ähnliches Bild, wie die Theorie des gemeinen Rechts, gewährt die Praxis. Zwar sind die Gerichtshöfe darüber einig, dafs, falls die Verfügung des Käufers zur Entwerthung der Sache nur eben in Folge ihres Fehlers geführt hat, die ädilischen Ansprüche davon unberührt bleiben, (so, wenn ein Fleischer das gekaufte Thier geschlachtet und dabei krank befunden, oder wenn der Käufer von Saatroggen diesen ausgesät und dadurch als keimunfähig erkannt hat.<sup>4)</sup> Im übrigen aber finden sich auch in der Praxis die verschiedensten Standpunkte vertreten, wie dies die in der Anmerkung<sup>5)</sup> gegebene Uebersicht aus-

1) So Seuffert, Prakt. Pandektenr. II, § 266, Anm. 10 und Blätter für R.-Anwendung XIII, S. 309. Förster-Eccius, Theorie u. Praxis I, § 85, Anm. 53, 54 und wohl auch Baron Pand. 5. Aufl., § 289, Anm. 20 und Treitschke, Kaufkontrakt § 97.

2) Windscheid, Lehrb. 5. Aufl. II, § 394, Anm. 12, 12 a. Aehnlich Hanausek a. a. O. I, S. 146, der jedoch die Annahme eines Verzichts für quaestio facti erklärt. Die Unterscheidung, dafs nur «Dispositionen nach erfahrenem Mangel» dem Käufer die Redhibitionsklage entziehen, hat auch schon Holzschuher, Theorie u. Kasuistik III, § 244, No. 13.

3) Sintenis, Prakt. gem. Civilr., 3. Ausg., II, § 116, Anm. 114—116. Uebereinstimmend Goldschmidt in seiner Ztschr. f. H. R. I, S. 122 und Fitting das. II, S. 271. Vgl. auch schon Donellus ad tit. Dig. de aed. ed., Cap. V, No. 14 (opp. ed. Luc. 1762—1770. X, col. 1320), der freilich nur von der Tödtung eines Sklaven redet.

4) Dies erkennen sogar die für das Preufs. R. ergangenen Erkenntnisse an; so das R. G. in Entsch. III, S. 215 und bei Gruchot, Beiträge XXVI, S. 410; das Obertribunal bei Striethorst, Archiv XLV, S. 286.

5) Am weitesten geht in der Ausschließung der a. redhibitoria und bez. auch der a. q. m. das R. O. H. G. Vgl. Entsch. X. S. 273. (Nach Abdämpfung des als fehlerhaft gerügten Tuchs durch den Käufer «kommt es auf die Fehlerhaftigkeit nicht mehr an».) XI, S. 202. («Es ist ein allgemein gültiger Grundsatz, dafs der Käufer, welcher über das Kaufobjekt durch Veräußerung, Verbrauch u. s. w. verfügt, dadurch der Redhibitionsbefugnifs verlustig wird», arg. 4 leges Digestorum.) Ein Rechtsgrund des Ver-

weist, bei der auch die Entscheidungen des R. O. H. G. mit benutzt werden konnten, weil deren Begründungen sich meist keineswegs auf das Handelsrecht beschränken.

Angesichts dieser großen Meinungsverschiedenheit wird es zweckmässig sein, vor allem die Sätze festzustellen, welche sich unmittelbar aus den Quellen ergeben, erstens für die a. redhibitoria und dann für die a. q. minoris.

Bei der ersteren, welche nicht blos den beklagten Verkäufer zur Rückgabe des Kaufgeldes, sondern auch den klagenden Käufer zur Redhibition der Sache verpflichtet, wurden bekanntlich beide Verpflichtungen zunächst durch arbitrium iudicis ausgesprochen, und erst dann, wenn der Käufer der seinigen (reell oder durch Kautio) genügt, das Kaufgeld aber trotzdem nicht zurückerhalten hatte, der Verkäufer in letzteres kondemniert. Zufällige Unmöglichkeit, die Sache überhaupt

lustes wird in diesen beiden Entscheidungen gar nicht angegeben. — XIII, S. 353. (Da der Käufer von 100 Sack Erbsen mit den verdorbenen 75 auch die unverdorbenen 25 versteigert hat, so hat er «durch dies Hinausgehen über seine Befugniss auf sein Interesse, vom Vertrage abzugehen, stillschweigend verzichtet».) XVI, S. 322. (Käufer hat von 50 Sack Korn 2 Sack mahlen und verbacken lassen, 48 Sack, nachdem er sie als fehlerhaft zur Disposition gestellt, versteigert. «Nach bekannten Grundsätzen» (arg. 5 leges Dig.) hat er durch diese eigenmächtigen Verfügungen, auch wenn es nicht seine Absicht war, die Waare zu genehmigen, seiner Redhibitionsbefugniss präjudiziert.) Aehnlich auch VI, S. 331, XVIII, S. 330, und Seuffert, Archiv VII, No. 296 (O. A. G. Darmstadt). XVI, No. 106 (Jur. Fak. Halle). Vgl. auch XXII, 29 (O. Tr. Stuttgart. Weiterverkauf mit Gewinn schließt a. q. m. aus.) und die Entscheidungen bei Goldschmidt, Ztschr. f. H. R. XVII, No. 68 S. 270; XXIV, No. 70 S. 272, No. 86 S. 299; XXV, No. 103 S. 268. Erheblich weniger weit gehen folgende Urtheile: Seuff. Arch. II, No. 24 u. 170 (O. A. G. Dresden. Verfügung in Kenntniß des Mangels und mit der Folge, dafs Käufer dieselbe Sache zurückzugeben aufser Stande ist, kann Verzicht enthalten). V. 269. (O. Tr. Stuttgart. Wiederveräußerung schließt a. q. min. gar nicht, und a. redh. nur bis zum Rückwerb aus). XVI, 106 (O. A. G. Zerbst; ebenso), XXXII, 122 (O. A. G. Celle, ebenso). — Einen entgegengesetzten Standpunkt nehmen ein Seuff. Arch. XIX, 131 (O. A. G. Oldenburg. Disposition über die Waare bewirkt nicht Ausschluss des Käufers mit seinen Ausstellungen. — Anders freilich dasselbe Gericht im Archiv f. d. Praxis des Oldenb. Rechts VII, S. 189). XXI, 34. (O. A. G. Wolfenbüttel. Vernichtung der Sache durch den Käufer ist nach denselben Prinzipien zu behandeln, wie bloße Verschlechterung). XXXVII, 302 (A. G. Braunschweig. Weiterveräußerung des einen von zwei erkauften Pferden ohne Kenntniß der Fehlerhaftigkeit des andern schließt a. redh. für beide nicht aus). III, 27, 28 u. XXXIII, 116 (O. A. G. Lübeck und R. O. H. G. Weiterverkauf der Sache, wenngleich mit Vortheil, schließt a. q. m. nicht aus). Aehnliche Entscheidungen auch in Striethorst's Archiv für Rechtsfälle Bd. 74, S. 250, in Goldschmidt's Ztschr. f. H. R. XVII, No. 65, S. 267; XXIV, No. 87—89, S. 300—302; XXV, No. 94, S. 258 und in Busch's Archiv für H. R. VIII, S. 249 und XVII, S. 278. Auch das oft für die gegenheilige Meinung angeführte Erk. Seuff. X, 149 verneint in Wahrheit bei bona fide geschehener Weiterveräußerung nur ein Recht des Verkäufers, statt Preisminderung, Redhibition zu wählen.

oder unversehrt zu redhibiren, hob insoweit die Verpflichtung des Klägers, aber nicht auch seinen Anspruch auf;<sup>1)</sup> er hatte nur unter Umständen die nachträgliche Gewährung dessen, was er wieder erlangen würde, zu versprechen.<sup>2)</sup> Aber auch wenn jene Unmöglichkeit fahrlässig oder vorsätzlich vom Käufer selbst oder durch eine von ihm zu vertretende Handlung herbeigeführt war, galt der Redhibitionsanspruch mit nichten als erloschen, sondern es wurde nur der dadurch dem Verkäufer entgehende Werth geschätzt und von dem zu erstattenden Kaufgeld abgezogen,<sup>3)</sup> sei es schon im arbitrium iudicis, sei es, wenn der Hinderungsgrund sich erst nach diesem ergab, in der condemnatio.

Man mag diesen Ersatz einer dem Käufer obliegenden Naturalleistung durch Geld mit dem römischen Prinzip der pecuniaria condemnatio in Zusammenhang bringen. Aber der tiefere Grund liegt doch darin, daß eben Recht und Billigkeit es verbieten, einen Anspruch des Käufers auf Erstattung des Kaufgeldes, das vielleicht 1000 beträgt, darum auszuschließen, weil der Käufer die Sache, die vielleicht 500 werth ist, hat schadhafte werden oder zu Grunde gehen lassen. Auch ist zu erwägen, daß, wenn (wie praktisch unumgänglich) eine bloße Verschlechterung der Sache den Redhibitionsanspruch nicht ausschließen soll, man folgerecht das gleiche auch von einer Vernichtung gelten lassen muß, da erstere ökonomisch oft von der letzteren kaum zu unterscheiden ist. Man darf auch nicht etwa meinen, daß, wenn man wegen Unmöglichkeit der Naturalredhibition die Wandelklage erlöschen ließe, für den Käufer immer noch genügend

<sup>1)</sup> Als solche Zufälle werden erwähnt außer Tod und Verschlechterung (l. 31 § 6, l. 38 § 3 D. h. t.) auch Flucht des Sklaven (l. 21 § 3, l. 44 § 2 D. eod.) und Raub (l. 43 § 8 D. eod.). Auch darf man sich nicht irre machen durch die bei den Neueren fast durchweg unbeachtet gebliebene l. 5 C. de aed. act. 4, 58 (= l. 1 C. Th. eod. 3, 4). Hier wird die Redhibitionsklage bei einem mancipium an die Bedingung geknüpft: «si illud quod dixerit fugitivum, poterit exhibere». Die westgoth. Interpretation, die Glosse u. a. m. verstehen dies dahin: si probaverit fugitivum esse. Diese Erklärung ist nun freilich wohl unhaltbar. Aber exhibere bedeutet doch keineswegs, wie z. B. Pothier (Pand. Just. ad h. t. No. 62) meint, soviel als redhibere, sondern die Vorführung des entflohenen Sklaven vor den Magistrat (l. 1 § 1 D. de fugit. 11, 4). Also enthält die Stelle nur eine spätere Singularität des Sklavenrechts. Sonst würde sie ja auch gerade in dem Fall die redhibitoria ausschließen, wo die Unmöglichkeit der Rückgabe durch den vom Verkäufer zu vertretenden Fehler herbeigeführt ist, und das wird selbst im Preuß. und Französ. R. verneint!

<sup>2)</sup> Vgl. l. 21 §§ 2, 3 D. h. t.

<sup>3)</sup> Vgl. l. 1 § 1, l. 25 § 1—4 D. h. t. Vielleicht lautete dann die Formel: tum si arbitrato tuo is homo, aut si Ai Ai opera familiae procuratorisve eius demortuus est, quanti ea res est, No No reddetur etc.

gesorgt sein würde durch die Minderungsklage. Denn da die letztere ja nur den verabredeten Kaufpreis nach Verhältniß des Werths der fehlerlosen zum Werth der fehlerhaften Sache mindert,<sup>1)</sup> so ist sie für den Käufer in allen den Fällen weniger vortheilhaft, als die redhibitoria, in welchen der verabredete Kaufpreis den Werth der Sache, auch abgesehen von ihrem Fehler, überstieg. Wer z. B. eine Sache, die ohne Fehler 750 werth gewesen wäre, wegen eines solchen aber nur einen Werth von 500 hat, um 1000 gekauft und dann durch Fahrlässigkeit gänzlich entwerthet hat, könnte mit der a. q. m. den Preis nur um  $\frac{1}{3}$  herabsetzen, also nur  $1000 - 666\frac{2}{3} = 333\frac{1}{3}$  zurückfordern, während er mittelst der redhibitoria  $1000 - 500 = 500$  wiedererhält.<sup>2)</sup> Fraglich wird dabei nur, ob, wenn der Redhibitionskläger die Sache selbst nicht zurückgeben kann, der beklagte Verkäufer wirklich sich allemal mit dem Ersatz des gegenwärtigen einfachen Sachwerthes begnügen muß, der ja möglicher Weise sein Interesse an der Wiedererlangung der Sache selbst (man denke nur an ein aus einem Viergespann abverkauftes Pferd) keineswegs deckt. Die Bejahung dieser Frage würde dahin führen, daß man dem Käufer, der die Sache schuldhaft hat zu Grunde gehen lassen, gestattet, mit Hilfe der a. redhibitoria seine Zahlung allemal auf den Betrag herabzusetzen, den er bei richtiger Werthschätzung für die Sache bewilligt hätte, und somit eine, auch abgesehen von dem Fehler der letzteren übermäßige Preisbestimmung nachträglich zu verbessern, während gleichzeitig der Verkäufer statt der Sache nur einen Betrag in Händen behält, für den er sie vielleicht trotz ihrer Fehlerhaftigkeit nie weggegeben haben würde.

Die Römer sprechen sich über diesen Punkt nirgend klar aus; sie sagen nur, daß Verschlechterung oder Untergang der Sache «aestimetur et venditori praestetur» u. dgl. m. In der That aber wird nach der

<sup>1)</sup> Für diese «relative» Preisminderung, die am ausführlichsten Hellweg im Archiv für civ. Pr. LIX, S. 35 ff. vertheidigt, hat sich bekanntlich auch das R. O. G. H. Entsch. XV, S. 328 und das R. G. bei Goldschmidt, Ztschr. XXVI, S. 576 ausgesprochen; desgleichen Windscheid, Dernburg, Eccius u. a. m.

<sup>2)</sup> Goldschmidt in seiner Ztschr. f. H. R. I, S. 122 macht die gehaltreiche Bemerkung, daß bei Untergang der Sache durch Schuld des Käufers der an sich statthafte Anspruch auf Restitution des Kaufgeldes in der Regel faktisch durch den Entschädigungsanspruch des Verkäufers paralysirt werde. Dies trifft vollständig alsdann zu, wenn der Kaufpreis für die vermeintlich fehlerlose Sache nur ebenso viel oder gar weniger betrug, als die fehlerhafte Sache werth war. Je mehr aber umgekehrt der Kaufpreis den Werth der fehlerhaften oder gar den der fehlerlosen Sache überstieg, desto mehr muß auch der Ueberschuß betragen, der von dem Kaufgeld nach Abzug des Werthersatzes für die Sache noch mit der a. redhibitoria zurückzufordern bleibt.

allgemeinen Regel, daß ein Schuldner, der zur Leistung der geschuldeten Sache in Folge von culpa außer Stande ist, das Interesse zu gewähren hat, auch der Käufer als Redhibitionskläger für schuldig erachtet werden müssen, dem Verkäufer nicht bloß den objektiven Werth der vernichteten Sache, sondern sein volles Interesse am Besitz derselben, das offenbar mehr, aber nie weniger als jener Werth betragen kann, zu vergüten.

Während auf diese Weise die Pflichten des Käufers bei der redhibitoria bestimmt sind, ist von solchen bei der *a. q. min.* überhaupt nicht die Rede. Daher lassen denn auch die Quellen — von einer einzigen Stelle abgesehen — die Rechte des Käufers bei dieser Klage von Ereignissen, welche die Kaufsache inzwischen betroffen haben, völlig unberührt bleiben.

Den Beweis für die bisher erwähnten Sätze liefern folgende Stellen.

1) L. 1 § 1 D. h. t. Si quid autem post emtionem traditionemque deterius emtoris opera familiae procuratorisve eius factum erit, — — ut ea omnia restituat.

2) L. 23 pr. D. eod. Cum autem redhibitio fit, si deterius mancipium — — ab emtore factum est, praestabit emtor venditori, ut puta si stupratum sit aut saevitia emtoris fugitivum esse coeperit; et ideo (?), inquit Pomponius, ut ex quacunque causa deterius factum sit, id arbitrio iudicis aestimetur et venditori praestetur. Das erste der hier gebrauchten Beispiele zeigt, daß der Redhibitionsanspruch nicht nur bei schuldvoller, sondern auch bei vorsätzlicher Entwerthung der Kaufsache, und das zweite, daß er nicht nur bei absoluter, sondern auch bei bloß subjektiver<sup>1)</sup> Unmöglichkeit der Sachrückgabe bestehen bleibt.

Uebereinstimmend damit ist

3) L. 25 pr. — § 8 und l. 31 §§ 9. 11. 12 D. eod. Insbesondere § 9 cit. erkennt den Redhibitionsanspruch an, trotz kulposer oder doloser Verschlechterung des Sklaven durch einen Erben des Käufers,<sup>2)</sup> § 12 entscheidet ebenso «quamcunque occasionem morti emtor praestitit», und § 11 erklärt, daß in solchem Fall der gestorbene Sklave pro vivo habendus est, und praestentur ea omnia, quae praestarentur si viveret.

<sup>1)</sup> L. 44, § 2 D. h. t. redet ebenfalls von Redhibition bei fuga servi.

<sup>2)</sup> Wenn l. 31, § 9 cit. sagt, daß die Miterben «impediuntur redhibere», so ist damit natürlich nicht eine Ausschließung der *a. redhibitoria* gemeint, sondern die Unmöglichkeit, durch einfache Rückgabe des Sklaven «facere ut rursus habeat venditor quod habuerit» (l. 21 pr. D. h. t.).

4) L. 38 § 3 dehnt auch diese Sätze vom Sklaven ausdrücklich auf den Viehkauf aus. Endlich

5) vom Falle der Weiterveräußerung durch den Käufer redet l. 43 § 8 D. h. t. Pignus manebit obligatum etiamsi redhibitus fuerit servus; (quare) quemadmodum si eum alienasset aut usum fructum eius, non recte redhiberet nisi redemptum, sic et pignore liberatum redhibebit.<sup>1)</sup>

Die Worte «non recte redhiberet nisi redemptum» u. s. w. sprechen nun offenbar aus, daß der Käufer seiner Verpflichtung durch eine Naturalredhibition nur nach vorheriger Ablösung des an dem Sklaven bestellten fremden Rechts genügt. Sie sprechen dagegen keineswegs aus, was man fast immer annimmt, daß er überhaupt nur auf diese Weise, nicht aber, wenn die Ablösung ihm mißlingt, auch durch Werthersatz die Redhibition bewirken, und daß er daher vor jener Ablösung eine Condemnation gar nie erreichen, geschweige denn, daß er vorher die redhibitoria nicht einmal anstellen könne.<sup>2)</sup> Es wäre doch auch sonderbar, wenn z. B. der Käufer um deswillen, weil er das gekaufte Haus mit einer erst nach Jahr und Tag kündbaren geringen Hypothek belastet hat, dasselbe wegen des schwersten, nunmehr entdeckten Fehlers nicht mehr sollte redhibiren können, obgleich er bereit ist, dem Verkäufer für den Betrag der Hypothek anderweitige Deckung zu gewähren! Auch wäre schlechterdings nicht einzusehen, warum zwar ein Käufer, der die Sache dolos vernichtet oder ihre Entwendung verschuldet oder den Sklaven in eine Noxalhaftung verwickelt, die Sklavin durch Unzucht entwerthet hat, durch Werthersatz sich den Redhibitionsanspruch sollte bewahren können, dagegen nicht auch derjenige, der an der Sache in durchaus erlaubter, vielleicht schon bei dem Kaufe vorgesehener Weise eine Pfand- oder Servitutenbestellung oder eine Eigenthumsübertragung vorgenommen hat. Was verschlägt es denn dem Verkäufer, ob die Schuld des Käufers, durch die er sich die Rückgabe der Kaufsache unmöglich gemacht hat, in dieser oder in jener Form zu Tage getreten ist? Entweder muß das Recht des Verkäufers auf Rückempfang der Sache in allen jenen Fällen den

<sup>1)</sup> Ich gebe den Text der Kürze wegen nicht genau nach dem verderbten Wortlaut der Flor., sondern mit kleinen durch die Grammatik erfordernden Modifikationen.

<sup>2)</sup> So Hanausek I, S. 146. Richtiger Seuff. Arch. XXXIII, 10. Uebrigens berührt den Fall einer vom Käufer geschehenen Weiterveräußerung oder dem Sklaven aufgebürdeten Noxalhaftung auch l. 46 D. h. t. Nach l. 23, § 8 soll der Käufer unter Umständen zur Erhaltung seines Redhibitionsanspruchs der noxae deditio an einen Dritten sogar den Vorzug geben vor der Zahlung der litis aestimatio! Verpfändung durch den Käufer erwähnen auch l. 21, § 1 D. h. t. und l. 4 pr. D. quib. mod. pign. 20, 6.

Redhibitionsanspruch ausschließen, oder es muß in allen Fällen gegen eine Geldentschädigung zurücktreten. Und da nun das erstere nach den Quellen entschieden nicht der Fall ist, so müssen wir das zweite, wie bei Tödtung und Entwerthung, so auch bei Veräußerung annehmen, vorausgesetzt nur, daß es dem Käufer nicht, oder doch nicht anders, als mit Opfern, die man ihm nicht zumuthen darf, möglich ist, jene Veräußerung rückgängig zu machen.

Dabei erhebt sich noch die besondere Frage, über welche unsere Stelle leider schweigt: wie, wenn der Käufer vor der Redhibition die von ihm weiter verkaufte Sache für einen geringeren Preis oder gar ohne Entgelt (z. B. durch Vermächtniß od. dgl.)<sup>1)</sup> zurückerworben hat? Muß er dann neben der Naturalredhibition auch den Ueberschufs des von ihm erzielten Erlöses über die Rückerwerbskosten dem Verkäufer abliefern? Gewiß ist diese Frage zu bejahen. Denn da restituirt werden muß *quidquid extra rem emtoris per eum servum acquisitum est* (l. 24 D. h. t.), so wird darunter, so gut wie Miethsgelder, oder ein von Sklaven erworbenes Erbvermögen oder *Pekulium*, oder eine *poena privata*,<sup>2)</sup> auch jener Gewinn aus Verkauf und Rückerwerb zu rechnen sein! Sonst würde ja auch das Resultat sein, daß der Käufer einerseits den Erfolg des Kaufs rückgängig machen, andererseits gewisse daraus erzielte Vortheile behalten könnte, was der l. 23 § 1 D. h. t. widerspräche.

Ehe wir uns nunmehr zur Besprechung der letzten noch übrigen *lex* wenden, sei im Rückblick auf die bisherigen fünf (genauer sechs) Stellen nur noch konstatiert, daß keine einzige derselben einen Unterschied macht, ob die vom Käufer getroffene Verfügung vor oder nach Entdeckung des Fehlers geschehen ist, so wie daß keine derselben aus irgend einer solchen Verfügung eine *exceptio*, die zur Abweisung der *a. redhibitoria* führen würde, ableitet. Der *a. q. minoris* gedenkt im Zusammenhang mit dem Untergang der Sache unter den bisher erwähnten Stellen überhaupt nur l. 44, § 2 D. h. t., und auch diese nur, um den Zweifel an ihrer fortdauernden Zuständigkeit zu verwerfen.

Es bleibt nun 6) noch l. 47 pr. § 1 l. 48 pr. D. h. t. zu erörtern.

In l. 47 § 1. *Post mortem hominis aediliciae actiones manent*, nimmt zunächst Paulus, ebenso wie die übrigen Juristen, die Fortdauer der (beiden) ädilizischen Klagen auch beim Tode des gekauften Sklaven an, ohne diesen Satz etwa auf zufällige Tödtung zu beschränken.

<sup>1)</sup> Vgl. Girtanner Rechtsfälle, No. 348.

<sup>2)</sup> Vgl. l. 1, § 1, l. 23, § 9, l. 31, § 4, l. 43, § 5 D. h. t.

Daran haben dann aber die Compileroren als l. 48 pr. ein Bruchstück des Pomponius angehängt, welches im Anschluß an die Worte der l. 47 § 1: *aediliciae actiones manent*, fortfährt: *si tamen sine culpa actoris familiae eius vel procuratoris mortuus sit*. Daraus will man nun durch ein *argumentum a contrario* den Satz ableiten: *sin autem culpa actoris mortuus sit, aediliciae actiones non manent*. Allein dieser Satz wäre nach dem bisherigen für die *a. q. min.* durchaus unrichtig, da diese, wie wir gesehen, durch Untergang der Sache in keiner Weise berührt wird. Er wäre aber auch für die *a. redhibitoria* nur halb richtig, insofern diese bei kulposer Tödtung doch immer «*manet*», nur freilich nicht unverändert, weil an Stelle der Sache Werthersatz tritt. Folglich können die Worte des Pomponius in ihrem ursprünglichen Zusammenhang nicht jenen Satz ausgedrückt haben, sondern gewiß nur die allgemeine Lehre vom Werthersatz, der auch Pomponius nach l. 23 pr. D. h. t. zustimmte. Sollen wir nun etwa annehmen, daß die Compileroren jenen Satz als eine Neuerung Justinian's einführen wollten? Für diese Annahme reicht doch sicher ein *argumentum a contrario* gegenüber der Aufnahme zahlreicher widersprechender Stellen nicht aus. Die Verknüpfung der l. 47 § 1 und der l. 48 pr. erscheint daher nur als ein neues Beispiel des in dieser Richtung von den Compileroren so vielfach bewiesenen Ungeschicks.<sup>1)</sup>

Dagegen scheint nun wirklich mit allen bisher entwickelten Sätzen in Widerspruch zu treten die l. 47 pr. (Paul.). *Si hominem emptum manumisisti, et redhibitoriam et quanti minoris denegandam tibi Labeo ait; sicut duplae actio periret: ergo et quod adversus dictum promissumve<sup>2)</sup> sit, actio peribit*. Diese Stelle versagt dem Käufer, der den gekauften Sklaven freigelassen hat, die beiden ädilizischen Klagen, ebenso wie die Klage aus der *stipulatio duplae* wegen Eviktion und die aus der *stipulatio sanum esse etc.* Dies hat man unzählige Male dahin verallgemeinert,<sup>3)</sup> daß der Käufer irgend einer Sache, der diese an einen Dritten veräußert (oder, wie Windscheid vorsichtig hinzusetzt, in Kenntniß der Fehlerhaftigkeit veräußert), die Redhibitionsklage verliere. Allein welches sollte der gemeinsame Grund sein, der diese Entscheidung für die Veräußerung einer Sache ebenso rechtfertigt, wie für die Manumission eines Sklaven? Man sucht diesen Grund (wenn man ihn überhaupt sucht) darin, daß die beiden Arten von

<sup>1)</sup> Man denke nur an l. 15, § 7 fin. und l. 16 D. de usufr. 7, 1.

<sup>2)</sup> Hier schaltet Mommsen scharfsinnig ein «*commissum*».

<sup>3)</sup> So zuletzt namentlich R. O. H. G., Entsch. XI, S. 202, XVI, S. 323.



Verfügung ein der Redhibition zuwiderlaufendes Verhalten darstellen, nach welchem der Käufer auf die Redhibition zurückzukommen nicht mehr berechtigt sei, — sei es nach seinem eignen Willen, weil er darauf verzichtet, sei es nach der Absicht des Gesetzes, weil er jenes Recht verwirkt habe. Indessen dieser Grund, wenn er im Sinne der Römer läge, würde erstens offenbar dieselbe Entscheidung auch bei vorsätzlicher Vernichtung der Sache durch den Käufer nach sich ziehen, während doch bei dieser, wie oben ausgeführt, alle Stellen die Redhibitionsklage mit Werthersatz dem Käufer offen halten. Und zweitens würde jener Grund immer höchstens den Ausschluß der a. redhibitoria, nicht auch den der a. q. minoris rechtfertigen können; unser Gesetz aber legt der Manumission für beide ädilische Klagen, ja auch für die a. ex stipulatu auf das Interesse an der Fehlerfreiheit ausschließende Wirkung bei. Auch bleiben diese beiden Einwendungen bestehen, selbst wenn man mit Windscheid die Stelle auf den Fall beschränkt, daß die Veräußerung mit Kenntniß des Fehlers vorgenommen wurde. So kann denn das die l. 47 pr. bestimmende Moment nicht ein der Manumission und der Veräußerung gemeinsames, sondern nur eine Eigenthümlichkeit der ersteren sein. Und das ist denn in der That der Fall.

Denn durch die Manumission wird eben aus der bisherigen Sache ein liberum corpus quod non recipit aestimationem (l. 7 D. de his qui effud. 9, 3). Die Mängel eines solchen aber, d. h. eines nunmehrigen freien Mannes zum Gegenstand eines Rechtsstreits und richterlicher Schätzung zu machen, wäre geradezu unschicklich, und aus diesem Grunde will Paulus im Anschluß an Labeo nicht bloß die ädilischen, sondern auch die anderen, auf die frühere Sklavenqualität des Mannes gegründeten Klagen gleich von vornherein denegirt wissen. Freilich scheint es, daß andere Juristen auch nicht einmal bei der Manumission solche Ausnahmen gelten ließen; denn nach l. 16 § 2 D. de evict. 21, 2 erklärten Proculus und Pomponius die actio aus der Stipulation sanum esse u. s. w. für nec morte nec manumissione erlöschend. Um so entschiedener aber folgt daraus, daß wir nicht berechtigt sind, die Singularität der l. 47 pr. D. h. t.<sup>1)</sup> auf die Veräußerungen überhaupt zu erstrecken.

<sup>1)</sup> Gewöhnlich wird als Parallelstelle zu l. 47 pr. D. h. t. noch l. 25 D. de evict. 21, 2 angeführt: si servum, cuius nomine duplam stipulatus sis, manumiseris, nihil ex stipulatione consequi possis, quia non evincitur, quominus habere tibi liceat, quem ipse ante voluntate tua perdideris. (S. z. B. Hanausek I, S. 147, Anm. 41.) Aber mit Unrecht. Denn erstens wird ja hier der Sklave gar nicht frei, da er von einem Nichteigenthümer

Dies haben denn so manche Neuere auch bereits anerkannt<sup>1)</sup>. Aber auch wenn einige derselben wenigstens soviel aufrecht erhalten wollen, daß man die Fälle einer Dereliction der Kaufsache oder einer Niederreißung des gekauften Hauses nach Analogie der l. 47 pr. behandeln könne,<sup>2)</sup> ist ihnen dies nicht einzuräumen. Oder wäre es nicht z. B. ungerecht, dem Käufer, der das Haus umbauen will und dabei entdeckt, daß die Pfeiler statt massiv gebaut, vielmehr mit Schutt gefüllt sind, und darum weder erhebliche Lasten ausgehalten haben würden, noch das erwartete Abbruchmaterial ergeben, dennoch die Redhibitions- und auch die Preisminderungsklage zu versagen — wegen der Analogie des Manumissors!<sup>3)</sup> Und auch derjenige, welcher die gekaufte Sache derelinquirt hat, entzieht sie doch der Wiedererlangung noch nicht so absolut, wie der Zerstörer, sondern nur etwa in demselben Maße, wie der, welcher den Sklaven oder das Thier zur Flucht veranlaßt hat oder sich hat stehlen lassen. Warum sollte er nun nicht nach Analogie dieser aller, sondern strenger als sie, nach derjenigen des Manumittenten behandelt werden? —

Nach alledem ist in den Quellen, von dem singulären Falle der Manumission abgesehen, nirgend die Entscheidung aufgestellt, daß eine Verfügung des Käufers über die Sache seine ädilischen Klagen ausschliesse. Insbesondere wird ein dem Kaufe nachfolgender vertragsmäßiger Verzicht auf dieselben zwar in l. 31 D. de pact. 2, 14 als möglich anerkannt, und es wurde im Falle eines solchen wohl eine exceptio doli oder in factum concepta nach Art der in l. 14 § 9 D. h. t. erwähnten gegeben. Aber der Gedanke, daß er auch schon durch eine einseitige Verfügung des Käufers über die Sache stillschweigend

erworben war (vgl. l. 26 D. eod.), und zweitens bildet den Entscheidungsgrund hier der Wortlaut der Stipulation, die auf «iudicio evinci quominus habere liceat» gestellt war und also nach freiwilliger Entlassung durch fremde Eigenthumsansprüche nicht fällig werden konnte. Irrig wird l. 25 cit. erklärt bei Seuff. XVI, 106. Vgl. übrigens l. 76 D. eod.

<sup>1)</sup> Für die beschränkte Anwendbarkeit der l. 47 pr. vgl. schon die Glosse: si hominem fin. (liber homo non recipit aestimationem), desgl. Donellus (ad tit. Dig. de aed. ed., cap. V, No. 14 in opp. ed. Luc. 1766, vol. X, col. 1321), freilich mit der sonderbaren Begründung: quasi suum omnino manere (!) voluerit qui manumisit! Ferner Kori a. a. O. S. 80, Anm. 9. Hanausek I, S. 147 u. die Entscheidungen bei Seuffert Arch. V, 269, XXI, 34, bei Goldschmidt Ztschr. f. H. R. XXV, S. 259, in Busch's Archiv f. H. R. VIII, S. 249 u. im Archiv für die Praxis des Oldenb. R. VII, S. 189.

<sup>2)</sup> So zuletzt Hanausek I, S. 147, Anm. 41, während er doch im Text mit Recht die Eigenartigkeit der Manumission anerkennt. Von früheren vgl. Gesterding a. a. O. S. 41 und die Entscheidung im Archiv f. Praxis des Oldenb. R. VII, S. 190. Auf alle Fälle unentgeltlicher Begebung soll die l. 47 pr. ausgedehnt werden nach Seuff. Arch. V, 269.

<sup>3)</sup> Freilich ist dennoch so erkannt in dem oben S. 163 angeführten Urtheil bei Carpzov Dec. p. III, dec. 222.

erklärt werde, ist doch von keinem Römischen Juristen geäußert worden.

Unter solchen Umständen fragt es sich nur, ob etwa unabhängig von Römischen Quellenaussprüchen Gründe vorhanden sind, welche dem Käufer wegen einer Verfügung über die Sache die a. redhibitoria oder q. m. entziehen?

Eine neue Rechtsbildung hat sich in Deutschland nur insofern vollzogen, als das römische arbitrium de restituendo weggefallen, und dafür bei der a. redhibitoria eine Condemnation des beklagten Verkäufers zur Leistung Zug um Zug eingeführt ist. Es wird daher dem Kläger die Verpflichtung zur Redhibition der Sache erst in dem den Beklagten zur Kaufgelderstattung verurtheilenden Erkenntniß auferlegt, und damit zugleich das Recht des Beklagten, das Kaufgeld bis zur Redhibition der Sache zu retiniren,<sup>1)</sup> rechtskräftig festgestellt. Eine wichtige Consequenz davon ist, daß der Kläger nicht schon zur Zeit der Verurtheilung oder gar der Klaganstellung, sondern erst bei der Zwangsvollstreckung zur Redhibition der Sache im Stande zu sein braucht.<sup>2)</sup> Der Beklagte kann ihn zwar vorher durch Anerbieten der verlangten Preiserstattung gegen Redhibition der Sache in Verzug versetzen, aber er kann auf den Umstand allein, daß Kläger zur Redhibition der Sache außer Stande sei, keine Einrede gegen die Klage gründen; es liegt vielmehr lediglich im Interesse des Klägers, vor dem Urtheil zu erwägen, ob er die in dasselbe aufzunehmende Condemnationsbedingung auch werde erfüllen können, weil andernfalls das Urtheil für ihn thatsächlich unvollstreckbar bleibt. Wenn der Kläger dagegen behauptet, daß seine Pflicht zur Redhibition der Sache selbst erloschen oder in eine Pflicht zum Werthsersatz umgewandelt sei, so hat er diese Behauptung je nach dem Zeitpunkt, in welchem das ihren Grund bildende Ereigniß eingetreten ist, vor dem Urtheil oder in der Exekutionsinstanz anzubringen. Die Entscheidung dieser Frage aber ist, weil rein materiellen Charakters, in allen Fällen vom Prozeßrichter,<sup>3)</sup>

1) Diese sonst unbeachtete Anwendung des Retentionsrechts wird mit Recht hervorgehoben von Goldschmidt Handb. d. H. R. I, 2, § 93, Anm. 2, 6, 28; vgl. § 95, Anm. 1.

2) So das Ober-Tribunal zu Berlin in Striethorst's Archiv für Rechtsfälle, Bd. 74, S. 250 und Dernburg Lehrb. d. Preufs. R., II, 3. Aufl., § 144, Anm. 18.

3) Die C. P. O. enthält bekanntlich keine besondere Bestimmung über die Vollstreckung eines auf eine Leistung Zug um Zug gerichteten Urtheils, und der Antrag des Abg. Bähr, eine solche Bestimmung aufzunehmen (Prot. S. 351 = 810 Hahn) wurde in der R. T. Kommission leider abgelehnt. Doch wird man sagen müssen, daß wenn der Kläger gegen das ihm eine Leistung Zug um Zug auferlegende Urtheil den Einwand erhebt, seine Leistungspflicht sei inzwischen weggefallen oder umgestaltet, dies eine Einwendung von

und zwar, (soweit nicht eine neue Codifikation maßgebend ist), wieder lediglich nach den Regeln des Römischen Rechts zu treffen, so daß neben den direkten Aussprüchen desselben nur die Consequenzen seiner Prinzipien in Betracht kommen.

Ueberblickt man nun die unendlich mannigfachen möglichen Fälle, so empfiehlt es sich, dieselben in gewisse Gruppen zu ordnen und dabei statt aller Arten von Verfügungen über die Sache einstweilen nur die Veräußerung in's Auge zu fassen, nach der dann analog die übrigen zu beurtheilen sind. Wir unterscheiden also folgende Combinationen:

Der Käufer hat die Veräußerung der Sache vorgenommen

I. ohne Kenntniß des Fehlers, und sodann später die Sache  
a) wieder zurückerworben, b) nicht wieder zurückerworben;

II. mit Kenntniß des Fehlers; später ist wiederum Rückerwerb  
entweder a) eingetreten oder b) nicht eingetreten.

Am einfachsten erledigt sich der Fall

I. a) Veräußerung der Sache ohne Kenntniß des Fehlers,  
mit späterem Rückerwerb.

Hier ist vor allem möglich, daß der Rückerwerb unfreiwillig und mit dem Erfolge stattgefunden hat, daß dem Käufer aus der Weiterveräußerung keinerlei Vortheil verblieb; so z. B. wenn der zweite Käufer dem ersten die Sache wegen des Fehlers redhibirt oder kraft eines pactum de retroemendo wieder aufgenöthigt hat. In solchen Fällen nun geben, wie oben S. 163 erwähnt, die meisten zu, daß dem ersten Käufer die ädilischen Klagen gegen seinen Verkäufer zu belassen sind. Möglich ist aber auch, daß der Käufer von seinem Abnehmer die Sache freiwillig wiedererwarb, sei es ohne, sei es mit Zurückbehaltung eines Vortheils aus der Weiterveräußerung. Das erstere liegt nicht bloß bei jedem freiwilligen Rückkauf zu gleichem oder höherem Preise, sondern auch z. B. dann vor, wenn der Käufer die Sache wegen ihres Fehlers von seinem Abnehmer aus bloßer Anstandsücksicht zurücknahm und dafür entweder das erhaltene Aequi-

der Art ist, welche «den durch das Urtheil festgestellten Anspruch selbst betrifft» (C. P. O. § 686) und darum «im Wege der Klage» (auf Abänderung der Zwangsvollstreckung) «bei dem Prozeßgericht erster Instanz geltend zu machen ist». Die Commentare zur C. P. O. erörtern diesen Fall nicht. Struckmann-Koch zu § 685—689 meint sogar ausdrücklich, von Einwendungen gegen den festgestellten Anspruch könne nur auf Seiten des Schuldners die Rede sein. L. Seuffert zu § 686, 664 bespricht zwar eingehend die Leistung Zug um Zug, erwähnt aber doch nur Einwendungen gegen die Ordnungsmäßigkeit der vom andern Theil gemachten Leistung.

valent herausgab oder ein solches nicht herauszugeben hatte, weil die Sache schenkungsweise von ihm weggegeben war. Das letztere dagegen ist der Fall, wenn etwa der Käufer die Sache weiter verkauft und dann durch Vermächtniß od. dergl. zurückerworben hat.<sup>1)</sup> Viele nun wollen, wie S. 164 angegeben ist, auch in den Fällen freiwilligen Rück-erwerbs dem Käufer die ädilischen Klagen geben,<sup>2)</sup> und in der That ist dieser Meinung entschieden beizutreten. Hierfür spricht nicht blos die oben erörterte I. 43 § 8 D. h. t., sondern auch der Umstand, daß es an haltbaren Gründen für die entgegengesetzte Meinung<sup>3)</sup> völlig fehlt.

Die vorübergehend vorhanden gewesene Unmöglichkeit einer Rückgabe der Sache, wie sie zur redhibitoria gehört, kann natürlich, wenn der Käufer jetzt bei Erhebung seines Anspruchs zu ihr im Stande ist, nicht in Betracht kommen. Ebenso wenig hat der Käufer seine a. redhibitoria «verwirkt»,<sup>4)</sup> da die Veräußerung weder rechtswidrig, noch dem Verkäufer nachtheilig gewesen ist. Nicht einmal die Gegenbeweiführung oder die nachträgliche Beseitigung des Mangels ist dem Verkäufer erschwert,<sup>5)</sup> da die Sache sich ja jetzt wieder ebenso in den Händen des Käufers befindet; wie unmittelbar nach dem Verkaufe an ihn. Eher könnte man daran denken, zu sagen, daß der Käufer den durch die Fehlerhaftigkeit der Sache erlittenen Schaden mittelst der Weiterveräußerung schon ersetzt erhalten und darum an dem Regress gegen seinen Verkäufer kein Interesse mehr habe.<sup>6)</sup> Allein einen solchen Ersatz hat der Käufer offenbar nur dann in Händen, wenn er die Sache billiger zurückerworben hat, als er sie weggegeben hatte; in diesem Falle muß er, wie oben bemerkt wurde, bei der a. redhibitoria mit der Sache auch den ihm verbliebenen Ueberschuß aus der Weiterveräußerung herausgeben, und dadurch kann freilich sein Anspruch auf das sich nicht höher belaufende Kaufgeld, wie Goldschmidt (s. oben S. 167) sagt, «faktisch paralysirt werden». In allen anderen Fällen aber kann von einem dem Käufer bereits zugekommenen Ersatz nicht die Rede sein, und besteht vielmehr sein durch den Kauf erlittener Nachtheil insofern unverändert fort, als er eben den von ihm gezahlten hohen Preis für eine minderwerthige Sache eingebüßt hat. Ein weiterer

1) Ein Beispiel bei Girtanner Rechtsfälle, No. 348.

2) Vgl. statt aller Windscheid II, § 394, Anm. 12a.

3) Die Vertreter derselben s. oben S. 163, 164, Anm. 5.

4) Eine «Verwirkung» behauptet Brinz, Lehrb. 2. Aufl. II, § 327 b, Anm. 19.

5) Diese Gesichtspunkte werden geltend gemacht in Seuff. Arch. III, 27, 28; V, 269.

6) So z. B. Seuff. Arch. XXII, 29.

Schade ist zu den ädilischen Klagen überhaupt nicht erforderlich. Ja, bei der a. q. min. muß sogar ein Weiterverkauf der Sache mit Gewinn das Klagerecht des Käufers völlig unberührt lassen,<sup>1)</sup> da ihm ja hier keinerlei Gegenverpflichtung zur Herausgabe der Sache oder eines aus ihr erzielten Vortheils dem Verkäufer gegenüber obliegt!

Als letzter Grund für den Ausschluss einer oder beider ädilischer Klagen wird wohl eine in der Weiterveräußerung enthaltene stillschweigende Erklärung des Verzichts auf die Klage oder der Genehmigung der Sache in ihrer fehlerhaften Beschaffenheit genannt.<sup>2)</sup> Allein der Annahme eines Verzichts steht entgegen,<sup>3)</sup> daß ein solcher nur durch Vertrag mit dem Verkäufer vereinbart, also diesem gegenüber erklärt und von ihm acceptirt sein müßte, während doch der Verkäufer oft um die Weiterveräußerung bis zur Klage gegen ihn gar nicht wissen wird. Außerdem hegt der Käufer, der ohne Kenntniß des Fehlers weiter veräußert, entschieden auch nicht den Willen, auf Rechte, die aus diesem ihm unbekanntem Grunde entspringen, zu verzichten; und auch ein Anerkenntniß der Fehlerlosigkeit giebt er durch die Weiterveräußerung ebenso wenig ab, als er es durch die Annahme der Sache aus den Händen des Verkäufers gethan hat.<sup>4)</sup> Die Absicht des Käufers bei der Weiterveräußerung ist vielmehr lediglich auf andre Zwecke, Gewinn, Liberalität od. dergl. m. gerichtet, und ihm um der Weiterveräußerung willen einen Verzicht anzudichten, — selbst auf den Fall, daß die Sache an ihn zurückkommt, — ist eine reine Fiktion.

Etwas weniger zweifellos ist die nächste Combination:

I. b) Veräußerung der Sache ohne Kenntniß des Fehlers und ohne späteren Rückerwerb.

Hier sind die verschiedenen Möglichkeiten zu berücksichtigen, daß die Sache bei dem zweiten Abnehmer zu Grunde oder verloren gegangen, oder daß sie zwar noch bei ihm vorhanden, aber dem (ersten) Käufer nicht zurückgegeben worden ist; und weiter, daß dem (ersten) Käufer aus der Weiterveräußerung ein Vortheil entweder verblieben oder nicht verblieben ist.

In dem nächstliegenden Falle nun, daß der Untergang oder Verlust der Sache bei dem zweiten Käufer gerade in Folge ihrer Fehler-

1) So mit Recht R. O. H. G., Entsch. XXII, S. 36 u. in Seuff. Arch. XXXIII, No. 116.

2) Vertreter dieser Begründung sind oben S. 164, Anm. 5 angeführt.

3) Vgl. Römer in Goldschmidt's Ztschr. f. H. R. XXIII, S. 24. Unger, System II, § 94, Anm. 39.

4) So mit Recht schon Kori a. a. O. S. 80, Anm. 9.

haftigkeit<sup>1)</sup> eingetreten, und von Seiten des letzteren dann sein Kaufgeld mit der a. redhibitoria zurückgefordert worden ist, wird niemand zweifeln, daß dem ersten Käufer nun gleichermaßen die a. redhibitoria gegen seinen Verkäufer zustehe. Das gleiche muß aber offenbar auch dann gelten, wenn der Untergang der Sache bei dem zweiten Käufer durch Zufall oder culpa herbeigeführt, und darauf hin von diesem ebenfalls mit Erfolg redhibitorisch gegen den ersten geklagt worden ist; nur muß der erste Käufer natürlich dasjenige, was er wegen der culpa des zweiten als Ersatz für die Sache erhalten hat, bei seiner Redhibitionsklage gegen den ersten Verkäufer sich anrechnen lassen.

Nahe verwandt ist der Fall, daß der zweite Käufer seinen Regrefs gegen den ersten nur mit der a. quant. min. genommen hat, wobei übrigens die Sache in den Händen des zweiten zu Grunde gegangen oder noch vorhanden sein mag; auch hier hat der erste Käufer den durch die Weiterveräußerung erzielten Geldwerth zwar nicht ganz, aber doch zum Theil wieder verloren. Aehnlich steht es auch bei einer vom Käufer vorgenommenen Verpfändung der Sache, wenn nun der Pfandgläubiger, weil sich dieselbe wegen ihres Fehlers als eine ungenügende Deckung seines Kapitals herausstellt, eine weitere Sicherheitsbestellung von dem Verpfänder verlangt hat. Und wenn der Käufer etwa die Sache verschenkt, und der Beschenkte sie wegen des Fehlers als unbrauchbar erkannt, aber dem Schenker nicht zurückgegeben hat, (z. B. weil der Rücktransport die Kosten nicht lohnte, oder aus Anstandsrücksicht), dann ist der von dem Käufer beabsichtigte Erfolg seiner Liberalität, auch ohne Regrefs gegen ihn, ganz oder zum Theil fehlgeschlagen. Endlich ist es sogar möglich, daß der Käufer den durch die Weiterveräußerung erzielten Vortheil noch ganz in Händen, aber gleichwohl darin keinen Ersatz hat für das von ihm aufgewendete, vielleicht weit höhere Kaufgeld: so, wenn der zweite Käufer sich die Entscheidung über seinen Regrefs noch vorbehält, und inzwischen die Klage des ersten gegen seinen Verkäufer zu verjähren droht, oder wenn der zweite Käufer zwar keinen Regrefs genommen, aber wegen der Fehlerhaftigkeit der Waare dem ersten Käufer die Geschäftsverbindung gekündigt hat.

Wenn nun für solche Fälle von vielen die a. redhibitoria dem ersten Käufer versagt wird, so genügt es offenbar nicht, wie oft geschieht, dies als selbstverständlich hinzustellen, sondern es bedarf, zumal bei

<sup>1)</sup> Vgl. z. B. R. O. H. G. Entsch. X, S. 277. R. G. Entsch. III, S. 215.

dem Fehlen von Quellenaussprüchen, der Angabe eines bestimmten Rechtsgrundes.

Am nächsten scheint als solcher hier die Unmöglichkeit einer Rückgabe der Sache zu liegen, die freilich immer nur die a. redhibitoria und nicht auch die a. quant. min. ausschließen könnte.<sup>1)</sup> Allein jene bildet für sich allein doch um deswillen keinen Ausschließungsgrund, weil ja bei zufälligem und sogar bei kulposem Untergang oder Verlust der Sache die a. redhibitoria unbestreitbar fort dauert. Die Unmöglichkeit mußte also, um diese Klage dem Käufer zu entziehen, doch mindestens rechtswidrig durch ihn herbeigeführt sein! Nun kann aber eine Veräußerung, die der Käufer ohne Kenntniß des Fehlers vorgenommen hat, nimmermehr als eine rechtswidrige Handlung gelten; denn eine solche Veräußerung kann der Bestimmung, zu welcher die Sache gekauft wurde, gerade so gut entsprechen, wie etwa eine Tödtung des gekauften Schlachtviehs, ein Aussäen des gekauften Saatroggens oder sonst eine bona fide geschehene Konsumtion. Wenn daher in diesen letzteren Fällen, ja wenn sogar bei kulposer — und also bestimmungswidriger — Entwerthung der Sache der Käufer die a. redhibitoria behält und nur den durch seine Verfügung dem Verkäufer entgehenden Werth sich in Anrechnung bringen muß, so ist nicht einzusehen, mit welchem Recht man bei der durch eine erlaubte Veräußerung herbeigeführten Unmöglichkeit entgegengesetzt entscheiden will.<sup>2)</sup> Nur in dem besonderen Fall, wo der Verkäufer erweislich durch die Veräußerung allein außer Stand gesetzt ist, den Fehler der Sache nachträglich zu verbessern oder einen in casu sonst möglich erscheinenden Gegenbeweis anzutreten, würde ihm daraus allerdings eine Einrede gegen beide ädilische Klagen zu gewähren sein, aber auch diese doch nur um deswillen, weil hier die erforderliche Fehlerhaftigkeit nicht dargethan wäre.

Derselbe Mangel einer vom Käufer begangenen Rechtswidrigkeit steht aber ferner auch der Annahme einer Verwirkung der a. redhibitoria hier ebenso, wie oben unter I, a entgegen. Bis zur Beanstandung der Sache wegen des Fehlers hatte ja der Käufer noch keinerlei Aufbe-

<sup>1)</sup> Auf die Unmöglichkeit gründen sich zahlreiche von den oben S. 164, Anm. 5 angeführten Erkenntnissen, aber auch Gesterding a. a. O. S. 41 und, wie es scheint, Windscheid und Hanausek a. a. O.

<sup>2)</sup> Daran sagt auch Thöl Handelsr., 5. Aufl., § 275, S. 322 kurz, aber treffend, die Redhibitionsklage sei nicht ausgeschlossen, wenn die Verfügung des Käufers als bona fide consumtio erscheine.

wahrungspflicht; wie könnte ihn also wegen rechtmäßiger Ausübung seines Eigenthums die Strafe eines Rechtsverlustes treffen?

Desgleichen trifft der dritte oben unter I, a berührte Grund, daß der Käufer durch die Weiterveräußerung bereits Ersatz seines Schadens erhalten und darum kein Interesse mehr mit den ädilizischen Klagen zu verfolgen habe, hier nicht besser zu, als dort. Er hat eben gar keinen Ersatz in allen den Fällen, wo ihm ein Vortheil aus der Weiterveräußerung nicht verblieben ist. Und wenn er aus derselben noch einen Vortheil in Händen hat, so muß er diesen, soweit er nicht schon durch den dem Verkäufer zu leistenden Werthersatz absorbiert wird, dem Verkäufer mit herausgeben. Daneben besteht sein Schade auch hier fortwährend in der Uebermäßigkeit des von ihm aufgewendeten Kaufpreises, wonach die einmal für ihn entstandene obligatio ex postfacto decrescere non poterat (l. 44 § 2 D. de aed. ed. 21, 1).

Am häufigsten wird in unserm Falle der obige vierte Grund, der angebliche Verzicht geltend gemacht, den der Veräußerer unter der Bedingung, daß ihm der Rückerwerb der Sache nicht gelingen werde, erklärt haben soll.<sup>1)</sup> Gegen diese Auffassung sind auch hier zunächst die oben unter I, a entwickelten Momente durchweg zu wiederholen. Es kommt aber noch hinzu, daß die Annahme eines bedingten Verzichts besonders künstlich erscheint. An die doppelte Eventualität, daß später ein Fehler zu Tage treten, die Sache ihm aber dennoch nicht zurückgegeben werden sollte, denkt eben der Käufer bei der Weiterveräußerung gar nicht. Außerdem kann er durch Lieferungsverträge mit Dritten schon vor Empfang der Sache zur weiteren Begebung derselben derart genöthigt sein, daß ihm die Möglichkeit, die letztere zu unterlassen und die Sache zur Bewahrung ädilizischer Ansprüche zu behalten, gar nicht gegeben ist.

Wenn hiernach behauptet werden muß, daß trotz Weiterveräußerung und Nichtzurückerwerbs der Sache dem Käufer nicht bloß die a. quant. min. sondern auch die redhibitoria verbleibt, so darf man auch nicht etwa einwenden, daß diese Nöthigung des Verkäufers, sich an Stelle der Sachredhibition mit Geld abfinden zu lassen, eine Härte für ihn enthalte. Denn er hat ja durch den Verkauf gezeigt, daß die Sache ihm für Geld feil war, und wird dadurch, daß er statt des ausbedungenen höheren Preises nur den wahren Werth der Sache erhält, nicht mehr verletzt, als durch die in der a. quant. min. liegende Preisberichtigung.

<sup>1)</sup> Belege für diese Auffassung vgl. oben S. 164.

Wir wenden uns weiter zu den Kombinationen II a und II b, wobei der Käufer in Kenntniss des Fehlers weiter veräußert und später die Sache entweder zurück erwirbt, oder nicht zurück erwirbt. Im einzelnen kehren hier natürlich die oben unter I a und I b erörterten Verschiedenheiten des möglichen Erfolges wieder. Außerdem aber kann auch das Motiv, das den Käufer trotz Kenntniss des Fehlers, ja trotz der dem Verkäufer bereits erstatteten Fehleranzeige und der erklärten Dispositionsstellung der Waare<sup>1)</sup> zur Veräußerung bestimmt, sehr verschieden sein. Vor allem sind hier die Fälle auszuscheiden, wo der Käufer nach den Regeln der negotiorum gestio auf Rechnung des Verkäufers weiter verkauft. Das H. G. B. gestattet dies bekanntlich ausdrücklich in Art. 348 Abs. 5, wenn die Waare dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge ist, und der Käufer die Formen des Art. 343 beobachtet. Es ist aber bei anderen, als Handelskäufen, unbestritten zulässig und auch bei Handelskäufen nach der richtigen Meinung durch jene Bestimmung nicht ausgeschlossen, daß der Käufer auch außerhalb dieser engen Voraussetzungen und Formen nach den Grundsätzen der negotiorum gestio im Interesse des Verkäufers handle, und wenn er die von ihm über die Waare getroffene Verfügung als für den Verkäufer nothwendig oder nützlich erweist, ihn zur Ratihabition der Geschäftsführung zwingen könne. Bis vor kurzem freilich waren Theorie und Praxis auf dem Gebiete des Handelsrechts in der Anerkennung dieser Befugniss äußerst zurückhaltend.<sup>2)</sup> Allein nachdem einmal allgemein zugegeben ist, daß bei «evidenter» Nützlichkeit der Weiterverkauf für den (ersten) Verkäufer bindend ist,<sup>3)</sup> läßt sich in der That nicht einsehen, warum zu einer wirksamen negotiorum gestio nicht auch die Beweisführung des Käufers genügen sollte, daß ein höherer, als der von ihm erzielte Preis auch vom Verkäufer selbst keinesfalls zu erreichen gewesen sein würde,<sup>4)</sup> oder daß in Ermangelung einer Möglichkeit des Verkaufs der eigene Verbrauch der dem Verderben

<sup>1)</sup> Die sämtlichen S. 164, Anm. 5 angeführten Entscheidungen des R. O. H. G. betreffen diesen Fall.

<sup>2)</sup> Vgl. Gareis das Stellen zur Disposition S. 148. R. O. H. G. Entsch. XI, S. 201. XIII, S. 359, XVIII, S. 229. Busch's Archiv IV, S. 488.

<sup>3)</sup> So R. O. H. G. Entsch. XII, S. 132. Zustimmung v. Hahn, Commentar zum H. G. B. Art. 348, § 10; Hanausek II, S. 165 und Gareis in Endemann's Handb. d. H. R. II, § 274, Anm. 11.

<sup>4)</sup> So lag der Fall der Entscheidungen des R. O. H. G. XIII, S. 359 (und doch wurde hier die Behauptung der neg. gestio für unsubstantiirt erklärt!) und des Ob. Trib. zu Berlin in Busch's Archiv IV, S. 488.

ausgesetzten Waare durch den Käufer die dem Verkäufer günstigste Form der Verwerthung gebildet habe.<sup>1)</sup> Indessen ist in die Voraussetzungen einer solchen negotiorum gestio hier nicht näher einzugehen. Sicher ist soviel, daß in allen Fällen eines nach den Regeln der negotio gerechtfertigten Verkaufs der Waare durch den Käufer der letztere das Recht behält, mit der a. redhibitoria sein Kaufgeld unter Abzug des von ihm erzielten Erlöses zurückzufordern, gleichviel ob er inzwischen etwa die Sache selber wiedererworben hat oder nicht.<sup>2)</sup> Aber auch wenn wir nun von den Fällen einer negotiorum gestio absehen, ist zu erwägen, daß der vom Käufer auf eigene Rechnung vollzogene Weiterverkauf durchaus nicht nothwendig in dem Sinne einer Verletzung seiner Aufbewahrungspflicht geschehen zu sein braucht. Besonders häufig will der Käufer noch den Versuch machen, sich und dem Verkäufer den peinlichen Regrefs durch die Weiterveräußerung zu ersparen; diese aber kann dann wider seinen Willen, (z. B. durch Redhibition wegen eines neu hinzugekommenen Fehlers) oder auch durch freiwilligen Rückerwerb (z. B. Vermächtniß) wieder aufgehoben werden. Möglich ist auch, daß der Käufer, um einem Dritten gegenüber Rechts- oder Anstandspflichten pünktlich und zur Vermeidung weiterer Nachtheile zu erfüllen, die Sache einstweilen an diesen (verkaufs- oder auch schenkungsweise) weiter begiebt und seine Rüge des Mangels abwartet, oder daß er durch die Unsicherheit des Verkäufers genöthigt wird, mittelst Weiterveräußerung der Waare sich wegen des von ihm schon bezahlten Kaufpreises Deckung zu verschaffen.<sup>3)</sup> Möglich ist aber freilich auch die rechtswidrige Absicht des Käufers, eine sich bietende günstige Verkaufschance zu eigenem Vortheil auszunutzen und später zur Durchführung der a. redhibitoria entweder die Waare billiger zurückzuerwerben oder dem Verkäufer nur den geringeren Marktwert derselben zu ersetzen.

Bei einer Beurtheilung dieser verschiedenen Fälle sind nun wieder die beiden Möglichkeiten, ob a) ein Rückerwerb stattgefunden hat oder b) nicht, zu sondern.

II a. Wenn ein Rückerwerb stattgefunden hat, so kann natürlich von einem Erlöschen der a. redhibitoria wegen Unmöglichkeit der Redhibition keine Rede sein, und ebenso ist auch die Behauptung,

<sup>1)</sup> So mit Recht das Ob. Trib. zu Berlin in Goldschmidt's Ztchr. f. H. R. XVII, S. 267. Vgl. Hanausek II, S. 137, Anm. 19.

<sup>2)</sup> Vgl. Hanausek II, S. 165, Anm. 13.

<sup>3)</sup> Vgl. v. Hahn, Commentar zum H. G. B. Art. 347, § 17.

daß der Käufer nach der Weiterveräußerung kein Interesse mehr am Regrefs habe, aus den unter Ia. und Ib. entwickelten Gründen zu verwerfen. Dagegen scheint hier die Annahme, daß der Käufer seinem Rechte zur Redhibition «präjudiziert» oder darauf «verzichtet», bezw. die Beschaffenheit der Sache «genehmigt» habe, besser begründet, wie sie denn in der That von hervorragenden Juristen vertreten wird.<sup>1)</sup>

Allein der Verlust der actio redhibitoria könnte als Präjudiz der Weiterveräußerung doch offenbar nur dann anerkannt werden, wenn diese erstens im gegebenen Falle rechtswidrig, und zweitens durch positive Gesetzesvorschrift mit jenem Rechtsnachtheil bedroht wäre. Eine Rechtswidrigkeit liegt aber, wie wir unter I. b. gesehen haben, in der Weiterveräußerung durchaus nicht unter allen Umständen, und an einer positiven Gesetzesvorschrift fehlt es ganz und gar. Ohne eine solche kann nun auch aus einer rechtswidrigen Veräußerung nur soviel gefolgert werden, daß der Käufer sich durch dieselbe schadenersatzpflichtig macht. Aller Schade ist ja aber in unserm Falle vom Verkäufer dadurch abgewendet, daß der Käufer die Sache rechtzeitig zurückerworben hat und zu redhibiren bereit ist. So ist denn selbst bei rechtswidriger Weiterveräußerung der Schadensersatzanspruch des Verkäufers gegenstandslos.

Aber auch ein «Verzicht» oder eine «Genehmigung» kann in der Weiterveräußerung durch den Käufer im Zweifel nicht gefunden werden. Abgesehen davon, daß dieselbe für den Verkäufer doch immer eine res inter alios acta bleibt, haben wir oben bereits mannigfache mögliche Motive der Weiterveräußerung kennen gelernt, welche alle die Absicht eines Verzichts ausschließen. Auch würde ein Verzicht auf die Klage regelmäsig die Absicht einer Liberalität voraussetzen, bei deren Annahme doppelte Vorsicht geboten ist. Es kommt hinzu, daß der Käufer, selbst wenn er sich durch die Veräußerung die Redhibition zur Zeit unmöglich machte, dabei sehr wohl die Möglichkeit eines späteren, sei es unfreiwilligen, sei es freiwilligen Rückerwerbs im Auge gehabt, und daher auch seinen etwaigen Verzichtswillen auf die Dauer dieser Unmöglichkeit beschränkt haben kann. Auch von einem Verkäufer, der etwa vor Uebergabe der Sache an

<sup>1)</sup> Vgl. Windscheid II, § 394, Anm. 12a. R. O. H. G., besonders in den Entsch. XIII, S. 353, XVI, S. 322 u. a. m. Gareis in Endemann's Handb. II, § 274, S. 720, 721 a. E. Endemann Handelsr. 3. A., § 115, Anm. 45. Vorsichtiger Hanausek, der die Annahme eines Verzichts immer (I, S. 144, A. 32, S. 146; II, S. 56, 93, 137) nur für quaestio facti erklärt.

den Käufer diese einem Dritten verkauft und tradirt, dann aber rechtzeitig (vielleicht mit hohen Geldopfern) zurückerworben hat, wird niemand annehmen, daß er seine *actio venditi* gegen den ersten Käufer endgiltig durch Verzicht verloren habe. Warum sollte eine solche Annahme einem redhibitionsberechtigten Käufer gegenüber besser begründet sein, der doch vielleicht, wie oben angedeutet, nicht einmal ausschließlich im eigenen Interesse, sondern zugleich in dem des Verkäufers gehandelt hat? Der Gefahr, daß der Käufer durch Weiterveräußerung und Rückerwerb noch Vortheile aus dem Kauf der Sache ziehen könnte, den er doch bereits wieder auflösen gewillt ist, wird ja schon genügend vorgebeugt durch die wiederholt betonte Verpflichtung des Käufers, solche Vortheile dem Verkäufer mit herauszugeben. So wird denn in der That ein Wille des Käufers, zu verzichten oder die fehlerhafte Beschaffenheit der Sache zu genehmigen, nur unter ganz besonderen Umständen aus einer Weiterveräußerung zu folgern sein, wie etwa, wenn der Käufer die Sache durch ein Geschäft, das keine Möglichkeit unfreiwilligen Rückerwerbs begründet (z. B. eine Schenkung), weiterveräußert und davon zugleich dem Verkäufer Anzeige macht, ohne sich seinen Regrefs an diesen vorzubehalten. Die Tragweite eines derartigen Verzichts kann dann nicht bloß die a. redhibitoria, sondern auch die a. quant. min. umfassen, was von der Willensauslegung abhängt. Solche besonderen Umstände können aber die Annahme eines Verzichts begründen, auch ohne daß der Käufer sich zur Rückgabe der Sache auch nur einen Augenblick außer Stand gesetzt hat; so z. B. falls er von der als fehlerhaft erkannten Waare gleichwohl eine Nachbestellung gemacht hat od. dergl. m. Dagegen aus der Weiterveräußerung als solcher regelmäßig und im Zweifel einen Verzicht des Käufers abzuleiten, heißt, seiner Absicht Gewalt anthun.

Es bleibt nun noch allein die Combination II. b. daß der Käufer in Kenntniß der Fehlerhaftigkeit weiter veräußert und nicht zurückerworben hat.<sup>1)</sup> Diese Combination charakterisirt sich also durch die Verbindung der unter II. a. erörterten Voraussetzung des Wissens um den Fehler und der unter I. b. besprochenen Folge der Unmöglichkeit, die Sache selbst zurückzugeben.

Es leuchtet nun ohne weiteres ein, daß von den für den Ausschluß der ädilischen Klagen vorgebrachten Gründen der angebliche

<sup>1)</sup> So lagen die meisten Fälle, welche das R. O. H. G. (s. oben S. 164, Anm. 5) beurtheilt hat; doch greifen eben die Aussprüche desselben weit über diese Combination hinaus.

Mangel eines Interesses am Regrefs hier so wenig als bei den früheren Combinationen zutrifft. Aber auch die Annahme eines Verzichts, bez. einer Genehmigung der Sache ist hier in demselben Mafse und aus denselben Gründen zu verneinen, die schon unter II. a. entwickelt sind. Es sind eben auch hier die mannigfachen, oben angedeuteten Motive der Veräußerung denkbar, welche die Absicht eines Verzichts ausschließen, und der Umstand, daß hier der Erfolg der Veräußerung nicht durch nachträglichen Rückerwerb wieder beseitigt worden ist, kann im Zweifel nicht die der Veräußerung zu Grunde liegende Absicht bestimmen. Darum kann denn auch ein Verzicht hier ebenso wie unter II. a. nur zufolge ganz besonderer, ihn ergebender Umstände, keineswegs aber regelmäßig angenommen werden.

Dagegen ist nun allerdings anzuerkennen, daß die Unmöglichkeit, die Sache zurückzugeben, insofern sie hier nicht bloß durch die Veräußerung von Seiten des Käufers herbeigeführt, sondern diese Veräußerung auch rechtswidrig geschehen ist, wohl geeignet erscheint, eine Einrede des Verkäufers gegen den Redhibitionsanspruch des Käufers zu begründen. Es folgt dies zwar nicht aus einer positiven Gesetzesvorschrift, wohl aber aus allgemeinen Grundsätzen, kraft deren man dann immerhin sagen mag, daß der Käufer seinen Anspruch «verwirkt» oder «ihm präjudizirt» habe. Zwar wenn der Käufer die Veräußerung bona fide, aus einem sie rechtfertigenden Grunde (z. B. weil er zur Vermeidung größeren Schadens dazu genöthigt war), vorgenommen hat, kann ihn wegen derselben auch der Nachtheil eines Rechtsverlustes nicht treffen. Fehlt es dagegen an einem solchen Grunde, so ist zu sagen, daß der Käufer eben nicht willkürlich seine Verpflichtung zur Rückgabe der Sache in eine Verpflichtung zum Werthersatz umwandeln konnte, und daß daher die Durchführung seines Redhibitionsanspruchs durch das Retentionsrecht des Verkäufers so lange gehemmt wird, bis der Käufer die Sache zurückerworben hat. Das Verhältniß ist ganz dasselbe, wie bei einem Verkäufer, der die von ihm verkaufte Sache vor der Tradition pflichtwidrig an einen Dritten verkauft und übergeben hat. Wie ein solcher zwar vom Käufer unter Anbietung des Kaufgeldes auf Leistung des Interesses beklagt werden, aber nicht seinerseits unter Anbietung der Interesseleistung das (vielleicht weit höhere) Kaufgeld fordern könnte, weil ihm die *exceptio non adimpleti contractus* entgegensteht, so kann auch bei der Redhibitionsklage, (wo es sich nur statt um Erfüllung, vielmehr um Rückgängigmachung des Contractes handelt), der Käufer dem Verkäufer an Stelle der Sache Werthersatz nicht aufnöthigen, wenn er durch eine seiner

Aufbewahrungspflicht widersprechende Verfügung sich zur Redhibition aufser Stand gesetzt hat. Dieser Satz ist zwar in den Quellen nicht ausgesprochen, die vielmehr, wie oben gezeigt ist, nur die allgemeine Regel enthalten, daß auch nach Untergang der gekauften Sache der Käufer die ädilischen Klagen behält. Er ergibt sich aber als Ausnahme von dieser Regel aus allgemeinen Prinzipien; jedoch ist seine Tragweite nicht bloß beschränkt auf die *a. redhibitoria*, (während die *a. quanti min.* von Verfügungen des Käufers über die Sache völlig unberührt bleibt), sondern sie ist auch bei jener Klage wegen der Voraussetzung der Rechtswidrigkeit und des Nichtrückerwerbs eine viel geringere, als diejenige, welche den von der herrschenden Lehre darüber aufgestellten Sätzen beiwohnt. —

Das Resultat der hier gegebenen Ausführungen läßt sich kurz etwa dahin zusammenfassen, daß die *a. redhibitoria* durch eine Weiterveräußerung der Sache von Seiten des Käufers an und für sich noch keineswegs erlischt, sondern erst dann, wenn derselbe die Veräußerung in Kenntniß des Fehlers und in rechtswidriger (d. h. seiner Aufbewahrungspflicht zuwiderlaufender) Weise vorgenommen und sich dadurch die Rückgabe der Sache selbst unmöglich gemacht hat; während ein Verzicht des Käufers auf die ädilischen Klagen aus der Veräußerung nur unter besonderen Umständen, welche eine dahin gerichtete Willenseinigung des Käufers und des Verkäufers unzweideutig ergeben, gefolgert werden darf.

## II.

### Das Ziel der *actio redhibitoria*.

Das durch das ädilische Edikt bestimmte Ziel der *a. redhibitoria* wird von vielen neuerdings dahin angegeben, daß der Käufer grundsätzlich das Doppelte des Kaufgeldes und der etwaigen Zugabe haben fordern können. Dies ist zwar nicht in den uns überlieferten Ediktworten ausgesprochen, wohl aber, wie man meint, von Gaius in l. 45 D. de aed. ed. 21, 1:

*Redhibitoria actio duplicem habet condemnationem: modo enim in duplum, modo in simplum condemnatur venditor; nam si neque pretium neque accessionem solvat, neque eum, qui eo nomine obligatus erit, liberet, dupli pretii et accessionis condemnari iubetur, si vero reddat pretium et accessionem vel eum qui eo nomine obligatus est, liberet, simpli videtur condemnari.*

Man versteht nämlich die Worte des Gaius dahin, daß der Verkäufer, wenn er nach der richterlichen *pronuntiatio* «*redhibendum videri*», bez. dem *arbitrium* auf Restitution des Kaufgeldes dies letztere nicht zahlte, zum doppelten, wenn er es aber zahlte, immer noch zum einfachen Betrage desselben verurtheilt worden sei. Dabei wird dies *alterum tantum* als Strafe des Verkäufers aufgefaßt, und die Anwendung derselben nur für den Fall ausgeschlossen, wo der Verkäufer die Redhibition aufsergerichtlich bereits angenommen, und der Käufer deswegen nach l. 31 §§ 17—19 D. eod. eine *actio in factum* hat, die von der Erörterung der *causa redhibitionis* absieht und, wie man meint, nur auf das einfache Kaufgeld gerichtet ist.

Diese Lehre hat zuerst Huschke (Recht des *Nexum* S. 208 ff.) mit gewohnter Feinheit entwickelt, indem er das ädilische Redhibitionsrecht als eine Uebertragung des civilen Rechts der *auctoritatis actio*



auf das Gebiet des *ius honorarium* auffasst, und ihm haben dann in der Hauptsache zugestimmt Rudorff (Zschr. f. gesch. R. W. XI. S. 453), der daher auch in das Edikt (De iurisd. ed. p. 260) die Worte einsetzt: *tantae pecuniae in duplum iudicium dabimus*, und mit eingehender Begründung Hanausek (die Haftung des Verkäufers. I. Berlin 1883, S. 23 ff.), sowie neuestens L. Seuffert im Archiv f. civ. Pr. Bd. 67 S. 354 und P. F. Girard, *Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit Romain*, Paris 1884, p. 115. Folgerichtig wird denn auch die Formel der *a. redhibitoria* von Rudorff (l. c. pag. 262) und insoweit übereinstimmend von Lenel (Edict. perp. § 293 S. 439) mit einer alternativen Condemnation rekonstruiert, von letzterem in der an l. 25 § 9 D. de aed. ed. 21, 1 streng anschließenden Fassung:

tum si arbitrato tuo is homo No No redhibebitur — — —  
et quanta pecunia pro eo homine soluta accessionisve nomine  
data erit non reddetur cuiusve pecuniae quis eo nomine obligatus  
erit non liberabitur, quanti ea res est, tantam pecuniam duplam,  
quodsi reddetur liberabiturve, duntaxat simplam Nm Nm Ao Ao  
condemna; s. n. p. a.

Demgegenüber ist die ältere Ansicht, welche die Haftung des Verkäufers nur bei Nichtbefolgung des richterlichen Befehls in duplum wachsen liefs (Glück, Erläut. XX. S. 107) lediglich festgehalten worden in den Lehrbüchern von Windscheid II, § 394 A. 11, v. Keller, § 332 A. 18 und Baron, § 289<sup>1)</sup>. — In Uebereinstimmung damit hat Bechmann (der Kauf I, S. 403) auch die l. 45 D. de aed. ed. 21, 1 in entsprechender Weise zu erklären gesucht, seine Erklärung aber hat zwar bei Brinz (Lehrb. 2. Aufl. II, § 327 b, Anm. 26) Zustimmung, dagegen bei Hanausek a. a. O. S. 24 und bei Lenel a. a. O. S. 437 Anm. 8 Widerspruch gefunden.

Unter solchen Umständen erscheint eine eingehende Prüfung der Frage geboten, und zwar um so mehr, da neben deren vielseitiger Bedeutung für das reine Römische Recht auch die praktische Geltung der Haftung auf's Doppelte wenigstens von Windscheid, (II, § 263 A. 11 u. 15), behauptet wird.

Es sprechen nun aber gegen die Ansicht von Huschke, Rudorff, Hanausek, Lenel u. s. w. die schwersten materiellen und formellen Bedenken.

<sup>1)</sup> Arndts, Puchta, Vangerow u. a. m. sprechen sich über die Frage theils unbestimmt, theils gar nicht aus.

Zunächst wäre es doch wohl auffallend gewesen, den Verkäufer mit der *redhibitoria* grundsätzlich auf das Doppelte — wie beim *furtum nec manifestum*! — haften zu lassen, während der Fehler, dessentwegen *redhibirt* wurde, dem Verkäufer gar nicht bekannt gewesen, und dem Käufer daraus gar kein Schade erwachsen zu sein brauchte.<sup>1)</sup> Wenn solche Haftung in duplum auch z. B. bei der *a. de effusis et deiectis* vorkam, die doch ebenfalls kein Verschulden des Beklagten voraussetzt, so blieb eben hier dem Verurtheilten der *Regres* gegen den wahren Schuldigen vorbehalten, während ein solcher *Regres* bei der *a. redhibitoria* rein zufällig und fern liegend ist. Auch Huschke's Anknüpfung an die *obligatio auctoritatis* und die *stipulatio duplae* wegen *Eviktion* will nicht befriedigen: denn bei jener hatte der Verkäufer sich öffentlich und feierlich als *auctor* eines ihm nicht zustehenden Rechts gerirt, und aus ihr ging allmählich die *stipulatio duplae* hervor; etwas anderes ist es aber, wenn ihm nur die Nichterwähnung eines Mangels der Sache bei einem privaten und formlosen Verträge zur Last fällt.

Und wenn der Prätor sogar bei Delikten, wie dem *metus*, durch Erfüllung des richterlichen Restitutionsbefehls die Strafe wegfallen liefs, was Ulpian als Milde rühmt,<sup>2)</sup> so ist es kaum glaublich, dafs daneben nach dem Edikt der Aedilen dieselbe Leistung in einem Nichtdeliktsfalle wirkungslos gewesen, und dies von den klassischen Juristen unbemerkt geblieben sein sollte!

Huschke S. 209 freilich macht geltend, dafs auch bei der *a. redhibitoria* der Verkäufer die Wahl gehabt habe, ob er vor dem Prozeß die Sache zurücknehmen und dann mit der *a. in factum* nur auf das Simplum haften, oder ob er seine Verpflichtung zur Rücknahme bestreiten und sich dadurch der auf das Doppelte gerichteten *a. redhibitoria* aussetzen wollte. Deshalb, meint Huschke S. 212, trete die Strafe hier nur um deswillen ein, weil der Verkäufer es zum Prozeß kommen lasse; und Rudorff (Zschr. XIV. S. 456. 457) ist ihm darin beigetreten. Allein darauf hat zunächst schon Hanausek S. 25 mit vollem Recht erwidert, dafs der Verkäufer ein solches Wahlrecht in Wahrheit gar nicht hat. Denn, wie sich aus l. 26 D. de aed. ed. 21, 1

<sup>1)</sup> l. 1, § 2 D. de aed. ed. venditorem etiamsi ignoravit — teneri debere; l. 44, § 2 D. eod. potest dici, nihil interesse emtoris sanum esse, fugitivum non esse eum qui evictus sit. Trotzdem werden die ädilizischen Klagen gegeben; über die Begründung vgl. Wlassak, Negot. gest. S. 176, A. 37.

<sup>2)</sup> l. 14, § 1 D. quod met. ca 4, 2: satis clementer cum reo praetor egit ut daret ei restituendi facultatem, si vult poenam evitare, vgl. § 4 eod.

ergiebt, ist der Käufer mit nichten dazu verpflichtet, dem Verkäufer vor dem Prozeß, ja nur vor dem Urtheil, die Redhibition der Sache anzubieten; es genügt vielmehr, wenn er auf Anweisung des Richters Caution leistet, daß er bei Rückempfang des Kaufgeldes auch die Sache zurückgeben werde. Und da nun der Käufer aus naheliegenden praktischen Gründen regelmäsig diesen letzteren Weg vorziehen wird, so hängt es gar nicht von dem Willen des Verkäufers ab, ob er durch Rücknahme der Sache den Käufer auf die a. in factum beschränken will oder nicht. Außerdem sollte man meinen, daß wenn die Strafe des duplum dafür eintritt, daß der Verkäufer es zum Prozeß kommen läßt, sie ebenso gut bei der a. in factum eintreten müßte, wo der Verkäufer trotz Rücknahme der Sache das Kaufgeld nicht herauszahlt, als bei der anderen redhibitoria, wo er dies unterläßt, ohne die Sache zurückempfangen zu haben. Und in der That fehlt es, so viel ich sehe, an jedem quellenmäßigen Anhalt dafür, daß die a. in factum ein anderes Ziel gehabt hätte, als die redhibitoria vulgaris.<sup>1)</sup> Um so weniger aber kann man dann mit Huschke in einer dem Verkäufer gewährten Möglichkeit, seine Haftung auf das Maß der a. in factum herabzusetzen, den Grund für die Schärfung der redhibitoria auf das duplum erblicken.

Sonderbar wäre es auch gewesen, wenn, wie alle außer Huschke S. 212 annehmen, die verschärfte Haftung nur bei der redhibitoria und nicht auch bei der a. quanti minoris stattgefunden hätte; dann würde die letztere, weil unverhältnismäsig viel weniger vortheilhaft, in der Praxis wohl selten gewählt worden sein.

Hauptsächlich aber fällt gegen die Lehre von einer grundsätzlichen Haftung des Verkäufers in duplum folgendes in die Wagschale. Da der Verkäufer verpflichtet war zum cavere de his quae edicto aedilium continentur (l. 28 D. de aed. ed.), so müßte man nach jener Lehre erwarten, daß auch diese Caution für das Nichtvorhandensein zugesagter Eigenschaften auf das doppelte des Kaufpreises gerichtet gewesen wäre. Und in der That nehmen dies z. B. Rudorff S. 451 und Baron, Geschichte des Röm. R. I, § 124, A. 35 an; andere dagegen bezeichnen

<sup>1)</sup> Freilich will auch Lenel S. 441 die a. in factum immer nur in simplum gehen lassen. Aber Ulpian (in l. 31, § 17—19 cit.) erwähnt eine eigenthümliche condemnatio dieser Klage mit keinem Worte, sondern nur, was ja Lenel selbst sehr richtig hervorhebt, die besondere intentio (Si quem hominem As As de No No emit, eum paret No No redhibitum esse), die Weglassung der exceptio temporalis und die Beschränkung der Arbitrarklausel in dem die Pflichten des Käufers betreffenden Theile auf die Restitution von id quod ei homini in venditione accessit.

zwar ebenfalls ein duplum als Gegenstand dieser Stipulation, aber als das dabei zu Grunde liegende simplum entweder die durch den Mangel herbeigeführte Differenz im Werth der Kaufsache (Neustetel, Untersuchungen S. 237, Huschke S. 207, H. Keller in Sell's Jahrb. III S. 119, Kuntze, Cursus d. R. R. § 685 u. a. m.), oder das volle Interesse des Käufers an dem Vorhandensein der zugesagten Eigenschaft (Hanausek S. 36).<sup>1)</sup>

Von diesen drei Meinungen wird die erste und zweite schon durch den von Hanausek geltend gemachten Umstand widerlegt, daß in l. 16, § 2 D. de evict. 21, 2 und in l. 44, § 2 D. h. t. der Inhalt der a. ex stipulatu nicht nach Maßgabe der Verhältnisse zur Zeit des Kaufabschlusses, sondern mit Rücksicht auf die später dem Käufer erwachsenen Nachtheile bestimmt wird.

In Wahrheit aber sind alle drei Meinungen zu verwerfen; denn die ediktmäßige cautio ging, wie Windscheid II, § 394, A. 17 mit Recht behauptet, und selbst Lenel, der doch in Betreff der redhibitoria auf Seiten der Gegner steht, S. 441 anerkennt, lediglich auf sanum esse, furem non esse etc., und daraus konnte dann bei stipulationswidriger Beschaffenheit der Sache auf das id quod interest emtoris, aber eben nur auf das einfache Interesse geklagt werden.

Hierfür sprechen vor allem die schon von Lenel angeführten Stellen, welche alle nur einen Stipulationsinhalt der angegebenen Art erkennen lassen (l. 31 D. de evict. 21, 2: sanum esse, furem non esse; l. 32 pr. D. eod.: fugitivum erroneum non esse; l. 14 C. d. a. e. v. 4, 49: erroneus non esse, noxa solutus esse; l. 32 D. h. t.: in his causis non esse), und welche leicht noch zu vermehren sind (vgl. z. B. l. 30 D. de evict. 21, 2 l. 11, § 4 D. d. a. e. v. 19, 1. Varro d. R. R. II, c. 2 § 6; c. 5 § 11; c. 10 § 5.<sup>2)</sup> Besonders bedeutsam aber ist der Protest Ulpian's in l. 31 D. cit. gegen die Behauptung mancher, daß die stipulatio sanum esse, furem non esse bei einem kranken oder diebischen Sklaven wegen Unmöglichkeit der Erfüllung unverbindlich sei: alioquin stipulatio quae ab aedilibus proponitur, inutilis erit, quod utique nemo

<sup>1)</sup> Hanausek, S. 36, A. 3 führt noch als Vertreter der «richtigen», d. h. doch wohl seiner eigenen Ansicht, Fr. Mommsen II, S. 206 und Bechmann S. 407 an; beide wissen aber von einer cautio dupli nichts. Vangerow Lehrb. II, § 609, VII nimmt zwar eine stipulatio duplae an, ohne jedoch zu sagen, von welchem simplum.

<sup>2)</sup> Hier ist besonders bezeichnend, wie in den Worten: In (servorum) emtione solet — stipulatio intercedere sanum eum esse furtis noxisque solutum, aut — si mancipio non datur — dupla promitti, aut, si ita pacti, simpla; die Trennung der stip. sanum esse und der in Ermangelung der mancipatio anzuwendenden stip. duplae oder simplae auf den Eviktionsfall hervortritt.

sanus probabit; wie wäre diese Argumentation begreiflich, wenn auf den Fall nicht vorhandener sanitas etc. ein bestimmtes duplum stipuliert gewesen wäre?

Desgleichen enthalten auch sowohl die Kaufverträge der siebenbürgischen Wachstafeln, als die interessante, unlängst von U. Wilcken trefflich herausgegebene Papyrusurkunde über einen Sklavenkauf aus dem Jahre 359 n. Chr. (Hermes XIX, S. 419) zwar durchweg eine Stipulation des Nichtvorhandenseins gewisser Mängel, aber niemals ein Versprechen des Doppelten für den Fall des Gegentheils. In der Papyrusurkunde speziell stipuliert der Käufer<sup>1)</sup> für geheime Fehler geradezu nur das einfache Interesse, und in zwei siebenbürgischen Kaufbriefen (Bruns, Fontes, emtiones 1 und 2) steht unmittelbar neben jener Stipulation eine andere, für den Fall der Eviktion auf das duplum gerichtete, deren Zusammenziehung mit der ersteren doch wohl ungemein nahe gelegen hätte, wenn diese eben gesetzlich auch auf das Doppelte gegangen wäre.

Diesen Gründen gegenüber kann sich Hanausek S. 37 nicht mit Erfolg darauf berufen, daß l. 31 D. de evict. die Giltigkeit der stipulatio: «sanum esse, furem non esse» damit begründet: hoc enim continere quod interest horum quid esse vel horum quid non esse; denn damit wird offenbar nicht gesagt, daß der Wortlaut der Stipulation auf das Interesse, geschweige denn auf das doppelte Interesse des Käufers gerichtet gewesen sei, sondern es wird nur der Sinn der Wendung sanum esse (praestari) als der einer Interesse-Obligation erklärt.<sup>2)</sup>

Auch l. 16, § 2 D. de evict. 21, 2 und l. 44, § 2 D. h. t., die Hanausek ferner anführt, weil sie als Gegenstand der a. ex stipulatu das Interesse des Käufers am Vorhandensein der zugesagten Eigenschaften bezeichnen, beweisen zwar, wie oben bemerkt, gegen Rudorff's und Neustetel's Auffassungen des duplum, aber nimmermehr dafür, daß die Stipulation auf irgend ein duplum gerichtet gewesen sei.<sup>3)</sup>

Wenn endlich noch an verschiedenen Stellen die Haftung für Fehler

1) Zeile 27—33: ἔργον νόσον καὶ σίνος παλαιὸν καὶ κρηπτόν πάθος — — — ὁ πεπρακὸς καὶ διάδοχοι αὐτοῦ βεβαιώσουσιν τῷ πραγματένῳ καὶ διαδόχοις αὐτοῦ ἢ ἐπίσουσιν αὐτῷ τὴν τιμὴν καὶ τὸ βλάβος καὶ ὅσον ἐν αὐτῷ διαδόχοις τε αὐτοῦ διαφέρει.

2) Vgl. dazu auch Fr. Mommsen, Beiträge I, S. 195 und Windscheid, Heidelb. krit. Zeitschr. II, S. 123.

3) Auch l. 11, § 12 D. d. a. e. v. 19, 1 ist hierherzuziehen. Denn wenn es dort heisst, daß der emtor noxali iudicio condemnatus *id tantum consequitur quanti minimo defungi potuit*, auch wenn er ex stipulatu klagt, so ist dabei als Grund die stip. noxis solutum esse, als Gegenstand aber offenbar weder eine feste Summe, noch ein duplum, sondern das Interesse gedacht.

auf eine stipulatio duplae (l. 16, § 2 l. 32 pr. D. de evict.) oder duplae vel simplae (l. 11, § 1 D. eod.) zurückgeführt wird,<sup>1)</sup> so erklärt sich dies einfach daraus, daß, wie Lenel mit Recht bemerkt, die stipulatio sanum esse etc. und die Eviktionsstipulation in einem Formular vereinigt waren, und darum zusammenfassend von einer stipulatio duplae geredet wurde, selbst wenn es sich, wie in l. 58, § 1 D. h. t., nur um Rückgabe des Kaufpreises als das einfache Interesse handelte. So begreift auch Ulpian in l. 31, § 20 D. h. t. mit den Worten «*assidua est duplae stipulatio*» beide Kautionen zugleich, und kann Theophilus III, 18, 2 dadurch zu seiner etwas seltsamen Wendung, der Verkäufer müsse wegen heimlicher Mängel beispielsweise (*λόγου χάριν*) das Doppelte versprechen, verleitet worden sein.<sup>2)</sup>

Ist nun aber nach alledem mit Sicherheit anzunehmen, daß die ädilische stipulatio auf «sanum esse» schlechthin; und demgemäß auch die actio ex stipulatu nur auf das einfache Interesse ging, dann ist es auch undenkbar, daß die a. redhibitoria wegen eines Fehlers grundsätzlich auf den Kaufpreis und 100 pCt. Zuschlag gerichtet gewesen sein sollte! Denn sonst wäre ja, da das Interesse des Käufers sich nur in den seltensten Fällen bis zu dieser Höhe belaufen wird, die Haftung des Verkäufers aus der ediktmäßigen Stipulation dem Käufer weit weniger vortheilhaft gewesen, als die ohnehin kraft Edikts eintretende! Es wäre also dann weder ein Interesse des Käufers, noch die gesetzliche Verpflichtung des Verkäufers, jene Stipulation vorzunehmen, begreiflich; — wenigstens nicht für die Zeit, zu welcher bereits die actio redhibitoria (in duplum) auf Grund eines Fehlers gewährt war; und doch wurde gerade auch nach Ausbildung dieser Klage die Garantiestipulation regelmässig erfordert und ertheilt. Umgekehrt dagegen begreift sich der Werth und die Anwendung der Stipulation sehr wohl, wenn die a. redhibitoria grundsätzlich bloß auf den einfachen Kaufpreis ging. Denn dann ermöglichte nur jene es dem Käufer, einen anderen Schadensersatz zu erlangen, als lediglich die Auflösung des Vertrages, und insbesondere vielleicht zu der Zeit, wo die actio

1) L. 37, pr. § 1 D. de evict, die Hanausek noch anführt, bezieht sich auf die Eviktions-Stipulation; vgl. § 2 eod. Uebrigens kann der Ausdruck stip. duplae doch immer nur durch pecuniae qua mercatus est ergänzt werden (vgl. Eck, Verpflichtung des Verkäufers, S. 18 A. 4); er würde also keinesfalls auf das von Hanausek angenommene simplum (= id quod interest) hinführen, sondern höchstens auf das Kaufgeld und dessen Verdoppelung nach Rudorff.

2) Auf diese letzteren beiden Stellen stützt die richtige Meinung hauptsächlich Windscheid II, § 394, A. 17. Doch wird das Gewicht dieser Gründe mit Geschick bekämpft von Hanausek, S. 81.

quanti minoris nur erst beim Kauf von iumenta anerkannt war,<sup>1)</sup> auch bei anderen Käufen den Preis nach Maßgabe des Fehlers zu mindern. Später mag dann gerade die Verallgemeinerung der a. quanti minoris auch dazu beigetragen haben, die Garantiestipulation allmählich aus dem Verkehr verschwinden zu lassen.<sup>2)</sup>

Zu allen diesen Gründen gegen die grundsätzliche Richtung der a. redhibitoria auf den doppelten Kaufpreis kommt noch hinzu, daß auch die dementsprechende Formelkonstruktion von Rudorff und Lenel unhaltbar ist.

Zwar ist mit beiden davon auszugehen, daß die a. redhibitoria eine arbitraria war, was Huschke S. 211 und Hanausek S. 24 bestreiten,<sup>3)</sup> Dafür ist entscheidend, theils — was Lenel S. 438 A. 3 hervorhebt — die wiederholte energische Betonung des arbitrium iudicis, das man mit Hanausek zwar wohl in l. 43, § 9 D. h. t. «einfach als richterliches Urtheil» deuten kann, aber nicht auch in l. 23 pr. l. 29 § 3, l. 31 §§ 9, 13 h. t.: theils das in l. 25 § 9 D. h. t. erhaltene Formelstück «et quanta pecunia pro eo homine soluta . . . erit, non reddetur» etc., das in seiner auf das Futurum gestellten Fassung nichts anderes sein kann, als ein Theil der Arbitrarklausel.<sup>4)</sup>

Wenn nun aber wirklich die Formel den Condemnationsbefehl an diese Bedingung: si — — pecunia — non reddetur, knüpfte, so ist es doch ganz undenkbar, daß auf den entgegengesetzten Fall, d. h. auf den Fall gutwilliger Erfüllung des arbitrium iudicis immer noch die Condemnation zum alterum tantum geboten gewesen sein sollte! Eine solche Formel, welche den Gehorsam gegen den Befehl des Richters zur Condemnation bedingung erklärte, wäre doch einzig in ihrer Art und geradezu dem Begriff des arbitrium de restituendo zuwider, das ja in § 31 J. de act. und von Lenel selbst S. 193 definiert wird als «arbi-

<sup>1)</sup> Darüber, daß sie ursprünglich nur diesen betraf, vgl. Bechmann, I. S. 409 und Hanausek, S. 32.

<sup>2)</sup> Insofern liegt ein richtiger Kern in den Ausführungen Pfersche's, Zur Lehre vom error in substantia, Graz 1880, S. 38 ff., 60 ff.

<sup>3)</sup> Ohne Grund läßt Rudorff in seiner Rekonstruktion der Formel die Worte arbitratu tuo fort.

<sup>4)</sup> Ob auch hier eine pronuntiatio iudicis vorausging, ist streitig. Huschke und Hanausek nehmen eine solche an in der Fassung: redhibendum videri (besser wohl: in causa redhibitionis fuisse videri od. dgl.); Bethmann-Hollweg, Civilprozeß II, S. 288 meint dagegen, daß sie bei persönlichen Klagen «natürlich weggefallen sei». (Vgl. jedoch denselben S. 626.) Aber mit Recht macht Bekker (Akt. II, S. 141) geltend, daß auch bei diesen der Richter die Leistungspflicht des Beklagten vor der condemnatio aussprechen mußte, um ihm die gütliche Erfüllung zu ermöglichen; sonst wären nicht omnia iudicia absolutoria gewesen; für die redhibitoria besonders aber wird das Vorkommen einer pronuntiatio bewiesen durch l. 58, pr. D. h. t.

trärer Satisfaktionsbefehl, dessen Befolgung die Condemnation abwendet». Wenn die Aedilen für alle Fälle den Beklagten auf das Doppelte hätten haftbar machen wollen, dann wäre es doch wohl logisch gewesen, eben dies in die Arbitrarklausel aufzunehmen mit den Worten: si quanta pecunia pro eo homine soluta erit, tanta dupla (oder tanta et alterum tantum) non reddetur etc. Aber statt dessen durch das arbitrium eine Abschlagszahlung von 50 pCt. und bei deren Leistung noch die Condemnation auf den Rest vorzuschreiben, erscheint als äußerst sonderbar;<sup>1)</sup> ja, der Beklagte hätte angesichts einer solchen Formel (quodsi reddetur, duntaxat simplam condemna) wohl zweifeln können, ob denn überhaupt irgend welche Leistung nach dem arbitrium ihn vor der Condemnation zu schützen im Stande sei!

Wenn nach alledem weder die grundsätzliche Haftung des Verkäufers auf das duplum, noch die Formelkonstruktion, in der hier ausnahmsweise einmal Lenel dem Vorgang Rudorff's — und selbst diesmal mit Unrecht — gefolgt ist, sich halten läßt, so fragt sich nur noch, ob denn nicht durch l. 45 D. h. t. die alternative Condemnation bestimmt bezeugt ist?

Dabei ist zuzugeben, daß die Gesetzesworte:

si neque pretium neque accessionem solvat neque eum qui eo nomine obligatus erit liberet, dupli pretii et accessionis condemnari iubetur etc.

sich offenbar an den Wortlaut der Formel (vgl. l. 25 § 9 D. eod.) anschließen,<sup>2)</sup> die hiernach Lenel insoweit richtig rekonstruiert:

si — — quanta pecunia pro eo homine soluta accessionisve nomine data erit, non reddetur cuiusve pecuniae quis eo nomine obligatus erit, non liberabitur, quanti ea res erit tantam pecuniam duplam — — — condemna.

Aber es ist m. E. durchaus nicht geboten, deswegen auch die folgenden Gesetzesworte:

si vero reddat pretium et accessionem vel eum, qui eo nomine obligatus est liberet, simpli videtur condemnari —

auf eine fernere in der Formel ausgedrückte Condemnation bedingung zu beziehen. Vielmehr läßt sich Bechmann's Erklärung sehr wohl

<sup>1)</sup> Daß die sonstigen Beispiele alternativer Condemnation (actiones noxales, actio de peculio vel de in rem verso, actio arbitraria de eo quod certo loco — Lenel, S. 195) ganz anderer Art sind, braucht kaum bemerkt zu werden.

<sup>2)</sup> Schon Savigny hat dies für so unzweifelhaft angesehen, daß er (System V, S. 131m) auf diesen Grund allein hin die redhibitoria zu den actiones arbitrarie zählt.

rechtfertigen, daß damit eine Unterwerfung des Beklagten unter das arbitrium de restituendo gemeint, und somit condemnatio im uneigentlichen Sinn für Aufforderung, Schuldigerklärung, Nöthigung durch Richterspruch gebraucht sei. Dafür spricht schon das handschriftlich allein überlieferte *videtur condemnari*, das um so weniger nach Voorda in «iubetur» umgeändert werden darf, als, wie Huschke S. 209 sehr richtig bemerkt, wenn eine eigentliche condemnatio gemeint wäre, es dem Stil des Gaius (vgl. Inst. III, 79) entsprechen würde, das iubetur condemnari nicht nochmals zu wiederholen, sondern einfach wegzulassen. Außerdem würde Gaius, wenn er auch in dem Schlusssatz Formelworte reproduzirte, wohl nicht das Tempus (*obligatus est* statt *erit*) gewechselt haben; ja, wenn ihm eine Formel, wie die von Lenel vorgelegen hätte, so würde er wohl einfach geschrieben haben: *quod si reddat liberetve, simpli.*<sup>1)</sup> — Gegen die Erklärung liegt nun aber natürlich der Einwand nahe, der auch Bechmann stutzig gemacht hat, daß der Ausdruck condemnatio nie auf das arbitrium de restituendo gehe. Allein in Wahrheit trifft dies keineswegs zu; vielmehr bezeichnet condemnatio in einer Mehrzahl von Stellen soviel als iubere, compellere, cogere etc., d. h. jede Nöthigung der Parteien durch den Richter, insbesondere auch die in Form des arbitrium erfolgende. Am deutlichsten beweist dies l. 25 § 5 D. h. t., wo die Frage, ob der Käufer eine durch seine culpa erfolgte Entwerthung des Sklaven sich auf das Kaufgeld müsse anrechnen lassen, von Ulpian mit den Worten entschieden wird: *aeque (emtor) condemnabitur*, während derselbe Ulpian in demselben Werke (l. 29 pr. D. h. t.) betont, daß der Käufer zur Erfüllung seiner Verpflichtungen bei der Redhibition nur durch arbitrium iudicis und Verweigerung der condemnatio venditoris zu zwingen sei; (vgl. l. 57 pr. D. h. t.). Aber auch in l. 21 § 3 D. und in l. 29 § 3 D. h. t. spricht Ulpian von dem Inhalt des arbitrium de restituendo und dabei von condemnatio; denn dort heißt es, daß, wenn trotz Flucht des Sklaven der venditor zur Kaufpreiserstattung «condemnatur», andererseits dem Käufer (sc. arbitrio iudicis) eine Kautio aufzuerlegen sei, — und hier: der Käufer erhalte Ersatz des durch den Sklaven ihm zugefügten Schadens *arbitrio iudicis*, jedoch so, daß nicht der Verkäufer dazu «kondemniert», d. h. direkt schuldig erklärt, sondern nur der Käufer

<sup>1)</sup> Bemerkenswerth ist auch, daß Ulpian in l. 29, pr. D. h. t. mit den Worten: *si emtori venditor ista non praestat (quae desiderantur in hac actione), condemnabitur ei* — zwar auf die in der Arbitrarklausel enthaltene negative Condemnationsbedingung anspielt, von einer zweiten affirmativen aber (*quodsi praestat*) nichts weiß, sondern als Gegensatz zu denken scheint: *quodsi praestat, absolvetur*.

zur Redhibition nicht anders als gegen Ersatz angehalten werde.<sup>1)</sup> Mag man aber auch auf diese letzteren beiden Stellen weniger Werth legen, so kommt doch noch hinzu l. 35 § 1 D. d. R. V. 6, 1; (hier wird gefragt, ob der iudex, der die pronuntiatio, rem actoris esse, mit Unrecht erlassen hat, nun auch de *fructibus condemnare* müsse, und die Bejahung damit begründet, daß er ja auch *rem arbitrabitur* restituui, also ist auch hier bei condemnatio an das arbitrium gedacht); sowie ferner l. 36 § 2 D. d. H. P. 5, 3 und § 3 I. de off. iud. 4, 17. Außerdem ist schon anderweit von Kuntze (der Provinzialjurist Gaius, Leipz. 1883 S. 23) mit Recht bemerkt worden, daß gerade Gaius auch in seinen Institutionen IV, 48 den Ausdruck condemnatio untechnisch und ungenau gebraucht. So ist es denn in der That nichts weniger als gewagt, auch in l. 45 D. de aed. ed. das condemnari videtur auf die Schuldigsprechung im arbitrium iudicis zu beziehen, zumal da, wie sich aus l. 35 § 1 D. d. R. V. ergibt, der Schwerpunkt der Entscheidung nicht erst in der eigentlichen condemnatio lag, sondern schon in der pronuntiatio bez. dem arbitrium iudicis, die auch, wenn sie ungerecht waren, die condemnatio nothwendig nach sich zogen. Fragt man aber nach dem Interesse, welches Gaius daran haben konnte, die arbitratu iudicis erfolgte Nöthigung zur Rückgabe des einfachen Kaufgeldes als eine Art condemnatio zu behandeln, so liegt die Antwort nahe: wenn z. B. ein Regrefs an die Bedingung vorheriger Condemnation geknüpft ist (Gai. II, 252: *stipulabatur ut quidquid hereditario nomine condemnatus solvisset, eo nomine indemnitas esset*; l. 21 § 2 D. h. t.: *cautio: si quid emtor condemnatus fuerit, his rebus recte praestari*), so kann dieser Regrefs auch schon auf die Verurtheilung und Zahlung ex arbitrio iudicis gegründet werden,<sup>2)</sup> so sicher, wie die stipulatio duplae beim Kauf nicht erst dann verfällt, si emtor damnatus est litis aestimatione, sondern auch schon si res restituta est petitori (scil. ex arbitrio iudicis), l. 16 § 1 D. de evict. 21, 2.

Wenn nun hiernach die l. 45 D. h. t. kein Hinderniß mehr be-

<sup>1)</sup> Die l. 29, § 3 cit. bedarf übrigens offenbar einer Umstellung ihrer Worte: Es heißt dort: *non ut ei horum nomine venditor condemnatur, ut ait Julianus, sed ne alias compellatur hominem venditori restituere, quam si eum indemnem praestet*. Aus l. 23, § 8 D. h. t. ergibt sich aber, daß auch schon Julian sich vielmehr gegen jenen direkten und für diesen indirekten Zwang des Verkäufers ausgesprochen hatte. Also werden die obigen Worte umzuändern sein in: *sed, ut ait Julianus, ne alias etc.* (Diese Bemerkung stammt von einem meiner Schüler im hiesigen romanistischen Seminar, Herrn stud. jur. Appelbaum).

<sup>2)</sup> Der Käufer erlangt aus der stipulatio furtis noxisque solutum esse im Regrefswege eben nur quanti minimo defungi potuit. l. 11, § 12 D. d. a. e. v. 19, 1.

reitet, so ist mit Sicherheit anzunehmen, daß das Edikt den Verkäufer grundsätzlich nur zur Rückzahlung des einfachen Preises und erst bei Nichterfüllung des arbitrium iudicis zum Doppelten verpflichtete. Bei dieser Annahme erledigen sich auch die mancherlei Schwierigkeiten und Zweifel, die bei jeder andern übrig bleiben.

Dahin gehört vor allem, daß das Ziel der redhibitoria so häufig auf das «pretium» oder «pecuniam quam emtor dedit» oder «non amplius quam pretium» oder «non maiorem summam quam pretium» (l. 23 §§ 1, 8, l. 27, l. 29 § 2, l. 31 pr. § 6, l. 58 pr. § 1 D. h. t.) bestimmt wird, in l. 23 § 1 D. cit. mit der Hinzufügung: ut uterque resoluta emtione nihil amplius consequatur, quam [non] haberet, si venditio facta non esset,<sup>1)</sup> während nur in der einen l. 45, für den Fall «si non reddat pretium,» das Doppelte als Condemnationssubjekt erscheint. Jene Ausdrücke kann man gewiß nicht mit Hanausek S. 29 «aus dem spätern Streben, die pönale Natur der ädilizischen Rechtsmittel abzustreifen», befriedigend erklären, sehr wohl aber dadurch, daß der Beklagte eben regelmäßig arbitratu iudicis den Kläger durch Rückzahlung des einfachen Preises abfand.

Ferner streitet man darüber, wie die Condemnationssumme bestimmt wurde, wenn der Verkäufer auf die Rücknahme der ihm angebotenen Kaufsache verzichtete. Rudorff S. 453 meint, dann sei nach l. 31 pr. D. h. t. immer nur in simplum condemnirt worden, weil der Käufer das alterum tantum schon in der Sache selbst hatte und behielt. Das wäre aber offenbar ungerecht gewesen, da ja die Sache in ihrer gegenwärtigen Beschaffenheit dem Kaufpreise an Werth vielleicht nicht annähernd gleichkam! Hanausek S. 29 behauptet darum umgekehrt, der Redhibitionsbeklagte habe auch hier allemal das duplum zahlen müssen. Dies hätte dann unter Umständen einen Reingewinn von 200% für den Käufer abgeworfen! Das Richtige ist, daß jener Verzicht gar keinen Unterschied in der Höhe der vom Verkäufer zu zahlenden Summe hervorrief; eben darum wird die Frage von den Römern gar nicht besonders erörtert.

Von der actio in factum, welche stattfand, wenn der Verkäufer freiwillig die Redhibition angenommen hatte, ist schon oben bemerkt worden, daß Huschke, Lenel u. a. m. sie stets auf das simplum gerichtet sein lassen; jedoch ohne quellenmäßige Grundlage. Da l. 31 § 17 D. h. t. sagt, daß sie ad pretium recipendum zustehe, so wird

<sup>1)</sup> Vgl. § 7 eod.: iudicium redhibitoriae actionis utrumque quodammodo in integrum restituere debere.

sie eben wie die redhibitoria vulgaris, grundsätzlich auf den einfachen Preis, bei Nichterfüllung des arbitrium aber auf das Doppelte gegangen sein.<sup>2)</sup>

Von selbst ergibt sich nach dem Gesagten auch die Rekonstruktion der Formel, die einfach

tum si arbitratu tuo is homo No No redhibebitur — — et  
quanta pecunia pro eo homine soluta accessionisve nomine  
data erit — — non reddetur, quanti ea res erit, tantam pecu-  
niam duplam Nm Nm Ao Ao condemna

gelautet haben muß.

Fraglich wird dabei noch, in wie weit die redhibitoria in ihrer von Bechmann nachgewiesenen formellen Funktion, d. h. in ihrer Richtung auf Erzwingung der ädilizischen Caution (l. 28 D. h. t.), von der obigen Fassung abgewichen sei. Gewiß hat Lenel S. 442 darin Recht, daß die intentio hier in factum lautete:

si paret Nm Nm — — non cavisse,

und es möchte nur nach bekannten Analogien<sup>3)</sup> noch hinzuzufügen sein:

neque per Am Am stesisse quominus caveretur.

Auch ist nach l. 31 § 24 D. h. t. sicher anzunehmen, daß die Arbitrarklausel und die Condemnation bei der actio in factum denselben Inhalt hatten, wie bei der redhibitoria vulgaris. Daneben aber soll, wie sowohl Bechmann S. 404, als Lenel meinen, die Arbitrarklausel dem Beklagten auch noch die Nachholung der Caution während des Prozesses ermöglicht haben, und in Folge davon müßte dann die Arbitrarklausel hier zwei Stufen bekommen haben, etwa in der Fassung: si arbitratu tuo Ns Ns non repromittet, tum si is homo — — redhibebitur et — — pecunia — — non reddetur etc., was Bechmann S. 404 und ihm zustimmend Pfersche (Zur Lehre vom error in substantia S. 56) in der That vertheidigen. Allein zwei solche successive arbitria sind doch weder sonstwo, noch hier bezeugt.<sup>3)</sup> Auch würde

<sup>1)</sup> Uebereinstimmend, wie es scheint, Windscheid II, § 394, Anm. 11.

<sup>2)</sup> Man denke an die actio de constituta pecunia (l. 16, § 2, l. 18 pr. D. de pec. const. 13, 5), an die quasi Serviana (l. 11, § 4 fin. D. qui pot. 20, 4) und an das Edikt ut in possessionem legat. serv. c. esse liceat (l. 1, § 1 D. ut in poss. 36, 4).

<sup>3)</sup> Pfersche entnimmt ein Argument aus l. 38 pr. D. h. t. de ornamentis restituendis iumentisve redhibendis iudicium dabimus. Aber damit können ebenso gut zwei getrennte Klagen gemeint sein, zwischen denen der Käufer zu wählen hatte. A. M. freilich Brinz II, § 327b, A. 59. Und wenn Bechmann sagt, unsere Caution sei «iudicialis» (d. h. a iudicis officio proficiscens), so fehlt es doch dafür am Beweise; denn §§ 1, 2 J. de div. stip. 3, 18 spricht eher dagegen.

die Gestattung nachträglicher Cautionsleistung offenbar eine große Begünstigung des Verkäufers enthalten (vgl. Pfersche selbst S. 60); namentlich aber würde auf eine solche Klage der Name *redhibendi iudicium* (l. 28 D. h. t.) nicht mehr passen. Aus diesen Gründen verdient die Annahme Hanausek's (S. 30) den Vorzug, daß Arbitrarklausel und Condemnation bei der formellen Funktion der *redhibitoria* eben auch nicht anders lauteten, als bei der materiellen.

Zum Schlusse bleibt noch ein Wort über die Bezeichnung der *actiones aediliciae* als *actiones poenales* in l. 23 § 4 D. h. t. hinzuzufügen.

Wer die Haftung auf das Doppelte immer eintreten läßt, hat es leicht, jene Bezeichnung zu erklären, indem nach ihm die *a. redhibitoria* zu den *mixtae* gehört (Hanausek S. 25), die ja auch oft *poenales* genannt werden (§ 9 J. de leg. Aq. 4, 3). Nur müßte er folgerecht auch von der *a. q. min.* das gleiche behaupten, da ja die l. 23 § 4 von den *ass. aediliciae* redet. Wie aber, wenn man, wie wir, die Haftung in duplum auf den Fall der Nichtbefolgung des *arbitrium* beschränkt? Aeltere geben freilich eben diese Möglichkeit einer *condemnatio in duplum* für den Grund jener Bezeichnung aus (Unterholzner, Schuldverhältnisse II. S. 278). Allein eine Klage, «der man es vor der Anstellung nicht ansehen kann, ob der Fall der Straferhöhung eintreten werde» (Sav. System V. S. 56), wird nie *poenalis* genannt, (vgl. l. 7 D. de solut. 46, 3: *ex causa quae infitiatione crescit vel poenali*). — Die wahre Erklärung ist vielmehr die von A. Pernice (Labeo II, S. 248) und von Wlassak (Gesch. der neg. gestio S. 175) bereits gegebene, daß die ädilizischen Klagen ursprünglich als Straffolgen des von dem Verkäufer begangenen Verstosses gegen seine ediktmäßigen Pflichten gedacht waren.<sup>1)</sup> Als Folge dieses Gedankens ist die mögliche *condemnatio in duplum* stehen geblieben, während im übrigen alle einzelnen Fragen nicht aus dem Gesichtspunkt eines zu Grunde liegenden Delikts, sondern mit Rücksicht darauf, daß die ädilizischen Klagen «*ex contractu veniunt*» entschieden sind (vgl. besonders Brinz II, § 327 b, S. 724). Allerdings ist daher zuzugeben, daß die Benennung dieser Klagen als *poenales* für das klassische Recht nur als «geschichtliche Erinnerung» gelten kann.

<sup>1)</sup> Vgl. außer den von Wlassak zusammengestellten Belegen auch die wiederholte Erwähnung eines *delictum venditoris* (l. 1, § 8, l. 51 pr. D. h. t.).

LEVIN GOLDSCHMIDT

## Zur Geschichte der Seeversicherung.

Die erste Verordnung des Magistrats von Barcelona über die Seeversicherung, erlassen am 21. November 1435 (Pardessus, coll. V. p. 493), will Betrügereien, Benachtheiligungen, Streitfragen abschneiden. Diesen sehr allgemeinen Zielen entspricht, obwohl von einer vollständigen Regelung des in zahlreichen Punkten nach wie vor der Ueberkunft und dem Handelsgebrauch überlassenen Geschäfts weit entfernt, ihr mannigfaltiger Inhalt. So stellt sie zahlreiche, bereits 1436 (Pardessus, V. p. 502) modificirte Beschränkungen der Versicherungsfreiheit im Interesse der einheimischen Rhederei auf; limitirt — was bereits 1436 aufgehoben, 1458 wiederhergestellt wurde (Pard. V. p. 502, 507) — die Versicherung von Schiffen und Waaren auf dreiviertel ihres Werthes; ordnet die mehrfache Versicherung, die Versicherung für fremde Rechnung; enthält Bestimmungen über die Form der Versicherungsverträge, die Fristen für Zahlung der Versicherungssumme, die Pflichten und die Courtage der Versicherungsmäkler nebst manchem anderen.

Sie setzt so voraus ein bereits hoch entwickeltes Assekuranzgeschäft, dessen erste Anfänge geraume Zeit zurückliegen müssen. Die scharfsinnige Hypothese von Reatz,<sup>1)</sup> es sei «die Idee der Seeversicherung» frühestens in der Zeit von 1367 bis 1383 und zuerst in Portugal angekommen und verwirklicht, es habe sich dort oder in Barcelona aus der vom König Fernando errichteten Zwangsgenossenschaft Portugisischer Schiffsrheder auf Gegenseitigkeit das demnächst von den übrigen Mittelmeerstaaten, insbesondere den Italienischen Handelsplätzen recipirte Institut der Prämienversicherung herausgebildet, hat, wie kein äußeres Zeugniß, so geringe innere Wahrscheinlichkeit für sich. Die Schicksale

---

<sup>1)</sup> Geschichte des Europäischen Seeversicherungsrechts, Th. I. 1870. S. 13, 14, 40 ff., 56 ff., 169 ff.



des Portugisischen Zwangsversicherungsinstituts, über welches einzig die um 1434 verfaßte Chronik des Fernão Lopez<sup>1)</sup> berichtet, sind völlig unbekannt, und es war mindestens im sechzehnten Jahrhundert der angeblich Portugisisch-Spanische Ursprung der Seeversicherung so durchaus in Vergessenheit gerathen, daß der erste Schriftsteller, welcher eine zusammenhängende Darstellung der Lehre gegeben hat, der Portugise Pedro de Santarem (Petrus Santerna) in seinem 1552 zuerst gedruckten,<sup>2)</sup> wohl geraume Zeit vorher<sup>3)</sup> geschriebenen tractatus de assecurationibus et sponsonibus mercatorum die Versicherung eine «materia peregrina» nennt (p. I, No. 3) und unter den Assekuranzplätzen, freilich seiner Zeit, Barcelona nicht einmal hervorhebt. Die abgestufte Gefahrsprämie aber, welche, nach Reatz, angeblich nur einer in Portugal zuerst in größerem Maßstabe versuchten Unfallsstatistik entnommen sein kann, findet sich als Bestandtheil des Seedarlehnszinses von Altersher, wenn auch für die Zinshöhe vorwiegend die Dauer der Kapitalsnutzung in Betracht kommt. Die Zinshöhe schwankt z. B. nach den Genuesischen Seedarlehnsurkunden der Jahre 1155—1164<sup>4)</sup> zwischen 25—33 $\frac{1}{3}$  pCt., während das gleichzeitige constitutum usus von Pisa (1161) rub. XXV vgl. XXIV für das gesellschaftlich modificirte Pisanische Seedarlehn sogar einen nach der durchschnittlichen Reisedauer bemessenen subsidiären gesetzlichen Tarif von 8 den. bis 7 sol. per libram, d. h. von 3 $\frac{1}{3}$ —35 pCt. für die Reise aufstellt.<sup>5)</sup>

Das von Reatz völlig übergangene Seedarlehn «instar cuius assecuratio inventa est» (Straccha, tr. de assecurationibus [Venet. 1569] gl. 15, No. 2) bildete, neben der commenda bzw. societas maris, das

1) Pardessus, coll. de lois marit. VI, p. 302 ff. Reatz I, S. 42 ff.

2) «nunc primum in lucem datus». Venetiis apud Baltassarem Constantinum. Exemplare der ed. princeps befinden sich im Besitz des Mr. Cornelius Walford in London, dessen Güte ich die Einsicht verdanke, und in der Wiener Hofbibliothek. Von einer in Portugal erschienenen ersten Ausgabe (so E. Cauvet, Traité des assurances maritimes I, Paris 1879, p. XXV — ohne Angabe des Datums) findet sich zur Zeit keine Spur.

3) Nach Barbosa, Biblioteca Lusitana t. III (Lisboa 1752 ff.) p. 617, hat Santerna gegen Ende der Regierung Königs Manuel (1495—1521) gelebt; die von Barbosa citirten Schriften enthalten keine näheren Angaben. Im tractatus nennt Santerna den Jason Maynus († 1519) «quidam modernus», citirt aber doch schon die sylva nuptialis des, nach Pancirolus, 1540 verstorbenen Joannes de Nevizanis.

4) Notular. des Giovanni Scriba in Monum. histor. patr. Chart. II, col. 301 ff. Auszüge daraus bei Schröder, Handbuch des Deutschen Handels-, See- u. Wechselrechts, herausg. von Endemann, Bd. IV, Abth. 1, S. 240 ff.

5) Bonaini, stat. ined. di Pisa II, p. 905. S. auch R. Wagner, Handbuch des Seerechts I (1884), S. 25, Not. 61 u. allgemeiner: Molengraaff, de overeenkomst van verzekering: Rechtsgeleerd Magazijn d. I. (Haarlem 1882), Bl. 422, Not. 3.

wichtigste Spekulationsgeschäft der Mittelmeerländer und enthält ein Assekuranzelement als integrierenden Bestandtheil. Da der Darlehnsgeber dem Spekulant die Seegefahr des Unternehmens abnimmt, so läßt sich die Seedarlehnssumme als anticipirte Versicherungssumme — je nachdem für die Ladung oder für das Schiff — bezeichnen. Da jedoch der Darlehnsgeber bei Eintritt des Seeunfalls nicht allein das Kapital, sondern auch die zugesicherten Zinsen einschließlic der in diesen liegenden Gefahrsprämie einbüßt, somit gegen bloße Gewinnhoffnung die Gefahr auf sich nimmt, so fehlt noch das charakteristische Moment der Assekuranz: das definitive Opfer des Spekulant als Entgelt für die Abwälzung des befürchteten Schadens auf ein anderes Vermögen.

Soll aus dem Seedarlehn als solchem die Prämienversicherung hervorgehen, so muß einerseits die Versicherungssumme nicht vorschußweise, sondern erst nach Eintritt des Unfalls gezahlt, andererseits die von den Gebrauchszinsen losgelöste Gefahrsprämie schlechthin von dem Spekulant geschuldet oder gar im Voraus entrichtet werden.

Nach der letzten Seite scheint die Entwicklung sich nur sehr allmählich vollzogen zu haben, der Art, daß der ursprüngliche Versicherungsvertrag formell oder doch materiell die Gestalt zweier bedingter Sponsonen trug: A. verspricht dem B. bei Eintritt des Seeunfalls Schadensersatz, B. dem A. unter der entgegengesetzten Bedingung einen Entgelt für die Gefahrsübernahme.<sup>1)</sup> Indem die Gesetzgebung Vorauszahlung der Prämie bei Abschluß des Vertrags vorschrieb (Verordnung von Barcelona 1435 c. XI), hat sie die wahre Assekuranz auch äußerlich sichtbar — und zwar nicht allein gegen die doch nur mögliche Wettassekuranz<sup>2)</sup> — abgegrenzt.

Nach der ersten Seite ist die Entwicklung sicherlich gefördert worden durch die berühmte Dekretale Papst Gregor IX, c. Naviganti (c. 19. X. de usuris), somit zwischen 1227—1234 erlassen, welche den Seedarlehnszins und damit das ganze Seedarlehnsgeschäft als wucherisch untersagt: Naviganti vel eunti ad nundinas certam mutuans pecuniae quantitatem, pro eo quod suscipit in se periculum, recepturus aliquid ultra sortem, usurarius est censendus.<sup>3)</sup> Daß hieran mit Ille quoque ein

1) Unten S. 208.

2) So Vivante, im Archivio giuridico XXXII (1884), p. 92.

3) Usurarius non est censendus will mit Aelteren lesen: Neumann, Geschichte des Wuchers in Deutschland, S. 17 ff., Not. 1. Mathiass, das foenus nauticum und die geschichtliche Entwicklung der Bodmerei. 1881. S. 56 betrachtet es «nach dem heutigen Stande der Forschung» als «nicht mehr zweifelhaft, daß das kanonische Recht das foenus

Fall nichtwucherischen Handelns (*non debet ex hoc usurarius reputari*) schließt, mag auf einer ungeschickten Reduktion, möglicherweise einer Verkürzung des ursprünglichen Textes beruhen — vielleicht betrifft das quoque die in diesem zweiten wie in dem ersten Falle ursprünglich aufgeworfenen Zweifel, etwa *De illo quoque dubitatur etc.* — fällt aber, gegenüber der allein beglaubigten Lesart um so weniger in's Gewicht, als die letztere durch das maßgebende Zeugniß des Redaktors der Dekretalen bethätigt wird. Die zwischen 1234 und 1243, vielleicht schon 1235<sup>1)</sup> geschriebene Summa des Raymundus de Peñafort erörtert lib. II. tit. VII de usuris et pignoribus S. V. die Frage, ob das Seedarlehngeschäft erlaubt sei, und berichtet, dafs von den beiden bisher vertretenen Meinungen die strengere, welche er selbst billigt, jetzt ausdrücklich durch *c. Naviganti* sanktionirt sei<sup>2)</sup> — vgl. den Wortlaut selbst in S. II eod., wo der zweite, auch zweifelhafte, aber entgegengesetzt entschiedene Fall erwähnt wird.

Wiewohl nun dem päpstlichen Verbot zuwider, welchem die Civilisten, theilweise sogar die Canonisten durch subtile Distinktionen die Spitze abzubrechen suchten,<sup>3)</sup> sich das Seedarlehn, unter wachsender Konkurrenz des wirthschaftlich verwandten Bodmereivertrags<sup>4)</sup>, in der Praxis erhielt, so lag es doch nahe, die entgeltliche Gefahrsübernahme von dem Vorschufgeschäft zu sondern, sei es, dafs letzteres, weil im gegebenen Falle entbehrlich, ganz hinwegfiel, sei es, dafs ein anscheinend unverzinsliches Darlehn gegeben wurde, sei es, dafs die Rollen von Darlehnsgeber und Gefahrsübernehmer sich schieden.

War dazu einmal den Anstofs gegeben, so mußte auf die Entwicklung der Prämienversicherung fördernd einwirken, dafs der Assekuranzgedanke in mannigfacher, wenn auch noch unfertiger Gestalt, in zahlreichen Institutionen des damaligen Verkehrsrechts der Mittelmeerlande hervortritt. Nicht allein im Seedarlehn, auch in anderen allgemein verbreiteten Verträgen: Commenda-, Transport-, Kaufverträgen, war

nauticum von dem allgemeinen Zinsenverbote eximirte. So jetzt auch Salvioli, *L'assicurazione e il cambio marittimo*. Bologna 1884. p. 259. Dessen Berufung auf Endemann ist verfehlt.

1) v. Schulte, Quellen und Literatur des kanonischen Rechts II, S. 412.

2) Sancti Raymundi de Pennafort — summa. ed. Veronae 1774, p. 210.

3) Lehrreich ist der Widerstreit zwischen Santerna und Straccha a. a. O. Ueber die Streitfragen: Endemann, Studien in der Romanisch-Kanonistischen Wirthschafts- und Rechtslehre II, S. 326 ff. Vgl. Neumann a. a. O. Salvioli a. a. O., p. 241 ff.

4) Matthiass a. a. O., S. 61 ff. Schröder a. a. O., S. 243 ff.

es üblich, über die Gefahr zu paktiren<sup>1)</sup>; eine Art beschränkter Gegenseitigkeitsversicherung zwischen Schiffs- und Ladungs-Interessenten begründete die schon dem Pseudorhodischen Seerecht angehörige und mindestens im Gebiet des Adriatischen Meeres recipirte Ausdehnung der Kontributionspflicht auf zufällige Schäden,<sup>2)</sup> sowie das doch auch anfänglich kaum auf Spanien beschränkte *germinamento*<sup>3)</sup>, über die einzelne Schiffsgemeinschaft hinaus die *conserva*.<sup>4)</sup>

Die Entwicklung vollzieht sich, soweit zu ersehen, zunächst in Italien. Aus der noch nicht abgeschlossenen Untersuchung, für welche fortgesetzte archivalische Forschungen weiteres<sup>5)</sup> Beweismaterial erbringen werden, sollen im Folgenden einige erheblichere Punkte zur Erörterung gelangen. Es steht schon gegenwärtig fest, dafs die von Reatz vermifsten positiven Zeugnisse für einen früheren Bestand der Prämienversicherung vorliegen.

## I.

Eine in Grosseto von dem Sienerer Notar Minus *condam ser Nerii* 22. April 1329 aufgenommene Urkunde<sup>6)</sup> besagt, dafs Octobonus olim domini Pagani de Marinis bekennt, empfangen zu haben von Bonacursus olim Jamnis (?), Mitglied der bekannten Florentiner Gesellschaft der Acciaiuoli, zahlend für sich und für Rechnung dieser Gesellschaft:

1. 1450 florenos (auri) infra pagamentum de nauulo coriorum lane et anguellinarum dicti Bonacursi et Acciaiuolorum predictorum sotiorum suorum. Quam mercantiam dixit quod tulit de Tunisi dictus dominus Octobonus in tribus suis galeis.

1) Unten S. 210 ff. Dergleichen Verträge kennt zwar schon das Römische Recht: meine Abhandlung, Zeitschr. f. Handelsrecht III, S. 104 ff., aber es fehlt an sicheren Zeugnissen für den Bestand der Sachversicherung.

2) Nicht erst im Statut von Ancona (1397), wie Cauvet und Salvioli meinen. S. schon Pardessus coll. I, p. 141; II, p. 20, 21; V, p. 5, 6, 106, 108. Wagner a. a. O. I, S. 16, 17.

3) Es bedarf hier noch genauerer Untersuchung.

4) Die Quellen sind citirt bei Laband, Zeitschr. f. Handelsrecht VII, S. 324, Note 38. Wagner a. a. O. I, S. 21, Note 50.

5) Einiges, aber unter völliger Ignorirung des Italienischen Statutarrechts, bei Salvioli a. a. O., S. 35 ff.; insbesondere: Enrico Bensa, studi di diritto commerciale. Genova 1882, p. 45 ff. Cesare Vivante, Archivio giuridico XXXII, p. 80–109: L'assicurazione delle cose. Evoluzione storica. Auch besonders erschienen Pisa 1884.

6) Abschrift derselben aus dem K. Staatsarchiv zu Florenz verdanke ich Herrn Professor C. Paoli daselbst, den Hinweis auf deren Existenz Herrn Professor Lastig.

2. 2450 florenos auri infra pagamentum de illa quantitate quam dictus dominus Octobonus recipere debebat *pro securitate et risico sibi facto super dictam mercantiam.*

Quod naulizamentum et securitatem factum fuit per Nicholaum Guizzardini, sotium dicte societatis de Acciaioli in civitate Janue predicte hoc anno presenti de mense Martii proxime preterito, ut dixerunt patere manu Dominici, notarii de dicta civitate Janue.

Weiter bekennt Octobonus, tanquam procurator domini Gaspalis, militis de Grimaldis de dicta civitate Janue procuratorio nomine pro eo empfangen zu haben von Bonacursus für Rechnung der genannten Gesellschaft (der Acciaioli) 272 florenos auri et dimidium infra pagamentum *de risico et securitate facta* per dictum dominum Gaspalem supradicto Nicolao Guicciardini *pro supradictis mercantiis.*

Diese beiden Verträge können nur wahre Versicherungsverträge sein, insbesondere ist an ein Seedarlehn bei der Verbindung von securitas (Sicherstellung) und risico nicht zu denken. Die von den Ladungsinteressenten (den Acciaioli) zu entrichtenden Summen sind somit Assekuranzprämien, deren auffallende Höhe<sup>1)</sup> eine sehr werthvolle Ladung oder besondere unbekannte Umstände (Feindes-Piraten-Gefahr?) voraussetzt.

Versicherer in dem zweiten Verträge ist der Genuese Gaspalis de Grimaldis, in dem ersten Verträge anscheinend der Rheder Octobonus de Marinis. Denn die naheliegende Annahme, daß O. bei einem ungenannten Dritten für Rechnung der A. Versicherung genommen habe, läßt sich mit der Thatsache nicht in Einklang bringen, daß ein Theilhaber der versicherten Gesellschaft A. als Kontrahent des Versicherungsvertrages bezeichnet wird. Auf diese Verbindung von Rhederei und Waarenversicherung, welche sich vielleicht aus der Gegenseitigkeitsversicherung des germinamento losgelöst hat, deuten einige später zu erwähnende Beläge.<sup>2)</sup>

Die Prämie wird augenscheinlich erst nach glücklicher Ankunft des Schiffes entrichtet. Ob sie auch nur für diesen Fall versprochen war? Franco Sacchetti sagt in seinen um 1370<sup>3)</sup> geschriebenen sermoni evangelici serm. IV von der Seeversicherung: E poi, se la

<sup>1)</sup> Um 1440 beträgt die Normalprämie London-Pisa, Pisa-Brügge 12—15%: Giov. Antonio di Uzzano, *pratica delle mercatura* (Della decima IV, p. 119, 128).

<sup>2)</sup> Unten, S. 209, 210.

<sup>3)</sup> O. Gigli, *i sermoni evangelici, le lettere ed altri scritti inediti o rari di Franco Sacchetti*. Firenze 1857, p. XXXIV, LXVIII.

nave va a salvamento, tu ricevi il prezzo.<sup>1)</sup> So fassen die Assekuranz auf noch spätere Canonisten und Civilisten, z. B. Joa. ab Anania († 1457) prael. in Decretal. lib. V.<sup>2)</sup> zu cap. Naviganti q. 13 No. 42 ff., unter unzutreffender Berufung auf Paulus de Castro; Alexander de Imola (Tartagnus † 1477) super Dig. novo<sup>3)</sup> in l. a. Titio (108) de V. O.: frequentant (sc. mercatores) etiam Florentini aliam similem conditionem: ut promitto tibi X si navis mea mercantiis onerata ad talem locum applicuerit salva; sin autem, tu promittis mihi reddere valorem mee mercantie. Sogar noch Molinaeus, tr. de usuris No. 93 und andere.

## II.

Weitere sichere Zeugnisse aus der ersten Hälfte des vierzehnten Jahrhunderts fehlen zur Zeit. Das «naulegiare u sigurare» im Cap. 47 des Pisanischen breve Portus Kallaritani von 1318<sup>4)</sup> kann, im Zusammenhalt mit c. 21. 34 daselbst, nicht leicht auf Assekuranz bezogen werden; indessen dürfte das sigurare doch von der mit üblicher Sicherstellung verbundenen Thätigkeit des Rheders zu verstehen sein,<sup>5)</sup> somit einschließlic der etwa darin begriffenen Assekuranz der Ladung. Für das «compra et sigura» des Wechselkäufers in dem Pisaner Mäkler-tarif v. 3. Dezember 1323<sup>6)</sup> bleibt nur die Bedeutung: Sicherheitsleistung für kreditirte Valuta.<sup>7)</sup>

Das statuto de' mercatanti di Calimala von Florenz erwähnt in der bisher allein publicirten Vulgarredaktion von 1332<sup>8)</sup> lib. I, c. 46. und lib. II, c. 4 Verträge über Gefahrsübernahme. Allein die erste Stelle «patti ed ordini d'alcuno avere che portassano» betrifft augenscheinlich Commendaverträge; die zweite «concordare con qualunque persona vorrà di vettura, nolo e rischio di panni, quali avesse comprati overo fatti comperare» kann ebensowohl von einer bloßen accessorischen Gefahrsübernahme durch den Frachtführer, als von einem selbständigen

<sup>1)</sup> A. a. O. p. 12. Auf eine andere Stelle in derselben Predigt hat bereits Salvioli a. a. O. p. 35 hingewiesen.

<sup>2)</sup> Lugduni 1546.

<sup>3)</sup> Lugduni 1535.

<sup>4)</sup> Bonaini, stat. ined. di Pisa II, p. 1083 ff.

<sup>5)</sup> Ueber die verschiedenen Ansichten: Pardessus, coll. V, p. 281, Note 2; p. 307, Note 1. Reatz I, S. 31 ff. Cauvet I, p. XXVI ff. Savioli, p. 29 ff.

<sup>6)</sup> Bonaini III, p. 590.

<sup>7)</sup> Reatz I, S. 38.

<sup>8)</sup> Bei E. Guidici, storia dei comuni Italiani III, p. 171 ff.

Assekuranzvertrage, sei es mit dem Frachtführer, sei es mit einem Dritten verstanden werden. Nur die erste scheint gemeint in einem Vertrage von 1335:<sup>1)</sup> 8 balle di merci — — sulla galea di Bartolomeo da Genova da portare sane et salve in Nizza com' è di costume.

Indessen ist hier doch der wichtigen Geschäftsklauseln a rischio, assalvi und ähnlicher zu gedenken.

Die vor 1343, wahrscheinlich bald nach 1335 geschriebene Kaufmannspraktik des Florentiners Balducci Pegolotti enthält c. 45,<sup>2)</sup> im Anschluß an die Florentiner Usoliste den Florentiner Mäklertarif für Vermittelung der verschiedenartigsten Geldüberemachungsgeschäfte (Firenze per senseraggio di cambiora) und daselbst:

Di marchi per Inghilterra assalvi in terra da ciascuna parte soldi 10 per cento.

Di marchi a rischio di mare e di gente da ciascuna parte soldi 20 di piccioli per cento marchi.

Als wichtiges Zeugniß für die Prämierversicherung wird die Stelle insbesondere von Pardessus<sup>3)</sup>, neuerdings wieder, trotz ihrer in der Hauptsache richtigen Deutung durch Reatz,<sup>4)</sup> von Salvioli<sup>5)</sup> angerufen.

Eine zweite, bisher nicht berücksichtigte Stelle Pegolotti's c. VIII<sup>6)</sup> enthält den Mäklertarif für Constantinopel bezw. Pera, und darin:

Di cambiora o contanti per lettera a salvi (assalvi) in terra o a rischio — dall' uno come dall' altro ka. 2 per cento di perperi.

Es werden unterschieden Geldüberemachungsgeschäfte mit der Klausel assalvi in terra und solche mit der Klausel a rischio sc. di mare e di gente.

Beide Klauseln begegnen sehr früh. Die erste dient dazu, die unbedingte Haftung, insbesondere des gewöhnlichen Darlehnschuldners zur Rückzahlung an dem dafür bestimmten Ort zu bezeichnen — im Gegensatz zu der nur bedingten Rückzahlungspflicht des Seedarlehns-empfangers (salva, sana eunte-redeunte navi), wie regelmäsig des Commendaempfängers: dort trägt der Schuldner, hier der Gläubiger die

<sup>1)</sup> Bei Bini, i Lucchesi a Venezia, p. 127.

<sup>2)</sup> Della decima III, p. 200.

<sup>3)</sup> Coll. IV, p. 567. V, p. 331.

<sup>4)</sup> S. 28—30. Mit einigen, nicht zutreffenden Modificationen auch Cauvet I, p. XXXIII ff.

<sup>5)</sup> p. 24—29. S. auch Schupfer, bei Sacerdoti, il contratto d'assicurazione (Padova 1874), vol. I, p. 116. Bensa, studi p. 49.

<sup>6)</sup> Della decima III, p. 28.

Seegefahr mit Einschluß von Piraten- und Feindes-Gefahr. Dem formalistischen Urkundenstyl entsprach, zumal bei der Häufigkeit wie Wichtigkeit von Seedarlehns- und Commendageschäft, bei jedem auch nur als möglich unterstellten Geldtransport, die ausdrückliche Bestimmung, auf wessen Gefahr das Geld reise. Heben doch schon die Römischen Quellen hervor, daß es eine pecunia trajecticia, d. h. pecunia, quae trans mare vehitur (l. i. D. de naut. foen. 22, 2) sine periculo creditoris accepta gibt (l. i pr. eod. — vgl. l. 2 [1]. 5 [4]. 3 [2] C. eod. 4, 33), und darauf deutet auch das sonst schwierige c. 17, p. II des Pseudorhodischen Seerechts: τὰ ἐν τῇ θαλάσῃ δεδανεισμένα — ἀκίνδυνα, τὰ — δανειζόμενα ἀκίνδυνα.

Eine Darlehnsurkunde aus Amalfi, 10. Jahrh.,<sup>1)</sup> lautet: — et prefati tari 12 salvi in terra vobis reddere debeamus — sicut salvi in terra a nos recipiati —; ut omnia prefata capitula habeatis a me salvos in terram. Venetianische Urkunde 1148 (Arch. Veneto VII p. 97): Versprechen, in Constantinopel empfangene perperos zurückzuzahlen in terra salvos; 1168 (eod. p. 149): salvos in terra; 1179 (eod. IX p. 110): salvos in terra u. a. m.

Geht das Commendagut prinzipiell auf Gefahr des Commendator,<sup>2)</sup> so kann sich doch die Haftung des Empfängers bis zur unbedingten Rückzahlungspflicht steigern, für salvum in terra:

Urk. aus Amalfi 1256, 1257, 1259;<sup>3)</sup> Genueser Statut 13. Jahrh. für Pera c. 2144): iudicabo ipsam societatem vel accomendationem salvam in terra, vgl. c. 207, 210, 209: absque ullo detrimento sit salva in terra — tunc sit illa pecunia salva in terra.

Entsprechend tabula Amalfa c. 43: Item all' impronto quale si fà alli marinari de Rivera esce sempre salvo in tra (terra), d. h. die den Schiffsleuten der Küste (von Amalfi) vorausbezahlte Heuer (mutuum: cap. 12, 17 vgl. 26, 21, 47) steht, wenn zu restituieren (c. 2, 3, 26, 41 vgl. c. 16, 52, 53), auf Gefahr des Schiffsmanns. Noch jetzt wird die Klausel in dieser Bedeutung («non soggetta a rischio marittimo»), in Amalfi gebraucht.<sup>5)</sup>

<sup>1)</sup> Camera, memorie diplomatico-storiche di Amalfi I, p. 171.

<sup>2)</sup> Silberschmidt, Die commenda (1884), S. 85, 112 u. Cit. Lattes, il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città Italiane. p. 168, Not. 122. Endemann, Studien I, S. 363 ff.

<sup>3)</sup> Camera a. a. O. I, p. 435. II. add., p. XLI, XL.

<sup>4)</sup> Promis, miscell. XI, p. 744.

<sup>5)</sup> Alianelli, delle antiche consuetudini e leggi marittime delle provincie Napolitane, p. 122, Note 3.

Ihren Gegensatz bilden folgende Klauseln: in tuo periculo de mari et gente (Venet. Urk. 1161: Arch. Veneto VII, p. 365); sub Dei, maris et gentium periculo: Stat. v. Gaeta IV, c. 103 (Alianelli p. 166); ad risicum, periculum et venturam maris et gentium: Urk. v. Amalfi 1386 (Camera II, p. 498); ad risicum Dei maris et gentium;<sup>1)</sup> a risch de mar e de males gents (Consulato c. 210) u. a. m.; auch kürzer: ad tuum resicum, ad Dei et tuum resicum, ad tuam fortunam, ad resicum et fortunam eius (Genues. Urk. 1155ff.: Histor. patr. monum. Ch. II, Nr. 337, 883, 956, 1029, 1031, 1054 u. a. m.).

Die Assises de Jérusalem basse court, Ende des 12. Jahrhunderts, c. 48 (Kaussler<sup>2)</sup>) stellen entgegen: a gaaing en aventure de mer et de gens und a porter sauf en terre.

Das seedarlehnsartige Lieferungsgeschäft der Stat. von Marseille 1255, lib. II, c. 16:<sup>3)</sup> venditio vini quod portatur ad fortunam Dei et usum maris entspricht der bereits im Constitutum usus von Pisa rub. XXVII ausführlich geregelten compera mobilium rerum facta ut in alia terra solutio earum vel pretii fiat (Bon. II, p. 909), und es heisst hier: Quod si in venditione de aliquo mobili nominatum non fuerit, quod sit salvum in mari vel salvum in navi, in terra salvum intelligatur, in qua de solutione venditionis mentio facta fuerit.

Die Klausel a rischio u. dgl. ist insofern zweideutig, als nur der Zusammenhang ergibt, wen die Gefahr trifft. Wird sie der Klausel assalvi in terra entgegengesetzt, so kann sie nur sagen, daß den Gläubiger die Gefahr trifft. Ob durch die Klausel assalvi in terra der Geldschuldner eine ihm rechtlich nicht obliegende höhere Haftung übernimmt oder ob umgekehrt durch die Klausel a rischio (sc. des Gläubigers) die rechtliche Haftung des Geldschuldners gemindert wird, hängt von der Natur des in Betracht kommenden Vertrages (Geldtransportvertrag — Darlehnsvertrag) ab.

Während somit die Klausel assalvi in terra je nach Umständen sich von selbst versteht oder einen assekuranzartigen Nebenvertrag für den Gläubiger enthalten kann,<sup>4)</sup> wird durch die ihr entgegen-

<sup>1)</sup> Aus Urkunden des 13. Jahrhunderts bei Bensa, studi, p. 47.

<sup>2)</sup> Auch Travers Twiss, monum. iuridica appendix IV, p. 512, 513.

<sup>3)</sup> Pardessus, coll. IV, p. 264. Méry et Guindon, histoire de la commune de Marseille III, p. LXXVIII.

<sup>4)</sup> Der gleiche Zweifel begegnet schon in der vielbesprochenen Stelle Cicero ad famil. II. 17, 4: Laodiceae me praedes accepturum arbitror omnis pecuniae publicae, ut et mihi et populo cautum sit sine vecturae periculo, d. h. assalvi in terra (Rom!).

gestellte Klausel a rischio dieser Effekt nie für den Gläubiger, möglicherweise für den Schuldner herbeigeführt.

Denkt man nun an den im Wechselgeschäft, als Geldüberweisungs-geschäft nach auswärtigen Plätzen, wirklich oder fictiv steckenden Geldtransport, dessen Ersparung für den Wechselnehmer den ursprünglichen Hauptzweck des Wechselgeschäfts bildet,<sup>1)</sup> so konnte die Frage aufgeworfen werden, auf wessen Gefahr das Geld reist, und wir ersehen eben aus Pegolotti, daß noch zu seiner Zeit für den Wechselverkehr zwischen Florenz und England, ja im Wechselgeschäft von Constantinopel (Pera) verschiedene Abmachungen vorkommen, wie denn noch 1382 eine Urkunde von «uno cambio salvo in terra nobis misso» spricht.<sup>2)</sup>

Entweder also, sagt Pegolotti, schließt der Wechselnehmer mit der Klausel «ohne alle Gefahr» (für mich) oder mit der Klausel «auf See- und Menschen-Gefahr» (für mich). Im ersten Falle wird er selbstverständlich mehr für den Wechsel zu zahlen haben — eine Banquiersprovision, welche sich als Assekuranzprämie denken läßt; aber von dieser, wie neuerdings Salvioli in schwer verständlicher Darstellung, anscheinend sogar unter Kumulation der beiden Verträge, auszuführen sucht, spricht Pegolotti nicht, vielmehr lediglich von der sehr geringfügigen Mäklerkourtage, welche von beiden Theilen entrichtet wird. Es handelt sich nicht um 10 oder 20 Prozent, sondern um 10 oder 20 soldi auf 100 Englische Mark, und zwar, wenn, wie anzunehmen, Pegolotti sich genau ausgedrückt hat, im Falle der Klausel assalvi in terra um 10 Rechnungssoldi (grossi), von welchen 20 auf die lira, im Falle der Klausel a rischio um 20 kleine soldi, von welchen jener Zeit 45 auf die lira gehen.<sup>3)</sup> Es wären also je nachdem 22½ oder 20 kleine soldi per 100 Englische Mark,<sup>4)</sup> zu zahlen gewesen. Worin die kleine Differenz ihren Grund hatte, läßt sich um so weniger ausmachen, als die Mäklertaxe für Constantinopel für Geschäfte assalvi und a rischio zum gleichen Betrage angesetzt ist.

<sup>1)</sup> Wechselgeschäfte der päpstlichen Kollektoren in Ungarn 1317 ff.: timens maris periculum feci cambium cum sociis Bardorum (Vetera monum. Slav. merid. histor. illustr. ed. Theiner I, p. 147 ff.); 1388 ff.: per litteras cambii vel alium tutum modum (eod. I, p. 342, 351, 356, 367). S. auch Guidon de la mer, chap. I, art. V. Rafael de Turri, tr. de cambiis, disp. I, qu. 3, No. 2. Bereits Baldus, consilia 348, No. 6 rechtfertigt die Erlaubtheit des Wechselgeschäfts «propter pericula quae subeunt in transmissione pecuniarum».

<sup>2)</sup> Aus Cartolario di Caffa: Arch. stor. Ital. 1866, p. 109.

<sup>3)</sup> Vgl. Pegolotti, c. 44 (p. 195), auch Peruzzi, storia del commercio e dei banchieri di Firenze, p. 111.

<sup>4)</sup> Vergleichungstabelle bei Pegolotti, c. 46 (p. 206 ff.).

## III.

Gehen wir vom Beginne des 15. Jahrhunderts rückwärts, so begegnen zahlreiche Zeugnisse für den Bestand des Italienischen Assekuranzgeschäfts: in juristischer Literatur, Praxis, Gesetzgebung.

1. Der 1403 geschriebene<sup>1)</sup> tractatus de usuris des Laur. de Rodulfis p. III cap. consul. S. 10, q. 3 Nr. 8 ff.,<sup>2)</sup> dessen Autorität für die Späteren<sup>3)</sup> maßgebend war, vertritt energisch die kanonische Erlaubtheit des Assekuranzvertrages: non enim propter mutuum, cum nullum interueniat, sed propter id quod *assecurat* mercatorem de mercibus suis, quas periculo marino vel terrestri reponit, illud recipit.

Aber noch um 1370 hatte Franco Sacchetti, sermone IV<sup>4)</sup> sich sehr bestimmt gegen die moralische Statthaftigkeit der Versicherung ausgesprochen: però che altro che Dio non può sicurare niuna cosa in questa vita. Dabei setzt er voraus den Bestand sowohl der Schiffs- wie der Waaren-Versicherung: «E l'uno mercante assicura il navilio dell' altro per danari» und «se uno mercatante pigliando prezzo da un altro può sicurare mercatanzia su una nave?»

Den allgemeinen Gebrauch bezeugt das 1395 erlassene Schreiben der Signoria von Florenz an Jacobus de Appiano, signore von Pisa<sup>5)</sup>. Ein Schiff des Simon de Mari von Genua aus Sevilla oder einem sonstigen Spanischen Hafen nach einem Pisanischen Hafen befrachtet, ist bei Saona genommen und sequestrirt. Da nun an der Schiffs- ladung die Florentiner Kaufleute Johannozius de Billiottis und Leonardus de Altovitis et socii interessirt sind, indem sie Ambrosio Grisolfi de Janua pro florenis 300 sicut est consuetudo mercantium, sicurarunt, so ergeht die Bitte, dafs die genannten Florentiner propter securitatem antefatam incommodum non sentiant neque damnum.

2. Das Italienische Statutarrecht bewegt sich in folgenden Richtungen: es stellt die Statthaftigkeit der Assekuranz gegenüber theologischen bzw. kanonistischen Bedenken fest; es ordnet bzw. inhibirt

<sup>1)</sup> Schulte, Quellen u. Literatur des kanonischen Rechts II, S. 393.

<sup>2)</sup> Tract. univ. iuris. Ven. 1584, VII, p. 14 ff.

<sup>3)</sup> Endemann, Zeitschr. f. Handelsr. IX, S. 310 ff. ist auf die ältere Doktrin nicht eingegangen — auf diese Darstellung verweist er in den Studien II, S. 355. Die Moraltheologie und kanonistische Literatur des 14. Jahrhunderts wird noch Ausbeute gewähren.

<sup>4)</sup> Vgl. oben S. 208 und über eine Italienische Bearbeitung der summa Pisana von Giovanni delle Celle (1388), s. Salvioli a. a. O., p. 35.

<sup>5)</sup> Bonaini III, p. 357, Not.).

Assekuranzen auf fremde Schiffe und Waaren; es regelt die Prozedur in Streitfällen; es unterwirft die Versicherungsverträge einer Registrirungs- (Stempel-) Gebühr. Dazu treten vereinzelt Bestimmungen, welche aber, so weit bisher zu ersehen, sich nicht auf Privatrechtssätze erstrecken.

Unter den drei jener Zeit nach Pisa's Niedergang (1284) hervorragendsten Italienischen Handelsstädten: Venedig, Genua, Florenz scheint Venedig am spätesten sich mit der gesetzlichen Ordnung der Assekuranz befaßt zu haben. Indessen doch nicht erst, wie allgemein angenommen wird, durch das nur die Gerichtszuständigkeit und das Verfahren betreffende Gesetz vom 2. Juli 1468.<sup>1)</sup> Vielmehr enthält das Capitolare dei consoli dei mercanti<sup>2)</sup> als c. 275 ein Gesetz vom 15. Mai 1411<sup>3)</sup> mit der Rubrik: Securitates super navigiis forensibus non fiant neque de ipsis fiat aliquod ius.

Es ist gerichtet gegen eine den Venetianischen Bürgern sehr schädliche Gewohnheit (Cum introducta sit consuetudo), und verbietet fortan bei Klaglosigkeit und Verlust des vierten Theiles der Versicherungssumme Jedermann im Venetianischen Gebiet, direkt oder indirekt auf fremde Schiffe oder darin verladene Waaren (super dictis navigiis forensium et de mercationibus in eis caricatis) Assekuranz zu leisten.

Ebenda findet sich c. 300 ein Gesetz vom 8. Juli 1424<sup>4)</sup> mit der ähnlichen Ueberschrift: Securitates non fiant super navigiis forensium. Dem Texte nach verbietet es schlechthin Jedermann im Venetianischen Gebiet, Assekuranz zu Gunsten irgend eines Fremden, somit anscheinend auch von fremden Waaren in Venetianischen Schiffen: quod de cetero nullus — audeat vel praesumat per se vel alium assecurare vel assicurari facere aliquem forensium —. 5). —

Für Florenz liegt vor in den Statuti di mercanzia, Redaktion von 1393 eine schon von Paulus de Castro Consil. 251<sup>6)</sup> erörterte und ausdehnend interpretirte Bestimmung: lib. III, rub. X. Quod non possint fieri securationes per florentinos super classibus nisi florentinis.<sup>7)</sup>

<sup>1)</sup> Pardessus, coll. V, p. 65.

<sup>2)</sup> Eine von Thomas besorgte Abschrift desselben befindet sich auf der K. Bibliothek zu Berlin.

<sup>3)</sup> Ex libro 53 Rogatorum ad cart. 135.

<sup>4)</sup> Ex libro 55 Rogatorum ad cart. 30.

<sup>5)</sup> Ein Rathschluß von 1463 (Archivio Veneto I, p. 131) entscheidet einen einzelnen Assekuranzfall.

<sup>6)</sup> ed. Francof. 1582, vol. I.

<sup>7)</sup> Abschrift verdanke ich Herrn Professor C. Paoli in Florenz.

Dieselbe verbietet im ersten Theile den Einwohnern des Florentinischen Gebiets: *facere per se vel per alium directe vel indirecte aliquam securationem cautionem aut promissionem de aut super aliquibus mercantiis vel rebus oneratis vel onerandis super aliquo vel aliquibus classibus lignis vel navigiis, nisi solummodo et dumtaxat civibus florentinis et seu de civitate comitatu vel districto florentino et pro mercantiis et rebus ipsorum florentinorum, bei Strafe, Klaglosigkeit und Nichtigkeit des zuwiderlaufenden Geschäfts.*

Dagegen, mit der Marginalrubrik: *Quod per dictum officium possit cognosci de securitatibus florentinorum*, wird im zweiten Theile bestimmt: *De hiis autem cautionibus et securationibus que fierent inter cives seu districtuales florentinos et pro mercantiis et rebus eorum possit et debeat per dictum officium (sc. mercantiae) cognosci procedi ius fieri et terminari prout sibi uidebitur expedire. Et tales securationes promissiones et obligationes ualeant et teneant et possint et debeant observari et executioni mandari simpliciter et secundum bonam fidem et consuetudinem mercatorum.*

Die späteren Modificationen<sup>1)</sup> des im ersten Theile erlassenen Verbots interessiren hier nicht. —

Weitaus reichhaltiger ist das Statutarrecht von Genua.

Ein Verzeichniß der 1404 zusammengestellten *Regule officii mercantiae*, welche sich in Genua nicht mehr vorfinden und anscheinend nach Paris verschleppt sind, enthält folgende Rubriken:<sup>2)</sup>

*De non assecurando pro navigiis in darsina collocatis.*

*De assecuramentis non faciendis (et nota quod fuit reformatum in cartis 424).*

*Cassatio capitoli de assecuramentis non faciendis in libris officii mercantie.*

*Item quod omnibus Januensibus possint assecurari et se assecurari facere etc. et de assecuramentis tam per patronos quam per participes vasorum et alia omnia circa assecuramenta et naufragia quae sequerentur in no. 424.*

Einzelne dieser Gesetze und andere hier nicht aufgeführte, welche

<sup>1)</sup> Pöhlmann, Die Wirtschaftspolitik der Florentiner Renaissance. 1878. S. 127 ff.

<sup>2)</sup> S. schon S. Vallebona, delle assicurazioni e dei sinistri ed avarie di mare. 2. ed. Genova 1872, p. 3, Not. 2. Bensa, studi, p. 50, Not. 1. Ich folge der von Bensa mir freundlichst mitgetheilten Abschrift. Bei Vallebona finden sich einige Abweichungen, auch die Rubrik: *Contra allegantes cambia et assecuramenta esse usuraria.*

zum Theil in das vierzehnte Jahrhundert zurückreichen,<sup>1)</sup> sind erhalten.<sup>2)</sup>

Ges. 22. October 1369: 3)

*Contra alegantes quod cambia et assecuramenta facta quomodocumque cum scriptura vel sine sint illicita vel usuraria.*

Es betrifft die Erlaubtheit von Handelsgeschäften überhaupt, unter besonderer Hervorhebung von cambia und assecuramenta. Unter Aufhebung eines Gesetzes vom 8. Mai 1366, welches nicht auf uns gelangt, dessen Beziehung auf «assecuramenta» somit zweifelhaft ist, wird, um den häufigen chikanösen Weiterungen der Schuldner zu begegnen, welche einwenden: «quod contractus sive mutuum, de quo ageretur et pro quo molestarentur esset illicitum et foeneratitium et quod secundum scripturas canonice non possit ipsis talis contractus requiri vel peti et super hoc habent recursum et habuerunt temporibus retrohactis ad curias et magistratus ecclesiasticos» bestimmt: «quod si aliqua persona cuiuscumque conditionis existat que per instrumentum se obligaverit seu obligaret cum scriptura vel sine<sup>4)</sup> super quibuscumque mercantiis et in quocumque contractu mercantie et maxime per viam cambii seu assecuramenti versus aliquam personam et alegaret, quod contractus ille esset usurarius vel illicitus» — so soll, in Erwägung: «quod si per huiusmodi impedimenta instrumenta cambii et alii contractus mercantiarum facti cum scriptura vel sine non possint executioni mandari verteretur in magnum dampnum et incomodum civium et mercatorum Januensium, qui comuniter similes contractus faciunt nec aliter possent mercimonia exerceri nec navigia navigantia expediri,» ein solcher Schuldner von Rechtswegen in eine Strafe von 10 solidi für jede libra des geleugneten Schuldbetrages verfallen.

Dafs, wie bekanntermalsen gegen Wechselgeschäfte, so auch gegen die Seeversicherung theologische Bedenken bestanden, ist bereits früher<sup>5)</sup> hervorgehoben, und läßt sich so und nach dem Zusammenhange nicht bezweifeln, dafs unter den «assecuramenta» wahre Versicherungsverträge verstanden sind. Originell ist die indirekte Abschneidung<sup>6)</sup> der Wucherrede durch Strafsatzung. —

<sup>1)</sup> Bensa, studi, p. 50, Not. 1.

<sup>2)</sup> Abschriften der nachstehend besprochenen verdanke ich Herrn E. Bensa.

<sup>3)</sup> Arch. di stato. Cod. divers. X, 932. 1404—1405.

<sup>4)</sup> Gedacht ist augenscheinlich an mündliche oder schriftliche Verträge mit nachträglicher (?) notarieller Feststellung.

<sup>5)</sup> Oben S. 214.

<sup>6)</sup> S. über Florenz: Lastig, Zeitschr. f. Handelsrecht XXIII, S. 142 ff. u. Pöhlmann a. a. O., S. 79 ff.; allgemein Lattes a. a. O., p. 151, 152.

Wie in Florenz und Venedig, so bestand auch in Genua ein gesetzliches Verbot der Versicherung fremder Schiffe und der darauf verladenen Waaren, von zur Zeit unbekanntem Datum. Von diesem Verbote wurde im wohlverstandenen Interesse des einheimischen Handels wie der städtischen Finanzen je für das laufende Jahr während der Zeit der Versteigerung der Registrirungsgebühr dispensirt: Ges. v. 23. Januar 1408: 1) — quod quibuscumque censariis et seu prosonetis civitatis Janue liceat et licitum sit tractare contrahere componere et firmare ac etiam notariis scribere et inde instrumenta conficere in, super et de quibuscumque assecurationibus in navigiis seu super navigiis extraneorum seu non Januensium contrahendis et super oneribus, mercantiis et raubis dictis extraneorum navigiis conductis seu vehendis. —

Endlich die Registrirungsgebühr, welche im Betrage von  $\frac{1}{2}$  pCt. seit 1400<sup>2)</sup> von den Assekuranzverträgen erhoben wurde, soll, nach einem Dekret der consules calegarum v. 2. Februar 1401, 3) stets von den Versicherten entrichtet werden: — quod omnes et singule persone que se fecerint assecurare super aliquibus rebus et mercibus per instrumentum appodisiam vel alio quovis modo — non ille persone que versus eos assecuraverint de rebus et mercibus antedictis. Auch soll Jedermann, Notar, Mäkler oder Kaufmann jederzeit auf Verlangen dem Steuererheber von allen geschlossenen Versicherungen Mittheilung machen und demselben Einsicht in die Assekuranzurkunden (de instrumentis que fecerint de dictis securitatibus seu etiam appodisiis — censarii de cartolariis eorum, in quibus scribunt mercata facta per eos de dictis securitatibus) gestatten. —

Hiermit ist nur der äußere Entwicklungsgang skizzirt. Die leitenden Rechtsprinzipien und die einzelnen Rechtssätze, welche das Italienische Assekuranzgeschäft im vierzehnten und im Beginne des fünfzehnten Jahrhunderts normirt haben, werden sich erst nach Beschaffung eines umfassenderen Urkundenmaterials feststellen lassen. —

Ein solches erbringen, wie nachträglich hinzuzufügen ist, die mir so eben durch die Güte des Herrn Enrico Bensa zugehenden Aushängbogen einer ungemein lehrreichen, auf archivalischen Forschungen beruhenden Schrift desselben über die Geschichte der Versicherung: *Il contratto di assicurazione nel medio evo. Studi e ricerche.* Genova 1884.

1) Arch. di stato. Cod. div. X, 936.

2) Bensa, studi, p. 53, Not. 1.

3) Cod. regul. consul. caleg. fol. 66 a.

Florentiner Geschäftsbücher ergeben den Bestand derselben in Florenz bereits 1319. Die äußerst zahlreichen, in den Genuesischen Archiven zerstreuten Urkunden über Versicherungsgeschäfte reichen bis auf das Jahr 1347 herab; es sind vollständige Assekuranzpolizen aus den Jahren 1385 und 1397 erhalten. Auch die bisher dürftige Kenntniß des Italienischen, vornehmlich des Genuesischen Statutarrechts ist erweitert und in den bisher unbenutzten, zwischen 1390—1435 geschriebenen Consilia des Genuesischen Juristen Bartolomeo Bosco eine neue Quelle für die älteste juristische Doktrin erschlossen. Wie weit den scharfsinnigen Ausführungen des Verfassers über das so streitige geschichtliche Verhältniß der Prämienversicherung zur Wette und über die Einkleidung des Versicherungsvertrages in die Form des Kaufvertrages beigepflichtet werden darf, muß der Prüfung an anderer Stelle nach der in Kürze bevorstehenden Vollendung des gediegenen, die Kunde des mittelalterlichen Handelsrechts in den verschiedensten Richtungen fördernden Werkes vorbehalten bleiben.



RUDOLF GNEIST

Zur Lehre vom Volksrecht, Gewohn-  
heitsrecht und Juristenrecht.

---

Es ist ein unvergeßliches Verdienst unserer deutschen, historischen Rechtsschule, das wahre Verhältniß zwischen Gewohnheitsrecht und Gesetz festgestellt und durch die gewonnene Einsicht in den wirklichen Hergang der Rechtsbildung auch die neuere Gesetzgebung in richtige Bahnen gelenkt zu haben:

Die historische Rechtsschule bekämpfte jener Zeit die herrschende Richtung, — «die Irrthümer der Neuere», von welchen Savigny in seinen Vorlesungen fast täglich sprach —, ohne die Entstehung dieser Irrthümer im Zusammenhang ihrer Zeit näher zu würdigen. Heute können wir wohl sagen: der Widerspruch der Wirklichkeit mit dem Wesen des Staates und der Gesellschaft war im Laufe des achtzehnten Jahrhunderts zu einer solchen Schroffheit gesteigert, daß den Freidenkern die positiven Satzungen des bürgerlichen Lebens kaum anders erscheinen konnten, wie als ein konventionell Gemachtes. Wo diese Auffassung sich zum bon mot steigerte, kam man zu dem Rathschlage Voltaire's: *voulez-vous avoir des bonnes lois? brulez les vôtres et faites-en de nouvelles.* (Dictionnaire philosophique voc. lois.)

Mit leidenschaftlicher Energie war man diesem Rath gefolgt in dem Staatswesen, in welchem die Unnatur der Rechtsverhältnisse am höchsten gesteigert war. Aus Principien der reinen Vernunft war in Frankreich ein von Grund aus neues Staatswesen aufgebaut, in welchem das Recht vorwiegend als Schöpfung einer rationellen Gesetzgebung erschien.

Es war Zeit zum Einlenken gegen diese Richtung, als Savigny's «Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung» in Deutschland erschien. Bei allen Verdiensten um sociale Verbesserungen, bei allen Fortschritten der Staatsverwaltung, war doch die Napoleonische Gesetzgebung in Widerspruch mit den Rechtsvorstellungen unserer Nation getreten.

Die historische Schule fand daher lebhaftes Sympathien in den ernsten Geistern der Nation und wirkte anregend und befruchtend auf allen Gebieten der Rechtswissenschaft. Bei dem Eintritt in das wirkliche Leben machte sie aber dieselbe Erfahrung wie die von ihr bekämpfte naturrechtliche Schule. Ihre Lehren wurden einseitig aufgenommen in denjenigen Klassen der Gesellschaft, welche an der Vertheidigung überkommener Vorrechte das nächste Interesse hatten. Während im westlichen Deutschland die französische Gesetzgebung mehr oder weniger Fuß gefaßt hatte, fand die Schule ihren praktischen Erfolg mehr im Osten und Norden Deutschlands, wo das zur Zeit Nothwendige auf dem Wege der Reform im Anschluß an die bestehenden Besitzverhältnisse in schonender Weise durchgeführt war. Die bunte Mannigfaltigkeit der deutschen Besitz-, Corporations- und Staatsbildung bot überhaupt nach Beseitigung der Fremdherrschaft Gegensätze dar, für welche eine gemeinsame Vertretung der Nation und die Bildung eines einheitlichen gesetzgebenden Organs in der That unausführbar war. Es trat daher ein Stillstand ein, bis in der nächsten Generation eine innere Ausgleichung unter Einwirkung der neuen Agrar- und Gewerbe-gesetzgebung eingetreten war. Der Staat Preußen, in dem alle Gegensätze am schroffsten aufeinander stießen, war dadurch zu einer Ruhepause genöthigt. Unter Führung der österreichischen Politik wurde aus dieser Ruhepause aber ein Menschenalter politischer Reaction.

Die Applikation der Lehren der historischen Schule fiel hier zunächst dem preussischen Justizministerium zu, nach aufsen hin erkennbar aus den ministeriellen «Jahrbüchern» und deren Leiter, dem späteren Justizminister von Kamptz. Die umfassende Revision der Gesetzgebung, welche als nothwendig anerkannt wurde, nahm nun die Richtung auf Ausgrabung aller noch vorhandenen Provinzial-, Landes- und Ortsrechte. Liefen sich die 147 Landesrechte nicht wiederherstellen, welche allein die preussische Rheinprovinz aufweisen konnte, so bot sich eine um so günstigere Aussicht für die östlichen Landestheile, insbesondere die ländlichen Verhältnisse. Urbarien, Orts- und Fundal-Observanzen in bunter Mannigfaltigkeit liefen sich noch herausfinden in einer Zeit, wo die völlig umgewandelte Staatsbesteuerung die dringendste Aufforderung enthielt, daran zu denken, wie die erhöhten Armen-, Wege- und Schullasten künftig getragen werden sollten. Man konnte an eine lebensfähige Verjüngung der Patrimonialgerichte und der Gutspolizei denken in einer Zeit, wo zugleich durchgreifende Reformen des Gerichtsverfahrens und völlig neue Wohlfahrts- und Culturaufgaben des Staates in Frage standen! Im strafrechtlichen Ge-

biet stand der geheime Inquisitionsprozeß unzweifelhaft auf dem Boden einer «organischen» Entwicklung. Ebenso sicher stand — höher hinauf — die gewohnheitsrichtliche Entwicklung eines Adels-, Ritter-, Bürger- und Bauerstandes fest. Der Staat stand auf der Grundlage dieser historischen Rechtsauffassung in Gefahr, eine dem innern Leben der Nation widersprechende Grundverfassung zu erhalten.

Es war wohl dringend Zeit, dagegen einzulenken durch die ernste Mahnung unseres Georg Besler:

«Die Rechtsgeschichte muß, wenn sie nicht blos das Werk einer einseitigen todtten Quellenforschung sein soll, als integrierender Theil der allgemeinen politischen Geschichte in ihrem weitesten Umfange aufgefaßt werden; sie muß das Rechtsleben der Nation in seiner Fülle und seinem Wechsel zur deutlichen Anschauung zu bringen wissen».1)

Wenn man aber das Rechtsleben der deutschen Nation in seiner Fülle und seinem Wechsel wirklich zu erkennen suchte, so konnte man sich der Einsicht nicht verschließen, daß das vermeintlich aus dem ureigenen Geist der Nation erwachsene historische Recht, dessen Wiederausgrabung der preussische Staat nun seit Jahrzehnten erstrebt hatte, nur abgestorbene Elemente des Volkslebens enthielt. Es war ein wohl zulässiger Ausdruck, wenn Besler diese verkümmerten, durch die vis inertiae in die Gegenwart verschleppten Reste eines ehemaligen Volksrechts als ein «Gewohnheitsrecht» im üblen Sinne bezeichnete und solches dem lebendigen, im Volksbewußtsein der Gegenwart vorhandenen Recht entgegensetzte. Er kam damit zu dem Satz:

Dem Volksrecht steht das Gewohnheitsrecht gegenüber bald in gleichgültiger, bald in feindlicher Haltung.2)

Und wenn man vor Augen hatte, wie gleichgültig sich die Mehrzahl der deutschen Richter und Anwälte gegen die unabwiesbaren Forderungen der deutschen Rechtsbildung verhielt, wie in bequemer Handhabung des Hergebrachten diese Mehrzahl sich gegen die heute durchgeführten Reformen verhielt: so konnte man sich kaum die Wahrheit verhehlen, daß der Juristenstand im Allgemeinen wohl an dem Hergebrachten hängt, daß aber wahrhaftig nicht alles ihm Liebgewordene

1) Georg Besler, Volksrecht und Juristenrecht, Leipzig 1843, S. 4.

2) Besler, Volksrecht u. Juristenrecht, S. 79.

ein Ausdruck nationaler Rechtsüberzeugungen zu sein pflegt. Beseler kam damit zu dem Satz:

Das Juristenrecht ist nicht nothwendig eine Fortführung des Volksrechts; es kann auch bloßes Gewohnheitsrecht sein.<sup>1)</sup>

Natürlich wurden solche Wahrheiten im Kreise der Berufsgenossen übel genommen, obgleich sie objectiv und ruhig ausgesprochen wurden. Es war auch nicht schwer, dagegen den Standpunkt aufrecht zu erhalten, daß ein wirkliches Gewohnheitsrecht doch Volksrecht, ein wirkliches Juristenrecht doch auch die Bedeutung einer selbständigen Rechtsquelle habe. Indem man diese «Wirklichkeit» als selbstverständlich supponirte, konnte man zu einer logischen Widerlegung gelangen, die ein hochberühmter Berufsgenosse alsbald wirklich versucht hat<sup>2)</sup>.

Dennoch wirkte die Beseler'sche Schrift in weitesten Kreisen anregend, aufklärend und ermuthigend; die germanistische Seite der Schule hat das Vertrauen auf deren Leistungsfähigkeit für die Gegenwart in der öffentlichen Meinung wieder hergestellt.

Es war in der That nicht die Schuld der historischen Schule, wenn ihre Lehren sich in jener Weise verwirklichten. Das vornehme Haupt der Schule hatte sich von den antiquarischen Verirrungen frei erhalten, und selbst zum Justizminister für die Gesetzreform ernannt, hat Savigny würdig und unbefangen die zeitgemäßen Aufgaben der Gesetzgebung in die Hand genommen.

Allein noch einmal mußte er die Erfahrung machen, daß auch die höchsten Leistungen der Wissenschaft für sich nicht der Widerstandskräfte Herr werden können, welche sich den Reformen des Rechts entgegenstemmen. Die wirkliche Reform kam erst in Fluß durch mächtige Elemente des Volkslebens, welche durch eine Sturm- und Drangperiode hindurch ein zeitgemäßes Recht geschaffen haben, auf anderem Wege als dem von der Schule vorhergesehenen.

Es handelt sich dabei um Erscheinungen gleichmäßig wiederkehrender Art.

Länger als ein Jahrhundert zurück ist eine volkstümliche Fortentwicklung des Rechts der europäischen Culturvölker wohl erkennbar; aber überall geht diese Fortentwicklung durch Elemente der Gesell-

<sup>1)</sup> Beseler, Volksrecht und Juristenrecht, S. 67.

<sup>2)</sup> Heinrich Thöl, Volksrecht, Juristenrecht etc. Rostock 1846. Ein Muster jener schneidigen juristischen Logik, welche unwiderleglich scheint, so lange man in der unendlichen Mannigfaltigkeit des Staatslebens allgemeine Obersätze als zugestanden annimmt!

schaft hindurch, mit welchen die Wissenschaft nicht gerechnet hat. So wenig die Philosophie der Aufklärungszeit die Greuel der französischen Revolution vorhergesehen hat und so wenig sie dafür verantwortlich zu machen ist,<sup>1)</sup> so wenig ist es die historische Schule für den Mißbrauch ihrer Lehren. Ihre Lehren waren richtig und sind es noch heute: nur umfaßten sie nicht die ganze Wahrheit. Ebenso wie die von ihr bekämpften naturrechtlichen Theorien enthielten sie eine Lücke, deren Ausfüllung nur die sociale Weiterentwicklung der europäischen Staatenfamilie ergeben konnte. Wie der physische Mensch nur innerhalb der natürlichen Atmosphäre zu leben vermag, in welche ihn die Schöpfung versetzt hat, so vermag der denkende Mensch auch in seinen höchsten Bestrebungen nicht aus der geistigen und sittlichen Atmosphäre seines Zeitalters herauszutreten.

Was der heutigen Generation, welche vom Baum der Erkenntniß gegessen hat, in den Grundlehren Savigny's auffällig erscheint, ist die immer wiederkehrende Zurückführung des Rechts auf einen abstrakten «Volksgeist». «Fragen wir nach dem Subjekt, in welchem und für welches das positive Recht sein Dasein hat, so finden wir als solches das Volk. In dem gemeinsamen Bewußtsein des Volks lebt das positive Recht und wir haben es daher auch Volksrecht zu nennen. Es ist dies aber keineswegs so zu denken, als ob es die einzelnen Glieder des Volks wären, durch deren Willkür das Recht hervorgebracht würde. Vielmehr ist es der in allen Einzelnen gemeinschaftlich lebende und wirkende Volksgeist, der das positive Recht erzeugt, das also für das Bewußtsein jedes Einzelnen nicht zufällig, sondern nothwendig ein und dasselbe Recht ist».<sup>2)</sup>

«In der That finden wir überall, wo Menschen zusammen leben, und soweit die Geschichte davon Kunde giebt, daß sie in einer geistigen Gemeinschaft stehen, die sich durch den Gebrauch derselben Sprache sowohl kund giebt, als befestigt und ausgebildet. In diesem Naturganzen ist der Sitz der Rechtserzeugung; denn in dem

<sup>1)</sup> Vergl. Rottenburg, Geschichte der französischen Staatstheorien bis 1792. Leipzig 1878. — eine Darstellung, welche nur die Fortsetzung zu wünschen übrig läßt.

<sup>2)</sup> «Ein Beweis dafür liegt in der allgemeinen gleichförmigen Anerkennung des positiven Rechts und in dem Gefühl innerer Nothwendigkeit, wovon die Vorstellung desselben begleitet ist. Dieses Gefühl spricht sich am bestimmtsten aus in der uralten Behauptung eines göttlichen Ursprungs des Rechts. Ein zweiter Beweis liegt in der Analogie anderer Eigenthümlichkeiten der Völker, wie z. B. der Sitte des geselligen Lebens, vor Allem aber der Sprache. Bei dieser nun findet sich dieselbe Unabhängigkeit von Zufall und freier Wahl der Einzelnen, also dieselbe Erzeugung aus der Thätigkeit des in Allen gemeinsam wirkenden Volksgeistes.» v. Savigny, System des heut. röm. Rechtsbr. I, S. 14, 15.

gemeinsamen, die Einzelnen durchdringenden Volksgeist findet sich die Kraft, das oben anerkannte Bedürfnis zu befriedigen. Die Grenzen dieser Völkerindividuen sind allerdings unbestimmt und schwankend. Allein auch da, wo die Einheit des Volks unzweifelhaft ist, finden sich innerhalb der Grenzen desselben oft engere Kreise, die durch einen besonderen Zusammenhang noch neben dem Allgemeinen des Volks vereinigt sind, wie Städte und Dörfer, Innungen, Corporationen aller Art, welche insgesamt volksmäßige Abtheilungen des Ganzen bilden. Auch in diesen wiederum kann eine eigenthümliche Rechtserzeugung ihren Sitz haben, als partikuläres Recht neben dem gemeinsamen Volksrecht, welches dadurch auf manchen Seiten ergänzt und umgebildet wird.<sup>1)</sup>

Die Ergänzung solcher gedrängten Sätze Savigny's sucht man in der sehr ausführlichen Entwicklung, welche Puchta in seinem Gewohnheitsrecht (Erlangen 1828. 1837, 2 Theile) gegeben hat. Allein auch hier kehrt der «Volksgeist» in einer so einförmigen Weise wieder, daß man mit Göthe in Versuchung kommen könnte, in diesem Volksgeist «der Herren eigenen Geist» zu sehen.

Das uns Auffällige in der Grundlegung jener Lehren ist die Beiseitesetzung der gesellschaftlichen Seite der menschlichen Entwicklung.

Dies Ignoriren gehört allen Zeiten an, in welchen eine gesellschaftliche Ordnung in festem Rahmen besteht und den Zeitgenossen deshalb als selbstverständlich erscheint. Es gilt dies anerkanntermaßen von der Staatsphilosophie des Plato wie des Aristoteles. Es gilt von der Philosophie der Aufklärungsperiode, in welcher die Aristokratie der Gesellschaft und des Geistes ohne ein Bewußtsein von den vulkanischen Elementen lebte, welche in den unteren Schichten der Gesellschaft walten. Es gilt dies auch von der Entstehungszeit der historischen Rechtsschule in Deutschland, wo eine besonnene Reformgesetzgebung das Nothwendige geschaffen hatte, ohne sichtbare Mitwirkung der Schichten des Volks, die anderer Orten zur thätlichen Selbsthilfe geschritten waren.

Jene Voraussetzungen unserer historischen Rechtslehre haben sich nun aber in dem Maße verändert, daß eine Revision derselben unabweisbar wird, sei es auch nur in der bescheidenen Form eines Corollarium und in den knappen Grenzen einer leichten Skizze. Eine hinreichende Veranlassung dafür liegt sicherlich in den Umwandlungen,

<sup>1)</sup> v. Savigny a. a. O., S. 19, 20.

welche die europäische Welt schon in der zweiten Generation unseres Jahrhunderts erfahren hat und in neuen Elementen des Volkslebens, welche positiv und negativ vor den Augen dieser zweiten Generation vorüber gezogen sind, zu denen die Väter der historischen Rechtsschule eine Stellung nicht nehmen konnten.

Das wirthschaftliche Leben der Völker war seit Adam Smith's bahnbrechenden Lehren auch in Deutschland Gegenstand tief eingehender Forschungen geworden. Ein lebendiger Zweig dieser Wissenschaft war zum Leitstern der preussischen Social-Reformgesetzgebung geworden. Hand in Hand mit der Wissenschaft entfalteten sich nun auch in Deutschland (wie ein Menschenalter früher in England und Frankreich) die Wunder der freien Erwerbsgesellschaft, die Umwandlung der ganzen Erwerbsthätigkeit, die Massenproduktion, die Betheiligung Deutschlands an dem Welthandel, die Gesamtentwicklung der «industriellen Gesellschaft» und der modernen Geldwirthschaft. Vermöge der Arbeitstheilung, welche auch im geistigen Leben herrscht, lief die Arbeit der Volkswirthschaft und der Rechtswissenschaft freilich noch immer getrennt nebeneinander.

Stärker wirkten die negativen Erfahrungen. In dem tief durchwühlten Boden Frankreichs brachen seit der Juli-Revolution Klassengegensätze hervor, welche alle bisherigen Auffassungen von Staat und Recht durchkreuzten und in Verwirrung zu bringen drohten. Neue unheimliche Mächte erschienen auf dem Boden des Staatslebens, welche bisher weder von den liberalen noch von den konservativen Staatstheorien genügend in Betracht gezogen waren. Und, da sie nach Lage der Verhältnisse zunächst mehr die liberale als die conservative Staatsauffassung trafen, konnte daran Stahl seine Aufforderung zur «Umkehr der Wissenschaft» anknüpfen, während die Wissenschaft doch nur vorwärts schreiten kann.<sup>1)</sup>

Dies Vorwärtsschreiten wird nur in der Wiederanknüpfung an die naturrechtlichen Lehren der Vergangenheit liegen können, und in der Weiterführung derselben. Gewiß ist Staat und Recht aus der «Natur des Menschen» abzuleiten. Gewiß ist, daß der Mensch, als vernünftiges Wesen betrachtet, frei und dem anderen gleich ist. — Aber ebenso gewiß, daß, von anderer Seite gesehen, derselbe Mensch unfrei und dem anderen ungleich ist.

Die heutige Entwicklung der europäischen Welt hat mit zwingen-

<sup>1)</sup> Eine vortreffliche Beschreibung des verblüffenden Eindrucks dieser neuen Erscheinungen in der Staatsrechtswissenschaft giebt R. v. Mohl, Staatsrecht und Politik.

der Logik die Wahrheit zum Bewußtsein gebracht, daß der Mensch nicht nur vernünftiges und sittliches, sondern zugleich animalisches Wesen ist; daß diese Doppelnatur durch die göttliche Vorsehung gesetzt, dem Menschen angeboren; daß sie daher auch in der Gemeinschaft der Menschen unabänderlich wiederkehrt, und daß folgeweise Staat und Recht nur mit voller Berücksichtigung dieser Doppelnatur zu begreifen sind.<sup>1)</sup>

Als animalisches Wesen ist der Mensch, um zu existiren, in jedem gegebenen Augenblick auf eine Kette von Bedürfnissen angewiesen. Unter allen geschaffenen Wesen ist keines so zahlreichen Bedürfnissen unterworfen wie der Mensch; bei keinem ist die Kindheit so schwach, so lang, so hilflos, die Reife so ungenügsam, das Alter so gebrechlich und leidend.

Zur Befriedigung dieser Bedürfnisse ist der Mensch auf die äußeren Güter der ihn umgebenden Natur, und zu deren Verwerthung nicht minder aber auf die Kräfte seiner Mitmenschen verwiesen. Mit jedem Fortschritt der Civilisation hat sich die Masse der Güter und der Menschenkräfte vervielfältigt, deren der heutige Mensch bedarf, um auf seiner höheren Entwicklungsstufe zu existiren.

Dieser Bestimmung entsprechend lebt in jedem Einzelnen ein unbesiegbarer Drang nach dem Besitz und Erwerb der äußeren Güter und nach der Herrschaft über die menschlichen Kräfte, die diesen Bedürfnissen dienen.

In dem Erwerb, Besitz und Genuß dieser Güter bilden sich in der Gemeinschaft der Menschen zusammenhängende Kreise, die alsbald mit der Ansässigkeit der Völker einen festen Organismus darstellen, als dessen unabänderliches Prinzip sich darstellt:

Die Abhängigkeit derer, welche nicht besitzen von denen, welche besitzen.<sup>2)</sup>

Die ursprünglich einfachere Gestalt dieser menschlichen Güter vervielfältigt sich mit jedem Fortschritt der Civilisation. Jede Art des Besitzes (Grundbesitz, gewerblicher Besitz, Kapitalbesitz) begründet ihre

<sup>1)</sup> Für die nächstfolgende Entwicklung darf ich auf die meisterhafte Darstellung von L. Stein verweisen: Der Begriff der Gesellschaft und die sociale Geschichte der französischen Revolution. Leipzig 1850, pag. XI bis CXXI. Die Abhandlung ist mit der Geschichte der französischen Revolution verbunden, welche den Interessen der heutigen Generation schon ferner liegt. Aber auch in Folge unserer wissenschaftlichen Arbeitstheilung hat unsere Staatsrechtslehre diese systematische Darstellung entweder ignorirt oder doch keineswegs nach Verdienst gewürdigt.

<sup>2)</sup> L. Stein a. a. O., S. XXIII. u. ff.

eigene Art der Abhängigkeit. Der große, mittlere, kleine Besitz differirt auch in dem Maße der Abhängigkeit, die er begründet. Die geistige Arbeit nimmt darin ihre besondere Stellung. Unabänderlich aber ist das Verhältniß der Abhängigkeit, welches in der Gemeinschaft jede Art des Privatbesitzes um sich verbreitet.

Nach der Ansässigmachung jedes Volkes bildet schon in der ersten Generation diese Abhängigkeit eine feste Schichtung der liberi homines. Als solche erstreckt sie sich aber auch auf die Familie und bringt und erhält von Generation zu Generation auch die Descendenz in dem Lebenskreis der Eltern. In unserer freien Erwerbsgesellschaft erscheinen freilich zahlreiche Ausnahmen, in welchen durch geistige Arbeit, Handel, Industrie die «Kinder des Volks» zu den höchsten Stufen der Gesellschaft emporsteigen. Zugleich aber ergibt eine sorgfältige Statistik, wie unglaublich gering der Bruchtheil dieser Glücklichen ist und warum die Masse der Zurückbleibenden das Gefühl einer gesonderten Klasse nach wie vor behalten.

Wir nennen diesen Organismus der menschlichen Gemeinschaft nach dem Erwerb und Besitz der Güter des Lebens jetzt die Gesellschaft, mit einem wohl angemessenen Ausdruck, welcher mehrdeutig auch mancherlei andere Verhältnisse umfaßt, für welchen aber noch kein besserer gefunden ist. Es wäre wünschenswerth, im Kreise der Rechtskundigen und der Politiker endlich eine Verständigung über diesen bestimmten Sinn des Wortes zu erzielen.

Wir sind damit bei der Grundlegung der Schule angelangt: das «Naturganze», in welchem das Gewohnheitsrecht besteht, ist keine Summe einzelner Menschen, sondern die formirte Gesellschaft eines ansässigen Volkes; und der Geist, aus welchem diese Rechtsbildung hervorgeht, ist kein abstrakter «Volksgeist», sondern zunächst bestimmt durch die Natur der Gesellschaft.

Jede Form der Gesellschaft erzeugt nun aber eine bestimmte Richtung des Willens, welche mit der menschlichen Natur gegeben, dahin geht, die überkommene gesellschaftliche Stellung zu behaupten, zu befestigen und womöglich zu erhöhen. Jede bessere Stellung beruht aber darauf, daß andere von ihr abhängig sind. Daher das stetige Bestreben von einer Seite: diese Abhängigkeit hervorzurufen, zu sichern, zu erhöhen; von der andern Seite, diese Abhängigkeit zu beseitigen oder doch zu mildern. Besitz und Nichtbesitz, jede Art des Besitzes mit der anderen, sowie der größere, mittlere und kleine Besitz in unabsehbaren Combinationen und Antithesen stehen einander mit diesen Bestrebungen gegenüber. Das Wesen der Gesellschaft ergibt

aus sich ein System widerstreitender Interessen, welches die unabänderliche Basis für den Streit in dem Staat und über den Staat darstellt.<sup>1)</sup>

So lange in kleineren Volksstämmen noch ein Bewußtsein der Abstammung von einem Patriarchen lebendig ist, genügt allerdings das Gefühl der Liebe und der Pietät, welches dem Menschen innerhalb der Blutsverwandtschaft angeboren ist, die Ordnung des Ganzen zu erhalten. Staat und Gesellschaft liegen in diesem Zustande noch ungeschieden ineinander. Erst mit der Ansässigmachung der Völker bilden sich die Verhältnisse, aus welchen unser Gegensatz von Gesetz und Gewohnheitsrecht allmählig hervortritt.

Nachdrücklich und mit Recht haben schon die Stifter der historischen Rechtsschule gegen die Herdennatur jenes Volksganzen protestirt, welches von den Theoretikern des *contrât social* als eine Summe von Einzelindividuen gedacht war. Aber ebenso wenig ist dies Volk eine mystische Gemeinschaft, welche sich nur im dunklen Drange des rechten Zieles wohl bewußt wäre. Ebenso wenig zutreffend ist die Analogie der Entstehung der Sprachen. Jenes Naturganze ist vielmehr eine lebendige Gemeinschaft, bestimmt durch den Willen freier Menschen — aber bestimmt in verschiedenen Richtungen, welche wir vorläufig kurz bezeichnen dürfen als: das gesellschaftliche Interesse — das religiöse Gefühl — den Rechtssinn.

I. Das gesellschaftliche Interesse tritt mit der Ansässigmachung in das Bewußtsein der Völker und wird von da an ein erkennbarer Motor in dem Leben der Gemeinschaft. Die ersten Ansiedlungen formiren sich aus der Ansässigmachung der Familien in nachbarlichen Sitten. Ihre Verfassung beruht noch auf Banden patriarchalischer Autorität und Blutsverwandtschaft, welche aber in jeder ferneren Generation und mit der Aufnahme fremder Ansiedler weiter zurücktreten. Diese Verbände, im Uebergang von der Familienverfassung zu dem nachbarlichen Communalverband, erscheinen bei den indo-germanischen

<sup>1)</sup> Vgl. Stein a. a. O., S. XXXIX ff. Staatsphilosophen, welchen ihr Lebensgang gerade diese Natur der Gesellschaft vor Augen geführt hatte, kamen folgerichtig zu dem Grundgedanken, daß der Naturzustand der Menschheit ein *bellum omnium contra omnes* sei, dem nur durch eine höhere Gewalt Ordnung und Recht aufgezwungen werde. Die Mehrzahl verschloß sich jener Natur der Gesellschaft und liefs aus einem Vernunft- und Tugendideal heraus jede Gemeinschaft der Menschen aus sich heraus zu Staat und Recht gelangen. Freilich unter stetigen Enttäuschungen. Denn das Interesse als die bewußte Liebe zum Ich wiederholt sich an jedem Menschen; und wie in dem Einzelnen die animalische und vernünftige Natur, so leben auch in der Gemeinschaft der Menschen beide Seiten untrennbar und in steter Wechselwirkung auf einander.

Völkern unter dem Namen der gentes, Geschlechter etc. — Hand in Hand damit tritt die allmähliche Entwicklung des Privateigenthums auf. Neben der anfänglichen Grundlage des gemeinschaftlichen Besitzes und der gemeinschaftlichen Nutzung beginnt das Sondereigenthum zuerst an Wirthschaftsgeräth und Wirthschaftsvieh (*pecunia*), sowie an Haus und Hof, während Acker, Weide und Holznutzung noch viele Menschenalter hindurch gemeinsam bleiben und durch die Entwicklungsstufen der wilden Graswirthschaft, der Wandelackerwirthschaft, der Dreifelderwirthschaft hindurch sehr langsam zu einer Sonderung des ganzen Grundeigenthums schreiten. Es ist das wachsende Bedürfniß der Menschen, welches dazu führt, weil die Gemeinwirthschaft mit fortschreitender Bevölkerungszahl und wachsenden Ansprüchen das Nothwendige nicht mehr zu erzeugen vermag. Eben deshalb ist das Sondereigenthum unwiderruflich. Aus allen Utopien würde uns die Armuth und Noth bald genug wieder zum Sondereigenthum zurückführen.

Mit dem Sondereigenthum entwickelt sich aber ebenso nothwendig die Ungleichheit des Besitzes durch Gewalt, Geschick und Fleiß, Familienverbindung und Erbrecht. Schon in den ersten Generationen nach der großen Völkerwanderung erscheinen die alten freien Bauerschaften getrennt in Besitzschichten — ein Standesrecht in rohester Gestalt und eine Abhängigkeit der Nichtbesitzenden in extensivem und intensivem Wachstum. Der Widerstreit der Interessen ist schon in dieser ersten Formation von überwältigender Bedeutung. Dichtung und Sage, die Sittengeschichte der Zeit wie die *Leges Barbarorum* bezeugen uns, welche tiefe Kluft durch die Besitzverhältnisse in den germanischen Volksgemeinschaften entstanden sind, seit jener Zeit, in welcher Tacitus dies Volksleben kennen lernte. Das Nibelungenlied läßt sicherlich nicht ahnen, daß diese Völker sich dereinst zum «Rechtsstaat» und zu einem «Culturvolk» im höchsten Sinne entwickeln würden.

Und doch ist auch in den rohen Charakterzügen dieser Zeit das Korrektiv schon sichtbar.

II. Das religiöse Bewußtsein ist in die vernünftige Natur des Menschen ebenso unabänderlich, stetig und wirksam gelegt, wie das gesellschaftliche Interesse. Der Mensch weiß, daß er von Gott geschaffen ist nicht allein um seines Wohles willen, sondern auch zum Wohle seiner Mitmenschen. In jedem Menschen lebt dies Gewisse als «Gewissen» und bestimmt seine Entschlüsse, wie dies schon Aristoteles erkannt hat. «Es mag eher eine Stadt ohne ein Haus, als ein Staat ohne den Glauben an die Götter bestehen; denn dieser ist das

allgemeine Bindemittel für die Gemeinschaft und die Stütze aller Gesetzgebung.» Schon die antike Welt hat uns den Decalog als Grundlage unseres Sittengesetzes hinterlassen. Mit dem höheren Gebot aber: «Liebe Deinen Nächsten wie Dich selbst», hat das Christenthum eine neue Geschichte der Menschheit eröffnet.

Es genügt für das menschliche Leben aber nicht der Durchbruch des religiösen Gefühls in einem begeisterten oder erschütternden Augenblick; denn der Zug des Interesses zu selbstsüchtigen Entschlüssen ist ein stetig wirksamer. Das Gegengewicht des sittlichen Pflichtbewusstseins wird nur dann wirksam, wenn es als ein absolutes (göttliches) Gebot gewußt wird, welches nicht von Menschen erfunden, sondern von dem höchsten Leiter menschlicher Geschicke gesetzt (geoffenbart) ist. Erst dies Bewußtsein befähigt den Menschen, in seinen Entschlüssen die Grenzlinie zwischen Interesse und Pflicht stetig zu finden. Erst die Gewöhnung an diese Zweiseitigkeit der Willensbestimmung giebt dem Menschen die Sicherheit der Entschliessung, welche wir als den «Charakter» bezeichnen. Auf dieser Gewöhnung beruht die sittliche Freiheit des Menschen, der in dem stetigen Conflict zwischen seiner Wohlfahrt und seiner Pflicht weiß, was er will, und will, was er weiß.

Aber auch auf dieser Seite der Entwicklung zeigt sich, daß der isolirte Mensch zur Erreichung seiner Bestimmung nicht fähig ist. Wie er mit seinen materiellen Bedürfnissen auf die Gemeinschaft der Menschen verwiesen ist, so in seiner sittlichen Entwicklung auf die Gemeinschaft der Familie, der Gemeinde, der weiteren Volksgenossenschaft, zur Bekräftigung und zur Bethätigung seines Gottesbewußtseins. Je mehr Besitz und Erwerb die Gesellschaft in große Interessengruppen scheidet und einander entfremdet, um so stärker und stetiger wirksam muß das Einheitsband sein, welches die geschiedenen Kreise in gemeinsamem Pflichtbewußtsein vereint. Der isolirte Mensch mag mit seinem Gott im Stande der Gnade zu leben glauben: in der Gemeinschaft der Menschen wird das religiöse Gefühl nur wirksam als Kirche, d. h. durch dauernde Institutionen der Lehre, der Seelsorge, der Uebung der Menschenpflichten, welche in unsichtbarer aber täglich wirksamer Weise den Charakter der Gesellschaft umbilden und gewöhnen. Nach unserer Auffassung ist der Kirche Besitz und Autorität gegeben, um diesen stetigen Einfluß auf die Gesellschaft zu üben: nicht aber umgekehrt ihr Einfluß auf die Gemüther, um Besitz und äußere Macht zu erwerben.

Eine Priesterschaft hat deshalb schon in der patriarchalischen Zeit eine dauernde Organisation und Wirksamkeit gewonnen. Die höheren

Anforderungen des Christenthums aber bedingten eine nachhaltigere Wirksamkeit unter den germanischen Stämmen zur Umbildung ihres Racencharakters, der in seinem Odinsglauben ein ungewöhnliches Maß von Selbstsucht und Herzenshärte bekundet. Um in einem solchen Volksleben Fuß zu fassen durch dauernde Institutionen der Lehre, der Seelsorge, des Wohlthuns, der Milderung der Sitten, bedurfte die christliche Priesterschaft der dauernden Ausstattung durch Besitz, der Fundation im Grundbesitz, der Incorporation, der hervorragenden Stellung innerhalb der herrschenden Klassen der Gesellschaft. Und da mit der fortschreitenden Vermengung der Völker des Alterthums, der Germanen mit den Romanen, der germanischen Stämme unter sich, ein einheitlicher, innerer Bildungsprozeß erforderlich war, so mußte die Kirche des Mittelalters als eine universale, von Gott gesetzte Ordnung sich über die weltlichen Staaten erheben und den Zeitgenossen als höhere Gewalt erscheinen, so lange bis die Grundsätze des Christenthums zu einem sicheren, gemeinsamen Element des Staatslebens geworden waren.

Es führt dies zu der Seite der Rechtsbildung.

III. Der Rechtssinn entwickelt sich als angeborenes Erbtheil der Menschheit auf demselben Boden der Collision zwischen dem eigenen Wohl und der Erfüllung der Pflichten. Wie in jeder Lage die Entschlüsse des Menschen auf der Nothwendigkeit beruhen, zwischen den beiden Seiten seines Wesens die Vereinigung finden, so bethätigt sich diese Willensrichtung auch nach außen. Sobald die Entschlüsse als Handlungen in das äußere Leben treten und den Willenskreis der Volksgenossen, — zunächst ihre Person, Familie, Vermögen, — durchkreuzen und alteriren, so sagt dem Menschen sein sittliches Bewußtsein, daß er auch in diesen Handlungen die Grenzlinie zwischen Interesse und Pflicht zu wahren hat.

Daraus entsteht als Regulator des äußeren Lebens zunächst die Sitte, als die selbst gesetzte (autonomische) Norm des Lebens in der Gemeinschaft. Sie ergiebt sich, wie die Bildung des Charakters, aus der Gewöhnung an ein pflichtgemäßes Handeln. Sie erscheint in den Anfängen des Staats um so strenger, ceremonieller, pedantischer, je unvollkommener die Institutionen sind, durch welche das Zusammenleben der Gesellschaft zwangsweise geordnet wird.<sup>1)</sup>

<sup>1)</sup> Fruchtbare Beobachtungen über diese primitive Grundlage enthält die Schrift von Sir Henry Sumner Maine, *Ancient law*, in wiederholten Auflagen mit ihren Fortsetzungen. Sie beruht auf dem reichen Feld der Erfahrungen, welche der geistreiche, englische Jurist



Die Sitte erscheint aber für diesen Zweck alsbald nicht ausreichend. Leidenschaft und Eigensucht treiben die Menschen stets zur Ueberschreitung dieser Schranken, und führen durch die Lebenserfahrungen der Gemeinschaft selbst zur Anerkennung der Nothwendigkeit einer erzwingbaren Ordnung. Es ist dies wohl der nächstliegende Sinn des Aristotelischen Wortes, daß der Mensch ein ζῷον πολιτικόν sei, d. h. aus der vernünftigen Natur des Menschen entwickelt sich im Leben der Gemeinschaft auch der Staats- und Rechtssinn. Wie das Sittengesetz seinen Halt erst gewinnt durch die Anerkennung absoluter (göttlicher) Gebote, so führt derselbe Gedankengang in dem äußeren Leben zur Anerkennung zwingender Rechtsgebote. Nach Auflösung der patriarchalischen Ordnung geben sich die angesiedelten Völkerschaften zunächst eine republikanische Ordnung unter selbstgesetzten Obrigkeiten. In diesem Stadium bilden sich die ersten Formen von Gemeinde- und Volksversammlungen, die ersten Anfänge obrigkeitlichen Zwanges. Die Ansprüche innerhalb der Volksgemeinschaft, zu deren Wahrung die Sitte nicht ausreicht, gestalten sich zu rechtlichen Ansprüchen (legis actiones) über Mein und Dein und über willkürliche Verletzungen der Person und ihres Sondervermögens. Die Verantwortung auf die so erhobenen Ansprüche erscheint jetzt als Volkspflicht, deren Verweigerung durch Ausschließung von der Volksgenossenschaft und ihrem Frieden geahndet wird. Unter Leitung der Obrigkeit bilden sich die ersten Formen eines Rechtsverfahrens. Aus dem Rechtsspruch der Volksgenossen treten hervor die ersten Grundsätze eines Privatrechts und einer strafrechtlichen Genugthuung. Die so anerkannten Normen bilden nun zwingende Schranken und Grundsätze zur Regelung des bürgerlichen Lebens, die von den gesitteten Volksgenossen befolgt werden, auch ohne eine rechtliche Ansprache zu erwarten. In der gleichmäßigen Gewöhnung daran erscheint das so entstandene Volksrecht als «Gewohnheitsrecht».

Wir sind damit zu einer Genesis des Gewohnheitsrechts gelangt, auf einem wohl erkennbaren positiven Boden. Es entsteht auf der Grundlage der Gesellschaft, d. h. der Organisation der Völker nach ihrer Ansiedelung. Als erzwingbare Norm ist es von Anfang an nicht ohne Mitwirkung einer Obrigkeit zu denken, mag diese auch eine selbstgesetzte und wechselnde sein, mögen ihre Zwangsmittel auch noch so beschränkte und indirekter Art sein. Erst das Bewußtsein dieser Er-

auf dem Boden des großen ostindischen Kaiserreichs sammeln konnte, wo die Reste der primitivsten Staatsbildung noch erkennbar neben den modernen Staatsinstitutionen liegen.

zwingbarkeit giebt der Volkssitte ihre rechtliche Kraft. Die Unterlage dieses «Rechts» aber bleibt die Sitte; die Wurzel der Sitte das dem Menschen angeborene Gottes- und Pflichtbewußtsein.<sup>1)</sup>

Auf dieser Stufe des Volkslebens erscheint das Gewohnheitsrecht in ansehnlichem Umfang dem Germanisten in den Leges Barbarorum, als das äußere Band einer schon in durchgreifenden Klassenstufen geschichteten Gesellschaft. Auf dieser Stufe bleibt aber die germanische Rechtsbildung nicht stehen.

Je gewaltthätiger ein Volkscharakter von Hause aus ist, desto dringender bedarf es einer weiteren Stärkung der Obrigkeit nach Vorgang und Vorbild der Kirche. Mit dem wachsenden Druck der besitzenden auf die schwächeren Klassen werden die selbstgesetzten Obrigkeiten allmähig unzureichend für die Aufrechterhaltung des Rechts und des Friedens. Die republikanische Verfassung bleibt nur bei denjenigen germanischen Völkern stehen, die einen gemeinfreien Besitz als Grundlage ihres Gemeinwesens bewahrt haben. Wo dagegen eine Vermischung mit romanischen Völkerschaften stattfindet, oder wo aus der Weise der Ansiedelung eine schroffe Ungleichheit des Besitzes entstanden ist, erscheint allmähig das erbliche Königthum. Die Würde des Heerführeramts, der Gerichtsobrigkeit und eine oberste Schutzherrlichkeit verbindet sich zu einem dauernden Familieneigenthum, für welches sich eine feste Erbbordnung im Verlauf der Generationen bildet. Mit dem erblichen Königthum gewinnt die Staatsidee nunmehr ihren vom beherrschenden Einfluß der besitzenden Klasse unabhängigen Träger.

Freilich hat sich damit zunächst auch die Eifersucht der germanischen Hauptstämme und ihr Kampf um die Hegemonie verschärft, welcher am Wendepunkt des 9. Jahrhunderts in der Anerkennung eines gemeinsamen Oberkönigthums und Oberbischofthums einen Halt gewinnt. Mit dem einheitlichen Kaiserthum und der einheitlichen Kirche erst waren die Grundlagen gewonnen, auf welchen die Rechts-

<sup>1)</sup> Diese Entstehung des Gewohnheitsrechts läßt sich aus den vorhandenen fragmentarischen, allerdings sehr dürftigen Nachrichten schließen. Anschaulich ergiebt sie sich aus den gleichartigen Hergängen in den Ansiedelungen der neuen Welt, in denen nur die mitgebrachte Culturentwicklung der Ansiedler die Zwischenstufen rascher überspringt. Aus dem wilden Zusammenleben der ersten Ansiedler erhebt sich noch heute die erste geordnete Gemeinschaft durch Fundation eines kirchlichen Systems. Noch heute erscheinen dann die autonomen Formen der Volkssitte, noch heute die primitiven Formen eines staatlichen Gemeinwesens mit selbstgesetzten Obrigkeiten, noch heute primitive Formen einer rechtlichen Ansprache etc.; nur ordnen diese Neubildungen sich jetzt einem formirten Staat rasch unter.

und Culturentwicklung der europäischen Völker ihre aufsteigende Richtung erhält.

Der gewohnheitsrechtlichen Bildung der früheren Jahrhunderte tritt nunmehr eine Setzung des Rechts durch eine «gesetzgebende Gewalt» gegenüber, deren Bedeutung und Umfang sich in wunderbarem Wandel von Generation zu Generation hindurchzieht, und zwar wesentlich verschieden:

1. in der Verbindung von Staat und Gesellschaft;
2. in dem Stadium des Gleichgewichts zwischen beiden;
3. in dem Widerspruch zwischen Staat und Gesellschaft;
4. in der Wiederherstellung der Harmonie zwischen beiden.

1. Die **Verbindung von Staat und Gesellschaft** ergibt sich mit Nothwendigkeit daraus, daß es dieselben Menschen sind, die in ihrer Gesamtheit den Staat und die Gesellschaft bilden. Alle Funktionen des Staats in Waffenschutz, Gericht und Friedensbewahrung, sowie alle Funktionen der Kirche in Lehre, Seelsorge, Wohlthätigkeit und Culturpflege lassen sich nur handhaben durch dieselben Menschen, welche die gesellschaftlichen Klassen bilden. Die höheren Leistungen, deren der Staat bedarf, lassen sich aber nur durch die höheren Klassen der Gesellschaft nachhaltig erfüllen, und diese hervorragenden Leistungen haben in der Naturalwirthschaft des Mittelalters noch eine viel intensivere Bedeutung als heute. Alle freien Männer bleiben persönlich wehrpflichtig: allein der actuelle Heerdienst (in einer Zeit, die noch keine Staatsfinanzen kennt), also die Gesamtkosten der Ausrüstung und Erhaltung des Kriegsmannes, lassen sich nach der Ansiedelung nicht von der einfachen Bauerhufe, sondern nur von 3, 4 oder 5 Hufen leisten. Für den schweren Reiterdienst tritt dazu das Bedürfnis einer fortgesetzten körperlichen Uebung. Die Erfüllung dieser Art der Kriegspflicht erscheint von Generation zu Generation fortschreitend als Pflicht und Recht einer höheren Klasse. Aus dem gewohnheitsmäßigen Heerdienst in den Reitertrupps (Gleben) entwickelt sich der hohe Adel; später aus dem Dienst des Einzelreiters seit den Kreuzzügen die Ritterschaft. Nach etwa sechs Generationen erscheinen solche, aus der Besitzschichtung hervorgehende thatsächliche Verhältnisse als Gewohnheitsrecht eines Adels.

Ebenso genügt für den regelmässig wiederkehrenden Gerichtsdienst die einfache Bauerhufe nur in kleinsten Kreisen: in den größeren Gerichtsversammlungen und für die damit verbundenen Geschäfte der Friedensbewahrung entsteht auch hier eine gewohnheitsmäßige Abschichtung, vielfach sogar ein erbliches Schöffenthum.

Neben dem weltlichen und geistlichen Großgrundbesitz entsteht später eine wetteifernde Concurrenz der Städte, in welchen die Bürgerschaft die Heeres-, Gerichtslast und Friedensbewahrung gleich dem weltlichen Adel übernimmt. Auch hier entsteht aus der gewohnheitsmäßigen höheren Leistung ein Patriziat, der dann ergänzt und oft überflügelt wird durch die wehrhaften Gewerbsinnungen.

Diese aufsteigende Richtung der Ständebildung findet ihre Parallele in der Kirche, in welcher übrigens bis zu dem Höhepunkt ihrer Macht im 13. Jahrhundert noch die freieste Mitbewerbung den geistig und sittlich Tüchtigsten die höchsten Stellen offen läßt.

Das Feudalwesen und die fortschreitende Verdinglichung der persönlichen Rechte der Obrigkeit waren die naturgemäße Folge einer Wirthschaftsordnung, in welcher staatliche Funktionen eben nur durch den Besitz, an erster Stelle den Grundbesitz, zu verwirklichen waren. Die herrschende Klasse der Gesellschaft gelangt damit zu dem bestimmenden Einfluß in der Verwaltung und in der Verfassung des Staats, und seit dem 13. Jahrhundert auch in der Kirche durch die Gestaltung der bischöflichen Capitel und der Prälatenwahl.

In diesen Formationen waltet durchweg ein Bewußtsein der rechtlichen Angemessenheit, so lange der höhere Stand auf der höheren Leistung für das staatliche Gemeinwesen beruht. Die alten Volksversammlungen verwandeln sich daher gewohnheitsrechtlich in consilia optimatum, und in den herrschenden Klassen erscheinen die Eigenschaften einer Aristokratie in vollster Entwicklung. Am großartigsten gerade in Deutschland, wo der weltliche und geistliche Adel in keinem europäischen Staatsgebilde seines Gleichen fand. Eben weil diese Formation des Staats auf dem Boden der mittelalterlichen Gesellschaft in Deutschland ihre hervorragendste Gestaltung erhalten hatte, ist auch die Idee eines römischen «Kaiserthums» deutscher Nation wieder erstanden.

In allseitiger Anerkennung dieser rechtlichen Angemessenheit dauert die Fortbildung des Rechts durch Gewohnheit in allen Schichten der Gesellschaft fort. Die Fortentwicklung der consilia optimatum zu den Collegien der Reichsstände, die Standes- und Vermögensrechte des hohen Adels, die Weiterbildung der vermögensrechtlichen Normen in den unteren Schichten der Gesellschaft sind (mit geringfügigen Ergänzungen) rein gewohnheitsrechtliche und erscheinen in den Rechtsbüchern des späteren Mittelalters in reicher Entfaltung.

2. Das **Gleichgewicht zwischen Staat und Gesellschaft** dauert so lange wie das harmonische Verhältniß, in welchem die höhere recht-

liche Stellung im Staat durch die entsprechenden höheren Leistungen der besitzenden Klassen für den Staat gedeckt wird. In dem Stadium des erlangten Gleichgewichts zwischen Rechten und Pflichten tritt aber schon ein erweiterter Beruf der Gesetzgebung ein, als Folge collidirender Interessen.

In dem christlich-germanischen Staat des Mittelalters (im Gegensatz der antiken Welt, in welcher die herrschende Klasse sich als ein einheitliches Bürgerthum formirt hat), ist ein vielfach gegliedertes Ständewesen entstanden. Geistlicher und weltlicher Besitz, Grundbesitz und gewerblicher Besitz haben ihre höhere Stellung im Staat zwar nach gleichmäßigen Grundsätzen erworben: aber ihre Besitzinteressen sind nicht identisch, und in der Fortbildung des Rechts- und Gerichtswesens nach ihren eigenen Lebensinteressen gehen sie deshalb auseinander und gerathen in mannigfaltige Collisionen unter sich, so daß im spätern Mittelalter das Fehderecht auf dem ständischen Boden in Zustände des Faustrechts zurückfällt. Die gewohnheitsrechtliche Bildung hat sich in dieser Epoche zu dem besonderen geistlichen und weltlichen Recht, Adels-, Bürger- und Bauernrecht differenziert, hervorgegangen aus der Natur der verschiedenen Besitzweisen und ihren gesellschaftlichen Interessen.<sup>1)</sup>

Innerhalb dieser ständischen Schichten kehrt nun aber das Grundprinzip der Gesellschaft wieder, d. h. das Bestreben jeder Klasse, ihre rechtliche Stellung zu befestigen und zu erweitern. Die Stellung der herrschenden Klasse in den Optimatenversammlungen des Reichs und der einzelnen Territorien giebt ihnen den bestimmenden Einfluß auf die Gesetzgebung, — am durchgreifendsten da, wo die Stellung des Herrschers zu einem Wahlfürstenthum herabgedrückt ist. Die gewohnheitsmäßig erworbene Stellung wird in diesem Stadium zu einer unentziehbaren und ausschließlichen erhoben, nach ein und demselben Princip: die im Besitz befindlichen Klassen schliessen durch eine Rechtssatzung die anderen von der Möglichkeit des Erwerbs aus.<sup>2)</sup>

Wo der Grundbesitz herrscht, entsteht nun unter seinem Einfluß die Reihe der rechtlichen Satzungen, durch welche der bevorrechtete Grundbesitz im Interesse der Familie für unveräußerlich erklärt wird, also Fideicommiss, Majorate etc. Die mächtigen Reichstände machen den Neuerwerb der Standschaft von ihrer Einwilligung

<sup>1)</sup> Beseler, Volksrecht u. Juristenrecht, S. 22—26; S. 196—226.

<sup>2)</sup> Vgl. über diese Seite Stein a. a. O. S. LV u. f.

abhängig, den Verlust von einem gemeinsamen Beschluß der Reichstände. In den landständischen Verfassungen wird durch Lehnspraxis und Gesetz der Erwerb der Rittergüter auf ritterschaftliche Familien, oft auf die «eingeborene» Ritterschaft beschränkt. In den geistlichen Wahlfürstenthümern verfeinert sich diese Beschränkung bald noch weiter gehend auf ein Erforderniß von vier, acht, sechzehn, zweiunddreißig Ahnen.

Wo der städtische, insbesondere der gewerbliche Besitz die herrschende Klasse bildet, entsteht durch positive Rechtssatzung die Beschränkung der bürgerlichen Nahrungen auf die Städte, der ausschließliche Gewerbebetrieb der Zünfte, das System der Monopole, Zwangs- und Bannrechte.

In dieser Ausschließung der Außenstehenden waltet eine durchaus gleichmäßige Richtung. Darauf eben beruht das enge Zusammenhalten der Ritterschaft, der Städte und der Prälaten in den Landständen, soweit das gemeinsame Interesse der Ausschließlichkeit ihres Besitzes und der Erweiterung der darauf beruhenden Machtstellungen geht. In den ansehnlichen, weniger zahlreichen Grundherrschaften des Mittelalters hat dies Bestreben noch zu keinem Massendruck auf die schwächeren Klassen geführt. Je kleiner aber die Lebenskreise sind, in denen die dem Besitz verliehenen obrigkeitlichen Rechte walten, um so intensiver macht der Besitz seine Machtstellungen geltend. Durch die massenhaften Verleihungen der Gutsgerichte und der Gutspolizei seit dem 15. Jahrhundert (im finanziellen Interesse der fürstlichen Kammern) geht der mittelalterliche Feudalstaat allmähig in den Patrimonialstaat über, in welchem die Gutspolizei auch die freieren Schichten des Bauernstandes in gleichmäßige Abhängigkeit, durch Gesindezwang und Frohnden, herabgedrückt und die arbeitende Bevölkerung nicht nur thatsächlich, sondern auch rechtlich an den Boden gefesselt hat. Parallel damit geht die Herabdrückung der arbeitenden Bevölkerung der Städte unter Beschränkung des Stadtreiments auf eine kleine Zahl von Familien.

Soweit diese Herrschafts- und Abhängigkeitsverhältnisse verdinglicht sind, gehen sie dann weiter mit der Familie zunächst thatsächlich auf die Kinder über. Nach etwa sechs Generationen ist daraus in der Klasse der Ritterschaft die Idee eines Geburtsstandes hervorgegangen, der in Deutschland (anders als in England) einen erblichen Stand zunächst aus den Besitzern der Rittergüter bildet, der sich dann als ein erblicher Status auf die Frauen und die gesamte Des-

cendenz fortsetzt und durch Anerkennung der Staatsgewalt und Privilegien auch über zahlreiche andere Klassen ausdehnt.

In den Städten entwickelt sich daraus ein erbliches Bürgerthum und die immer weiter ausgedehnten Bevorzugungen der Descendenz der Mitglieder im Rath, in den Zünften, in den Genossenschaften und Corporationen.

In der Kirche werden in paralleler Entwicklung seit dem 13. Jahrhundert die höchsten Würden immer weitergehend zu Secundogenituren des hohen Adels, die Capitel ebenso fortschreitend zu einem Monopolbesitz des Reichsadels und der Ritterschaft.

Trotz der sonstigen Gegensätze in ständischen Interessen hält dies gleichmäßige Interesse die ständische Ordnung der Gesellschaft in einer Art von Gesamtbürgerschaft zusammen. Durch Wahlkapitulationen, Reichstagsabschiede, Landesvergleiche und Landesrezesse werden die so entstandenen Verhältnisse von der Staatsgewalt sanktionirt und durch die allgemeine Fassung als Rechtsregel auch vielfach erweitert und ausgedehnt. In unserer, zu einseitig sozialer Betrachtung neigenden Generation wäre es nicht schwer, diesen ganzen Entwicklungsgang als eine rohe Ueberwältigung der Arbeit durch den Besitz darzustellen. Versuche, unseren «Staat» aus der Ausdehnung der Grundherrschaften zu erklären, sind auch bei uns schon früher gemacht. Eine neuere Weise französischer Geschichtsschreibung versucht die ganze Entwicklung ihres Mittelalters auf die Knechtung der arbeitenden Klassen (Gallier) durch die besitzende Klasse (Franken) zurückzuführen. In den Anfängen des Patrimonialstaats hat der Druck auf die arbeitende Bevölkerung in der That zu Bauernaufständen geführt. Im Ganzen und auf die Dauer indessen ist den Zeitgenossen dies Verhältniß anders erschienen. Wir finden auch in dieser Epoche die besitzenden Klassen noch in dem guten festen Glauben an ihr höheres Recht, wir finden in ihnen noch die guten Eigenschaften, welche *ἀρχαῖος πλοῦτος καὶ ἀρχαῖα ἀρετή* dem Menschen verleihen; wir finden noch die willige Anerkennung jener Stellung von Seiten der unteren Klassen. Denn jene Herrschaftsverhältnisse waren noch verflochten mit sehr erhöhten, ernstesten Pflichten (Patronats-, Gerichts-, Polizei-, Wege-, Armenlasten etc.), die von den besitzenden Klassen Deutschlands jedenfalls besser erfüllt wurden als in Frankreich. In Verbindung mit der noch fortdauernden Naturalwirthschaft hat dies Verhältniß besonders im Osten Deutschlands dem Unterbau des Staates eine ungewöhnlich feste Cohärenz gegeben.

Soweit in dieser Zeit die höheren Rechte der besitzenden Klassen noch durch staatliche Leistungen erfüllt und aufgewogen sind, dauert

auch ihre Fortbildung durch Gewohnheitsrecht fort. Nur zeigt sich schon ein Bestreben, neue, einer Contestation ausgesetzte Rechte durch Gesetz zu fixiren und für die Zukunft sicher zu stellen.

Eine weitere Aufgabe erwuchs der Gesetzgebung durch die Nothwendigkeit, den bürgerlichen Verkehr der jetzt geschiedenen Stände und der mannigfaltigen Collisionen derselben im Handel und Wandel durch speciellere Normen zu regeln, aus denen die allmählich sehr umfangreichen Reichs- und Landes-Polizeiordnungen hervorgingen.

Eine noch weitere Aufgabe der Gesetzgebung (welche in England und Frankreich auch in weitem Mafß durch die Gesetzgebung gelöst wurde) entstand aus der Nothwendigkeit neuer einheitlicher Normen des Privatrechts und des bürgerlichen Prozesses. — Für die seit den Kreuzzügen glänzend erwachsene Blüthe der Gewerbe, des Handels und des beweglichen städtischen Lebens bedurfte es neugebildeter Rechtsregeln insbesondere im Gebiet des Schuldrechts, des ehelichen Güterrechts, des Erbrechts, für welche das aus der Gewere am ländlichen Besitz erwachsene alte Gewohnheitsrecht nicht ausreichte. Noch tiefergehend bedurfte Deutschland überhaupt eines gemeinsamen ergänzenden Rechts, um unter den immer weiter auseinander gehenden ständischen Rechtsformationen einen gemeinsamen Grundstock des nationalen Eigenthums-, Schuld- und Erbrechts zu erhalten. In Ermangelung eines geeigneten gesetzgebenden Körpers und eines Reichsgerichts half sich dazu die deutsche Gerichtspraxis durch ein Zurückgreifen auf die Rechtsammlungen der früheren Kaiser des heiligen römischen Reiches und des älteren Kirchenregiments, und gelangte damit zu einer stetig fortschreitenden Reception der fremden Rechte — hervorgehend aus der Ueberzeugung, daß eine Zurückführung des Rechts auf feste, zeitgemäße, einheitliche Grundsätze als Grundgerüst der nationalen Rechtsbildung unentbehrlich sei. Es entsteht daraus in Deutschland wie in Italien ein eigenthümlicher Beruf des Juristenstandes, auf welchen am Schlufß dieser Erörterungen zurückzukommen ist.

Trotz des bereits wachsenden Umfangs der Gesetzgebung bleibt die gewohnheitsrechtliche Bildung indessen in dieser Epoche noch die vorherrschende.

3. **Der Widerspruch der beiden Seiten des Gemeinlebens**, mit dem sich dies Verhältniß ändert, erscheint in Deutschland sehr ungleichzeitig, wie auch die Entstehung der ständischen Rechtsbildung eine ungleichzeitige gewesen war.

Der Widerspruch ist zuerst auf der kirchlichen Seite entstanden. Die reiche Dotation der Kirche in den Zeiten der Bekehrung, die

stetige Vermehrung dieses Besitzes durch den Einfluss der Geistlichkeit auf die Sterbefälle und die Festhaltung alles dieses Besitzes in der «todten Hand» hat allmählich den Besitz und die obrigkeitliche Herrschaft über die Unterthanen zum Hauptzweck des kirchlichen Lebens gemacht. Vom XIII. Jahrhundert an fortschreitend wird der eigentlich kirchliche Beruf in Lehre, Seelsorge und humanitären Aufgaben in weitestem Mafse von dürftig ausgestatteten Vikaren und Bettelorden besorgt, während die großen Besitzmassen der Kirche mit dem Adel und der Ritterschaft immer tiefer verwachsen zu einer einheitlichen regierenden Klasse in fürstlicher und grundherrlicher Stellung. Besitz, Macht und Herrschaft als Hauptziele des Kirchenregimentes führen zu einer Veräußerlichung, die im Beginn des XVI. Jahrhunderts zu einer religionslosen Kirche zu werden droht. — Dagegen erhebt sich das Gewissen der Nation, die rechtschaffene Ueberzeugung ihrer besten Männer, daß diese Kirche auf einer Verunstaltung des wahren Inhalts der heiligen Schrift zum Zweck clericaler Herrschaftserweiterung beruhe. Nun war aber diese Hierarchie mit allen Interessen der herrschenden Stände so tief verwachsen, daß die redlichsten Bestrebungen zu einer friedlichen Reform erfolglos blieben. Nach einem Jahrhundert vergeblicher Bemühungen um eine Reform innerhalb des Besitzstandes kommt es an dieser Stelle zum Bruch mit der bestehenden Staats- und Rechtsordnung, mit den weittragendsten Folgen für die Staats-, Rechts- und Besitzverhältnisse der Nation, die hier nicht näher zu verfolgen sind, so wenig wie die sehr veränderte Stellung der Staatsgewalt zu der zwiespältigen Kirche.

Mit der Einheit der Kirche in der christlichen Welt weicht nun aber auch die sichere Grundlage, welche die Staatsgewalt bis dahin in der Sanktion der einen, rechten, katholischen Kirche gefunden hatte. Die Nationen, welche nach Vernunft und Gewissen ihre Wahl zwischen der alten und neuen Kirche getroffen hatten, sahen sich nun auch berechtigt, den Rechtsgrund zu prüfen, vermöge dessen die weltliche Monarchie ihre Herrscherrechte übt. Es beginnen demgemäß die naturrechtlichen Untersuchungen über das Wesen des Staats und Rechts, und sicherlich ist es ein starker Beweis für die innere Festigkeit des ständischen Gesellschaftsbaues, daß diese Untersuchungen noch eine Reihe von Generationen hindurch die bestehende Staatsgewalt weder zu erschüttern, noch auch nur ernstlich in Zweifel zu ziehen vermochten. Bis zu der französischen Revolution galt auch den leitenden Männern der Aufklärungszeit die bestehende Stellung der herrschenden Klassen als selbstverständlich und feststehend.

In dem weltlichen Staatswesen tritt ein Bewußtsein des Widerspruchs erst allmählig ein, mit der Umwandlung der Funktionen des Staats und mit der Entwicklung der Geldwirthschaft. Unter gänzlicher Umgestaltung des Bewaffnungssystems versinkt die alte Lehnsmiliz wie die städtischen Trabanten in Vergessenheit. Die persönliche Heerpflcht und die Vermögenslast derselben wird in den größeren Territorien in erster Linie auf den Bauernstand gewälzt; die Geld- und Einquartirungslast in zweiter Linie auf den Bürgerstand. — Der alte Dienst des Gerichts und der Friedensbewahrung geht auf das besoldete Beamtenthum als Berufsstand über, und nur in dem Schulzenamt und in den städtischen Aemtern bleibt für die mittleren und niederen Schichten der Gesellschaft noch eine persönliche Dienstpflicht übrig. — In der Neugestaltung der Staatswirthschaft bestehen die bevorrechteten Stände allen neuen Bedürfnissen gegenüber standhaft auf der Bestätigung ihrer hergebrachten «Freiheiten». — In der Kirche bleibt die Geistlichkeit bei der hergebrachten Auffassung stehen, welche in der Lehre und Seelsorge das Wesentliche der Volkserziehung erschöpft sieht; während die in der heutigen Gesellschaft nothwendige weitere Lehre und Bildung einem neu entstehenden Berufsstand und den Geldmitteln des Staats und der Gemeinden überlassen wird.

Das Verhältniß der Stände hat sich damit langsam aber stetig umgekehrt. Die Erfüllung der persönlichen und der Vermögenspflichten gegen das Gemeinwesen gilt jetzt als das wesentliche Merkmal des «gemeinen» Standes, und je voller diese Pflichten erfüllt werden, desto «gemeiner» gilt der Stand. Jede höhere Stellung im Patrimonialstaate charakterisirt sich durch Befreiung und Exemption, deren Bewahrung als historisches Recht und Ehrenpflicht des Standes erscheint.

In den geistig gebildeten Kreisen konnte man sich zuletzt einem Gefühl nicht verschließen von der «Unnatur», welche in diese Lebensverhältnisse eingedrungen war. Daher der laute Ruf nach einem «Naturrecht», das stetige Suchen nach einem wahren «Recht der Vernunft», daher die gesammte Auffassung des Staatswesens als einen willkürlich geschaffenen conträt social, der dann von der Rechtsphilosophie im Ernst als ein pactum unionis, subjectionis, ordinationis specifizirt wurde.

Innerhalb des Ideenkreises dieser Zeit entwickelte sich nun der lebhafteste Streit über den Zweck des Staats.

Ueberall erkennbar war jetzt das Bedürfniß des Rechtsschutzes, insbesondere der schwächeren Klassen der Gesellschaft: der Rechts-

zweck des Staats fand daher im Laufe des XVIII. Jahrhunderts allgemeine Anerkennung.

In Epochen und unter Umgebungen, in welchen die Verkümmernng und Verarmung der unteren Schichten der Gesellschaft in den Vordergrund trat, wurde der Wohlfahrtszweck des Staats in unbestimmter Allgemeinheit anerkannt und in den Vordergrund gestellt.

In Epochen und unter Umgebungen, in welchen der Mangel der Volkserziehung, das Aufwachsen der großen Masse der Bevölkerung in Unwissenheit und Rohheit, sich eindringlich darstellte, trat der Culturzweck des Staats in den Vordergrund, der ebenso in umfassender Allgemeinheit und Unbestimmtheit behauptet wurde.

Der gemeinsame Mangel dieser Constructionen lag darin, daß man die Zwecke der Gemeinschaft, welche durch die drei Organismen (Gesellschaft, Kirche und Staat) gemeinschaftlich — mit wechselnden Grenzbestimmungen — zu erfüllen sind, dem Staate allein vindicirte und damit zu sachwidrigen Ausdehnungen der Staatsthätigkeit gelangte.

Auch bei dem allgemein anerkannten Rechtszweck wurde übersehen, daß von Hause aus die Gesellschaft das Recht noch aus sich selbst heraus gebildet hat, daß die Satzung des Rechts durch die Staatsgewalt erst im Verlauf der Jahrhunderte als Ergänzung eintritt und in Deutschland erst mit der Reformationszeit zu einem bedeutenden Umfang gelangt. Es war aber gerade in der sogenannten Aufklärungszeit eine Richtung der Gesetzgebung eingetreten, welche die Unterschätzung und Beiseitesetzung des Gewohnheitsrechts wohl erklärlich macht.

Es war dies eben das Bestreben der Wiederherstellung der naturgemäßen Ordnung in Staat und Gesellschaft.

4. **Die organische Wiederverbindung von Staat und Gesellschaft**, d. h. die Wiederherstellung des Gleichgewichts zwischen Rechten und Pflichten im staatlichen Gemeinwesen, konnte in Deutschland nur auf dem Wege der Gesetzgebung erfolgen. Denn es liegt in der Natur der Gesellschaft, daß gerade, je inhaltloser die Ansprüche der bevorzugten Klassen werden, desto eifersüchtiger und leidenschaftlicher für ihre Behauptung gestritten wird. Wie jeder Stand seine große Zeit in den Generationen hat, in welchen er seine höhere Stellung erringt, so seine übelste Zeit in den Generationen, in welchen er um die Behauptung inhaltloser Vorrechte streitet. Am anspruchvollsten geriren sich auch im geselligen Leben stets die Elemente, deren vermeintliche Vornehmheit auf Vorzügen beruht, welche sie selbst nicht verdient haben. So wenig die Kirche in ihrer Veräußerlichung, so

wenig war deshalb der reichs- und landständische Staat aus sich heraus zu dieser Selbstreform befähigt. Eben aus diesem Grunde konnte das Wahlkaiserthum Deutschlands keine andere Stellung als die eines Schutzherrn aller Privilegien einnehmen.

Der Beruf der Monarchie war folgeweise in Deutschland nur durch die fürstlichen Dynastien zu verwirklichen. Und als in dem Zusammenstoß mit der neuen Gesellschaftsordnung Frankreichs diese Aufgabe des Staats in das Bewußtsein der Nation trat, verschwand das deutsche Wahlkaiserthum, verschwand die Gesamtheit der geistlichen Wahlfürstenthümer, verschwanden die kleinen reichsständischen Staatsgebilde, die Reichsstädte, die Reichsritterschaft, wie mit einem Schlage, und — trotz der mannigfaltigen Rechtsverletzungen in dieser revolutionären Umgestaltung — ist kein ernstlicher Versuch gemacht worden, die einmal beseitigten Landeshoheiten wieder herzustellen.

Während aber in den früheren Generationen diese Dynastien sich wesentlich auf den Rechtsschutz der schwächeren Klassen, und zwar vorzugsweise des Bauerstandes beschränkt hatten, schreiten sie nunmehr zur positiven Umgestaltung, d. h. zur Wiederaufhebung der künstlichen Schranken, durch welche der «Stand» der Ritter, Bürger und Bauern, sowie derjenige der «Eximirten» entstanden war. Den bevorzugten Klassen selbst erschienen diese Reformen als revolutionär: in der Wirklichkeit — wenigstens in der Stein-Hardenbergischen Socialreform — handelte es sich um eine Restauration des ursprünglichen und rechtmäßigen Verhältnisses zwischen Staat und Gesellschaft. — Dem Bauer wird das getheilte Eigenthum an dem Bauerhofe (nach Abzug von  $\frac{1}{3}$  oder  $\frac{1}{2}$  des Ackerbesitzes) verliehen nach demselben Grundsatz, nach welchem im Mittelalter dem Ritter ein getheiltes Eigenthum (Untereigenthum) an seinem Lehngut zu Theil geworden war. Der Titel zum Eigenthum lag in beiden Fällen darin, daß der Beliehene seit länger als einem Jahrhundert die Last des Waffendienstes, die schwersten Lasten des Staats überhaupt getragen hatte. Gerade in Preußen war der Bauer seit hundert Jahren durch den persönlichen Zwang zum Kriegsdienst und durch die Zahlung der Kriegskontribution eben an die Stelle getreten, an welcher bestimmungsmäßig der Rittergutsbesitzer stehen sollte. Die aus der Verquickung der Gutspolizei mit den ländlichen Arbeitsverträgen entstandenen Gesinde- und Frohdienstpflichten waren allerdings im Entstehen wie im Verlauf mit privatrechtlichen Verhältnissen verwachsen. Hier trat die «Ablösung» gegen eine Entschädigung ein, welche dem geringen Werth der Zwangsdienste entsprach. — Die durch die Gutspolizei künstlich

geschaffene Fesselung der bäuerlichen Bevölkerung an den Boden wird kurzweg beseitigt. — Die ausschließlichen Zunftberechtigungen, Monopole, Zwangs- und Bannrechte werden ebenso einfach aufgehoben, soweit sie lediglich durch den Einfluß der Zünfte auf die Gesetzgebung geschaffen sind; dagegen Entschädigungen gewährt, soweit sie mit privatrechtlichen Verhältnissen verwachsen sind. Die einfache Herstellung der «Gewerbefreiheit» war auch vom Billigkeitsstandpunkt aus gerechtfertigt, da der zeitige Inhaber durch seinen Besitzstand gegen die neu entstehende Concurrenz zur Genüge geschützt war — Reste der ständischen Ordnung dagegen, denen noch reale Verpflichtungen entsprachen (Patronats-, Polizei-, Armen-, Wege-, Schullasten) blieben bis auf Weiteres bestehen. Das große Werk dieser Socialreform hat sich eben deshalb gegen den Ansturm zahlreicher verletzter Interessen erhalten. — Aber nicht jeder Theil desselben liefs sich auf andere Landesgebiete übertragen, in denen die Grundlagen des Besitzes anders combinirt lagen. Bei der großen Mannigfaltigkeit der deutschen Territorialverhältnisse entstanden daher zahlreiche Varianten auch dieser Reform. Die im Westen Deutschlands durchgeführte einfachere französische Weise der Reform («les droits féodaux sont abolis») hat eine tiefe Lockerung der Nachbarverbände und des communalen Sinns hinterlassen.

Innerhalb dieser gesellschaftlichen Bewegung waren die herrschenden Lehren entstanden, deren Einseitigkeit die historische Schule bekämpft hat. Sie waren zu herrschenden Ideen geworden, weil man fühlte, daß das überkommene Verhältniß von Staat und Gesellschaft in der Wirklichkeit dem Wesen beider widersprach und einer Umgestaltung nach der «Natur» des Menschen bedurfte.

Man hatte deshalb eine sehr geringe Meinung vom Gewohnheitsrecht; weil das aus der Gesellschaft hervorgegangene Recht zu einem jus iniquum geworden war und man wohl fühlte, daß mit jeder fortschreitenden Generation der Standesgeist dieses Recht nur noch einseitiger und schroffer fortbilden werde. Es gab nur wenige neutrale Gebiete, in denen eine solche Gefahr nicht bestand, wie bei der Bildung von Handelsusancen, rustikalen Nachbarverhältnissen etc., in welchen eben deshalb ein Gewohnheitsrecht noch lebendig war und neu entstehen konnte.

In allen Kulturstaaten Europa's wurde jener Zeit die Grundmaxime anerkannt, daß die consuetudo keine Geltung gegen die lex haben dürfe, eben weil in den lebensfähigen Staaten Reformen der ständischen

Ordnung bereits im Gange waren, die einen stetigen Kampf gegen die herrschenden Klassen der Gesellschaft zu führen haben, welche letzteren mit der Berufung auf ihre «consuetudo» jede Reformgesetzgebung alsbald durchlöchert und illusorisch gemacht haben würden. Auch Savigny sucht diesem Gesichtspunkt gerecht zu werden durch die Anerkennung «absoluter» Normen der Gesetzgebung. Voll gewürdigt ist diese Seite der Sache jedoch nicht, theils weil das soziale Prinzip der Rechtsentwicklung im Bewußtsein der Zeit noch nicht lebte, theils in Folge der Arbeittheilung im Juristenberuf, in Folge deren man zuerst und hauptsächlich nur das Vermögensrecht im Auge hatte.

Aehnlich stand es mit dem Gewohnheitsrecht *contra rationem*, welches in der gemeinrechtlichen Praxis wie in allen Culturstaaten Europa's als unverbindlich galt. Der wirkliche Inhalt des Satzes war, daß die reformirende Gesetzgebung in consequenter Durchführung zur Anwendung kommen müsse, daß beispielsweise eine Reihe von Verträgen rechtlich unwirksam sein mußten, weil sie dem Prinzip der Gewerbefreiheit widersprachen, wenn auch die grammatische Interpretation des Gewerbegesetzes ein solches Verbot keineswegs enthielt. Die Vieldeutigkeit des Wortes ratio führte freilich zu den mannigfaltigsten Versuchen der Auslegung, in welchem Sinne die consuetudo nicht so weit reichen sollte, «ut rationem vincat aut legem». Zu einer vollen Würdigung der Tragweite auch dieses Gedankens konnte man nur gelangen, wenn man den Beruf der Gesetzgebung zur Reform der ständischen Ordnung vor Augen hatte.

In näherem Zusammenhang mit diesem letzten Punkt steht die überaus streitige Frage über die Stellung des Juristenrechts als Rechtsquelle neben Gewohnheitsrecht und Gesetz.

Es war eine unanfechtbare Wahrheit, daß bei der fortschreitenden Culturentwicklung durch Arbeittheilung eine gesellschaftliche Klasse sich bildet, welche durch eine «besondere» Beschäftigung mit dem Recht eine hervorragende Kenntniß desselben und dadurch einen Einfluß auf dessen Fortbildung gewinnt. Ueber die Bedeutung dieses fortbildenden Einflusses gingen die Meinungen freilich weit auseinander. Von manchen Seiten wurde dem Juristenrecht die Bedeutung einer «Rechtsquelle» überhaupt abgesprochen. Von Beseler wurden, unter Anerkennung als bedeutungsvolle Rechtsquelle, die schwachen Seiten des damaligen Juristenthums seine Entfremdung vom Leben des Volkes,

sein mangelhaftes Verständniß für die ratio der neueren Rechtsgebilde hervorgehoben.<sup>1)</sup>

Von der socialen Seite aus treten auch hier neue bedeutungsvolle Gesichtspunkte hervor.

Ein Juristenstand in seiner sehr langsamen Entwicklung erscheint zuerst im Anschluß an die «Obrigkeiten», welche die Rechtsfindung der Gerichtsmänner leiten. In erhöhtem Maße tritt der Juristenstand hervor mit dem Fortschritt zur Monarchie. In noch erhöhtem Maße mit der vollen Entwicklung des Amtes und der Amtspflichten in der Monarchie.

In dem so entstehenden Berufsstande kommt es aber nicht nur auf die Erwerbung von «Kenntnissen» an, sondern in noch höherem Maße auf jene Gewöhnung des Thuns, auf welcher die Sicherheit alles sittlichen und rechtlichen Handelns in der menschlichen Gemeinschaft beruht. Pectus facit jurisconsultum. Die germanische Rechtsbildung erkennt dies von Haus aus an, indem sie frühzeitig die Findung des Urtheils einem engeren Kreise von Gemeindegossen überläßt, welche gewohnheitsmäÙig als Urtheilsfinder fungiren. In der Carolingischen Verfassung beruht darauf die Ernennung der Schöffen auf Lebenszeit, in einigen Landestheilen die Bildung des erblichen Schöffenamtes, seit Reception der fremden Rechte die lebenslängliche, ständige Ernennung der richterlichen Beamten. Der gleichmäÙige Grund dieser continuirlichen Erscheinungen liegt in Folgendem:

Alle Beamte, durch welche der Staat seinen schweren vielseitigen Beruf zu erfüllen hat, bringen in ihr Amt eine Mitgift von gesellschaftlichen Klasseninteressen und Standesvorurtheilen mit, welche durch die Erziehung und Vorbereitung zum Amt noch nicht zu überwinden sind. Erst die Gewöhnung ist es, die auch an dieser Stelle in stetiger Uebung der Amtspflichten die Sicherheit des Handelns erzeugt und aus der Amtspflicht eine besondere Amtslehre und einen Standesgeist erzeugt, der neben manchen Schattenseiten doch weit überwiegend Lichtseiten darbietet und die Ueberlegenheit der Monarchie über die Republik in allen Institutionen der Staatsverwaltung begründet.

Innerhalb dieses Berufskreises bildet der Juristenstand ein Hauptglied von hoher Würde und Bedeutung, nicht bloß für die Auslegung der Gesetze (an welche man heute zunächst denkt), sondern ebenso für die Erkennung und Anerkennung des Gewohnheitsrechts. In der aufsteigenden Richtung der gewohnheitsrechtlichen Bildung beruht das

<sup>1)</sup> Beseler a. a. O., S. 299—364. Die Klage über diese Entfremdung entsprach der Entfremdung, welche in der Periode des Absolutismus zwischen Staat und Gesellschaft überhaupt eingetreten war.

entstehende Klassen- und Standesrecht zwar noch im Ganzen auf einem Gleichgewicht von Rechten und Pflichten. Aber schon in diesem Stadium fehlt es nicht an Versuchen, über jene rechtliche Angemessenheit hinaus ein ungleiches neues Recht zu bilden. Schon in den ersten Stufen der Entwicklung erscheint es als die Pflicht des Urtheilsfinders und Rechtsweisers, solchen Versuchen zu widerstehen, d. h. nach ihrer rechtlichen Angemessenheit die «guten» Gewohnheiten anzuerkennen, die «schlechten» Gewohnheiten zu verwerfen. Bereits in den ältesten Rechtsquellen ist diese Unterscheidung angedeutet.

In sehr erweitertem Maße tritt diese Funktion ein, wo altes und neues Gewohnheits- und Gesetzesrecht in der Weise collidiren, wie dies zur Zeit der Reception der fremden Rechte in Deutschland der Fall war, als für die Zerklüftung und Verwirrung unseres Rechts eine neue einheitliche Grundlage — ein jus aequum et certum — wieder zu finden war.<sup>1)</sup> In jener Zeit öffnete sich dem Juristen ein unermessliches Feld einer gar schwierigen und peinlichen Wahl zwischen den Rechtsnormen der verschiedensten Zeitalter und Autoritäten der verschiedensten Art. Auch aus der Theilung und Verbindung verschiedenartiger Rechtsnormen entsteht hier ein neues Recht. Bei der Zersplitterung der deutschen Gerichte fand man eine Stütze und berechtigte Autorität lange Zeit in der italienischen Jurisprudenz. Wohl ist dabei zeit- und ortweise manch schwerer Mißgriff vorgekommen; aber im Ganzen hat schließlich der Rechtssinn der deutschen Juristen doch wohl die rechte Wahl getroffen und dem gemeinen Recht eine den nationalen Rechtsüberzeugungen entsprechende Richtung gegeben.

In dieser eigenthümlichen Combination von fremden und einheimischen Gewohnheiten und Gesetzen fiel auch der wissenschaftlichen Behandlung des gesammten Rechtsstoffs eine hohe Aufgabe der gedankenmäÙigen Durchdringung und Zusammenfassung zu, innerhalb welcher wieder die Gewöhnung des juristischen Denkens jenen unbefangenen Sinn erzeugt, der die «guten» und die «schlechten» Gewohnheiten zu scheiden und in der wunderbaren Mannigfaltigkeit unserer Rechtsquellen die rechte Wahl zu treffen wußte. Wie in dem Richteramt die continuirliche Gewohnheit des Rechtsprechens, so hat in der «Theorie» die Gewohnheit der Subsumtion unter höhere allgemeine Rechtsnormen aus dem Chaos unserer widersprechenden Rechtsquellen ein gesundes gemeines Recht bilden helfen.

<sup>1)</sup> Ueber die wirklichen Hergänge bei der Reception der fremden Rechte s. jetzt A. Stölzel: Die Entwicklung des gelehrten Richterthums in Deutschland. 1873. 2 Bde.



Ein weiterer eigenartiger Einfluss entsteht durch die Theilnahme der Juristen an der Gesetzgebung in ihren verschiedenen Epochen.

In den Epochen insbesondere, in welchen das ältere Recht mit den modernen Socialreformgesetzen collidirte, fiel dem Juristen die oft sehr verantwortliche Aufgabe zu, die Grenzen zu bestimmen, bis zu welchen ältere Gesetze und Gewohnheitsrechte neben dem neuen Gesetz nach seinem wohlverstandenen Sinn und Zweck (ratio) noch Platz finden kann, und in welchem Umfang auch neues Gewohnheitsrecht daneben als zulässig zu erachten ist.

In allen Stadien und Configurationen schliesslich bleibt dem Juristenstand ein maßgebender Einfluss. Auch da, wo eine positive Gesetzgebung die Rechtsnormen nahezu erschöpfend formulirt und der Ausfüllung von Lücken durch Analogie nur einen geringen Spielraum läßt, bleibt unabänderlich ein Wahlrecht der Theorie wie der Praxis. Denn die Rechtsnormen sind keine höchsten menschlichen Wahrheiten, sondern bilden concentrische Kreise und Normen von verschiedenem Höhenmaß der Geltung. Da jede Rechtsfrage (mit Recht oder mit Schein) sich unter mehrere Gesetze subsummiren läßt, so bleibt unabänderlich ein möglicher Zweifel, welche der Normen für diesen Fall und für gleiche Fälle die höhere, die leitende sei, und bildet damit das der Natur der Sache nach unerschöpfliche Gebiet der juristischen Controverse.

Dies von dem Beruf des Juristen untrennbare Wahlrecht giebt unbestreitbar der Rechtsbildung jedes Volks eine maßgebende Richtung und hat in der Entwicklung unseres deutschen Rechts einen so weitgreifenden Einfluss geübt, daß neben Gesetz und Gewohnheitsrecht auch dem Juristenrecht eine Stelle unter den «Rechtsquellen» einzuräumen ist.

Die großen Streitfragen dieses Gebiets waren zum großen Theil hervorgegangen aus der ungleichen Entwicklung und den verschiedenartigen Combinationen von Gesellschaft, Kirche und Staat in den einzelnen Theilen Deutschlands. Mit der folgerichtigen Durchbildung der neuen Gesellschaftsordnung — welche in der civilisirten Welt unaufhaltsam vorschreitet — und mit der Herstellung des bestimmungsmäßigen Verhältnisses, nach welchem den besitzenden Klassen die höheren Staatspflichten aufzuerlegen sind — worin Deutschland jetzt der civilisirten Welt vorangeht — wird sich auch die innere Harmonie herstellen, aus welcher ein bedeutungsvolleres neues Gewohnheitsrecht und ein höherer Beruf des Juristenstandes erwächst.

THEODOR MOMMSEN

**Bürgerlicher und peregrinischer  
Freiheitsschutz im römischen Staat.**

Römisches Bürgerrecht und römische Freiheit, welche beide denselben Begriff, nur dort auf die gemeindliche, hier auf die individuelle Stellung bezogen, ausdrücken und also der Sache nach zusammenfallen <sup>1)</sup>, giebt der Einzelne sich nicht und in dem entwickelten römischen Recht kann weder er noch ein Anderer und kann selbst der Staat sie ihm nur mit seiner Einwilligung nehmen. Sogar die nur thatsächliche Unfreiheit kann nach dem entwickelten Recht nur ausnahmsweise auf einem dieser Wege herbeigeführt werden. Die nachfolgende Ausführung der einzelnen Anwendungen dieses großen Rechtsprinzips soll im Ganzen nur an bekannte Rechtsregeln erinnern und ist dem entsprechend in kürzester Form zusammengefaßt.

I. Der römische Bürger kann nicht durch seinen Willensact sich in einen Nichtbürger oder Unfreien umwandeln.

1. Directer Selbstverkauf ist schon nach ältestem Recht unmöglich, da die diesem bekannten Formen der Eigenthumsübertragung denselben ausschließen. Als Titel der Usucapion dürfte er zugelassen worden sein; wenigstens ist nicht abzusehen, warum, so lange die formale Obligation als bedingter Selbstverkauf behandelt ward, man sich

---

<sup>1)</sup> Bürgerrecht und Freiheit fallen insofern auseinander, als der römische Staat von Haus nicht für sich, sondern innerhalb eines Staatenbundes steht und der Bürger eines conföderirten Staates für den römischen nicht Bürger, aber frei ist; oder, wie man es auch ausdrücken kann, die beiden publicistischen Begriffe der Zugehörigkeit zum Staatenbunde und der zu dem einzelnen Staat stehen von jeher und mit begrifflicher Nothwendigkeit nebeneinander. Darf man die spätere civilistische Terminologie auf die für das juristische Denken doch einmal unentbehrlichen Urzustände übertragen, so ist der Bürger jedes nicht conföderirten Staates nach ältestem Recht *servus sine domino* und die Freiheit rechtlich gebannt in den Kreis des *nomen Latinum*. Hierin liegt auch die Berechtigung die *capitis deminutio* nicht blos zwei-, sondern auch dreigliedrig zu fassen. Die erste Eintheilung halte ich mit Pernice (Labeo I, S. 173) vom rein römischen Standpunkt aus für correcter: das römische Bürgerrecht wird entweder verloren oder bleibt bei veränderter Rechtsstellung innerhalb der Gemeinde. Aber man kann auch unterscheiden den Verlust des Bürgerrechts innerhalb Latium, den Verlust des Bürgerrechts in Rom unter Fortbestand des latinischen und den Fortbestand des Bürgerrechts in Rom bei veränderter häuslicher Stellung.

hiergegen gestäubt haben sollte. In dem entwickelten Recht dagegen ist der Selbstverkauf nichtig, mag er geradezu als solcher auftreten oder auch der Freie unter dem Vorgeben, daß er Slave sei, sich durch einen Dritten haben verkaufen lassen. Nur wenn er in dem letzteren Fall sich einen Theil des Kaufgeldes angeeignet hat, wird ihm nicht gestattet auf dem sonst dafür vorgeschriebenen Wege die gerichtliche Anerkennung seiner Freiheit zu bewirken. Diese Bestimmung gehört dem republikanischen Recht an<sup>1)</sup>, ist aber sicher nicht ursprünglich, mindestens nicht älter als die Klagbarkeit des einfachen Kaufvertrags.

2. Die Schuldverpflichtung ward in älterer Zeit als bedingter Selbstverkauf gefaßt, so daß bei Verfall und Nichtzahlung der Forderung die Freiheit verloren ging. Freilich galt dies in vollem Umfang nur dann, wenn der Schuldner aus dem römischen oder vielmehr dem latinischen Rechtskreise ausscheidet, das heißt veräußert wird an den Bürger einer Gemeinde, mit der nach dem damaligen Staatsrecht ein Rechtsverhältniß nur in den durch die Regeln des Kriegsrechts geordneten Formen des Waffenstillstands möglich ist. Bleibt dagegen der Schuldner in Rom oder in einer mit Rom conföderirten Gemeinde, so tritt das weiterhin zu erörternde Verhältniß der bloß privatrechtlichen Unfreiheit ein. Hiermit erkennt also das älteste Recht die rechtliche Statthaftigkeit des Freiheitsverlustes unter den bezeichneten Voraussetzungen auf das bestimmteste an und versagt nur dem Gläubiger aus moralischen Rücksichten den Gebrauch seines Rechts innerhalb des *nomen Latinum*; ganz wie die Deutschen nach Tacitus den Slaven, welcher seine Freiheit verspielt hatte, *per commercia tradunt, ut se quoque pudore victoriae exsolvant*. Das spätere Recht dagegen weiß nichts mehr von einem derartigen Verkauf in die Fremde.

3. Da der Eintritt in eine andere Gemeinde den Austritt aus der römischen Bürgerschaft von Rechtswegen nach sich zieht, so gilt der römische Bürger, welcher in eine andere Gemeinde auch mit deren Einwilligung eintritt, nach römischer Auffassung immer noch als solcher, sein Eintritt in eine andere Bürgerschaft also ist nach römischem Recht nichtig.

II. Der römische Bürger kann durch keinen fremden Willensact in einen Nichtbürger oder Unfreien umgewandelt werden.

1. Die Kriegsgefangenschaft beraubt den römischen Bürger wohl thatsächlich, aber nicht dem Rechte nach seines Bürgerrechts und seiner Freiheit.

<sup>1)</sup> Q. Mucius kannte den Satz Dig. 40, 12, 23 pr.

2. Der Vater konnte nach altem Recht seinen Sohn veräußern wie der Herr den Slaven, so daß der vollständige Freiheitsverlust nur eintrat, wenn der Sohn aus dem römischen Rechtskreise ausschied<sup>1)</sup>. Das entwickelte Recht kennt auch in diesem Falle eine die Freiheit zerstörende Veräußerung nicht mehr.

III. Der römische Bürger kann auch im Wege des Gesetzes nach dem entwickelten Recht der Regel nach nur mit seiner Zustimmung das Bürgerrecht und die Freiheit einbüßen.

1. Im Wege der Strafe kann nach älterem Recht der Schuldige allerdings Bürgerrecht und Freiheit verlieren. Dahin gehört das Verfahren gegen denjenigen, der sich dem Kriegsdienst oder der dafür vorbereitenden Verzeichnung der Wehrmannschaft entzieht<sup>2)</sup>; die *noxae datio*, mag sie der Staat gegen den Bürger oder der Vater gegen den Sohn zur Anwendung bringen<sup>3)</sup>; das Rechtsverhältniß des wegen handhaften Diebstahls dem Bestohlenen gerichtlich zugesprochenen Diebes. Indes tritt in den beiden ersten Fällen dieselbe Beschränkung ein wie bei dem verfallenen Schuldner, das heißt der vollständige Freiheitsverlust fordert die Ausscheidung der betreffenden Person aus dem latinischen Rechtskreis. In dem dritten sah die ältere Auffassung hiervon ab, während andere Juristen auch hier die gleiche Rechtsbehandlung forderten<sup>4)</sup>; offenbar nur, um das Prinzip ausnahmslos durchzuführen, daß der Römer im römischen Rechtskreis nicht Slave werden könne. Folgt man der letzteren Ansicht, so sind alle diese Fälle im späteren Rechte, insofern sie den vollen Freiheitsverlust herbeiführen, beseitigt; der Verkauf des *incensus* sowohl wie die *noxae datio* an die fremde Gemeinde sind factisch antiquirt und die väterliche *noxae datio* so wie die Addition des Diebes bewirken nur den beschränkten Freiheitsverlust.

2. Die Kriegsgefangenschaft zieht nach älterer Ordnung den Freiheitsverlust nach sich, wenn der nachfolgende Friedensschluß die Rückgabe der Gefangenen ausschließt<sup>5)</sup>; es wird dies folgerichtig ähnlich

<sup>1)</sup> Cicero pro Caec. 34, 98; de orat. I, 40, 181. Pernice Labeo I, S. 168. K. A. Schmidt, das Hauskind in mancipio, S. 5. Es liegt kein Grund vor, dies mit Danz Lehrbuch I 2, S. 177 auf den Fall der *noxae datio* zu beschränken. Warum Max Cohn (Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts, Bd. I, S. 71) zweifelt, verstehe ich nicht; es ist überflüssig, wenn ein Sohn in die Fremde verkauft wird, noch einen besonderen Beweis für den Freiheitsverlust zu fordern.

<sup>2)</sup> Mein röm. Staatsrecht 2<sup>3</sup>, S. 355.

<sup>3)</sup> ebendaselbst I 2, S. 242.

<sup>4)</sup> Gaius 3, 189.

<sup>5)</sup> Die viel bestrittenen und häufig in das Gegentheil umcorrigirten Worte des Tryphoninus (Dig. 49, 15, 12 pr.): *in bello [captis eodem bello] postliminium est, in pace*

wie die politische *noxae datio* behandelt. Dafs auch dieser Fall späterhin nur eine theoretische Scheinexistenz gehabt haben kann, liegt in den Verhältnissen.

3. Der Austritt aus der Gemeinde erfolgt rechtsgültig, wenn, wie dies bei dem rechten Exilium der Fall ist, die Gemeinde den Entschluß des Austretenden ihrerseits sanctionirt oder auch, was bei der durch die römische bewirkten Gründung einer neuen Gemeinde der Fall ist, wenn sie ihre Bürger unter gewissen in dem einzelnen Gesetz vorgeschriebenen Modalitäten zum Austritt veranlaßt.

Also stehen in der Frage, ob Freiheit und Bürgerrecht verlierbar oder unverlierbar sind, das ältere und das neuere Recht sich so zu sagen diametral gegenüber: jenes behandelt sie als verlierbar und verbannt nur den Freiheitsverlust über die Grenze; diesem sind Freiheit und Bürgerrecht theoretisch mit geringen Ausnahmen, praktisch fast ausnahmslos unverlierbare Güter des römischen Bürgers. Ausgegangen ist die römische Rechtsentwicklung von dem Gegentheil und schrittweise zu den Ergebnissen gelangt, wie sie Cicero in den bekannten Ausführungen formulirt.

Eine ähnliche Tendenz zeigt sich in Beziehung auf die Rechtsverhältnisse, welche nicht eigentlich Unfreiheit sind, aber an die Unfreiheit grenzen und welche sich einigermaßen zusammenfassen lassen als Eigenthum oder Quasi-Eigenthum an einer freien Person. Im älteren Recht spielen sie eine grofse Rolle; das spätere Recht ist bestrebt sie quantitativ zu beschränken und qualitativ zu schwächen. Die mannichfaltigen und theilweise recht ungleichartigen Rechtsverhältnisse dieser Art sollen hier nicht eingehend erörtert werden; aber eine kurze Recapitulation der hierher gehörigen Regeln und Aus-

*autem his qui bello capti erant, de quibus nihil in pactis erat comprehensum* geben keinen gegründeten Anstofs. Wenn der Friedensvertrag über das Schicksal der Gefangenen ausdrücklich bestimmt, so bleibt es dabei, das heißt, wenn die Rückgabe stipulirt ist, ist die rechtliche Gefangenschaft damit zu Ende und kann also auch vom Postliminium nicht ferner die Rede sein (was l. 20 eod. bestätigt); wenn das Gegentheil, verwandelt sich die factische Unfreiheit in rechtliche. Ist nichts festgesetzt, so wäre es vielleicht consequent gewesen dies als stillschweigende Cession der Gefangenen an den gewesenen Feind anzusehen; aber es kann nicht befremden, dafs man es vorzog diesen das Postliminium zu verlängern. Ausdrücklich ist hier nicht gesagt, dafs der Friedensvertrag die Gefangenschaft auch bestätigen konnte; aber die ganze Fassung sowohl dieser Stelle wie auch von l. 20 führt dahin, dafs dies rechtlich möglich war, wie dies auch sowohl die principielle wie die praktische Erwägung verlangt. In historischer Zeit werden die Römer einen solchen Vertrag zu ihren Ungunsten nicht geschlossen haben, aber zu ihren Gunsten gewifs nicht selten, und da ihre Rechtstheorie hier durchaus davon ausgeht nur das Recht gegen fremde Staaten in Anspruch zu nehmen, was der römische auch gegen sich gelten läßt, so war die Aufstellung dieses Satzes am Platze.

nahmen gehört wesentlich zur Charakterisirung der in dem römischen Rechte waltenden Tendenz, den Freiheitsschutz zu steigern.

An die Verflüchtigung der eheherrlichen und die Abschwächung der väterlichen Gewalt genügt es zu erinnern.

Eines der merkwürdigsten Verhältnisse dieser Kategorie ist die *causa mancipii*. Es giebt wohl kein Institut des römischen Rechtes, welches gleich diesem den inneren Widerspruch zum Princip hätte, einerseits das volle Eigenthum, andererseits das volle Bürgerrecht. Corollarien des ersteren Principis sind die Regeln in Betreff des Vermögenserwerbes, die Manumission, das patronatische Erbrecht; des zweiten die Geschlechtsstellung und der dieselbe ausdrückende Name<sup>1)</sup>, die politischen Rechte, die Fähigkeit zu Ehe und Vaterschaft,

<sup>1)</sup> Die Behandlung des Namens bei der Adoption und der Emancipation verdient mehr die Aufmerksamkeit der Juristen, als sie sie bisher gefunden zu haben scheint. Es ist eine zweifellose Thatsache, dafs, wenn *L. Aemilius L. f.* von seinem Vater dem *P. Cornelius P. f.* in Adoption gegeben wird, er dessen Namen annimmt und als *P. Cornelius P. f.* in die Censurliste eingeschrieben wird, dagegen wenn er von demselben Mann in *mancipii causa* erworben wird, weder diese Mancipation noch die etwa nachfolgende Freilassung seinen Namen verändert. Dennoch muß auch diese Veränderung der Rechtsstellung in der Censurliste vermerkt worden sein, theils weil dieselbe den *filii familias* als solchen markirte, theils weil die *manumissio censu* auch ohne Antrag des Manumittenten vorgenommen werden konnte (Gaius I, 140), was nur möglich war, wenn die *mancipii causa* in dem Verzeichniß vermerkt und die Censoren also in der Lage waren einen solchen Vermerk zu streichen. Man wird annehmen dürfen, zumal seitdem wir wissen, dafs die Freigelassenen in ältester Zeit nach dem Schema *Lucius Aemilius Lucii servus* benannt wurden (Ephem. epigr. IV p. 246), dafs der in Mancipation Gegebene im Censur hieß *L. Aemilius Lucii filius Publii servus*, und dafs er nicht bei seinem Herrn, sondern bei seinem Vater geführt ward, also den Platz behielt, den er vorher einnahm. Damit stehen wir allerdings vor dem schroffen Ausdruck der theoretischen wie praktischen Discrepanz der Freiheit im öffentlichen und der Unfreiheit im privaten Rechtsverhältniß. Folgerichtig fordern Bürgerrecht und Ingenuität den Geschlechtsnamen und die Paternität, die *mancipii causa* die Abwesenheit beider. K. A. Schmidt (a. a. O. S. 24 A. 85) ist vom letzteren Standpunkt aus dazu gelangt dem durch die *mancipii causa* Durchgegangenen den Gentilnamen abzuspochen; das ist zwar mit der notorischen Behandlung des Emancipirten in der Geschlechtsstellung und der Nomenclatur unvereinbar und in jeder Weise unmöglich, und der Legonar und der Consul ohne Geschlechtsnamen, die wir also erhalten, sind mehr als bedenkliche Corollare; aber es ist durchaus consequent; ebenso consequent, wenn Savigny (2, 53) dem in *mancipii causa* Stehenden die politischen Rechte abspricht, nur dafs, wenn sie ihm fehlen, er sie freilich durch die Manumission nicht wieder gewinnen kann und überhaupt dem Satz bestimmte Quellenzeugnisse entgegenstehen. Alles dies beweist nur, dafs bei einem Institut innerlichen Widerspruchs die Inconsequenz in ihrem Rechte ist. — Hierin liegt wahrscheinlich auch das Wort des Räthsels, warum die väterliche Gewalt durch die Mancipation des Sohnes nur suspendirt, nicht zerstört wird und von Rechtswegen wieder auflebt, so wie das fremde Gewaltverhältniß sich löst. Er fährt ja fort so zu heißen, wie er hieß, und muß deshalb, so wie der *Publii servus* cessirt, auch wieder von Rechtswegen *L. Aemilius L. f.* nicht blofs heißen, sondern auch sein. Dafs die väterliche Gewalt principiell unlösbar ist, und die

ohne daß die Kinder von der *causa mancipii* ergriffen werden<sup>1)</sup>, die Fähigkeit zu passiver Obligation<sup>2)</sup> und zur gerichtlichen Klage<sup>3)</sup>. Man erkennt wohl, daß nach der vermögensrechtlichen Seite hin das erstere Princip, nach der politischen und persönlichen hin das zweite vorzugsweise zur Anwendung kommt; aber wer unbefangen erwägt und entschlossen zu Ende denkt, wird sich bald überzeugen, daß beide nicht bloß sich diametral entgegenstehen, sondern auch in der Anwendung sich widerstreiten und sehr häufig es reine Willkür ist, welchem von beiden der Vorzug gegeben wird<sup>4)</sup>. Hier kommt es nur darauf an, theils die qualitative, theils die quantitative Beschränkung der *causa mancipii* in Erinnerung zu bringen. In jener Hinsicht ist von besonderer Bedeutung die Frage, in wie weit der Herr dem unfreien Freien gegenüber befugt ist körperliche Zwangsmittel anzuwenden. Ohne Frage ist davon auszugehen, daß hier die Unfreiheit vorwiegt, das heißt, daß der Herr im Allgemeinen befugt ist den in *mancipii causa* befindlichen Freien zu schlagen und zu fesseln wie den Sklaven, und was dem Freien gegenüber *iniuria* oder *plagium* sein würde, hier von Rechtswegen geschehen kann<sup>5)</sup>. Aber um so bemerkenswerther ist die Warnung bei

Lösbarkeit durch den dritten Verkauf auf exceptionelles Gesetz, die Lösbarkeit von Tochter und Enkel durch den ersten auf rechtauflösende Interpretation zurückgeht, scheint mir aufser Zweifel.

1) Dies wird in Beziehung auf die Kinder der *redempta* ausgesprochen (Cod. Just. 8, 50, 8), und so ist es später auch bei den in *causa mancipii* stehenden Freien gehalten worden, während Labeo die entgegengesetzte Meinung vertrat (Gaius I, 135).

2) Diese wird freilich bei dem in *mancipio* Befindlichen erst durch prätorische Rescission der *capitis deminutio* herbeigeführt; nach Civilrecht fehlt sie ihm wie dem Sklaven (Gaius 4, 80; K. A. Schmidt, das Hauskind in *mancipio*, S. 22).

3) In der Entwicklung des Rechtsverhältnisses ist diese abstracte Möglichkeit — mehr ist es zunächst nicht — von Wichtigkeit geworden. Die rechtliche Beschränkung der Mißhandlung des Sklaven durch den Herrn im Wege der Klage war eigentlich unausführbar; dagegen brauchte man bei derjenigen des zugleich Freien und Sklaven nur das erste Princip statt des zweiten in's Gefecht zu führen.

4) Die Mancipation zerstört die Stellung im Hause; denn der Mancipirte ist unfrei. Die Geschlechtsstellung bleibt; denn der Mancipirte ist frei. Der Mancipirte erwirbt für den Herrn; denn er ist unfrei. Der Addicirte (der meines Erachtens einfach in *causa mancipii* steht) wird, wenn er will, aus seinem Vermögen im Schuldgefängnis beköstigt; denn er ist frei.

5) Geradezu ausgesprochen ist dies in den Quellen wohl nicht; aber es ist das Ergebniss der Vergleichung der Obligation, welche aus der *locatio operarum* resultirt, und des durch gerichtlichen Spruch dem Bestohlenen addicirten Diebes. Wenn jener Arbeiter seine Pflicht nicht erfüllt, trifft ihn Klage und Ersatzpflicht; wenn dieser sich zu arbeiten weigert, ist Fesselung und Züchtigung zulässig. Darum ist auch der Diebstahlsbegriff auf den *iudicatus* anwendbar (Gaius 3, 199). In strenger Folgerichtigkeit würde dies dem Herrn auch das Recht über Tod und Leben einräumen; aber diese Konsequenzen sind wenigstens in der Epoche, die dieses selbst dem Herrn gegenüber dem Sklaven nicht unbedingt ein-

Gaius<sup>1)</sup> gegen den Mißbrauch des Herrenrechts gegenüber einem solchen Unfreien; die Möglichkeit der *iniuria* war also für dieses Verhältniss damals anerkannt und war dies für die schwersten Fälle wohl von je her; die Grenze ist ohne Zweifel je nach der Verschiedenheit der Zeit in sehr verschiedenartiger Weise und sicher allmählich immer weiter gezogen worden<sup>2)</sup>. Aber der moralisch-politische Anstofs, den das entwickelte Rechtsgefühl an dieser Institution nahm, äußert sich noch schärfer in der quantitativen Einschränkung der *causa mancipii*. Ich erinnere wieder an bekannte Dinge. Die Knechtschaft wegen nicht erfüllter Schuldverpflichtung hat, wenn auch abgeschwächt, sich durch die republikanische Zeit behauptet; Caesar hat sie abgeschafft. Nur für die unsittlichste aller Schuldverpflichtungen, die auf Ersatz und Buße für den Diebstahl, hat sie in der Kaiserzeit wenigstens in der Theorie sich behauptet. Das Recht des Vaters den Sohn zu verkaufen ist, wohl mehr durch den Druck der Sitte, als durch eigentliches Gesetz, wie es scheint, schon früh im Allgemeinen beseitigt oder doch auf den Nothfall und auf den Verkauf des neugeborenen Kindes beschränkt worden<sup>3)</sup>. Länger hielt sich auch dies Recht, wo ein Delict zu Grunde lag und der Vater den schuldigen Sohn dem Verletzten ausantwortete;<sup>4)</sup> aber auch diese Befugnis wird im justinianischen Recht als antiquirt

räumte, sicher nicht gezogen worden. Die Grenze der durch den thatsächlichen Freiheitsverlust dem Herrn des Freien erwachsenden Rechte zog nicht der abstracte Eigenthums- oder Sachenbegriff, sondern die gute Gewohnheit, und auch bei der *iniuria* ist dies nicht zu vergessen.

1) Gaius I, 141: *in summa admonendi sumus adversus eos, quos in mancipio habemus, nihil nobis contumeliose facere licere; alioquin iniuriarum tenebimur*. Hier ist besonders, wie das Weitere zeigt, an die rein formale *mancipii causa* gedacht; es entspricht dem Geist des späteren Rechtes, daß in diesem Fall die *iniuria* vollständig zur Anwendung kam.

2) Es liegt auf der Hand, daß alle in dem späteren Recht fortbestehenden Fälle der thatsächlichen Unfreiheit ohne eine Beschränkung des allgemein gültigen Begriffes der *iniuria* nicht gedacht werden können.

3) Den Verkauf des Sohnes bezeichnet Paulus (5, 1, 1 = Dig. 20, 3, 5) als zulässig für den Nothfall (*contemplatione extremæ necessitatis aut alimentorum*), während im Allgemeinen (dafür wie) für die Bestellung des Sohnes zum Pfande dem Creditor die Strafe der Deportation angedroht wird. Dabei ist es auch späterhin geblieben. Doch wird dies durch ein Gesetz Constantins I. beschränkt auf den Verkauf des neugeborenen Kindes, und bleibt die Lösung ähnlich wie bei dem Gefangenen immer möglich (VO. von 329 C. Th. 5, 8, 1 = C. Iust. 4, 43, 2). Dennoch bedurfte es im J. 451 eines besonderen Erlasses (nov. Valentiniani III tit. 32), um die während einer Theuerung vorgenommenen Verkäufe der Art durch Rückzahlung des Kaufpreises rückgängig zu machen. Im Einzelnen dies zu verfolgen erscheint nicht nöthig; bemerkenswerth ist nur, daß derselbe Constantin, um solchen Verkauf zu verhindern, den zur Aufziehung ihrer Kinder unermögenden Eltern öffentliche Unterstützung in Aussicht stellt (C. Th. 11, 27, 1, 2).

4) Gaius I, 141: *plerumque hoc (die Mancipation des Freien) dicitur gratia uno momento, nisi scilicet ex noxali causa mancipiantur*.

bezeichnet<sup>1)</sup>. Geblieben oder neu aufgekommen sind zwei Ausnahmefälle, die Redemption und das Auctoramentum, welche beide allerdings nach streng civilistischem Princip nicht der *causa mancipii* gleichstehen, aber in ihren Consequenzen ihr nahe kommen und namentlich wo es sich um den Ausschluss von *iniuria* und *plagium* handelt, wohl mit dem Rechtsverhältniß der *noxae datio* zusammengestellt werden dürfen. Der aus der Kriegsgefangenschaft durch Lösegeld befreite Bürger verfällt, bis das Lösegeld erstattet ist, in die Schuldknechtschaft dessen, der es vorgeschossen hat. Es liegt kein Grund vor zu bezweifeln, daß diese allerdings principiell betrachtet exceptionelle Bestimmung aus ältester Zeit herrührt<sup>2)</sup>; gehalten hat sie sich theils, weil sie der Lösung der Gefangenen förderlich war, theils weil der Gelöste auf diese Weise wenigstens in keine schlimmere Lage kam als diejenige war, aus der ihn die Zahlung befreit hatte. Die zweite ist ohne Zweifel eine der Brandmarken, die das Spielunwesen den römischen Ordnungen aufgedrückt hat. Ein Arbeitsvertrag, welcher den Arbeitnehmer verpflichtet sich Freiheitsberaubung, Körperverletzung und Tödtung gefallen zu lassen, ist von Rechtswegen nichtig als gerichtet auf eine rechtswidrige Handlung und der guten Sitte zuwider<sup>3)</sup>. Aber wenn dieser Vertrag für die Kampfspiele und die Vorübungen dazu eingegangen war, so gab, unverholener noch als bei dem Duell der neueren Zeit, das Rechtsprincip dem Drucke der Leidenschaften und Gewohnheiten nach: dieser Vertrag ist nicht bloß rechtsgültig und klagbar<sup>4)</sup>, sondern versetzt auch den Verpflichteten in den oben bezeichneten sclavenähnlichen Zustand<sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> Justinian inst. 4, 8, 7: *nova hominum conversatio huiusmodi asperitatem recte respiciendam esse existimavit et ab usu communi haec penitus recessit.*

<sup>2)</sup> Sie findet sich auch im attischen Recht. Demosthenes adv. Nicostr. 21: *οἱ νόμοι κελεύουσι τοῦ λυσαμένου ἐκ τῶν πολεμίων εἶναι τὸν λυθέντα, ἐὰν μὴ ἀποδιδῶ τὰ λύτρα.*

<sup>3)</sup> Das *volenti non fit iniuria* kann hier um so weniger Anwendung finden, als dabei nur der Wille zur Zeit der vollzogenen iniuria in Betracht kommt.

<sup>4)</sup> Dies beweist die in den Rechtsquellen durchgehende Behandlung. Der Eid wird nicht geschworen zur sittlichen Stützung eines an sich klaglosen Vertrages, sondern ist die schlimme Parodie des Soldateneides, wie denn auch die Bezeichnungen *auctoratus*, *auctoramentum* dem militärischen Sprachgebrauch entlehnt sind.

<sup>5)</sup> Von dem *auctoratus*, das heißt dem, der sich für den Gladiatorenkampf vermietet, so wie demjenigen, der sich für die Thierhetze verdingt, ist hauptsächlich insofern die Rede, als er zu den infamirten Personen gehört: er wird nicht zum Ritterpferd und dem damit verbundenen Theaterplatz (Quintilian decl. 302) noch zum Decurionat (l. ul. mun. 113) noch als Rechtsvertreter für Dritte zugelassen (Dig. 3, 1, 1, 6), darf häufig nicht Zeugnifs ablegen im Criminalproceß (Coll. 9, 2, 2; Dig. 22, 5, 3, 5), kann, beim Ehebruch ertappt, wie der Slave straflos getödtet werden (Coll. 3, 3, 2) und

Diese Zusammenfassung wohlbekannter Bestimmungen bestätigt weiter, daß die Unverlierbarkeit der Freiheit und des Bürgerrechts kein geborenes, aber ein erworbenes Prinzip des römischen Rechts ist. Man darf wohl sagen, daß die gewaltige Machtentwicklung der römischen Bürgerschaft nicht deutlicher in dem Verzeichniß der Reichsprovinzen sich ausspricht als in dieser qualitativen Steigerung des Freiheitsschutzes.

Wie verhielt sich nun aber der römische Staat zu den Peregrinen, das heißt denjenigen, denen nicht die mit civilrechtlicher Gleichstellung mit den römischen Bürgern verbundene Peregrinität, das heißt die Latinität, sondern das gemeine peregrinische Recht eingeräumt war? Freilich betritt man mit dieser Frage ein Gebiet, in das Labeos und Papinians Fackel nicht hinein leuchtet und das der im klaren Licht wandelnde Rechtsgelehrte nicht ungern dem philologischen Dämmern überläßt. Die rechtliche Begründung der Unfreiheit nach den Grundsätzen der Sachtheilung (*partus ancillae*) ist civilistisch fest geregelt. Da ferner die Slaverei, nicht minder wie das Eigenthum überhaupt, dem damaligen Weltrecht angehörte, so kann der Unfreie wie jede andere Sache auch im Peregrinenverkehr gültig wie verkauft so auch gekauft werden. Da die Freiheit des Ausländers bei den römischen Behörden keinen Schutz fand, wo nicht etwa besondere Staatsverträge entgegenstanden, galt nothwendig auch der Barbar, den ein römischer Reichsgenosse in irgend einer Weise in seine Gewalt brachte, als dessen rechter Slave; in so weit ist die alte Rechtlosigkeit des Ausländers immer geblieben. Aber der dem Reich angehörige Peregrine war nicht rechtlos; der römische Staat schützt im Uebrigen wie sein Eigenthum so auch seine Freiheit; kommt ihm auch jener eminente Schutz zu, auf welchen der römische und der latinische Bürger Anspruch hat?

Könnte diese Frage überhaupt genügend beantwortet werden, so würde die Antwort eine vielfach verzweigte sein. Es handelt sich mehr

wird wie der Selbstmörder vom ehrlichen Begräbniß ausgeschlossen (C. I. L. I, 1418). Ueber seine Rechtsstellung sind wir weniger unterrichtet. Daß er sich eidlich verpflichtet Körperverletzung und Tödtung über sich ergehen zu lassen, sagen am bestimmtesten Seneca, ep. 37, 1: *illius turpissimæ auctoramenti verba sunt 'uri vinciri ferroque necari'; ab his qui manus harenae locant et edunt ac bibunt quae per sanguinem reddant, cavetur, ut ista vel invito patiantur* und Petronius 117: *in verba Eumolpi sacramentum iuravimus 'uri vinciri verberari ferroque necari': ... tamquam legitimi gladiatores domino corpora animasque religiosissime addicimus: post peractum sacramentum serviliter ficti dominum consalutamus* (vgl. Horatius sat. 2, 7, 58 und sonst). Daß er dadurch in eine sclavenähnliche Stellung kommt und der *dominus* in diesem Sinne zu fassen ist, zeigt die letztere Stelle deutlich, und dem entspricht, daß nach Gaius 3, 199 an dem *auctoratus* wie am *iudicatus* ein Diebstahl begangen werden kann. Vergl. Friedländer Sittengesch. 2<sup>5</sup> S. 329.

um eine Tendenz als um ein Princip, juristisch um die Abgrenzung der väterlichen Gewalt, um die Zulässigkeit des Selbstverkaufs und der Schuldknechtschaft und andere Specialfragen, welche legislatorisch neben einander herliefen und je nach Umständen für verschiedene Rechtskreise und von verschiedenem Gesichtspunkt aus geordnet werden konnten. Die folgenden Bemerkungen sollen nur einige der hier eingreifenden Bestimmungen zusammenstellen und den principiellen Unterschied der Rechtskreise, welcher bei diesen Fragen vor allem in Betracht zu ziehen ist, verdeutlichen.

Es wird angemessen sein, eine Erwägung in Betreff der Findelkinder in diesem Zusammenhang vorzuschicken. Es scheint nach römischem Recht dem, der ein solches aufnahm und auferzog, zunächst die Wahl offen gestanden zu haben, ob er dasselbe als unfrei oder als frei behandeln wolle<sup>1)</sup>. Dagegen blieb der Nachweis der Ingenuität in Betreff des Findelkindes ebenso statthaft, wie in jedem andern Fall und hatte, wenn er gelang, die gleiche Rechtsfolge; auch scheint dem Nutritor kein Anspruch auf Retention bis zur Leistung des Ersatzes der aufgewandten Erziehungskosten zugestanden zu haben<sup>2)</sup>. Insofern gehört das Findelkind in diese Reihe überhaupt nicht. Aber Erwähnung verdient, vom formalen Standpunkt aus, was wir darüber erfahren. In Bithynien kam unter Traian vor dem römischen Statthalter Plinius ein Rechtsfall vor, dessen Entscheidung an diesem Princip hing. Das Provinzialrecht und die allgemein oder für diese Provinz ergangenen kaiserlichen Erlasse gaben keinen Anhalt; es wurden anderweitige kaiserliche Präjudicate vorgebracht, aber sie betrafen andere Provinzen

<sup>1)</sup> Dies bestimmt Constantin C. Th. 5, 8, 1, und eine gewisse Unterstützung gewährt dafür die pseudo-quintilianische Declamation 278, obwohl dieser wie so viele andere ein Phantasie-Rechtsfall mit obligat erfundener Legislation ist und der Rhetor gewifs mit Unrecht so weit geht, dem als Sohn behandelten Findelkind das Intestaterbrecht am Vermögen des Pflegevaters beizulegen. Vgl. Dig. 29, 5, 1, 10 und Sueton de ill. gramm. 7: *M. Antonius Gaius ingenuus in Gallia natus, sed expositus a nutritore suo mammissus.*

<sup>2)</sup> So entscheidet Traian in dem Briefe 66 [72] an Plinius: *nec adsertionem denegandam iis, qui ex eiusmodi causa in libertatem vindicabuntur, puto neque ipsam libertatem redimendam pretio alimentorum*, wo freilich nur der Fall in's Auge gefasst ist, dafs das Findelkind als unfrei behandelt ward. Aber auch in dem entgegengesetzten spricht Diocletian (Cod. Just. 5, 4, 16) dem Ziehvater das Recht, Entschädigung zu verlangen, im Allgemeinen ab. Dagegen können die Worte, die in der angeführten Schulrede der Pflegevater dem leiblichen Vater sagt: *accipere illum nisi solutis alimentis non potuisti* nicht in Betracht kommen. — Constantin freilich sprach in der A. 1 angeführten Verfügung dem Vater, mit dessen Willen die Aussetzung erfolgt war, die Rückforderung ab, was wohl so aufzufassen ist, dafs die Ingenuität in diesem Fall überhaupt für das Kind nicht geltend gemacht werden konnte. Aber dies Gesetz hat Justinian nicht recipirt, sondern in C. Just. 8, 51, 3 das Gegentheil verordnet.

und waren überdies der Interpolation verdächtig. Darauf wandte der Statthalter sich an den Kaiser. Dieser antwortete, dafs auch ihm keine für das ganze Reich erlassene Verfügung über diese Controverse und ebenso wenig ein Bithynien betreffendes Präjudicat vorliege und es darum bei der oben bezeichneten allgemeinen Norm sein Bewenden haben müsse<sup>1)</sup>. Selten tritt so deutlich, wie in diesem Fall, theils der für die Personalrechte maßgebende Charakter der Provinzialrechte, theils das suppletorische Eintreten der kaiserlichen Gesetzgebung uns praktisch entgegen. Wenn gefragt wird, in wie weit jene Bestimmungen des römischen Rechts auf Nichtbürger Anwendung gefunden habe, wird es nicht überflüssig sein sich dieses Verfahren vor Augen zu halten.

Die Ausnahmebestimmungen über den *redemptus* und den *auctoratus* werden mit voller Sicherheit auch auf den Nichtbürger bezogen werden dürfen, theils weil das gesetzgeberische Motiv mit dem personalen Rechtsstand der Betreffenden nichts zu thun hat, theils weil die hier eintretende Rechtsbeschränkung, wenn gegen den römischen Bürger, *argumento a maiori* um so viel mehr gegen den Peregrinen zur Anwendung kommt.

Das Verbot der Schuldknechtschaft ist altes Landesrecht in Aegypten<sup>2)</sup> und durch Solon in Athen eingeführt<sup>3)</sup>; wie es dort in der Kaiserzeit beständig aufrecht erhalten worden ist<sup>4)</sup>, wurde es im Laufe derselben auf die übrigen Provinzen des Reiches erstreckt<sup>5)</sup>. Es ist diese Bestimmung offenbar in's Leben getreten nicht als ein

<sup>1)</sup> Die Briefe 65. 66 [71. 72] sind freilich mehrfach verdorben, aber das Wesentliche ist klar. Für *edictum quod dicebatur divi Augusti ad Anniam pertinens* ist zu lesen: *ad Achaiam*, theils weil ein Edict sich nicht füglich auf eine einzelne Frau beziehen kann, theils wegen der nachfolgenden mit Unrecht verdächtigten (*epistula divi Titi ad eosdem Achaeos*). Dafs nachher es dem Sinne nach heißen muß: *inter eas provincias de quibus (Domitianus) rescripsit praeterita* (überliefert ist *rescripsit inter quas*) *est Bithynia*, leuchtet ebenso ein, wie die Wortfassung zweifelhaft bleibt.

<sup>2)</sup> Diodor 1, 79.

<sup>3)</sup> Plutarch, Solon 15. Büchschütz, Besitz und Erwerb im griech. Alterthum S. 115.

<sup>4)</sup> Edict des Ti. Julius Alexander (C. I. Gr. 4957) Z. 15 fg. Augustus untersagte die bei fiscalischen Forderungen zugelassene Einsperrung (das *παράδομαι εἰς τὸ πρακτόρειον καὶ εἰς ἄλλας φυλακὰς*) durch Simulation auf Privatforderungen zu übertragen.

<sup>5)</sup> Cod. Just. 7, 71, 4 pr.: *legis Iuliae de bonis cedendis beneficium constitutionibus divorum nostrorum parentum ad provincias porrectum esse, ut cessio bonorum admittatur, notum est*. Diodor a. a. O. macht es den Hellenen zum Vorwurf, dafs ihre Gesetze meistens theils die Schuldknechtschaft zuliefen. Ueber das germanische Recht vergl. Grimm Rechtsalterth. S. 613.

Personalprivilegium des römischen Bürgers, sondern als eine allgemeine Vorschrift für die römischen Gerichte, und wie sie hier auch dem peregrinischen Schuldner zu statten kam, war es unerlässlich, sie auf den römischen Bürger zu erstrecken, so weit derselbe vor einem peregrinischen Gericht verklagt werden konnte, und angemessen, diese rechtliche Sanctionirung einer Sittlichkeitsforderung für alle Gerichte des Reiches durchzuführen. — Die Ausnahme, welche das römische Recht für die Delictsobligation zulässt, steht aber unter denselben Bedingungen und ist nachweislich wenigstens in Aegypten in ähnlicher Weise wie in Rom zur Anwendung gekommen.<sup>1)</sup> — Auch für fiscalische Schulden bestand in Aegypten die Schuldknechtschaft fort (S. 265 A. 4).

Die Zulässigkeit der Selbstveräußerung ist principiell von der Schuldknechtschaft nicht verschieden, da diese ja nichts ist als ein bedingter Selbstverkauf. Auch das älteste römische Recht kennt sie dem Fremden gegenüber in dem Institut der Application<sup>2)</sup> und die primitive Rechtsentwicklung hat sie wohl überall zugelassen. Aber eine Gesetzgebung, welche die Schuldknechtschaft allgemein perhorrescirte, kann nicht füglich den Selbstverkauf beibehalten haben. Indefs haben hier, wo es sich um eine reine Frage des personalen Rechts handelte, Specialgewohnheiten dem Princip zum Trotz sich behaupten können. Wenn die Selbstveräußerung bei den Galliern<sup>3)</sup> und den Germanen<sup>4)</sup> herkömmlich war, so dürften die römischen Statthalter es kaum zu ihren Amtspflichten gezählt haben, ihnen von der Inalienabilität der Freiheit einen besseren Begriff beizubringen. Positive Zeugnisse darüber, ob es dem freien Peregrinen des römischen Reiches gestattet war, sich in die Gewalt eines Dritten zu ergeben, besitzen wir nicht<sup>5)</sup>;

1) In Betreff der Delictsobligation heißt es in dem angeführten Edict: *μηδ' ὅπως καταλείσθαι τινὰς ἐλευθέρους εἰς φυλακὴν ἤνωσθαι εἰ μὴ κακοῦργον*. Addiction des Diebes also und Noxalcession konnten auch dort noch vorkommen.

2) Vergl. meine röm. Forschungen I, 361.

3) Von den Galliern sagt bekanntlich Caesar I. G. 6, 13: *plerique, cum aut aere alieno aut magnitudine tributorum aut iniuria potentiorum premuntur, sese in servitutem dicant nobilibus*.

4) Was Tacitus Germ. 24 über das Verspielen der Freiheit berichtet: *victus voluntariam servitutem adit: quamvis iuvenior, quamvis robustior obligari se ac venire patitur; ea est in re prava perveracia, ipsi fidem vocant* spricht freilich eher gegen als für die rechtliche Gültigkeit eines solchen Geschäfts. Der Schriftsteller läßt nach seiner üblen Art es dem Leser frei entweder an die gesetzliche Unterwerfung unter einen rechtsgültigen Vertrag zu denken, oder an die conventionelle unter einen nichtigen, nach der bekannten Quasi-Moral der Spielschulden. Ueber die germanischen Rechtsbestimmungen vgl. Grimm, Rechtsalterth. S. 327; Waitz, deutsche Verfassungsgesch. I<sup>3</sup>, S. 161. 2, I<sup>3</sup>, S. 246.

5) Mein Freund Brunner macht aufmerksam auf eine Cluniacenser Urkunde vom J. 887 (Bernard et Bruel, recueil des chartes de l'abbaye de Cluny, Bd. 1, p. 35, No. 30):

der freiwillige Eintritt in den dinglichen Colonat des späteren Rechts, welcher zulässig gewesen zu sein scheint,<sup>1)</sup> kann nicht geltend gemacht werden, da diese Stellung die persönliche Freiheit nicht aufhebt.

Die Veräußerung des Sohnes durch den Vater, welche wie die Selbstveräußerung wesentlich dem Personalrecht angehört, muß in der Kaiserzeit in bedeutendem Umfang rechtlich zulässig geblieben sein. Das attische Recht zwar untersagte dem Vater den Verkauf des Kindes ähnlich wie das römische<sup>2)</sup>; aber in beiden Staaten war dies das

... venit homo nomen Berterius in Asine Villa in publico . . . nec coactus, nec circumventus nisi per mea plenissima prumta voluntate corrigiam ad collum meum misi et manibus in potestate Alariado vel ad uxore sua Ermengart ad integrum estatum suum secundum lege romana se tradidit; quod insertum est quod omo bene ingenuus estatum suum meliorare et pegiorare potes; ut post ac die de me ipsum et de mea angnicione faciatis quitquit volueritis, vos vel eredes vestri ad abendi vendendi donandi vel ingenuandi. Gemeint ist die Stelle des Breviars Paulus sent. 2, 18 [19], 1: homo liber, qui statum suum in potestate habet, et peiorare eum et meliorem facere potest, atque ideo operas suas diurnas nocturnasque locat, bei welcher der Verfasser sicher an alles Andere eher gedacht hat als an diese Ergebung. Daraus, daß man diesen Satz in die römischen Rechtsquellen hinein interpretirt, folgt allerdings nur, daß er dem Civil-, nicht daß er dem Peregrinenrecht des römischen Reiches gefehlt hat. Ueber die späteren Rechtsverhältnisse bemerkt mir Brunner weiter: «Die westgothischen und die fränkischen Formeln [form. Wisig. 32, Andegav. 2, 3, 19, 25, Arvern. 5, Marculf II, 28, form. Turon. 10, carta Senonica 4] stellen außer Zweifel, daß der Selbstverkauf im römischen Vulgarrechte «mindestens seit dem sechsten Jahrhundert anerkannt war. Die Schlussworte der oben citirten Sentenz des Paulus: *atque ideo operas suas diurnas nocturnasque locat* sind in der vielgebrauchten *Epitome Aegidii* und in der *Epit. Guelferbytana* ausgefallen. In dieser «Fassung verleitete die Stelle zu dem Mißverständniß, daß sie den Verkauf der Freiheit «gestatte. Eine derartige Anwendung der Sentenz enthält bereits die Arenga der form. Wisig. 32: *licet sanctione legum sit constitutum, tamen nullus pro sua voluntate suum statum «deteriorat; sed quotiens prae legitimam quis suam portando personam necessitate vel miseria aliqua «laborare videtur, sua causa constringitur; de suum statum, qualem vult ferre iudicium, utrum «meliorandi an deteriorandi liberam habeat potestatem*. Der corruptirte Satz will offenbar «sagen: obwohl es durch das Gesetz gestattet wird, fällt es doch niemand ein, seinen «status zu seinem Vergnügen zu verschlechtern; wenn er aber bittere Noth leidet, wird er «dazu gezwungen. Die Worte: *de suum statum . . . habeat potestatem* sind vielleicht versetzt; «jedenfalls würden sie sich hinter *sit constitutum* besser einfügen. Auf die Verwandtschaft «mit *Epit. Guelf.* „*statum suum in potestate et meliorandi et deteriorandi*“ verweist Zeumer «S. 589, Note 3 seiner Ausgabe der Formeln, wo auch bereits die oben citirte Cluniacenser «Urkunde herangezogen wird. Die germanischen Rechte wenden für die freiwillige Ver- «knechtung die Form der symbolischen Selbsttradition an. Am kürzesten und deutlichsten «spricht das Recht der Selbstverknechtung eine angelsächsische Quelle aus, das Poenitentiale «Theodors von Canterbury XIII, § 2: *homo XIV annorum se ipsum potest servum facere*. Wasser- «schleben, Bußordnungen S. 217.»

1) Savigny verm. Schr. 2, 10, 46. Der Bericht des Gregor. Turonensis hist. Franc. 7, 45: *magna hoc anno fames paene Gallias totas oppressit . . . subdebant pauperes servitio, ut quantumcumque de alimento porrigerent* mag auch hierher gehören. In so weit für die germanische obnoxiation überhaupt nach einer Anknüpfung an das römische Civilrecht gesucht werden darf, kann diese am ersten in dem Colonate gefunden werden.

2) Plutarch Sol. 23. Ausgenommen war der Fall der Unkeuschheit. Vgl. daselbst 13: *πολλοὶ δὲ παῖδας ἰδίους ἠναγκάζοντο πωλεῖν ὁδοὺς γὰρ νόμος ἐκόλυε*.



Ergebnis und das Kriterium einer hochgesteigerten Civilisation, und wenigstens in Rom ist die Durchführung eigentlich mislungen: für den Fall der wirklichen Noth, wo ein derartiges Geschäft in der That für das Kind nur zu oft eine Wohlthat sein mochte, ist dasselbe rechtlich immer und wahrscheinlich mehr noch praktisch zulässig geblieben<sup>1)</sup>. Gewerbmäsig hat ein derartiger Kinderverkauf im Alterthum stattgefunden, erweislich in alter Zeit in Thrakien<sup>2)</sup>, in der Kaiserzeit in Gallien<sup>3)</sup> und vor allem in Phrygien<sup>4)</sup>; und wenn die letztere Landesgewohnheit als exceptionell und als unhellenisch bezeichnet wird, so bezieht sich das allem Anschein nach nur auf die Gewerbmäsigkeit des Verkaufens. Die schwächere Ausbildung der väterlichen Gewalt im griechischen Recht muß dem Verkauf des erwachsenen Kindes eine Schranke entgegengestellt haben, welche das römische nicht kannte; wenn nach Gaius bei den kleinasiatischen Galatern die väterliche Gewalt der römischen qualitativ nicht nachstand, so mag wohl dabei an Fälle dieser Art gedacht sein. Aber sowohl bei den Griechen wie sonst überall dürfte die rechtliche Zulässigkeit des Verkaufs des factisch unselbständigen Kindes durch den Vater die Vermuthung für sich haben; und in einzelnen Gegenden war sie Landesgewohnheit.

Es wird hiernach angenommen werden dürfen, daß nach dem Rechte der römischen Kaiserzeit der Uebergang aus der Freiheit in die Sklaverei bei römischen Bürgern nur ausnahmsweise, dagegen bei Nichtbürgern in nicht geringem Umfang rechtlich statthaft war. Darüber wird kein Zweifel bestehen, daß der Unterschied, den das Civilrecht zwischen der Sklaverei und der *causa mancipii* macht, in dem peregrinischen Kreise keine Anwendung findet, man vielmehr hier die Knechtschaft, so weit sie zu Recht bestand, einfach als Unfreiheit betrachtete.

<sup>1)</sup> Dieselbe Bestimmung, und ebenfalls beschränkt auf das neugeborene Kind, soll in Theben gegolten haben, um die Aussetzung der Kinder zu verhüten; hier erfolgte der Verkauf durch die Obrigkeit, an die der Vater, im Fall des Unvermögens das Kind zu erziehen, dasselbe abgab, und das Kind ward Slave des Käufers (Aelianus var. hist. 2, 7).

<sup>2)</sup> Herodot 5, 6: *πωλεῖσι τὰ τέκνα ἐπ' ἔξαγωγῆν*.

<sup>3)</sup> Als die Friesen, erzählt Tacitus ann. 4, 72, nicht im Stande waren, den von den römischen Beamten geforderten Tribut zu entrichten, *primo boves . . . , mox agros, postremo corpora coniugum aut liberorum servitio tradebant*. Es liegt kein Grund vor dieses Geben in Zahlungsstatt auf fiscalische Schulden zu beschränken.

<sup>4)</sup> Philostratus (unter Severus) im Leben des Apollonius 8, 7, 12: *ἀνδράποδα μὲν γὰρ Ποντικά ἢ Ἀσία ἢ ἐκ Φρυγῶν πρῶται ἂν πάνταυθ' (in Rom) τις, ὃν γε καὶ ἀγέλαις ἐντυχεῖν ἔστιν ἕμα φοιτῶσαις δεῦρο· ταυτὶ γὰρ τὰ ἔθνη καὶ ὅπλα βαρβάρων, πάντα τὸν χρόνον ἑτέρων ἀκρωμένον οὕτω τὸ δουλεύειν ἀσχερὸν ἠγοῦνται· Φρυγὶ γοῦν ἐπιχώριον καὶ ἀποδίδοσθαι τοὺς αὐτῶν καὶ ἀνδραποδισθέντων μὴ ἐπιστρέφασθαι, Ἕλληνες δὲ ἐλευθερίας ἐρασταὶ ἔτι*.

Wahrscheinlich ist mit in Folge dessen in dem späteren Kaiserrecht der alte Begriff der politischen Freiheit bei privatrechtlicher Unfreiheit verschwunden und durch die einfachere peregrinische Rechtsanschauung ersetzt worden. Dafür tritt der Gegensatz ein des definitiven Freiheitsverlustes und desjenigen, der die Möglichkeit der Lösung mit rückwirkender Kraft in sich schließt, wie bei dem gelösten Gefangenen.

Es ist bisher die Frage nach der Entstehung der Sklaverei bei freigebohrenen Reichsangehörigen vom Standpunkt der Rechtstheorie aus beleuchtet worden. Vielleicht aber läßt sich noch von einer anderen Seite her einiges Material für diese Untersuchung gewinnen. Bekanntlich ist bei dem Sklavenkauf die Angabe der Heimath des Sklaven üblich und sogar rechtlich erforderlich<sup>1)</sup>. In die gewöhnliche Sklavennomenclatur wird dieselbe der Regel nach nicht aufgenommen<sup>2)</sup>; indess geschieht dies zuweilen, insbesondere zur Unterscheidung gleichnamiger Individuen<sup>3)</sup> und da, wo die Verwendung des Sklaven die militärische nachahmt<sup>4)</sup>; denn auch bei freien Personen gehört die Heimthangabe, abgesehen von der Tribus des römischen Bürgers, zu der vollständigen legitimen Nomenclatur im Allgemeinen nicht, wohl aber bei dem Soldaten. Außerdem finden sich zerstreut bei den Schriftstellern eine nicht unbeträchtliche Zahl Heimthangaben von Sklaven<sup>5)</sup>. Diese führen fast ohne Ausnahme in die römischen Pro-

<sup>1)</sup> Einige Belege habe ich für diesen Gebrauch zusammengestellt im Hermes 19, 35. Auch die Urkunden über Sklavenkauf haben meistens diese Angabe; so bezeichnet eine dacische vom J. 142 (C. I. L. III, p. 941) den Sklaven als *n(atione) Grecum*, eine syrische vom J. 359 (Hermes 19, 417) als *γένι Γέλλων*.

<sup>2)</sup> Zum Beispiel kommt in dem Gesamtgrabe des Gesindes der Livia keine einzige Heimthangabe vor. Selbst die Geburt im Hause des Herrn, welche als Auszeichnung gilt und daher später häufig angemerkt wird, zum Beispiel oft auf den Surrentiner Grabsteinen des Gesindes des Tiberius (C. I. L. X, 691—713), erscheint hier nur auf zwei zu den spätesten gehörigen Grabschriften (C. I. L. VI, 4012, 4013).

<sup>3)</sup> Im Gesindegrab der Statilier sind drei *Primae* gefunden, bezeichnet als *Afra, Cappadoca* (so), *Sura* (C. I. L. VI, 6343). In den übrigen wenigen Fällen, wo daselbst die Heimth beigesetzt ist, zum Beispiel *Laudica Cilicissa*, wird zum Theil eine ähnliche Ursache zu Grunde liegen, zum Theil wohl auch Zufall und Willkür.

<sup>4)</sup> Am auffallendsten tritt dies hervor bei den unten erwähnten *Germani*. Aus demselben Grunde wird die Heimth bei Gladiatoren verhältnismäßig oft genannt, und ebenso gehört hierher der kaiserliche Slave *circitor natione Lycao* C. I. L. X, 711, da *circitores* auch unter den eigentlichen Soldaten vorkommen (vgl. das. V, p. 1176). Von dem lykäischen Hausknecht (*atresis natione Lycao*: C. I. L. X, 713) gilt das Gleiche nicht, und überhaupt muß natürlich auch hier dem individuellen Belieben Spielraum gelassen werden.

<sup>5)</sup> So werden als Vorläufer häufig Numidier erwähnt (*Numidae*: Seneca ep. 87, 123; eph. epigr. V p. 113, 751 — *Gaetuli* Juvenal 5, 53 — *Mazaces*: Sueton Ner. 30). Ebenso finden sich als Säntenträger Kappadokier (Petronius sat. 63), Germanen (Tertull. ad uxorem 1, 4; *Κελτοὶ* bei Clemens Alexandr. paedag. 3, 4, 27), Liburner (Juvenal

vinzen<sup>1)</sup>. Was ist der Rechtsgrund für diese Unfreiheit in der Provinz geborener Personen? Es werden ja in dem betreffenden District unfrei Geborene darunter sein; aber wäre dies auch nur der gewöhnliche Fall, so würden wir Italien in diesen Angaben nicht vermissen — Slaven wurden hier doch auch genug geboren und in den Handel gebracht. Es würde ferner Kleinasien und insbesondere Phrygien, für welches Gebiet der Kinderhandel bezeugt ist und wo er eigentliches Exportgeschäft war, nicht so im Vordergrund erscheinen<sup>2)</sup>. Wahrscheinlich sind diese Heimathangaben zu einem großen Theil auf den mit Freigeborenen im römischen Reich betriebenen Slavenhandel zu beziehen und bis zu einem gewissen Grade Beweise der Ausdehnung desselben. Von einer andern Seite her bestätigen dies die Angaben über die kaiserlichen Leibwächter. Es ist anderswo gezeigt worden<sup>3)</sup>, daß diese in der früheren Kaiserzeit unfrei waren und aus den reichsunterthänigen Germanen, vorzugsweise den Batavern genommen wurden<sup>4)</sup>. Daß diese

3, 240). Auch werden genannt Lykier (Juvenal 11, 147) — Moeser (Juvenal 9, 143) — Thraker (*Maedi*: Juvenal 7, 132) und andere Nationen mehr. Diese zufällig herausgegriffenen Beispiele mögen genügen; eine umfassende Zusammenstellung der zerstreuten Nachrichten über die Herkunft der Slaven würde, wenn nicht für diese Rechtsfrage, doch in anderer Beziehung erwünscht sein.

1) Das Ausland ist so gut wie gar nicht vertreten. Es bestand eine starke Slaven-einfuhr von der Nordküste des schwarzen Meeres und aus dem inneren Asien über Galatien; aber ich vermag die Spuren davon in den Heimathangaben der unfreien Leute nicht nachzuweisen.

2) Aufser den S. 268 A. 4 angeführten Worten des Philostratus erwähne ich Juvenal 11, 147 in der Schilderung der einfachen Tafel mit geringer lateinisch redender Bedienung: *Non Phryx aut Lycius, non a mangone petitus quisquam erit*; man sieht hier, daß diese kleinasiatischen Slaven, die nur auf griechische Aufforderung dem Gast einschenkten, höher im Preise standen. Herodian 1, 12, 3 bezeichnet den Freigelassenen des Commodus Kleandros als τὸ γένος Φρύξ, τῶν δημοσίου εὐθετότων ἐπὶ κήρυκι πιπράσασθαι, also als einen *a mangone petitum*.

3) In Wattenbachs Neuem Archiv 8, 349 f.

4) Widersprochen hat dieser Behauptung F. Rosenstein (die germanische Leibwache der julisch-claudischen Kaiser in den histor. Forschungen 24, S. 369 fg.), aber nur, weil er die römischen Verhältnisse nicht hinreichend kennt. «Nicht die geringste Andeutung der Autoren», sagt er S. 379, «weist auf Unfreie.» Aber sie heißen *armigeri* (Sueton Aug. 49), und dies ist eine Slaven-, keine Soldatenbezeichnung (vgl. z. B. C. I. L. VI, 6229: *armiger Tauri*), und Gaius läßt sie von *Thraeces* commandiren (Suet. Gai. 55), die freilich nach Rosenstein S. 374. 412 thracische Offiziere (!) sind, und nicht Gladiatoren, wie deren einer bei der Ermordung dieses Kaisers eine Rolle spielt (vgl. Friedländer Sittengeschichte 25 S. 333). Die Inschrift Orelli 4453, über die derselbe a. a. O. handelt, ist von Gutenstein, also falsch. Eine Truppe von wirklichen Soldaten, die als *collegium* unter *curatores* auftreten, nachgewiesen zu erhalten, würde dankenswerth sein; bis dieser Nachweis aber erbracht ist, wird jede so organisirte Mannschaft aus dem römischen Heere ausgeschieden bleiben, und die Bezeichnung *collegium* beweist in dieser Verbindung unbedingt die Slavenqualität, da diese Mannschaften, wenn nicht Soldaten, dann nothwendig *ex familia*, also

factisch der Garde nahekommenden Quasi-Soldaten nicht aus den Slaven der Bataver und so weiter genommen worden sind, versteht

Slaven oder Freigelassene sind. Es können die militärischen *scholae* wohl als Collegien gefaßt werden, und es wird auch in einer späten africanischen Inschrift (C. VIII, 2557) die Bezeichnung *collegae* auf ihre Mitglieder angewandt. Aber dies berechtigt nicht die Existenz von Soldatencollegien zu Privatzwecken als eine gewöhnliche und bekannte Thatsache mit einem Citat aus Marquard 2, 544 zu belegen; das sind auch diese *scholae* nicht und notorisch sind dergleichen Associationen vielmehr bei Soldaten nie zugelassen worden. Dasselbe gilt von den *decuriae* der Inschriften. Die militärischen Reiterdecurien können hier nicht gemeint sein, wie Rosenstein selber zugiebt; andere militärische *decuriae* giebt es nicht; also sind die in diesen Inschriften auftretenden die des kaiserlichen Gesindes. Die Benennungen ferner passen nur auf Slaven. Von den *Germani* schlechtweg räumt Rosenstein selbst dies ein; und der Unterschied, den er zwischen diesen (die doch auch *armigeri* heißen C. I. L. VI, 6229 und deren Verwendung als Leibwächter durch die Schriftsteller hinreichend feststeht) und den *Germani corporis custodes* macht, ist eine reine Ausflucht. Aber auch die Inschriften der letzteren allein ergeben dasselbe Resultat. Die vollen Benennungen geben niemals den Vater an, während bei dem Soldaten, wo der volle Namen gesetzt wird, dieser Zusatz gefordert wird. Diese Regel hat ihren guten praktischen Sinn; es soll damit das Requisit der Ingenuität hervorgehoben werden, weshalb sie auch cessirt, wo dies, wie bei den Flottensoldaten, wegfällt. Daß in einzelnen Fällen Soldaten den Vater nicht nennen, ist dem constanten Fehlen der Vaternamen bei den *Germani* nicht gleichartig. Ferner steht in diesen Grabschriften geradezu der Genitiv des Herrn. *Phoebus Neronis Claud(i) Caesaris Aug(usti) corpor(is) cust(os)* wird, wer die Sprache kennt, nur so verstehen können, als stände vor *corporis custos* noch *servus et eiusdem*. Wenn Rosenstein den Genitiv vielmehr zu *custos* zieht, so hat er mit der naiven Bemerkung: «gerade wie der spätere Kaiserreiter als *eques singularis domini nostri*» sich selbst widerlegt; der strenge Sprachgebrauch der Inschriften gestattet diese Umstellung des Genitivs nicht und *domini nostri eques singularis* ist so unerhört wie *Augusti legatus*. Allerdings findet bei Slavennamen in diesem Fall oft eine gewisse Attraction statt; bei *Diocles Ti. Caesaris ministrator* gehört der Genitiv sowohl zu dem Namen wie zu dem Officium, und so läßt es sich entschuldigen, wenn in der bis jetzt einzig stehenden derartigen Inschrift (VI, 8803) eines Freigelassenen *Ti. Claudius Chloereus Neronis Claudii Caesaris Aug. corporis custos* die recht nur für Slaven passende Formulirung beibehalten wird. Aber eine Nomenclatur, welche durchgängig den kaiserlichen Herrennamen aufweist und den Vaternamen nirgends, schließt die Freiheit aus. Den hybriden Charakter des Instituts, den Widerspruch der rechtlichen Slaven- und der factischen Soldatenstellung habe ich schon früher hervorgehoben; die darstellenden Historiker sind ganz in ihrem Recht, wenn sie jene ignoriren, nicht aber der forschende Historiker, welcher ihnen darin folgt. Wenn dann noch aus dem Gebiet der Pragmatik beigebracht wird, daß Kaiser Galba, wenn diese Leute Slaven waren, sie nicht einfach hätte nach Hause schicken können, sondern sie anderweitig hätte verwenden müssen, so wird das Befremden des Verfassers, daß der so sparsame Kaiser diese Leute nicht zu Hausknechten im kaiserlichen Palast machte, schwerlich von vielen Collegen getheilt werden. Endlich ist es nicht meine Schuld, wenn Hr. Rosenstein ausführt, daß die betreffenden Bataver und so weiter nicht kriegsgefangene Slaven hätten sein können; ich habe gerade im Gegentheil hervorgehoben, daß unter den Leibwächtern nur reichsangehörige Germanen auftreten und schon früher auf den Kauf von den Eltern hingewiesen (Hermes 19, S. 30). Wer über die deutsche Leibwache der römischen Kaiser eine Untersuchung anstellen will, bedarf der Einsicht in die Sprache und das Recht der Römer.

sich von selbst; dagegen hindert nichts Kinderverkauf und daneben, wenn man will, freiwillige Ergebung in die Gewalt des kaiserlichen Herrn als Rechtsgrund dieser Unfreiheit vorauszusetzen. Ueberhaupt mufs der Slavenhandel, so weit er freigeborene Provinzialen in seinen Kreis zog, wesentlich auf dem Kinderhandel beruht haben. Alle übrigen früher bezeichneten Kategorien, selbst die Schuldknechtschaft als rechtlich zulässig vorausgesetzt, konnten dem Slavenhändler oder dem als Slavenhändler fungirenden Werbeoffizier nur dürftiges Material liefern; was er brauchte, konnte er allein durch Kauf von den Aeltern und daneben durch Selbstverkauf erlangen.

Befremdend an sich ist die Sache in keiner Weise; Slavenverkauf dieser Art und Slavenngarden sind noch heutzutage im Orient gewöhnliche Dinge, und auch die Ergebung in die Gewalt des Herrn, wie sie bei dem spätrömischen Colonat und später in grofser Ausdehnung in den germanischen Staaten vorgekommen ist, steht mit dem Geschäft, aus welchem die kaiserlichen Bataver hervorgingen, wesentlich auf einer Linie.

