

26693

Gesammelte Civilistische Schriften

von

Dr. Ludwig Krndts v. Krnesberg,

k. k. Hofrath und ordentl. Professor des römischen Rechts, wirkl. Mitglied der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften, Ritter des österr.-kaiserlichen Leopoldordens und des k. b. Michaelisordens I. Cl., Comthur des päpstlichen St. Gregorius-Ordens.

Dritter Band.



Stuttgart.

Verlag der J. G. Cotta'schen Buchhandlung.

1874.

Verfasser

Die christliche Religion

von

Dr. Ludwig Strauß in Straßburg

Zweiter Band



Verlag

Buchdruckerei der J. C. Cotta'schen Buchhandlung in Stuttgart.

Dem

Herrn Geheimrath

Dr. Hieronymus von Bayer

in

M ü n c h e n .

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

PHYSICS DEPARTMENT

1954

Hochverehrter Herr Geheimerath!

Sie werden mir nicht zürnen, wenn ich, ohne erst um Ihre Erlaubniß zu fragen, diesen dritten Band meiner gesammelten civilistischen Schriften mit vorstehender Widmung ziere. Ich erlaube mir's in Erinnerung an die sechzehn Jahre, während welcher ich der Fakultät angehörte, die in Ihnen ihren Senior verehrte und zugleich den Ordinarius ihres Spruchcollegiums, als dessen Mitarbeiter ich öfter auch in processualischen Fragen des Beifalls des berühmten Processualisten mich zu erfreuen hatte, in Erinnerung auch an vielfältige Beweise fortdauernder freundschaftlicher Gesinnung, die Sie mir nach meinem Abgang von München gegeben haben. Zudem aber habe ich noch zwei besondere Beweggründe, Ihnen diesen dritten Band zu widmen. In einem der darin aufgenommenen Aufsätze habe ich schon früher von einer brieflichen Aeußerung von Ihnen Gebrauch gemacht, und nun habe ich dazu (S. 100.) in einer Anmerkung auch noch vor dem großen Publikum Ihrer lateinischen Gedichte erwähnt, die Sie doch — ich sage abermals: leider! — durch den Buchhandel in weiteren Kreisen bekannt werden zu lassen sich nicht haben entschließen wollen. Von dieser Sünde der Indiskretion muß ich mir Ihre Absolution erbitten. Sodann habe ich mir erlaubt, auch den Präliminärvortrag über Entwerfung eines bürgerlichen

Gesetzbuchs für Bayern aufzunehmen (S. 258—280), den ich als Mitglied einer kurzlebigen Gesetzcommission im Jahr 1844 abgehalten habe, und auch dabei haben Sie als Colleague mir gegenüber gegessen, und so wird Ihnen dieser Aufsatz zur Erinnerung dienen an eine große Reihe von Sitzungen, die wir zusammen in legislativen Berathungen durchgemacht haben, obwohl wir beide in Betreff der uns gestellten Aufgaben nicht über die Präliminarvorträge hinausgekommen sind. Außer diesem schwachen Denkmal legislativer Arbeit finden Sie nunmehr in den drei Bänden mit wenigen Ausnahmen Alles, was ich im Gebiete des Civilrechts bisher außer meinem Lehrbuch der Pandekten und der Fortsetzung von Glück's Erläuterungen herausgegeben habe. Nehmen Sie also, hochverehrter Herr, diese Widmung als ein Zeichen meiner Hochachtung und Freundschaft gütig auf!

Wien, den 8. Februar 1874.

Arndts.

Inhalt.

Zweite Abtheilung.

Zur römischen Rechtsgeschichte.

	Seite
1. Ueber Puchta's und Burchardi's Rechtsgeschichte	1
2. Ueber die Stadtrechte von Salpensa und Malaga	38
3. Ueber Urkunden-Fragmente auf siebenbürgischen Wachstafeln	78
4. De Julii Paulli vita eiusque sententiarum libris	101

Dritte Abtheilung.

Ueber neuere Civilgesetzgebung.

1. Civilrecht im Allgemeinen	109
2. Civilgesetzgebung im Allgemeinen	125
3. Bedeutung des römischen Rechts nach Einführung neuer Civilgesetzbücher	150
4. Ueber den Geist des preussischen Privatrechts	155
5. Grundzüge der preussischen Hypothekarverfassung	165
6. Ueber schriftliche Abfassung der Verträge nach preussischem Landrecht	188
7. Ueber systematische Darstellung des österreichischen Privatrechts	211
8. Ueber die österreichische Verlassenschaftsabhandlung	224
9. Ueber den Besitz nach österreichischem Recht	227
10. Ueber Vererbung der Bürgerschaftsverbindlichkeit	240
11. Vortrag über Entwerfung eines bürgerlichen Gesetzbuchs für Bayern	256
12. Entwürfe bürgerlicher Gesetzbücher für Hessen-Darmstadt und Zürich	280
13. Des hessischen Entwurfs zweite Abtheilung	349
14. Die neuesten Versuche deutscher Civilgesetzgebung (1853)	384
15. Der revidirte Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das K. Sachsen	444
16. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern	475
17. Civilgesetzgebung im Kirchenstaate	533
Quellen-Register	545
Verzeichniß der recensirten Bücher und Aufsätze	554
Sach-Register	559
Berichtigungen	577

THE HISTORY OF THE

REIGN OF

1714

1715

1716

1717

1718

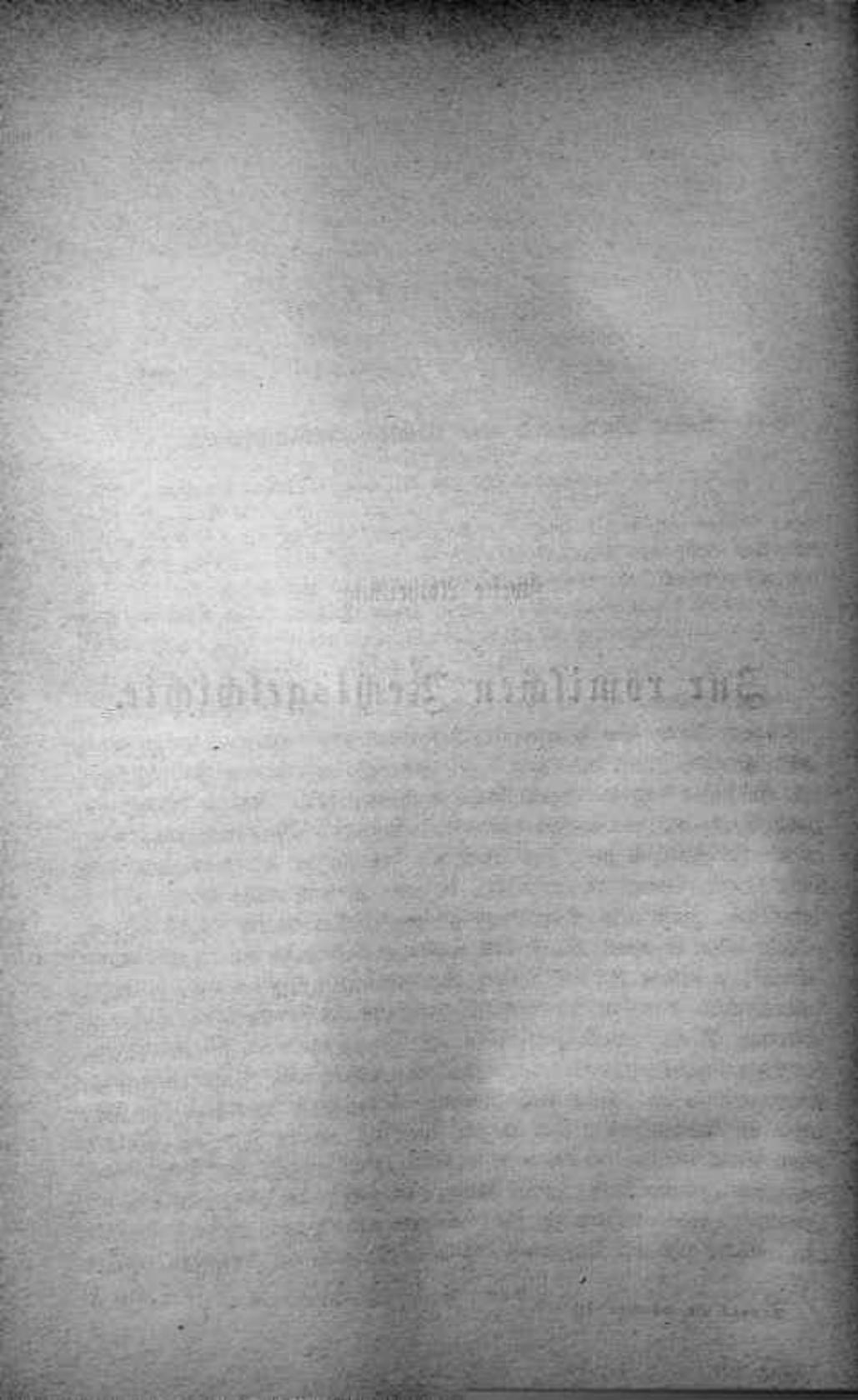
1719

1720

1721

Zweite Abtheilung.

Zur römischen Rechtsgeschichte.



Ueber Burchardi's und Puchta's Rechtsgeschichte.

a) Lehrbuch des Römischen Rechts von Dr. Georg Christian Burchardi. Erster Theil: die Staats- und Rechtsgeschichte der Römer enthaltend. — Auch unter dem Titel: Staats- und Rechtsgeschichte der Römer nebst Einleitung in das Studium des Römischen Rechts und Uebersicht der Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter, und in der neuern Zeit. — Stuttgart 1841. (XII. und 376 Seiten.)

b) Cursus der Institutionen von Georg Friedr. Puchta. Erster Band. — Auch unter dem Titel: Einleitung in die Rechtswissenschaft und Geschichte des Rechts bei dem Römischen Volk. — Leipzig 1841. (XVI. und 720. Seiten.)*

Die beiden oben genannten Schriften sind fast ganz gleichzeitig erschienen; und haben sich die Bearbeitung desselben Gegenstands zur Aufgabe gemacht. Jede derselben bildet den ersten Theil eines Werkes, welches Institutionen und Geschichte des römischen Rechts enthalten soll. Puchta nennt das ganze Werk: Cursus der Institutionen, dessen ersten Theil diese Einleitung in die Rechtswissenschaft und Geschichte des Rechts bei dem römischen Volk bildet; Burchardi verspricht, es solle diesem ersten Theile seines Lehrbuchs, „welches die Entstehungsgeschichte des römischen Rechts enthält“ zugleich aber bestimmt ist, in das Studium des römischen Rechts einzuführen“, in einem zweiten Theile „ein gedrängtes System des römischen Privatrechts, also ein sogenanntes Institutionen-Compendium“ angeschlossen. Diese Gemeinschaftlichkeit des Gegenstands und Gleichzeitigkeit der Herausgabe hat uns veranlaßt, beide Werke auch in der Recension zusammenzustellen. Doch unterscheiden sich dieselben wesentlich von einander in Ansehung der literarischen Tendenz, welche die Verfasser bei deren Ausarbeitung geleitet und so denn auch die Art der Darstellung wesentlich bestimmt hat. „Wir haben eine Menge Bücher“, sagt Puchta, „worüber, aber nur wenige, die man lesen kann“; „denn unsere Literatur ist so weit sie für den Unterricht bestimmt ist, gibt sich fast ausschließlich

* Recension in Richter's und Schneider's krit. Jahrb. Jahrg. VII. St. XII S. 269-326. (1842.)

dem Universitätsunterricht als Dienerin hin“. Das Buch aber, welches er hiermit bevorwortet, „ist zu dem Zwecke einer Beihülfe für das Studium des Rechts und einer Ergänzung desselben geschrieben“, und „für Studirende nicht allein, sondern auch für praktische Juristen und Gelehrte anderer Fächer bestimmt, die es der Mühe werth achten, einer Darstellung des reinen römischen Rechts zu folgen“. Das erstgenannte Werk hingegen ist, wie der Titel es bezeichnet, ein Lehrbuch, „vorzüglich auf das Bedürfniß der Studierenden berechnet“, oder, wie man noch bestimmter sagen könnte, derjenigen, welche den über dieses Buch zu haltenden Vorlesungen beizuhören mögen. Diese charakteristische Verschiedenheit der beiden Werke kann aber nicht abhalten, vielmehr doppelt anregen, sie in der Beurtheilung neben einander zu stellen, wobei nur die verschiedene Tendenz derselben nicht außer Acht gelassen werden darf.

Was nun zunächst die Form der Darstellung im Allgemeinen angeht, so ist uns in Nr. b. wirklich ein Buch gegeben, welches der Gelehrte vom Fach mit Vergnügen lesen wird, das aber auch wohlgeeignet scheint, Andere, die irgend Interesse dafür haben, zum Studium des römischen Rechts anzuziehen. Hervorgegangen aus gründlichem Studium trägt es doch nicht jenes den Laien abstoßende Steifkleid der Fachgelehrsamkeit, in welchem unsre auf den academischen Unterricht berechneten Schriften meistentheils auftreten. Ein Uebermaß gelehrten Apparates ist sorgfältig vermieden, nur so viel angedeutet, um sich in den Quellen zu orientiren und die Belege für das Vorgetragene auszufinden. Auch bewegt sich der Leser mit wohlthuender Freiheit durch das Gebiet der Rechtsgeschichte, ohne jede Wendung des Weges mit Stab oder Stein ängstlich bezeichnet zu finden, obgleich eine wohlüberlegte Anordnung dem Ganzen zum Grunde liegt. Nur wenige Hauptüberschriften dienen dem Leser zum Führer, und 148 Paragraphen, ohne Ueberschrift durch römische Zahlzeichen angedeutet, geben einzelne Ruhepunkte. Die scharfe und gedrängte, oft piquante Schreibart des Verfassers ist dem juristischen Publikum hinreichend bekannt; sie ist namentlich in dieser Schrift, bei großem Gedankenreichtum, auch durchgängig klar und bestimmt. Dabei kann Rec. nicht umhin insbesondre darüber seinen Beifall auszusprechen, daß darin nirgends ein Anflug des bei neueren, selbst den besten, Schriftstellern sehr eingerissenen Dürste-Stils zu finden, wornach man so häufig das Zeitwort dürfen, im Imperfect des Coniunctiv, als Hilfszeitwort gebraucht, um eine gewisse Unentschiedenheit in der Behauptung auszudrücken, meistens wenig passend nach der eigentlichen Bedeutung des Wortes, oft ganz unpassend nach der Intention des Redenden. Nicht

selten hat es den Anschein, als ob man mit affectirtem Salons-Büchling bitte: „dürfte ich wohl so verwegen sein, mir zu erlauben, zu bemerken“? unter welchen Redensarten doch oft nur eine widerliche Frage so vornehmthuender als mattherziger Ironie sich verbirgt. Rec. hat vielleicht eine übertriebene Antipathie gegen jene Redensart, aber er muß gestehen, daß er in dem häufigen Gebrauch derselben ein wahres Verderbniß der Sprache erkennt. Ist es nicht so unwürdig als unschön, in wissenschaftlichen Dingen z. B. wie Burchardi S. 137. zu sagen: „wobei es nicht immer ausgemacht sein dürfte“ und den eigenen unzweifelhaften Zweifel wieder mit dem Gewande der Zweifelhafteit zu bekleiden? oder wie S. 259.: „diese Stelle dürfte vorzüglich entgegenstehen“, oder gar S. 308. Note 14.: „dürfte . . . sein sollen“, u. a.? Buchta vermeidet diese Redensart; seine entschiedene Meinung spricht er ohne Umschweife aus, und wo eine Zweifelhafteit in der Sache liegt, da läßt er auch diese mit Bestimmtheit erkennen. Daß aber auch Buchta bei einer neuen Uebearbeitung noch manche einzelne Verbesserungen im Ausdruck zu machen finden werde, wird sich jeder leicht von selbst denken. So ist z. B. S. 317. der Satz: „dieses Recht ist dem Consul gegenüber allen andern Magistraten gegeben, dem Prätor gegenüber allen mit Ausnahme des Consuls“ an sich zweideutig, da gegenüber sowohl auf den vorhergehenden als auf den nachfolgenden Dativ bezogen werden könnte. Dem Rec. ist auch eine besondere Sparsamkeit in der Interpunction nicht selten störend gewesen, indem der Verfasser selbständige Sätze nur durch Commata scheidet, wo der Gedanke einen größern Ruhepunkt verlangt, z. B. S. 101. a. C., S. 318: „kam er ab bei der Rechtspflege, bei der Kriegführung, für die Volksversammlungen dauerte er fort“, und so an vielen Stellen. Im Ganzen aber dürfen wir diesen Coursus der Institutionen in Rücksicht der Darstellung als ein würdiges Seitenstück, oder eine entsprechende Vorhalle der bedeutendsten neueren Erscheinung unserer civilistischen Literatur, des Systems des heutigen römischen Rechts von Savigny, bezeichnen. Nicht als ob beider Schriftsteller Schreibart und Darstellungsweise sehr ähnlich wäre; denn in der That sind sie charakteristisch verschieden; Savigny etwa einem klaren Strome vergleichbar, mit dem man gemach dahin schwimmt, nicht ohne Gefahr, des selbstthätigen Mitruderns zu vergessen; Buchta dagegen einem gedrängten vollen Bache ähnlich, rasch, nicht selten fast seine Wasser dahinschießend. Aber beide Werke sind in ihrer Eigenthümlichkeit eines des andern würdig, wie sie in den Grundansichten des Rechts und in ihrem allgemeinen Plan sich so nahe berühren, daß man von Savigny, wenn ihm die Vollendung des angefangenen

großen Werkes vergönnt ist, zum Abschluß seiner rechtswissenschaftlichen Leistungen ein ähnliches Werk, wie das vorliegende von Buchta, zu erwarten berechtigt wäre.

Vergleichen wir nun im Allgemeinen Burchardi's Schrift, so tritt darin schon in der Art der Darstellung der Charakter eines Lehrbuchs entschieden hervor. Der Verfasser ist bemüht in möglichster Kürze und Uebersichtlichkeit, in einzelnen §§. von meistens geringem Umfange, die Hauptresultate seiner rechtsgeschichtlichen Studien zusammenzustellen, in den Anmerkungen aber die zum Beleg des Textes dienenden Stellen der Quellen möglichst vollständig anzugeben, in deren Auswahl jedoch dem Rec. manche Ungenauigkeit aufgestoßen ist. Diese Noten nehmen reichlich die größere Hälfte der 376 Seiten ein, und kann daher im Text schon des geringen Umfanges wegen eine freiere entwickelnde Darstellung gar nicht erwartet werden. Als Compendium ist das Buch im Ganzen lobenswerth und mit Sorgfalt abgefaßt; doch fehlt ihm viel, um als ein Muster compendiarischen Stils zu gelten. Namentlich ist ein Fehler zu rügen, zu welchem Manche durch das Streben nach Kürze verleitet werden, die Sucht nehmlich, recht viel in eine Periode zusammenzudrängen, und zwar oft nur durch Aufeinanderhäufung von Relativen. Dadurch wird nur an Concinnität und Klarheit der Rede eingebüßt und an Kürze selten gewonnen; werden auch einige Worte erspart, so bleibt dem Leser doch der Eindruck des Schleppenden. Wie unangenehm ist z. B. bei Burchardi S. 170. zu lesen, wo nicht weniger als fünf Relative ineinandergeschachtelt sind (was, denen, welche, bei welchen, woraus), oder S. 127. (indem, wie, deren, weshalb, welche, deren) oder S. 316. (wozu, der, welche, wie, welche) und ähnlich an vielen andern Stellen? Auch Ungenauigkeiten im Ausdruck finden sich hier viel häufiger, wie bei Buchta, z. B. S. 230. „zerfielen die Constitutionen in die lateinischen und die griechischen“, oder S. 229., 30. „welche nicht immer schriftlich waren, aber, wenn sie an alle Beamte ergingen, *epistolae generales* hießen“, und so ließen sich sonst wohl noch zahlreiche Proben von ähnlichen Nachlässigkeiten vorlegen.

Doch wir wollen nicht splitterrichten, und wenden uns daher zu dem Inhalt der beiden Werke.

Beide geben zuerst eine allgemeine Einleitung in die Rechtswissenschaft. Burchardi handelt in zwei Kapiteln (S. 1—37.) vom Studium des römischen Rechts, und vom Recht im Allgemeinen, jedoch mit besonderer Rücksicht auf römische Rechtsansichten. Es finden sich hier allgemeine Begriffe und Eintheilungen des Rechts, Quellen- und Literatur-

Angaben, wie sie in der Einleitung eines Anfangslehrbuches gewöhnlich sind, ohne hervortretende Eigenthümlichkeit und ohne Anspruch auf besonderes Verdienst. Nicht zu billigen ist es, wenn der Verfasser in §. II., indem er die historische Seite des Rechtstudiums empfehlen will, bemerkt: diese komme beim römischen Recht ganz besonders in Betracht und erhalte auch dadurch ein besonderes Interesse, daß die Geschichte keines andern Rechts so genau bekannt sei. Das letzte ist, wenn man es nicht bloß auf das Alterthum beschränkt, unwahr; denn für die Geschichte des Rechts späterer Völker, namentlich des deutschen, stehen uns reichhaltigere Quellen zu Gebote, als für die des römischen Rechts. Das erste aber könnte den Anfänger zu einer ungegründeten relativen Ueberschätzung der Geschichte des römischen Rechts verleiten. Obwohl gewiß nicht geneigt, deren Werth gering anzuschlagen, spreche ich doch unbedenklich die Ansicht aus, daß die Kenntniß des deutschen öffentlichen und bürgerlichen Rechts, in welche freilich das römische als ein höchst bedeutendes Element eingreift, für uns bei weitem wichtiger sei, als die römische Rechtsgeschichte. Aber man sollte solche Vergleichenungen ganz vermeiden und den Studierenden nur überhaupt die wissenschaftliche Nothwendigkeit des geschichtlichen Rechtstudiums recht einleuchtend zu machen suchen. Einzelne Ungenauigkeiten sind in den Angaben über Quellen und Literatur zu rügen. So wird S. 8. Note 9. Hugo's Ausg. des Ulpian von 1834. mit Unrecht die neueste genannt; denn Böcking's zweite Ausgabe ist von 1836. Bei Erwähnung der griechischen Ausgaben des Dositheus wird nicht angedeutet, daß Röver und Schilling doch auch den lateinischen Text geben; dabei ist das Verhältniß der sorgfältigen Böcking'schen Ausgabe zu Schilling's Arbeit sehr ungenügend bezeichnet mit den Worten „dem das Corp. iur. R. anteiust. folgt“, und eben so ungenau wird Lachmann's vortrefflicher Versuch einer Restitution des lateinischen Textes (vgl. Buchta S. 493. 494.) die vorzüglichste Ausgabe genannt, so zwar, daß man nach dem Zusammenhange darin eine Ausgabe der griechischen Version vermuthen sollte. S. 12. Note 5. werden auch wieder sehr ungenau als beste Ausgaben der Notitia dignitatum die von Panzirollus (schreibe: Pancirolus) und die von Böcking schlechthin neben einander gestellt, wodurch der ersten, so verdienstlich sie zu ihrer Zeit war, eine unverdiente Ehre angethan wird; bei der letzten war dagegen bemerklich zu machen, daß die mit der Jahrzahl 1839. herausgegebenen Fascikel noch erst die notit. dignit. orientis enthalten. Auch hier ist Buchta weit genauer S. 604. Die Angabe der Unvollständigkeit vermißt man auch S. 19. Note 12. bei Schilling's Lehrbuch, und von Zimmer's Rechtsgeschichte

werden sogar ausdrücklich drei Bände als erschienen angeführt, 1826—29., während nur der erste Band 1826., der dritte 1829. erschienen, vor Vollendung des zweiten aber der Verfasser gestorben ist. — Die allgemeinen Begriffbestimmungen ferner im zweiten Kapitel der Einleitung wird man als Anfänger schwerlich befriedigend finden, später vielleicht noch weniger, am wenigsten, was über die Natur und Entstehung des Rechts (§. XII. XIII. XX.) gesagt ist; indessen kommt hierbei so vieles auf allgemeine Ansichten an, die in dem kurzen Lehrbuch nur angedeutet werden können, daß es unthunlich scheint, auf das Einzelne in diesen Punkten näher einzugehen.

Von weit bedeutenderem Werthe ist die Encyclopädie, welche Buchta im ersten Buche seines Werkes darbietet. Sie zerfällt in fünf Kapitel: 1) philosophische Grundlage, 2) von der Entstehung des Rechts, 3) das Gebiet des Rechts, 4) innere Vollendung des Rechts, 5) Wissenschaft des Rechts. Wer auch von andern philosophischen Grundansichten ausgeht, wird doch dieser gedrängten Ausführung sein Lob nicht versagen. Der Verfasser geht aus von dem Wesen des Menschen als eines mit Freiheit begabten Geschöpfes Gottes. Darum, daß dem Menschen die Möglichkeit zukommt, sich selbst zu bestimmen, daß er einen Willen hat, ist er Subject des Rechts, wobei die Entscheidung für das Gute oder Böse noch außer Ansatz bleibt, obwohl dem Menschen die Freiheit gegeben ist, damit er durch freie Bestimmung den Willen Gottes thue. In dem göttlichen Willen, durch dessen Existenz der Inhalt der menschlichen Freiheit bestimmt wird, erkennt der Verfasser den ursprünglichen Grund alles Rechts; dieses ist dem Menschen gegeben in der Herrschaft über die Erde vor dem Sündenfall, und es ist durch diesen nicht zurückgenommen; aber das Unrecht ist durch ihn in die Welt gekommen; er ist die Ursache, daß die Entfaltung des Rechtsbegriffs in der Geschichte stets noch jene Unvollkommenheit zeigt, welche allen menschlichen Zuständen anklebt und welche nur durch die vollkommene Herrschaft des Christenthums überwunden werden könnte. Manche treffende Bemerkungen finden sich in dieser Ausführung: über das Verhältniß der Vernunft zum Recht und zur Freiheit, insbesondere über den Widerspruch, der darin liegt, das Gute mit dem Vernünftigen, das Unvernünftige mit dem Bösen zu identificiren und doch die Vernunft zum Princip der Freiheit zu machen, und über die Vergeblichkeit des Bemühens, das Recht aus der Vernunft abzuleiten, auf welchem Wege die Philosophen gar nicht oder durch einen Sprung zum Recht kommen; ferner vorzüglich über das Verhältniß von Moral und Recht, über jenen scheinbaren Conflict zwischen der moralischen

und der rechtlichen Auffassung der Verhältnisse, welcher die Gemüther der Einzelnen zerrüttet und die verderblichsten Unordnungen in den Staaten veranlaßt hat; weiterhin über die geschichtliche Entfaltung des Rechtsbegriffs in den Völkern, und das Ziel, auf welches sie hinstreben. Man möchte aber eine genauere Begründung und Ausführung der Auffassung wünschen, wie das Recht selbst ein Wille sei, „zunächst Gottes, dann der Gesamtheit von Menschen, die durch dasselbe verbunden sind“ (S. 11. 12.), ein sogenannter allgemeiner Wille, im Gegensatz des Willens des Einzelnen, woran der Verfasser die Erklärung des Gegensatzes zwischen Recht im sog. objectiven und im sog. subjectiven Sinne anknüpft. Die Bestimmung des Verhältnisses dieser Begriffe zu einander und des als Wille der Gesamtheit Gesetzten zu dem göttlichen Willen ist ein Cardinalpunkt der Rechtsphilosophie; die Art aber, wie der Verfasser §. 6. diesen Punkt berührt, macht den Eindruck eines Sprunges, und ist daher nicht ganz befriedigend.

Im zweiten Kapitel, von der Entstehung des Rechts, entwickelt der Verfasser dieselben Ansichten, die schon aus seinem Werke über das Gewohnheitsrecht bekannt sind, in größerer Gedrängtheit und wohl zugleich mit mehr Klarheit und Schärfe. Bei dem Gewohnheitsrecht (unterschieden vom Juristenrecht) besteht er strenge auf der Ansicht, daß dasselbe nicht als Product der Gewohnheit, daß vielmehr diese nur als die äußere Erscheinung jenes aufzufassen sei, eine Ansicht, deren theilweise Anfechtung er schon im zweiten Theile des genannten Werkes S. 6. fgg. fast mit Bitterkeit zurückgewiesen hat. In der Sache aber hat er wohl Recht. In abstracto zwar wird Niemand die Möglichkeit läugnen, daß durch eine fortgesetzte Uebung, die ursprünglich noch nicht der Ausdruck einer Rechtsüberzeugung war, allmählig eine solche sich bilde. Dieß ist jedoch etwas, was sich im Einzelnen der Beobachtung ganz und gar entzieht; die Entstehung einer gemeinsamen Volksüberzeugung kann auf die mannfaltigste Weise angeregt werden und ist in ihrem Fortgang ein ganz unsichtbarer Proceß. „Wer würde es unternehmen, den Wegen zu folgen, auf welchen eine Ueberzeugung in einem Volke entspringt, keimt, wächst, sich entfaltet, hervortreibt? . . . Was uns sichtbar ist, das ist nur das Entstandene selbst“. Die Rechtsgewohnheit, d. i. die Uebung eines Rechtsfalles, setzt eben eine rechtliche Ueberzeugung schon voraus, auf der sie ruht; sie kann also nicht die Mutter der letzten und ihre eigene Großmutter sein; nur solche Gewohnheiten aber, in denen schon eine rechtliche Ueberzeugung sich kund gibt, kommen in Betracht, wo es sich um Erkenntniß des Gewohn-

heitsrechts handelt. — Bei dem gesetzlichen Recht weist der Verfasser mit wenigen Worten die Ansicht zurück, daß ein vollkommener Rechtszustand nur durch gesetzliche Aufzeichnung aller Rechtsätze zu erreichen sei. „Diese Ansicht hat sowohl die wirkliche Erfahrung gegen sich, als die Unmöglichkeit eines solchen Unternehmens, welches höchstens für ein in den letzten Zügen liegendes Volk gelingen könnte“. Mit Recht wird hier auch die Autonomie als eine der Gesetzgebung analoge Thätigkeit bezeichnet; unrichtig faßt Burchardi, vielleicht verleitet durch Buchta's Gewohnheitsrecht I. S. 158. fg., Autonomiegesetze als von Unterthanen geschlossene Verträge auf, und stellt dann doch auch die Municipalgesetze unter denselben Gesichtspunkt, die man gewiß eben so wenig Verträge nennen kann, wie die Beschlüsse des römischen Volks. — Die §§. 16—18. dieses Kap. handeln noch von den Erkenntnismitteln des Rechts, und §. 19. 20. von der Veränderlichkeit des Rechts, wo sich S. 47. in Beziehung auf Goethe's bekannte Worte: „Es erben sich Gesetze und Rechte u. s. w.“ die treffende Bemerkung findet, daß Manche dem Dichter die Albernheit zutrauen, „den Junker Satan zum Lehrer der Weisheit zu machen“.

Das 3. Kap., überschrieben „das Gebiet des Rechts“, handelt A. von dem System der Rechtsverhältnisse; B. von dem System der Rechte. Hier opponirt sich der Verfasser, wie schon in der Vorrede seines Lehrbuchs des Pandektenrechts gegen Stahl's Rechtsphilosophie, abermals gegen den Versuch, die Rechtsverhältnisse als durchgehende Leiter für die Auffassung des Rechts anzunehmen, welche Absicht freilich auch noch nie ausgeführt worden. „Sie hat etwas Verführerisches, die Betrachtung der Rechtsverhältnisse“ sagt der Verfasser, mit einem etwas schillernden poetischen Vergleiche, „wie es verführerisch ist, sich auf den wechselnden Wellen schaukeln zu lassen, statt den festen harten Grund zu suchen“. Doch erkennt er ein System der Rechtsverhältnisse an, bestimmt durch die Verschiedenheit der Menschen, „welche die Persönlichkeit selbst afficirt und dadurch zu einer Verschiedenheit der Personen geworden ist“. — „Die Persönlichkeit des Menschen und somit seine Rechtsverhältnisse sind verschieden je nachdem er gedacht wird 1) als Einzelner, 2) als Glied einer organischen Verbindung a) der Familie, b) des Volks, c) der Kirche. Nach diesen Unterschieden scheiden sich die Rechtsverhältnisse in Vermögens-, Familien-, öffentliche und kirchliche Rechtsverhältnisse; das Recht selbst in Privatrecht, öffentliches Recht, Kirchenrecht“. Dieß gibt nun dem Verfasser Veranlassung, den Inhalt und die weitere Gliederung dieser drei Theile des Rechts näher zu besprechen (§. 23—27.),

und auch diese Ausführung ist im Ganzen sehr gelungen. Ref. stimmt ihm namentlich vollkommen bei in Rücksicht der Stellung, die er dem Kirchenrecht anweist, welches als ein dritter Zweig des Rechts neben das Privatrecht und das öffentliche Recht tritt. Die Richtigkeit dieser Ansicht muß wohl zumal dem Katholiken einleuchten, welcher sich als Mitglied einer universalen und als solche zugleich in wahrhaft verfassungsmäßiger Gliederung bestehenden sichtbaren Kirche fühlt, deren Gebiet ein ganz anderes ist als das des öffentlichen Rechts irgend eines Staats, deren Recht daher, wie Manche gethan, sogar dem Privatrecht eines einzelnen Staats zuzugesellen, dem gesunden Tacte nicht anders als absurd erscheinen kann. Manche sehr beherzigungswerthe Bemerkungen finden sich auch insbesondere in den das öffentliche Recht betreffenden §§., z. B. die Bestimmung des Wesens der Monarchie (S. 64.), die Bemerkungen S. 66. 67. Auch heben wir noch hervor die richtige Bestimmung der Aufgabe des Civilprocesses und seines Verhältnisses zum Strafverfahren, S. 69. fg., da es oft übersehen wird, daß der Civilproceß sich nicht ausschließlich auf Streitigkeiten um Privatrechte einschränkt, wiewohl er sich vorzüglich auf diese bezieht. — Dem System der Rechtsverhältnisse wird nun das System der Rechte gegenübergestellt (§. 29. 30.); dieses aber bestimmt der Verfasser schlechthin nach der Verschiedenheit der Gegenstände, welche der rechtlichen Macht des Einzelnen unterworfen sein können; die Ansichten des Verfassers darüber sind schon aus andern Schriften desselben genügend bekannt. Mit besonderem Nachdruck macht er hier geltend, daß auch ein Recht der Persönlichkeit anzuerkennen sei, eine rechtliche Macht, Person zu sein, die Macht über die ganze Bestimmung der Person. Denn „in der That würde eine Persönlichkeit, die nur die Möglichkeit von Rechten wäre, ein unmächtiges Wesen sein, das unaufhaltsam in die außer ihm liegenden Gegenstände sich stürzte und in ihnen untertauchte, da ihm die Kraft versagt wäre, auch nur einen Moment an sich selbst Genüge zu finden und auf sich selbst zu ruhen“. . . . „Wer die Persönlichkeit nicht selbst als ein Recht betrachtet . . . steht auf demselben Standpunkt, wie der, welcher Gott nur als Weltseele kennt, nur einen Gott in der Natur annimmt“. So der Verfasser. Allein wer die Persönlichkeit nicht selbst für ein Recht erkennt, nur für eine Eigenschaft, die nothwendige Voraussetzung von Rechten, braucht deshalb nicht zuzugeben, daß sie etwas an sich Unselbständiges, Unkräftiges sei. Der menschliche Wille ist eine Kraft von unendlichem Inhalt, und doch ist der Wille an sich nicht ein Recht. Es kann eine Kraft wirksam sein in allen Rechten, die doch nicht selbst ein

Recht ist, wie Gott wirksam ist in allen Erscheinungen der Natur und doch außer und über ihnen besteht. Nicht wer die Persönlichkeit nicht als Recht betrachtet, sondern wer keine Person anerkennt, als wo sie sich in einzelnen Rechten thätig zeigt, steht auf demselben Standpunkte, wie der, welcher Gott nur als Weltseele kennt. Persönlichkeit ferner ist doch unläugbar eine nothwendige Voraussetzung jedes Rechts; ohne Person kein Recht; also, scheint es, kann nicht die Persönlichkeit selbst ein Recht sein. Die Persönlichkeit soll die Macht über die eigene Person sein; also wird diese schon vorausgesetzt, wie zur Existenz des Eigenthums, als der rechtlichen Macht über eine Sache, die letzte vorausgesetzt wird; wiederum aber ist eine Person ohne Persönlichkeit ein Widerspruch. So scheint es also der Ansicht, welche die Lehre von den Personen als Trägern der Rechte gewissermaßen vor das System dieser letzten setzt, nicht an Berechtigung zu fehlen. Vielleicht kann Folgendes zur Verständigung dienen: der ursprüngliche Begriff der Person ist nicht der eines Rechtssubjects. Person ist ein mit freiem Willen begabtes Wesen. Gott ist Person, weil er ein freies Wesen, dessen freie That die Schöpfung ist und die Lenkung des Weltalls. Aber Gott, obwohl Quelle alles Rechts, ist nicht Rechtssubject. Dazu würde vorausgesetzt, daß es andere gleiche Wesen neben ihm gebe. Nur die Götter der polytheistischen Religionen kann man sich etwa als Rechtssubjecte vorstellen, nicht den einen Gott des Christen. Der Mensch ist ebenfalls Person, weil Gott ihn nach seinem Ebenbilde geschaffen und mit freiem Willen begabt hat. Der Begriff der Person würde auf ihn anwendbar sein, wenn er auch in derselben Zeit immer nur als Einziger seiner Gattung existirte. Aber Rechtssubject ist er, weil er mit andern Wesen gleicher Gattung in Gemeinschaft gestellt ist, und zwar ist er Subject deßhalb, weil er Person ist, d. i. weil er freien Willen hat. Hieraus geht hervor, daß die Persönlichkeit, an sich betrachtet, nicht ein Recht ist, ein Product des Rechts (im obj. Sinn), sondern Voraussetzung und Quelle aller Rechte. Allein treten wir auf das Gebiet des positiven Rechts, so zeigt sich, daß die dem Menschen als solchem natürlich zukommende Eigenschaft eines Rechtssubjects nicht immer und unbedingt anerkannt ist, daß die Fähigkeit, Rechte zu haben, wohl an besondere Voraussetzungen und Bedingungen geknüpft, besonderen Beschränkungen und Modificationen unterworfen ist, wie auch andererseits der Begriff der Persönlichkeit eine Erweiterung erfährt (juristische Personen). Da kann es nun, weil dieses von juristischen Bestimmungen abhängt, auch Gegenstand einer juristischen Erörterung, eines Rechtstreites, werden, welche Stellung Jemand als Person im Rechte einnehme, und

zwar kann dieses, wegen seiner durchgreifenden Wichtigkeit für alle Rechtsverhältnisse, auch für sich, ohne specielle Beziehung auf bestimmte Rechte, die davon abhängen, angeregt werden; es kann Jemand seine Freiheit, sein Bürgerrecht, seine Familienunabhängigkeit, für sich betrachtet, juristisch geltend machen, und es gibt eigene Klagen zu diesem Zwecke (Präjudicialklagen). So erscheint denn hier die Stellung der Person in Beziehung zum Rechte selbst als ein Recht, das sie für sich in Anspruch nimmt, und man mag wohl von einem Recht der Persönlichkeit sprechen, als dem juristisch begründeten Anspruche darauf, daß man von Andern als Person anerkannt und respectirt werde. Dadurch wird aber jene andere Ansicht, welche die Persönlichkeit wesentlich als Voraussetzung aller Rechte auffaßt, nicht ausgeschlossen.

Weniger Bedenken erregt die Bestimmung der andern Classen der Rechte nach ihrem Gegenstande, wie sie der Verfasser aufführt; der Sachenrechte, der Obligationenrechte, der Familienrechte. Jedoch scheint es dem Rec. sehr bedenklich, ob nicht Viele unter den Lesern, auf welche der Verfasser rechnet, verwundert fragen werden, was darunter zu denken sei, wenn der Verfasser S. 87. nur ganz beiläufig die Bemerkung macht, daß der Erbe als solcher ein Recht an der Person des Erblassers habe.

Was nun aber die Bedeutung der Verschiedenheit der Rechte nach ihrem Gegenstande für die wissenschaftliche Darstellung des Rechts betrifft, so muß sie gewiß vorzugsweise dabei zum Grunde gelegt werden. Ausschließlich aber kann es nicht geschehen, und man kann dem Verfasser in dieser Beziehung dasselbe entgegenen, was er über das System der Rechtsverhältnisse bemerkt: daß die Absicht nemlich, die Verschiedenheit der Rechte nach ihrem Gegenstande als durchgehenden Leiter für die Auffassung des Rechts anzunehmen, nie ausgeführt worden sei. In der That kann man nicht umhin, in der wissenschaftlichen Anordnung des Rechtsstoffes auch auf den innern Zusammenhang Rücksicht zu nehmen, in welchem die verschiedenen Rechtsinstitute zu einander stehen, unabhängig von der Natur der Rechte, welche daraus hervorgehen können. Der Verfasser selbst, der sonst am strengsten das System nach den Gegenständen der Rechte ordnet (vgl. dessen Pandektenrecht), hat doch der Nothwendigkeit nicht entweichen können, in der Darstellung einzelner Lehren davon abzugehen. Denn daß er die Dos in der Lehre von der Ehe, die Vermögensverhältnisse der Kinder in der Lehre von der väterlichen Gewalt abhandelt, die Vermächtnisse in der Lehre vom Erbrecht, das rechtfertigt sich nicht durch jene rein logische Gliederung der Rechte, sondern nur durch die Rücksicht auf den innerlichen lebendigen

Zusammenhang der Rechtsinstitute, der sich nicht jener zu Liebe brechen läßt. Aus diesem Grunde aber scheint dem Rec. auch die jetzt fast in allen Systemen des Civilrechts herrschend gewordene Stellung des Pfandrechts, in der Lehre von den Sachenrechten, nicht zu billigen. Obwohl nicht der Meinung, daß das Pfandrecht an einer Sache kein dingliches Recht sei, findet Rec. es dennoch ganz unangemessen, dasselbe im System zusammenzustellen mit den die Nutzung der Sache betreffenden, ihrem Zweck und Gehalt nach wesentlich verschiedenen selbständigen Rechten an einer fremden Sache, bevor noch die Lehre von den Obligationen dargestellt ist. Das Pfandrecht ist ein wesentlich accessorisches Recht; sein Zweck ist, die Erfüllung einer Obligatio sicher zu stellen, und ohne eine Obligatio, zu der es in diesem Verhältniß steht, kann es nicht bestehen. Es ist ein Zerreißen des natürlichen Zusammenhangs der Rechtsinstitute wenn man dasselbe, weil es in seiner vorzüglichsten Gestalt ein dingliches Recht ist, für sich darstellt, ehe man die Rechte kennt, zu denen es in so wesentlicher Beziehung steht. Dem Rec. ist es immer vorgekommen, als ob Jemand in diesem Jahre die Pfähle setzen wollte, zu denen er im nächsten Jahre die Neben pflanzen will, welche dereinst zu stützen jene bestimmt sind. Man versuche auch nur, die Lehre vom Pfandrecht in ihrem Detail zu entwickeln, ohne selbst schon in die feineren Bestimmungen des Obligationenrechts einzugreifen; dieses dagegen kann vollständig dargestellt werden, ohne der Pfandrechte auch nur einmal nothwendig erwähnen zu müssen. Zudem ist das Pfandrecht in seiner Ausdehnung auf andere Vermögensobjecte keineswegs überall noch ein dingliches Recht, und in sofern ist auch hier wieder nach jener Anordnung eine Inconsequenz gegen das Princip derselben unvermeidlich. Die Natur der Sache aber führt von selbst darauf, das Pfandrecht im System in Parallele zu stellen mit den accessorischen Obligationen, mit welchen es rücksichtlich seines Zwecks die nächste Verwandtschaft hat. Rec. hat dieß schon, seit er zum zweiten Mal Pandekten vortrug, so gehalten, auch in dem 1840 gedruckten Grundrisse für seine Zuhörer befolgt, und in der Ausführung ganz angemessen gefunden.

Auch in dem vierten und fünften Kap. des ersten Buches von Puchta finden sich noch manche beachtenswerthe Bemerkungen, namentlich über das Verhältniß der Philosophie und Jurisprudenz, des Systems und der Geschichte des Rechts, der Theorie und der Praxis. Indessen können wir uns des Raumes wegen nicht zu sehr bei den Einzelheiten aufhalten. Es ist Zeit, daß wir uns zu dem Hauptinhalte unserer beiden Werke wenden, zu der Geschichte des Rechts bei dem römischen Volke,

welche bei B. das zweite Buch des ganzen Werkes bildet, aber etwa $\frac{1}{7}$ dieses ersten Bandes einnimmt.

Hier finden wir sogleich eine kleine Differenz in Betreff der Periodeneintheilung. Beide Schriftsteller nehmen vier Perioden an, und stimmen in der Festsetzung der Endpunkte der drei letzten überein, die erste aber begränzt B. durch die XII. tabb., B. durch die erste Seceſſion der Plebejer. Das letzte scheint uns angemessener. Die XII. tabb. gehören ihrem Wesen nach dem Rechtszustande an, der in der zweiten Periode der herrschende ist; sie sind dessen Grundlage und erster bestimmter Ausdruck. Der Anfang dieser Entwicklung aber liegt in jener Seceſſion. Die politischen Bewegungen von da an bilden die Entstehungsgeschichte der XII. tabb., diese selbst den hervorragendsten Punkt in dem großen Bildungsproceß des *populus Romanus Quiritium*, der mit ihnen nicht zum Abschluß kommt. Die XII. tabb. gehören der ersten Periode nicht mehr an, wie die Regierungszeit des Augustus der zweiten, die des Constantin der dritten, oder wie in der deutschen Rechtsgeschichte die Reformation der Periode des Mittelalters, Karl der Große der Periode der Völkerwanderung.

Der Geschichte des ersten Zeitraums schiebt B. eine Einleitung voraus „von den Quellen der ältesten Geschichte“, worin er die Unzuverlässigkeit der altrömischen Geschichtsquellen bespricht und die alte Religion der Römer nach dem Gesichtspunkt der mythifizirenden Kritik treffend einen umgekehrten Euhemerismus nennt, indem sie ihre Götter zu ihren Königen gemacht hätten. Hier finden wir auch schon kritische Bemerkungen über die angeblichen Sammlungen von *leges regiae*, und mit Benutzung der sehr gut erklärten Erzählung des Livius (XL. 29.) über den mythischen Fund von a. u. 573., die Beweisführung, daß man damals gewiß keine Rechtsbücher des Numa von anerkannter Aechtheit gehabt habe.* Die Existenz eines sogenannten *ius Papirianum* in späterer Zeit nicht bezweifelnd, läßt er es doch mit Recht unentschieden, sowohl ob wirklich ein Pontifex Papirius um die Zeit des letzten Tarquinius ein solches Buch verfaßt habe, als auch ob dieses eben dasjenige sei, dem man später jenen Namen beilegte; für die Entscheidung über die Authentizität der Gesetze des Romulus und Numa „ist dieses so wenig relevant, als eine Mythe dadurch zur Geschichte wird, daß sie sehr alt ist“. Mit größerem Vertrauen spricht B. §. 18. von dieser Sammlung, als einer „von dem Pontifex Papirius unter dem letzten Könige oder bald nachher verfaßten Zusammenstellung der Religionsgesetze des Numa, die noch Cicero kannte“.

* Vgl. jedoch Lafaur'y „über d. Bücher des Königs Numa“, in d. Abh. d. bayer. Akademie V. 1. S. 81—130.

In den Ansichten über die Grundelemente der ältesten Verfassung schließen sich beide Rechtshistoriker den Resultaten von Niebuhr's Forschungen an, jedoch selbständig prüfend und im Einzelnen vielfach abweichend und weiterbauend. Bei B. vermiffen wir eine gerade für den Studierenden sehr wünschenswerthe allgemeine Andeutung über den Stand der neuern Geschichtsforschung und das Verhältniß der wichtigsten verschiedenen Untersuchungen zu einander und zu seiner eigenen Darstellung. Selbst Niebuhr allegirt er nur bisweilen bei einzelnen Punkten, eben so das gehaltreiche Werk von Rubino, während es dem Leser willkommener sein müßte, etwas Allgemeines über die Tendenz solcher Werke zu hören; über Huschke's Verfassung des Servius Tullius aber macht er nur die Bemerkung: „es dürften dadurch die Schwierigkeiten in dieser Lehre eher vermehrt als vermindert sein“, wodurch er an die etwas empfindliche Beschwerde des Verfassers erinnert über diejenigen, welche nur das Wort *Novigus* aussprechen zu dürfen glauben, um ihre Freude an sich selbst im Gegensatz zu jenem Buche zu erkennen zu geben. Passender gibt B. gelegentlich allgemeine Andeutungen über die Richtung anderer selbständiger Forschungen, und äußert sich auch über jenes Werk von Huschke in mehr anerkennender Weise, ohne jedoch zu verhehlen, daß diesen so gelehrten und scharfsinnigen Schriftsteller seine Erfindungsgabe manchmal über die Grenze des Probablen hinaus verführt habe.

In der Entstehungsgeschichte Rom's, welches nach B.'s nachlässigem Ausdruck von jeher einen selbständigen kleinen Staat bildete, werden natürlich vor Allem die drei Stämme der Patricier unterschieden. Daß die Luceres von B. für „zahlreiche Eingewanderte, besonders aus dem nahen Etrurien“, erklärt werden, während B. sie für ältere von den Römern unterworfenen Bewohner des Landes hält, müssen wir jedem gestatten; die Nachrichten darüber sind so dunkel und unsicher, daß nur Hypothesen möglich sind. Eine wichtigere Differenz scheint die zu sein, daß B. auch die Plebejer als einen Bestandtheil des ältesten römischen Volks aufführt, und zwar als Klienten der Patricier, also in diesem wichtigen Punkte Niebuhr nicht beizustimmen scheint, während B. die Plebs als ein Element, „das nicht von Anfang an bestand“, bezeichnet, und es eines der größten Verdienste Niebuhr's um die römische Geschichte nennt, den Begriff derselben in seinen Grundlagen festgestellt zu haben. Aber diese Differenz ist weniger bedeutend, als sie scheint. Denn auch B. kann nicht läugnen (§. 6.), daß die Plebs der spätern Königszeit eine ganz andere Bedeutung hatte, als die Plebejer, die er in der ältesten Zeit schon annimmt, und daß namentlich von einer allgemeinen

Unterordnung jener unter die Clientel der Patricier keine Rede sein kann. Verkehrt nur ist die Voraussetzung, als ob eigentlich alle Plebejer unter der Clientel hätten stehen sollen und nur gewissermaßen per abusum sich derselben entzogen hätten. Denn wenn dieß auch als ursprüngliche Anordnung des Romulus angegeben wird, so berichtet doch Niemand, daß man dasselbe Princip bei der spätern Aufnahme ganzer Massen unterworfenen latinischer Volksstämme jemals durchzuführen Willens gewesen sei, und gewiß haben die Könige, welche diese bewirkten, nicht daran gedacht, auf diese Weise ein künstliches Verhältniß der Unterordnung der aufgenommenen Besiegten unter die einzelnen Patricier, das auch der königlichen Macht gar nicht förderlich gewesen wäre und dem die ganze folgende Geschichte widerspricht, zu begründen. Vielleicht sind die alten Clienten der Patricier auch schon Plebejer genannt worden; aber selbst dieß kann nicht für bewiesen gelten, weil es die spätern Geschichtschreiber annehmen; und jedenfalls waren ihrer politischen Bedeutung und rechtlichen Stellung nach die spätern Plebejer ganz von ihnen verschieden, wengleich dann die alten Clienten sich allmählig auch in der Plebs verloren haben. Daher ist es nicht zu billigen, wenn B. sagt: „den Grund zur Plebs legte die Freilassung von Sklaven“, und hinzusetzt: „in dasselbe Verhältniß wurden aber auch die vielen Besiegten gesetzt, welche man nach Rom zu ziehen nöthigte“ (S. 2.), abgesehen davon, daß es auch noch sehr in Frage steht, ob man den Grund des alten Clientelverhältnisses selbst nur in Freilassungen zu suchen habe. Auch ist der Ausdruck (S. 41. Note 14.), daß einige dieser nach Rom „geschleppten“ Besiegten wohl den Patriciern einverleibt worden seien, so unpassend als unschön; sind ja doch bei weitem nicht alle nach Rom gezogen worden, sondern Viele in ihren ländlichen Sitzen geblieben, und die den Patriciern einverlebten vornehmen Latinen von Alba Longa muthmaßlich nicht nach Rom geschleppt worden.

Hiernach ist denn auch darin das Verfahren B.'s zu billigen, daß er zunächst nur die altpatricische Verfassung für sich darstellt, ohne Rücksicht auf das später hinzutretende plebejische Element, während B. in einer systematischen Uebersicht „die Verfassung des Staats unter den Königen“ (S. 3—11.) auseinandersetzt, dadurch das charakteristisch Verschiedene zu sehr vermischt und historisch fortschreitende Entwicklung gänzlich vermissen läßt. Diese Verfassung bezeichnet B. als ein Gemisch von Monarchie, Aristokratie und Demokratie; B. (S. 137.) nennt sie eine republikanische, und bestreitet insbesondere die von Rubino wieder vertheidigte Idee, daß sie für eine wahre Monarchie zu halten sei. Nun

mag man allerdings wohl mit einigem Recht die Verfassung eine republikanische nennen, nach welcher der Inhaber der königlichen Gewalt nicht nur durch Volk und Senat gewählt und mit seiner Macht bekleidet, sondern auch in den wichtigsten Angelegenheiten an deren Mitwirkung gebunden ist. Indessen scheint uns doch P. den traditionellen Vorstellungen der Alten über den ursprünglichen Umfang und das Ansehen der königlichen Macht zu wenig Gewicht beizulegen, und insbesondere können wir der Ansicht nicht beipflichten, als ob die religiöse Sanction ein künstlich erfundener Schutz der königlichen Autorität gegenüber den celsi Ramnes gewesen sei, als zuerst aus dem quiritischen Stamme ein König gewählt worden. Vielmehr bleibt es uns immer wahrscheinlicher, daß der römischen Verfassung ursprünglich die Idee einer wahren monarchischen Gewalt zum Grunde lag, diese aber in der Folge mehr und mehr den Charakter einer höchsten republikanischen Magistratur annahm. Gewiß hatten die Stämme, aus deren Mischung das nachherige Rom entstand, und so wohl auch das älteste Rom des Romulus, wie dessen angebliche Heimath, Erbkönige, welchen, wie bei andern Völkern auf gleicher Stufe, eine nicht in bestimmte Gränzen eingeschlossene patriarchalische Herrschergewalt beigelegt war, und auch jenes religiöse Ansehen nicht fehlte, das den Königen Roms als obersten Opferpriestern des Volkes zukam. Eine solche Idee von königlicher Gewalt wird also in den neuen Staat, der aus ihrer Mischung sich bildete, schon mit herüber genommen sein. Aber das complicirtere Verhältniß, das eben durch diese Verbindung der verschiedenen Stämme sich erzeugte, der gleiche Anspruch derselben auf Bekleidung der königlichen Würde, daher die Wahl auf Lebenszeit, die Eifersucht der Stämme auf ihre Rechte, das natürliche Streben nach bestimmterer Gestaltung der Verfassung, alles dieses mußte dahin führen, daß die königliche Gewalt praktisch immer mehr eingeschränkt wurde, und zuletzt ohne andere wesentliche Veränderung auf jährliche Consuln übergehen konnte.

Die kurze Charakteristik der altpatricischen Verfassung bei P. (S. 135 ff.) ist übrigens treffend. Die sämmtlichen selbständigen Hausväter (*patres familiarum*) sind die stimmfähigen Bürger in den Comitien der Curien; die Häupter der *gentes* (d. i. nach P. wie nach B., der Decurien oder Zehntabtheilungen der Curien), *patres gentium*, sitzen im Senat. *Patricii* heißen ursprünglich die noch nicht selbständigen Söhne jener *patres familiarum*, die Junkherren; als später die ausschließliche Stellung der *Patres* aufhörte, beschränkte man diese Benennung auf die im Senat sitzenden *patres gentium*, und nannte die nicht

plebejischen Bürger allgemein patricii, wie bei uns die Adligen Junker. Jene Versammlung der patres familiarum, die Versammlung der patres gentium oder der Senat, und der König waren die vorzüglichsten Glieder des politischen Organismus, die höchste Gewalt aber und die Quelle aller Gewalt war, nach P., bei dem populus, bei der Versammlung der stimmfähigen Bürger.

Aber P. beschränkt sich nicht auf die Darstellung der politischen Verhältnisse; er versucht auch eine Anschauung des gesammten Rechts jenes altpatricischen Rom's zu geben. Ein Privatrecht erkennt er in dieser ältesten Zeit noch kaum an. „Das öffentliche Recht beherrschte das Privatrecht“ — „Der Einzelne war — im engsten Zusammenhange mit dem Ganzen; seine öffentliche absorbirte noch seine Privatperson“. Nach des Verfassers Ansicht bestand zwischen dem Rechtsbewußtsein der Ramnes und dem der Sabiner oder Quiriten ein durchgreifender Gegensatz. Jene repräsentiren das rein politische Element, die Thätigkeit nach Außen; diese die innere Ordnung des Staats. Jenem entspricht es, kein Privatrecht zu haben; alles ist Gemeingut, selbst die bewegliche Habe; die quiritische Rechtsansicht gibt dem Einzelnen sein eigenes Gut. Nach der Verbindung beider Stämme war die letzte doch nicht mächtig genug, gegen die Anforderungen des politischen Rechts ein Privateigenthum an Grundstücken zu schaffen; bei beweglichen Sachen konnte sie sich vollkommen geltend machen, selbst die Ansicht, daß das Eigenthum vom Staat an die Einzelnen komme, blieb nur bei gewissen Sachen lebendig. Das rechte Feld aber für die freiere Entwicklung des quiritischen Rechtsprincips bot sich erst dar, als die Plebs, ein neues Element, zu dem römischen Volke hinzukam. Diese wurde von Anfang an auf Privatlandeigenthum basirt; „das ramnische Rechtsprincip hatte auf dieses Rechtsverhältniß der Plebejer zu dem Grund und Boden nur den Einfluß, daß ihr Eigenthum als vom Staat ausgegangen und gegeben betrachtet wurde“ (Assignation). Das Alles lautet wohl gut. Aber ist es auch wahr? Der Verfasser scheint sich hier seinem Talent zu construiren etwas zu kühlich überlassen zu haben. Fragt man nach den sichern Anhaltspunkten jener Ansicht, so reduciren sich diese fast allein darauf, daß der Ausdruck ex jure Quiritium im spätern Rechte die übliche Bezeichnung des eigenthümlich römischen Charakters eines privatrechtlichen Verhältnisses war; wie Quirites die übliche Anrede an die versammelten römischen Bürger. Wir möchten darnach es nicht so kühn eine „Grundwahrheit“ nennen, daß die Patricier, in dieser alten Zeit, keinen ager privatus gehabt haben. Unglaublich ist es, daß die

Quiriten, als sie sich zu gleichem Recht mit den Ramnes vereinigten, das bei ihnen bestehende Privatlandcigenthum sollten aufgegeben haben, und unwahrscheinlich, daß man dieses quiritische Institut, auch dem Namen nach als solches bezeichnet, erst wieder reproducirte, als man nach geraumer Zeit die Plebejer in die Staatsverbindung aufnahm. Noch weiter entfernt aber sind wir, mit B. §. 6. anzunehmen, daß die patricische Occupation des *ager publicus* nur in einer mißbräuchlichen Ausdehnung ihres Hütrechts auf der gemeinen Trift und Weide seinen Ursprung gehabt habe.

Unter den Veränderungen der Verfassung während der Königszeit ist weniger erheblich, und für uns sehr dunkel, die von Tarquinius Priscus vorgenommene. Beide Schriftsteller beziehen die Einführung der doppelten Ramnes, Tities und Luceres wesentlich auf die Kriegsverfassung; aber in verschiedener Weise. B. nimmt an, es seien dadurch die Centurien der Celeres auf sechs vermehrt; P. schreibt schon dem Tullus Hostilius die Verdoppelung der normalen Zahl der Celeres wie des ganzen Heeres zu, und glaubt, daß unter Tarquinius die Zahl der Ritter auf 1200 gebracht worden sei, indem die Patricier aus ihrer Mitte solche erhöhte Zahl gestellt und dadurch die Aufstellung plebejischer Rittercenturien noch abgewendet hätten.

Von größerem Interesse ist es, die Darstellung der Servianischen Verfassung bei unsern beiden Rechtshistorikern zu vergleichen. Die Eintheilung in Tribus fassen beide als eine Eintheilung des gesammten Staatsgebietes auf, die in sofern auch die Patricier umfaßte; daher wird diesen auch das Recht, in den Tribusversammlungen zu erscheinen, wie überhaupt sich als Plebejer zu geriren, nicht abgesprochen; „es versteht sich aber wohl von selbst, daß sie von dieser Möglichkeit damals keinen Gebrauch machten“, setzt P. hinzu; B. aber bemerkt in der Note, daß erst a. u. 284. die Patricier vom Stimmen in der Tribusversammlung ausgeschlossen seien, was allerdings Liv. II. 60. a. C. sehr verständlich anzudeuten scheint. Als ursprüngliche Zahl der Tribus nimmt B. mit Niebuhr 30 an, 4 städtische und 26 ländliche, und wohl hat diese Zahl große Wahrscheinlichkeit für sich; sicherer aber ist es mit P. dieselbe unbestimmt zu lassen, und sich bei der Annahme zu beruhigen, daß die Zahl wohl von Anfang an nicht als eine geschlossene, sondern als eine nach Vergrößerung oder Verringerung des Gebietes sich ändernde betrachtet und so denn auch damals mehr durch locale Rücksichten, als durch ein von vornherein angenommenes Zahlverhältniß bestimmt wurde. Wichtiger ist die Vermuthung von P., daß ursprünglich nur die vier

städtischen Tribus eine gemeinpolitische Bedeutung gehabt haben, dergestalt, daß alle Landbewohner, obwohl in besondere Localtribus vertheilt, zugleich auch mit in jene eingereicht gewesen wären, weil dadurch ihre Theilnahme an der gemeinsamen politischen Stellung des plebejischen Standes bedingt gewesen. Er weicht dadurch weit ab von B., welcher nach Dionys. IV. 22. den Freigelassenen schon damals ihren Platz in den vier städtischen Tribus anweist. In der That ist jene Vermuthung nicht unwahrscheinlich, jedenfalls aber entschieden vorzuziehen der Hypothese von Gutschke, welcher alle Patricier und die angesehenern Plebejer in die städtischen Tribus verweist, und den sämtlichen in den ländlichen Tribus begriffenen Bürgern gegen jene nur eine untergeordnete Bedeutung beilegt. — Bei der Darstellung der Centurienverfassung geht P. von der militärischen Bedeutung derselben aus und gibt von diesem Gesichtspunkte aus eine eben so anschauliche als gedrängte Beschreibung davon; er bekämpft aber zugleich die sehr gewöhnliche Vorstellung der Identität des in Centurien geordneten Heeres und der Centurienversammlung. „Die Centurien drücken nur die Zahl der Kriegsmannschaft aus“, und die Centurieneintheilung setzte fest, „wie viel Mannschaft und von welcher Ausrüstung man von den verschiedenen Classen forderte“; „in demselben Verhältniß aber, in welchem jede Abtheilung mit dem Kriegsdienst belastet war, sollte sie auch an der Entscheidung über öffentliche Angelegenheiten Theil nehmen“; die politischen Centurien hatten daher mit den militärischen ihre Zahl für jede Classe, aber auch nur diese, nicht ihre Zusammensetzung gemein; es stimmten z. B. in der Volksversammlung nicht die Hausköhne, wohl aber standen sie im Heer, und es stimmten nicht dort in zwei Centurien die Musikanten, sondern diejenige Classe der Bürger, welche dieselben stellen mußte, hatte deßhalb zwei Centuriatsstimmen mehr. Nicht einmal die persönliche Dienstpflicht war durch die Stellung in einer politischen Centurie ausgesprochen; die seniores, welche die eine Hälfte der Classencenturien bildeten, waren nicht zum Kriegsdienst in Person verpflichtet, außer zur Vertheidigung der Stadt. Die nöthige Mannschaft konnte auch aus den Proletariern genommen werden, indem ihnen von den Classen-Bürgern die Ausrüstung gegeben ward; die letztern heißen deßhalb *assidui*, jene *proletarii*, d. i. *proboletarii* (Vorgeschobene). — Diese Ansicht der Centurienverfassung scheint dem Rec. durchaus treffend; so erst gewinnt dieses Verfassungsgebäude praktische Anschaulichkeit, und verliert den ihm sonst wohl verliehenen Schein eines unpraktisch künstlichen Zahlensystems, das im Verlauf von einigen Lustern wesentlich alterirt werden mußte. — Mit Recht verwirft auch P.,

übereinstimmend mit B., die von Niebuhr angenommene Scheidung der *accensi velati* in zwei Classen und erklärt den Beinamen *velati* aus ihrer militärischen Bedeutung. Die *sex suffragia* hält P. mit Niebuhr für sechs alle Patricier umfassende Rittercenturien, und gibt auch hier einen plausiblem Grund der besondern Benennung an. Indessen ist dieser Punkt noch immer sehr zweifelhaft. Gibt man auch der Relation des Livius mit Recht den Vorzug vor der zweifelhaften Stelle des Festus, welche den Namen *sex suffragia* vielmehr sechs neugeschaffenen plebejischen Rittercenturien beizulegen scheint, um so mehr als diese Stelle durch eine kleine Emendation mit Livius in Uebereinstimmung gebracht werden kann (*quae sunt affectae ex numero* statt *quae s. affectae ei n.*), so ist es doch sehr bedenklich, die Patricier von der Classeneintheilung ganz auszuschließen und dieselben allesammt in jene *sex suffragia* zusammenzudrängen, wogegen neuerdings noch wieder Peter (Epochen der Röm. Verfassungsgeschichte S. 3. ff.) polemisirt hat. Auch B. erklärt nur die *sex suffragia* für sechs patricische Rittercenturien, denkt aber nicht daran, sie für den Inbegriff aller stimmfähigen Patricier zu halten, da er auch schon in der ältesten Legion 3000 Patricische Fußgänger den 300 Patricischen Rittern gegenüberstellt.

Welche Rechte übrigens den Centuriat-Comitien beigelegt sein sollten, darüber spricht sich B. gar nicht aus; er scheint nicht der Meinung zu sein, daß ihnen eine Theilnahme an der Gesetzgebung ursprünglich bestimmt gewesen sei; denn in §. 11. und 19. bezeichnet er es als eine „neue Aenderung“, daß a. u. 247. der Consul Valerius Publicola die Gesetze in den Centuriatcomitien zu rogiren anfang, wofür Cic. de republ. II. 31. zum Beweise angeführt wird. Aber wenn auch wirklich das Gesetz über die Provocation überhaupt das erste den Centuriatcomitien vorgelegte gewesen wäre, was doch durch jene Stelle Cicero's keineswegs genügend bewiesen ist, so könnte man darin doch nicht eine wahre Neuerung des Valerius erkennen, als welche es auch sonst nirgendwo hervortritt. Es war vielmehr nur die Ausführung dessen, was Servius angeordnet hatte. So sieht die Sache auch P. an. Nach ihm wollte der König der neugeschaffenen Volksversammlung die Gesetzgebung, Beschluß über Krieg und Frieden, die Wahl der Magistrate beilegen (S. 168.); aber diese Verfassung kam nicht ganz zur Ausführung, sie wurde in ihrer Wirksamkeit gehemmt durch die Empörung, welche Servius des Thrones beraubte; Tarquinius Superbus brachte nur in Ausführung, was ihm dienlich war; erst nach dessen Vertreibung brachte die gemeinsame Gefahr eine Uebereinkunft unter den Partei-

häuption zu Stande, welche die Realisirung der Servianischen Verfassung in ihren wesentlichen Punkten erzielte. Hieran knüpft nun B. sofort die Geschichte der Verfassung bis zur ersten *Secessio Plebis*, indem er zeigt, wie die Vertreibung der Könige in ihren weiteren Folgen doch keineswegs den Plebejern günstig war, und so denn zum ersten Mal die Letzten zu dem verzweifeltsten Schritte der Auswanderung getrieben wurden. In dieser Ausführung ist uns ein Punkt aufgefallen, worin, wenn wir nicht irren, dem Verfasser ein erhebliches Versehen entschlüpft ist. Er bemerkt S. 175., der Schutz der *Provocation* „galt nur *intra centesimum lapidem*, nicht in einer weitem Entfernung von der Stadt“. Dies wäre ein Umkreis um die Stadt gewesen, der sich wohl weit über die damaligen Grenzen des römischen Gebietes hinaus erstreckt hätte; denn unseres Wissens wurde nur je eine römische Meile (von 1000 Schritten) durch einen *lapis* bezeichnet, und es hätten also die damaligen Bürger bei jener Gränzbestimmung ziemlich ruhig sein können. Nach Livius III. 20. war aber die *Provocation* eben nur auf einen Umkreis von 1000 Schritten beschränkt, galt also nur *intra primum lapidem*. Der Verf. scheint die spätere Bestimmung der Competenz des *praefectus urbi* (L. 1. §. 4. D. de off. praef.) im Sinn gehabt zu haben, und es war vielleicht nur ein *lapsus calami*, daß er schrieb *intra centesimum lapidem*.

Indem wir nun weiter zur Darstellung der folgenden Perioden der Rechtsgeschichte fortschreiten, müssen wir uns, um nicht ein Buch über die zwei Bücher zu schreiben, wohl darauf beschränken, nur einzelne hervorragende Punkte hervorzuheben. — Es begegnet uns zunächst die Geschichte der XII. tabb. Was B. über deren Tendenz und Inhalt, über deren Werth und Ueberbleibsel sagt, hat durchaus unsern Beifall, und besonders treffend ist die Bemerkung gegen die Annahme überwiegenden griechischen Einflusses auf deren Inhalt: eher bedürfe es einer Erklärung, warum die Stammverwandtschaft mit den Griechen einen so unbedeutenden Einfluß auf das Recht habe, warum sie hier so viel weniger sichtbar sei, wie in der Sprache, „von der noch niemanden in den Sinn gekommen ist, zu behaupten, sie sei durch Gesandte geholt worden“. Nicht zu billigen aber scheint es uns, wenn der Verf. S. 195. mit so großer Bestimmtheit, der Meinung Niebuhr's folgend, fortfährt: „Der Decemvirat war keineswegs bloß zu einem vorübergehenden Dasein für die Zeit der Abfassung des Gesetzbuchs bestimmt, u. s. w.“ Wohl hat diese Vermuthung Niebuhr's einigen Schein. Aber sie ist doch immer nur eine Vermuthung, welche die Ansicht der Alten gegen sich hat, und durch

keinerlei Argumente so genügend unterstützt wird, daß man sie als unzweifelhafte, historische Thatsache hinstellen könnte (Vgl. jetzt auch Peter Epochen S. 78. ff. Ruperti Röm. Alterth. II. S. 146. fg.). — B. verrieth von einer solchen Hypothese keine Spur, macht aber einige unpassende oder schiefe Bemerkungen über die XII. tabb. So §. 22. „Da es... auf ein vollständigeres und festeres bürgerliches Recht abgesehen war, so umfaßten die XII. Tafeln das gesammte Rechtsgebiet, sowohl das öffentliche als das Privatrecht mit Einschluß des *ius sacrum*“; — und dann: „Zugleich waren sie auf das Princip der möglichsten Rechtsgleichheit aller Bürger gebaut“. Und etwas sonderbar lautet es, wenn der Verf. weiterhin bemerkt, nach dem Gallischen Brande seien die XII. Tafeln hergestellt, „da Viele dieselben auswendig wußten“, und zum Beweise dafür anführt, was 300 Jahre später Cicero von seiner Zeit aus sagt. Aus Liv. VI. 1. kann man nicht einmal entnehmen, daß die Originale der XII. tabb. im Gallischen Brande wirklich zerstört worden seien; die Worte: „conquiri quae comparerent“ deuten vielmehr auf ein Wiederauffuchen, von dessen Erfolglosigkeit Livius nichts sagt. Auch hatte man schon damals ohne Zweifel manche Abschriften davon, so daß man die auswendig Wissenden nicht nöthig hatte. — Neu war dem Rec. die Notiz bei B. §. 22. Not. 14. über eine angeblich in der Bibliothek zu Madrid vorfindliche Verifikation der XII. tabb. durch Petrus de Grannon; aber wer mag es glauben, daß ein Mönch um's Jahr 1000 n. Chr. die XII. tabb. habe in Verse bringen können?

In der Geschichte der innern Unruhen bis zur *lex Licinia* schließt sich B. im Wesentlichen Niebuhr an, die *lex Licinia de modo agri* aber bezieht er nicht bloß auf die Possessionen vom *ager publicus*, sondern auch auf das Privatlandesigenthum, ja, er hält es für wahrscheinlich, daß sie sich bloß auf das letzte bezogen habe, und allerdings muß auch Rec. wenigstens dem Ausspruche beistimmen, daß die Unrichtigkeit der Niebuhr'schen Ansicht von Huschke auf's gründlichste nachgewiesen sei. Beachtenswerth ist ferner die Erörterung über das Verhältniß der verschiedenen Comitien S. 207. ff. In der *lex Publilia* sieht B. nichts anderes als eine Bestätigung der Regel, daß Anträge an die *comitia centuriata* zuvor im Senat berathen sein sollten; gewiß mit Recht; denn nichts berechtigt uns auf die Worte: „ante initum suffragium“ bei Liv. VIII. 12. einen solchen Nachdruck zu legen, daß man darin ausgedrückt finden könnte: „nicht mehr, wie bisher, *post initum suffragium*“. Sehr ungenau ist hierüber Burchardi §. 30. Er gibt als

Inhalt der lex Publilia an: „ut senatus in incertum comitorum eventum auctor fieret“, während doch dieser Ausdruck für den Inhalt des Gesetzes in den Quellen sich nirgend findet, vielmehr Livius l. c. denselben anders und mit Beschränkung auf leges angibt, auch nicht den Senat nennt, sondern die patres, wodurch die Deutung auf die Curien allein möglich wurde. Daraus ist denn auch ferner hervorgegangen, daß B. die lex Maenia nur für eine Bestätigung der lex Publilia ansieht, während P. mit Recht bemerkt, daß die Wahlen durch die lex Publilia nicht betroffen wurden, dafür erst die lex Maenia entscheidend war. Auszuzeichnen ist ferner bei P. S. 212. ff. die Geschichte „der Bildung eines dritten Standes und Reform der Centuriatcomitien“. Die Darstellung des Verhältnisses der verschiedenen Classen der cives non optimo iure, und der Bedeutung der forensis factio ist trefflich. Auch sind die ungenügenden Andeutungen über die Beschaffenheit der neuern Centurienverfassung auf geschickte Weise zu einem in sich wohl zusammenhängenden Resultate verknüpft. Doch ist dieser Gegenstand so zweifelhaft und schwierig, daß wir eine eigene Abhandlung schreiben müßten, um die Ansichten darüber im Einzelnen zu prüfen; wir wollen daher nur andeuten, daß P. zu denjenigen gehört, die in jeder Tribus nur zwei Centurien annehmen, daß er aber auch noch eine Abtheilung in Classen nach einem uns unbekanntem Verhältniß voraussetzt, abgesehen von den Centurien der Ritter, während dagegen B. S. 38. in jeder Tribus zwei Centurien für jede der 5 Classen annimmt. Die Stelle des (angeblichen) Sallust. de ord. republ., die der letzte als Argument gegen die erste Ansicht anführt, weist P. S. 222. vielleicht etwas zu fest, als von einem bloßen Buchgelehrten herrührend, ab.

Trefflich sind bei P. die nächst folgenden beiden Kapitel, Italien, dann die Provinzen, nach welchen eine gedrängte Darstellung der Hauptmomente, welche die Zeit des Verfalls der Republik charakterisiren, den Schluß der Verfassungsgeschichte dieser Periode bildet. Dort finden wir eine kritisch wohl begründete Bestreitung der Annahme, daß den Bundesgenossen allgemein das connubium gegeben worden sei (S. 231.); daß den Latinen das besondere Recht zugestanden habe, in den römischen Comitien zu stimmen, auch ohne römische Bürger zu sein (S. 232.); ferner daß bei Gai. I. 96. ein maius und minus Latium, wie Niebuhr wollte, unterschieden sei (S. 233. Anm.), und eine genaue Prüfung der verschiedenen Meinungen über das Verhältniß der 12 oder 18 latinischen Colonien (S. 235. ff.), die zu dem Resultat führt, daß das commercium ein regelmäßiges Recht der alten latinischen Colonien gewesen sei,

jedoch wohl ausnahmsweise nicht das Recht enthalten habe, durch das Testament eines römischen Bürgers zu erwerben.

Wir wenden uns zur Geschichte der Rechtsquellen, welcher hier zuerst bei P. eine zusammenhängende Untersuchung gewidmet ist (S. 275—362.). Bei B. beziehen sich auf denselben Gegenstand §. 50—65. oder S. 139—168. Der letzte unterscheidet Quellen des Civilrechts, nämlich: 1) Gesetze und Plebiscite, 2) Senatsbeschlüsse, und 3) Rechtsauslegung, Gerichtsgebrauch und Herkommen; und dann das jus honorarium, und bespricht noch den Zustand der Rechtswissenschaft. Von den Volksbeschlüssen privatrechtlichen Inhalts gibt B. §. 52. ff. ein chronologisch geordnetes Verzeichniß, von dem wir nicht einsehen, was es einem Institutionisten, auf den doch dieß Buch berechnet ist, an diesem Orte nützen möge, worin aber auch einige Ungenauigkeiten zu rügen sind. So ist die Inhaltsangabe der lex Voconia (S. 147.) gewiß unrichtig (vergl. Haffe im Rhein. Mus. III. S. 183. ff.). Daß der zu 100000 asses censirte Bürger einem Frauenzimmer auch kein Legat geben könne, sagt keine der in Nota 21. citirten Stellen, und die in Nota 23. citirte Stelle sagt nicht, daß nur der weniger Vermögende einem Frauenzimmer höchstens die Hälfte vermachen könne. Auch beweiset Cicero in Verr. I. 41. viel eher, daß der erste selbst die einzige Tochter nicht zum Erben einsetzen konnte, als Cic. de republ. III. 10. das Gegentheil. Noch weniger aber beweiset dieß das pr. I. de codicillis. — So ist es auch zu tadeln, daß bei der lex Furia (S. 148.) die exceptae personae nicht erwähnt werden, während doch bei der lex Cincia (S. 145.) darauf hingedeutet ist. Sehr mangelhaft ist ferner, obwohl nur sprachlich, — der Ausdruck bei der lex Julia et Plautia: „sie entzog unter andern Bestimmungen auch die Grundstücke u. s. w.“ statt „sie enthielt unter andern Bestimmungen auch diese, daß u. s. w.“. Dabei ist es auch auffallend, daß der Verf. das Gesetz „lex Julia et Plotia“ nennt, und dasselbe doch in's Jahr 665. setzt, da man doch für diese Zeitangabe keinen andern Grund hat, als daß in diesem Jahr M. Plotius Silvanus tribunus plebis war, von einem Collegen desselben, Namens Julius, aber nichts bekannt ist (Drelli Cic. opp. t. VIII. p. 232. sqq.). Und wenn der Verf. in der Ann. sagt, es sei kein Grund vorhanden, diese Bestimmung der lex Julia de vi privata zuzuschreiben, so wird wohl gewiß Niemand gegen die Autorität von Gai. II. 45. dieselbe der lex Plautia absprechen; wohl aber hat es guten Grund unter der lex Julia das spätere Gesetz über denselben Gegenstand zu verstehen; daß aber das spätere zuerst genannt wird, erklärt sich daraus, daß dieses für die

spätere Jurisprudenz das wichtigere war. — Eine ganz falsche Argumentation ferner findet sich S. 151. in Betreff der *lex Licinia*, die in L. 12. D. de alienat. iud. mut. erwähnt ist. Diese soll nicht älter sein, als 632., weil erst von da an Proconsuln vorkommen, die Grundsätze über alienatio iud. mutandi c. aber aus dem Edict der Proconsuln stammen. Dieß ist ein wahres Probestück von historischen Fehlschlüssen. Weil die erste Stelle des tit. Dig. cit. aus Gai. ad edictum provinciale genommen ist und dieser natürlich den Proconsul als Edicenten anführt, so soll auch nothwendig im Provincialedict zuerst diese Bestimmung aufgestellt worden sein! Und weil der Provincialregent zu Gaius' Zeit Proconsul heißt, so soll auch nur ein solcher, der schon den Titel Proconsul führte, das Edict zuerst aufgestellt haben! Und weil die *lex Licinia* etwas bestimmt hat für einen besondern Fall der alienatio iud. mut. c., so soll das allgemeine Edict über diese nothwendig älter sein! Daß in dem betreffenden Titel auch mehrere Stellen aus Ulpian. und Paul. ad edictum (urbanum) vorkommen, daß jener in L. 4. ibid. sagt: „improbat praetor“, dieser in L. 8. ibid. „ait praetor“, hat der Verf. nicht berücksichtigt. — Auch sonst noch stößt man hier mehrmals auf ungenauen oder unpassenden Ausdruck. — Falsch ist es, wenn S. 160. schon für diese Periode die Edicte der Aedilen als ein Anhang zum edictum urbicum bezeichnet werden, und nicht zu billigen, wie S. 163. Cicero's unehrliche Spässe über die *notae* der Juristen als beweisend angeführt werden.

Vergleichen wir mit diesem Capitel B's. die entsprechende Ausführung bei P. S. 275. ff., so treten auch hier wieder die Vorzüge des letzteren Buches, die freilich zum Theil in dem verschiedenen Plane desselben ihren Grund haben, recht einleuchtend hervor. In der That gehört die Darstellung der Rechtsquellen in dieser wie in den folgenden Perioden zu den besten und dankenswertheften Partien des Werkes, und insbesondere zeigt sich bei diesem mehr technisch juristischen Gegenstande die Kunst des Verfassers, seiner Darstellung ein auch den Laien anziehendes Leben zu geben. Sie ist gewürzt durch manche treffende Bemerkung von allgemeiner Bedeutung. Sehr gelungen scheint uns unter anderem die Behandlung der Frage über die Gesetzeskraft der Senatsbeschlüsse, die bei den Römern selbst jetzt der Gegenstand eines politischen Kampfes, wie bei unseren Gelehrten Gegenstand einer antiquarischen Discussion sei, wobei der Verf. S. 189. die beherzigungswerthe Bemerkung macht: „Es ist einer der größten und zugleich einer der häufigsten politischen Fehler, einem factisch mächtigen Element im Staat, dessen that-

sächliche Gewalt sich nicht beseitigen läßt, den entsprechenden rechtlichen Einfluß zu versagen oder zu schmälern.“ So verdient ferner auch die Ausführung über die auctoritas prudentium allen Beifall, worin der alten Fabel von juristischer Geheimnißkrämerei, den rednerischen Lizenzen des Cicero gegen die Juristen und der Geschichte des ius Flavianum die gebührende Kritik zu Theil wird; vorzüglich aber hat den Rec. die wichtige Erörterung über die edicta magistratuum und über das ius gentium angesprochen (S. 313—362.). Gewiß mit Recht legt P. in der Entwicklung des prätorischen Rechts ein besonderes Gewicht auf die lex Aebutia, deren B. bei dieser Gelegenheit auffallender Weise nicht einmal Erwähnung thut. Auch ist Rec. geneigt, mit P. der lex Aebutia ein ziemlich hohes Alter zuzuschreiben (worin auch B. §. 55. gleicher Meinung ist), findet jedoch die Argumentation, die von der Zeit der lex Cincia hergenommen wird, nicht sehr überzeugend.

Gehen wir zur dritten Periode über, welche beide unsere Rechts-historiker mit Augustus beginnen, so tritt uns sogleich eine Differenz entgegen in der allgemeinen Bezeichnung des staatsrechtlichen Charakters der Verfassung dieser Zeit. „Durch die Vereinigung mehrerer der bedeutendsten Gewaltzweige in Einer Hand war der Staat eine wirkliche Monarchie geworden“, so sagt B. in §. 66., der überschrieben ist „Uebergang zur Monarchie“. Dagegen P. tabelt es, daß man die Regenten von August an Kaiser nennt und die Verfassung seit August als eine monarchische bezeichnet. Er vermeidet für diese Periode noch durchaus jene Benennung, sondern nennt die Regenten mit den römischen Juristen Principes, und gibt so auch dem betreffenden Abschnitt seines Buches die Ueberschrift „Principat und Republik“. Darin ist unläugbar dieses richtig, daß durch Augustus die Republik nicht aufgehoben, sondern nur der bisherigen republikanischen Verfassung ein neues Element hinzugethan wurde, welches diese erst allmählig überwältigte, daß daher die jetzige Verfassung nach der ihr zum Grunde liegenden Idee eine wahre Monarchie noch nicht genannt werden könne. Indessen verkennt diesen allmählichen Uebergang ja auch B. nicht, und andererseits gibt P. zu, daß jenes neue Element der Republik in seinem innersten Wesen von Anfang an zuwider war, wie es dieselbe zuletzt ganz verschlungen hat. Und so ist denn der Streit am Ende mehr um den Namen als um die Sache. Den Namen Kaiser aber mag man immerhin nach verjährtem Gebrauche dem Augustus und dessen Nachfolgern beilegen, so gut wie den Regenten der vierten Periode, welche sich selbst ja auch nicht anders denn als Nachfolger der Principes dieses Zeitraumes betrachteten. — Von der

jetzigen Verfassung gibt P. S. 368—382. eine gedrängte Darstellung; er zeichnet darin den ihr eigenthümlichen Charakter der Duplicität, wonach der Staat getheilt ist zwischen dem Princeps und dem Populus oder Senat, der erste aber auch die Verbindung zwischen beiden Gliedern bildet, und eben dadurch in der Lage sich befindet, Alles von sich abhängig zu machen. — Viel detaillirter ist hier B. S. 170—208., obwohl in compendiarischer Form. Einzelne Fehler sind auch hier zu rügen. So z. B. wird S. 173. gesagt, im zweiten Jahrhundert hätten die Kaiser die Ernennung der Beamten ganz an sich gezogen, und dafür wird eine schon ihrem Inhalt nach nicht ganz genügende Stelle des Modestinus angeführt, der erst im dritten Jahrhunderte blühte, noch über die Regierungszeit des Severus Alexander hinaus, und dieser wird in derselben Note als ein Kaiser erwähnt, welcher „später noch“ auf die Wünsche des Senats Rücksicht genommen habe. — S. 177. wird der ehrenfeste Titel des deutschen Kaisers „allzeit Mehrer des Reiches“ eine scherzhafte Uebersetzung von „semper Augustus“ genannt. — S. 181. werden die Mitglieder des consilium principis comites consistoriani genannt, welcher Name doch für diese Zeit noch durchaus nicht beglaubigt ist. — S. 188. wird als Regel vorausgesetzt, daß nur ein quaestor candidatus principis ernannt worden sei, während doch schon aus L. 1. D. h. t. hervorgeht, daß deren Zahl nicht bestimmt war; ihre Bedeutung ist richtig angegeben bei P. S. 379. — S. 185. wird bemerkt, der peregrinischen Prätur geschehe zuletzt unter Hadrian Erwähnung, und doch erwähnt deren noch Gaius I. 6. IV. 31., den B. selbst (S. 8.) unter Antonius Pius setzt, und er hat seine Institutionen sogar noch unter M. Aurel. geschrieben (P. S. 447.). — S. 186. wird die Angabe des Lydus I. 49. II. 19., daß Domitian 12 praefecti urbi bestellt habe, ohne allen Grund auf praefecti feriarum Latinarum bezogen und dem Lydus eine Verwechslung Schuld gegeben. Von S. 208—215. folgt bei B. die Organisation der einzelnen Landestheile. In diesem für die Rechtsgeschichte so wichtigen Punkte ist umgekehrt wieder B. ausführlicher (S. 382—416). Es finden sich aber hier auch einzelne erhebliche Abweichungen unter beiden Schriftstellern. P. nimmt erst hier Veranlassung ausführlicher von der lex Julia municipalis (auf der tab. Heracleensis) und von der lex Rubria oder Galliae cisalpinæ zu reden, indem er sie als die Grundlagen der italischen Städteverfassung in dieser Periode betrachtet. Ueber den Namen wie über den Inhalt der lex Rubria hat sich bekanntlich P. in einer besondern Abhandlung weiter verbreitet, und darin nun auch von Savigny's

Seite volle Beistimmung erfahren. B. würde darnach seinen Widerspruch (S. 153.) wohl auch aufgegeben haben, wenn er jene Abhandlung schon hätte benutzen können. In Verbindung hiermit steht eine andere Verschiedenheit, daß nämlich P. (S. 243—394.), gewiß mit Recht, nach der *lex Julia municipalis* Praefecturen in der alten Bedeutung nicht mehr annimmt, wohl aber B. S. 122. 127. In einem andern Punkte dagegen stimmen beide überein, darin nämlich, daß die Beschränkung der Jurisdiction der *Municipalmagistratus* nicht erst durch die Anordnung der *Consulares* unter Hadrian eingetreten sei, sondern schon nach der *lex Julia municipalis* für alle italischen Städte gegolten habe (B. S. 127. 216. P. S. 398. ff.), und allerdings ist diese Annahme wohl begründet, obwohl man dieselbe nicht geradezu als erwiesen durch die von B. l. c. Note 10. angeführten Stellen hinstellen kann. Nicht erwiesen ist auch durch die in Note 19. S. 217. von B. citirten Stellen, daß nach jener Hadrianischen Ordnung die Jurisdiction des *praetor urbanus* auf den Umkreis von 100 Meilen um Rom sich erstreckt habe, so wie es falsch ist, wenn S. 223. gesagt wird, die Competenz des *praefectus urbi* sei durch Severus über ganz Italien ausgedehnt worden; denn wenn dieß auch die kritisch verdächtige L. 1. pr. D. de off. praef. urbi zu sagen scheinen möchte, so wird es durch L. 1. §. 4. *ibid.*, wo eben auf die *epistola Divi Severi* Bezug genommen wird, deutlich widerlegt. — Erheblicher sind die Meinungsverschiedenheiten in Betreff der Provinzialstädte. B. §. 86. hält Civität der Einwohner, Eigenthum an Grund und Boden und selbständige Verwaltung und Rechtspflege für wesentliche Attribute aller römischen Municipien und Colonien in den Provinzen, und findet daher das Besondere des nur Manchen von ihnen verliehenen *ius italicum* bloß im Genuß gleicher Steuerfreiheiten und gleicher persönlicher Vorrechte, wie sie für die Italier galten. Auch den latinischen Colonien legt er Eigenthum an Grund und Boden und eine Municipalverfassung bei, und in Folge der allgemeinen Ertheilung des Bürgerrechts durch Caracalla nimmt er denn auch in den eigentlichen Provinzialstädten eine Nachbildung der Municipalverfassung an, aber hier freilich ohne *Commercium* des Bodens. P. dagegen S. 406. ff. führt aus, übereinstimmend mit den Resultaten von Savigny's bekannter Abhandlung, daß nur die Städte mit *ius italicum* aller oben erwähnten Rechte genossen, daß keineswegs alle Provinzialmunicipien und Colonien schon an sich mit einer italischen Verfassung versehen gewesen, noch weniger *Commercium* des Bodens gehabt haben, daß namentlich die Verleihung der Civität (und so auch der Latinität) an eine Stadt oder an mehrere Städte nicht

eine ſolche Veränderung ihrer Rechtsverhältniſſe herbeigeführt, ſondern an ſich nicht anders gewirkt habe und nichts anderes geweſen ſei, als die Verleihung der Civität (oder Latinität) an alle Bürger oder Einwohner derſelben, daß durch jene allerdings die Stadt in ein Municipium eine Stadt von römischen Bürgern, verwandelt worden ſei, aber dadurch allein noch keineswegs die Exemption von der Provincialregierung erlangt habe, ſo wenig wie dieſes gleich Anfangs im cisalpinischen Gallien der Fall geweſen ſei. Rec. kann nicht umhin dieſer Ausföhrung im Ganzen beizustimmen und findet inſbeſondere auch die Art, wie das Verlangen mancher Provincialmunicipien nach dem Rechte einer römischen Colonie erklärt wird (S. 415.), ganz plauſibel. Die Aſſignation des Landes bei Colonien, auf welche B. wiederholt ſich bezieht zum Beweiſe, daß commercium des Bodens in deren Gebiete ſtattgefunden haben müſſe, beweist dieſes in der That nicht, da die Aſſignationen auch bloß der ordnungsmäßigen Vertheilung des Landbeſitzes wegen vorgenommen werden konnten, und z. B. nach der lex Sempronia auch ſtattanden, ohne wahres Eigenthum zu gewähren. — Auffallend war dem Rec. noch die Bemerkung von B. §. 86. Note 5., daß, als Italien unter Diocletian wieder tributär ward, dieß unſtreitig auch die Städte mit ius italicum betroffen habe. Rec. möchte viel eher das Gegentheil dieſer Behauptung unſtreitig nennen; denn beweist nicht ſchon der tit. D. de censibus, daß noch zu Juſtinian's Zeit die Steuerfreiheit der Städte, die das ius italicum hatten, praktiſch beſtand? (Vgl. P. S. 582.).

Den beträchtlichern Theil des Buches nimmt bei P. die Darſtellung der Rechtswiſſenſchaft und der Rechtsquellen dieſes Zeitraums ein (S. 517—567.), und mit Recht; ſie ſind jetzt vorzugsweiſe wichtig. Bei B. entſpricht S. 226—271. Wir müſſen uns, was zunächſt den lezten betrifft, wiederum auf einzelne, meiſtens rügende Bemerkungen beſchränken, wobei wir, wie immer, im Allgemeinen den Fleiß in der Zuſammenſtellung nicht verkannt haben wollen. — Nach S. 230. ſollen die decreta principum interlocutiones heißen haben, „wenn ein Richter die Entſcheidung des Kaiſers eingeholt hatte“. Dieß wird aber durch L. 1. §. 1. D. de const. princ. verb. „vel de plano interlocutus est“ nicht bewieſen, ſondern widerlegt. — S. 233. wird von dem Codex Gregorianus ſagt: „Mehr als 13 Bücher dürfte derſelbe nicht enthalten haben“, ohne einen im Geringſten genügenden Grund: denn der in Note 10. angeführte kann dafür nicht gelten, und hat vielmehr die in Note 11. getadelte Conjectur Blume's einen vergleichungsweiſe viel ſtärkeren Stützpunkt. — Ebendaſelbſt Note 8. führt B. als einen Grund

dafür, daß der Codex Gregorianus nur eine Privatarbeit gewesen sei, dieses an, daß von einer officiellen Sammlung sich vermuthlich genauere Kunde erhalten haben würde, und setzt hinzu: „Ist doch selbst von der compositio Edicti durch Julian viel die Rede.“ Wahrlich ist davon, im Vergleich zu der Wichtigkeit, welche diese wirklich gehabt haben muß, in unsern Quellen nicht viel die Rede. — S. 234. Note 5. macht sich B. unnöthige Schwierigkeit mit Sueton's Angabe im Octav. cap. 56., daß Octavian selbst auch in tribubus gestimmt habe, da ja damals auch die Centuriat-Comitien auf den Tribus beruhten. — S. 236. §. 97. a. E. ist der unlateinische Ausdruck bonum vacans (statt bona vacantia) zu tadeln, dann der Satz, daß in vielen Fällen das Jemanden Hinterlassene „dem Fiscus verfallen, caducum sein solle“, als ob „dem Fiscus verfallen“ und „caducum werden“ einerlei und nicht auch andern Personen caducorum vindicatio gestattet gewesen wäre. Auch heißt es daselbst sehr unpassend: wegen des gemischten Inhalts sei die lex Julia et Pap. Popp. auch lex Julia Miscella genannt worden, wenigstens ein Kapitel u. s. w.“ Ein Kapitel (so viel uns bekannt, selbst von einfachem Inhalt) kann doch nicht wegen des gemischten Inhalts des ganzen Gesetzes jenen Namen erhalten haben. — Recht gut ist S. 239. Note 6. die Vermuthung über Veranlassung und Zeit der lex Claudia. — S. 254. Note 1. wird mit Unrecht L. 20. §. 2. D. de cond. instit. zum Beweise angeführt, daß Labeo das Sc. de captatoris institutionibus noch nicht gekannt habe; denn jene Stelle ist bei Javolenus wie im Justinianischen Recht auf eine schon geschehene Einsetzung (in praeteritum) zu beziehen. — Ganz verkehrt endlich, um noch einen Irrthum zu berühren, der mit einem schon oben gerügten Fehlschluß zusammenhängt, ist es, wenn S. 260. behauptet wird, das allgemeine Provincialedict habe „sogar in Rom“ gegolten, und zwar, wie Note 17. anführt, weil in vielen Pandektenstellen aus Gai. ad edict. provinc. das Provincialedict auch als für den Prätor und Rom geltend erscheine. Auch diese Stellen sind auf falsche Weise benützt. Wenn, wie dieselben ergeben, Gaius in seinem Commentar zu dem Provincialedict sich veranlaßt finden konnte zu sagen: Praetor excepit, iubet, prohibet, pollicetur u. s. w., und nach der sententia praetoris zu forschen, so folgt daraus keineswegs, daß das Provincialedict auch für den Prätor in Rom formelle Geltung hatte, sondern nur etwa das Entgegengesetzte kann daraus geschlossen werden, daß das Edict des römischen Prätors in das Provincialedict übergegangen war. Gaius hat einen Commentar zu dem letzten geschrieben und dabei natürlich auch die aus dem edictum urbanum

Herrührenden Bestandtheile seines Inhalts mit commentirt, und ist dabei auf die Quelle selbst, das Edict des Prätors in Rom, zurückgegangen, welches vielleicht in jenem seiner ganzen Form nach aufgenommen war; und es war dabei gewiß gar nicht seine Absicht, nur das dem Provincialedict Eigenthümliche zu erklären, sondern vielmehr ein zugleich für Rom selbst brauchbares Buch zu liefern.

Wenden wir uns zu P. zurück, so kostet uns nur das einige Uebersetzung, welche Partieen wir in der ganzen vortrefflichen Ausführung als besonders bemerkenswerth hervorheben sollen. Der Verf. gibt zuerst (S. 417. ff.) eine Charakteristik der Rechtswissenschaft in diesem Zeiträume, mit kurzen Angaben über die einzelnen namhaften Juristen, und darin eingeflochten eine befriedigende Untersuchung über den Gegensatz der Schulen. Ausgezeichnet ist der §. 101. und 102. über die wissenschaftliche Methode der römischen Juristen; und sehr gut auch, was sich daran anschließt, die Untersuchung über den juristischen Unterricht, worin der Verf. gewiß mit Recht die Meinung abweist, als ob die *iuris civilis professores*, denen wir jetzt begegnen, einen bedeutenden Antheil an der Entwicklung der Rechtswissenschaft gehabt, und Männer, wie Julian, Papinian, Paulus und Ulpian dieses Metier getrieben hätten, was eben so seltsam wäre, als wenn Jemand Cicero und die andern großen Redner seiner Zeit mit den Rhetoren verwechseln wollte, welche Sueton aufführt. Den Schluß dieses Abschnittes macht §. 104.: „Ueberreste der juristischen Literatur“ S. 476—498. Diese Zusammenstellung erst hier zu geben, obwohl einzelne der angeführten Quellen schon in den frühern Theilen des Buches benutzt werden mußten, findet Rec. ganz angemessen, weil sie hier ihre historische Stelle finden, während dem noch unkundigen Leser im Anfange des Werkes nur eine Reihe von Büchertiteln geboten werden kann. Von einzelnen Bemerkungen hebt Rec. namentlich die über Pauli sentt. IV. 8. §. 21. hervor (S. 496.), die er sich gelegentlich zu Nutzen machen wird. Dagegen stimmt Rec. mit dem Verf. nicht überein in der Auffassung der Eintheilung der Gaiischen Institutionen, worin er sich vielmehr an Böding's *Systema Gaiianarum institutionum* anschließen muß. Doch wäre es vergeblich, diesen viel besprochenen Punkt hier weiter zu erörtern. — In der Darstellung der einzelnen Rechtsquellen (S. 498. ff.) ist vorzüglich bedeutend die Untersuchung über die *principum constitutiones*. P. bekämpft hier die Ansicht Savigny's, daß die Decrete und Rescripte der Principes nur für den einzelnen Fall Gesetzeskraft gehabt haben, und zwar mit solchem Erfolg, daß uns dadurch diese Frage, in welcher auch schon Bethmann-

Hollweg als Recensent des ersten Bandes von Savigny's heut. R. R. seine von diesem abweichende Ansicht geäußert hat, vollkommen erledigt scheint. Sehr gut ist dabei namentlich auch das auseinandergesetzt, wie ungeachtet der im Allgemeinen anerkannten Gesetzeskraft jener Constitutionen dennoch die Juristen denselben gegenüber eine gewisse Freiheit der Beurtheilung geltend machen konnten. — Ebenfalls besonders hervorzuheben ist die Ausführung über die edicta magistratuum, worin der Verf. Opposition macht gegen die in neuerer Zeit durch Hugo's skeptische Prüfung älterer Ansichten vorherrschend gewordene Neigung, die vielbesprochene Aenderung des Edicts unter Hadrian kaum für eine solche zu halten. Ueberzeugend thut der Verf. dar, daß die Nachrichten über eine Feststellung des Edicts unter Hadrian's Autorität nach dem ganzen historischen Zusammenhange durchaus nichts Zweifelhaftes haben, vielmehr durch diesen wesentlich unterstützt werden. — Endlich schließt sich nun in diesem Zeitraum noch eine Untersuchung an über die Autorität der responsa prudentium, die wiederum alle Beachtung verdient. Treffend bemerkt der Verf. S. 551., wie die wahre Jurisprudenz durch ihren gleichmäßigen unbewegten Gang in politisch sich verwirrenden Zeiten stets das Schicksal gehabt habe, daß ihre stille unerschütterte Macht Staatsmännern, wie Cicero, höchlich unbequem erscheine, und S. 552., daß eine Abneigung gegen den Einfluß der Juristen und ihre zu wenig biegsame Art, die Dinge zu betrachten, wie sie sich bei den meisten energisch reformirenden Herrschern aller Zeiten wiederfinde, vielleicht Cäsar bestimmt habe, auf eine Einrichtung bedacht zu sein, die die Juristen entbehrlicher machen sollte, wie manche neuere Regenten von Gesetzbüchern sich ähnliche Erfolge vorstellten. Der kluge Augustus versuchte es nicht, den Einfluß der Juristen zu beseitigen oder nachtheilig zu beschränken, wohl aber auf eine gewisse Weise von der neuen Verfassung abhängig zu machen. Dazu diente ihm die förmliche Verleihung des ius respondendi. Der Verf. läßt keinen Zweifel dagegen aufkommen, daß den schriftlich und versiegelt übergebenen Gutachten der autorisirten Juristen eine besondere verbindliche Kraft beigelegt und dieses Ansehen denn auch auf ihre in den Schriften derselben niedergelegten Ansichten ausgedehnt worden sei, und in diesem Sinn erklärt er die bekannte Stelle des Gaius I. 7. unsers Tractatus ganz richtig, entgeht aber dadurch selbst der Versuchung, von einem eigens constituirten Spruchcollegium autorisirter Jurisconsulti zu fabeln. In diesem Punkte, so wie auch in Betreff der Edictsänderung stimmt übrigens B. §. 110. 111. im Resultate mit P. überein. Nur macht sich B. noch des nach P. S. 554. kaum zu

entschuldigenden Mißverständnisses der L. 2. §. 47. D. de O. J. schuldig, als ob Hadrian das *ius respondendi* nicht mehr erteilt habe, und leitet daraus ein somit unhaltbares Argument dafür ab, daß sich Hadrian's bekanntes Rescript (Gai. I. 7.), das B. auch ohne Grund für eine ganz neue Bestimmung hält, nicht bloß auf die speciell erteilten Responsa, sondern auch auf die Schriften der autorisirten Juristen bezogen habe, indem es ohne Beziehung auf die Vergangenheit bald alles Interesse verloren haben müßte. Für die ausgezeichneten Juristen, die Hadrian's Zeitgenossen waren und denen er in jener zierlichen Weise das *ius respondendi* wirklich verlieh, wäre es in der That kränkend gewesen, zu sehen, daß ihr Imperator ihnen die Möglichkeit abgeschnitten habe, ihre wohlbegründeten Meinungen gegen die Schriften der ältern autorisirten Juristen irgendwie geltend zu machen.

Wir sind bisher unsern beiden Rechtshistorikern durch drei Perioden hindurch gefolgt; widmen wir nun auch noch einige Worte der Darstellung der letzten Periode. Auch hier ist zunächst in Betreff der Verfassung B. in compendiarischer Form ziemlich ausführlich (S. 271—305.), welchen bei P. die freiere in der Seitenzahl fast gleiche Ausführung S. 568—604. entspricht. Dort ist mehr Detail, hier mehr Entwicklung in der Darstellung. Treffend bemerkt P. S. 569., daß man vom universalgeschichtlichen Standpunkte eigentlich schon mit Diocletian „das römische Glied der großen Kette“ schließen, mit Constantin die neue Aera beginnen müßte, „in welcher das römische Recht jenseits des Grabes seines Volkes und Erzeugers, unwandelnd und umgewandelt ein neues Leben führt“, daß aber vom Standpunkt einer besondern Geschichte des römischen Rechts diese Zeit freilich als das Ende erscheine, das eine Vergangenheit abschließt, so wie wir „das Sterben als das Ende des Lebens betrachten, während es zugleich die Geburt für ein neues Leben ist.“ Die gedrängte Darstellung der Verfassung dieses Zeitraums (oder vielmehr der Verwaltung; denn „so einfach die eigentliche Verfassung des Staats war, so verwickelt war seine Verwaltung“) ist bei P. lebendig und anschaulich. Sehr gut sagt er S. 574.: „Die Despotie war im Orient heimisch, sie war eine angestammte Regierungsform, im Occident war sie ein fremdes Gewächs, welches in den Nationen nie feste Wurzeln zu schlagen vermochte. Dort gab sie dem Staat mitten in der allgemeinen Auflösung noch eine gewisse Kraft und ein kompaktes Dasein, hier entzog sie ihm seine Stärke und beschleunigte seine Zerstückelung.“ Möge dieses stets Fürsten und Völkern unseres Abendlandes gegenwärtig sein, aber auch jenem schönen Lande des Aufganges, das in vorrömischen

Zeiten keineswegs eine Heimath der Despotie war, ein starkes und festes Reich des Rechts und christlicher Sitte beschrieben werden! Damals gaben es im Orient die zur Leitung der Kirche Berufenen zu, daß dieselbe bis auf einen gewissen Grad vom Staat in sich gezogen ward, wie wir noch jetzt erleben, daß sie von jenem mächtigen Selbstherrscher im Osten, der den lüsternden Blick nicht abwendet von der schönen Hauptstadt der byzantinischen Kaiser, bis zur Erstarrung geknechtet wird. „Im westlichen Reich aber nahm die Kirche mehr die Richtung auf die ihr gebührende Selbständigkeit gegenüber dem Staat, obwohl sie auch hier später der Versuchung erlag, einer weltlichen Herrschaft theilhaftig zu werden“. Kann doch auch der unbefangene Katholik nicht verkennen, daß zu Zeiten ein zu weites Uebergreifen der kirchlichen Autorität in das weltliche Reich, eine Vermischung der kirchlichen Interessen mit weltlich politischen Handeln zum Nachtheil der Kirche stattgefunden habe, wie sehr er auch andererseits, im Hinblick auf die trübselige Gestalt der orientalischen Kirche, eine weise Fügung darin erkennt, daß dem Oberhaupte der katholischen Kirche, als Fürsten eines weltlichen Gebietes, eine von der Gewalt einer besondern Landesherrschaft unabhängige politische Stellung gewährt worden ist. — Mit Recht führt P. in diesem Theile seines Buches mehrmalen dankbar Bethmann-Hollweg's treffliche Darstellung der Gerichtsverfassung des sinkenden römischen Reiches an, deren wir dagegen bei B. in diesem ganzen Abschnitt auffallender Weise gar nicht erwähnt finden, während er andere Schriftsteller, wie Gibbon, Manso, Papeucordt, Nöblich wiederholt allegirt. Nur einmal hat er schon in der dritten Periode (§. 89.) Hollweg's Werk berücksichtigt, aber nur, um dasselbe eines Irrthums darin zu zeichnen, daß es nach L. 2. Cod. de ped. iud. unter Diocletian eine Abschaffung des alten ordo iudiciorum angenommen habe. Aber indem B. hier so kühn behauptet, jene L. 2. cit. habe unzweifelhaft einen andern Sinn, als ihr Hollweg unterlege, traktirt er die Frage mit einer unverzeihlichen Ungenauigkeit und Leichtfertigkeit. Er läßt Ulpian schon die *extraordinaria iudicia* als Regel bezeichnen, mit Bezugnahme auf L. 47. D. de negot. gest., ohne zu beachten, daß diese Stelle, die nicht dem Ulpian, sondern dem Paulus zugeschrieben wird (vgl. meine Ausg. des Paulus I. 4. §. 8. b.) in dieser Gestalt nur von den Justinianischen Compilatoren herrührt; er beruft sich zum Beweise dafür, daß schon zu Ulpian's Zeit auf die alten *formulae actionum* nicht mehr streng gehalten wurde, auf L. 1. pr. §. 1. D. de edendo, worin nichts desgleichen steht; er versteht gegen allen sonstigen Sprachgebrauch pr. I. de succ. sublat. und §. 8. I. de

interd. so, daß nur wegen des Wegfallens jener formulae actionum (nach L. 1. Cod. de formulis. 2. 58.) später alle iudicia extraordinaria genannt worden seien, und hat endlich durchaus nicht nach Gebühr den ganzen Zusammenhang der uns übrigens gewiß nur stückweise erhaltenen Constitution Diocletian's in L. 2. Cod. de pedan. iud. erwogen; denn offenbar wird darin ein Unterschied gemacht zwischen den Fällen, in welchen die praesides bisher schon extra ordinem selbst cognoscirten, und denjenigen, worin dieses nicht geschah, also der ordo iudiciorum privatorum noch galt, und wenn nun für die letzten Fälle ihnen zur Pflicht gemacht wird, künftighin regelmäßig auch notionis suae examen adhibere, so kann daraus in Wahrheit nichts anderes gefolgert werden, als was Bethmann-Hollweg l. c. S. 33. wirklich daraus entnommen hat. — Uebrigens finden sich bei B. auch in der Beschreibung der Verfassung des vierten Zeitraums, um zu dieser zurückzukehren, wieder einige Ungenauigkeiten zu rügen; z. B. S. 287. heißt es: „In einigen Diöcesen führten die Vicarien den Titel Proconsul, welche den Rang vor den andern hatten u. s. w.“ Der Proconsul aber, obwohl spectabilis und sacra vice ius dicens, war gar nicht Vorstand einer Diöcese, sondern nur einer Provincia; nur hatte der Proconsul der Provinz Asia zugleich noch zwei andere Provinzen der Diöcese Asia sub dispositione (Vgl. Notitia dignitat. Ausg. von Böcking p. 4. 9. 10. 51—54. 59. 166—168.) — S. 291. wird sehr leicht hin behauptet, daß mit dem ordo decurionum auch die Municipalmagistratus überall eingeführt worden, liege in der Natur der Sache. — Mangelhaft ist auch §. 133. über die Gerichtsbarkeit der Geistlichkeit (vgl. P. S. 597—600.), wo der unpassende Ausdruck vorkommt, daß jeder, wenn er darein willigte, bei seinem Bischof belangt werden konnte, was eben so gut auch von einem Subdiacon oder Ostiarius gesagt werden könnte.

Schließlich müssen wir, was B. betrifft, auch noch in der Geschichte der Rechtsquellen einige Fehler rügen. S. 314. wird von dem sogen. Citirgesetz bemerkt: „etwas anders“ (als im §. angegeben) verstehe die Verordnung Buchta, der sie in der That wesentlich anders versteht (vgl. P. S. 638.). — S. 315. wird ein ganz unzulänglicher Grund dafür angeführt, daß der Verf. des Codex Hermogenianus nicht Hermogenian, sondern Hermogenes heißen haben müsse (vgl. P. S. 643.). Ein nomen proprium mit der Endung anus kann ohne weitere Aenderung der Endsyllbe adjectivisch gebraucht werden, wie z. B. lex Junia Norbana nach Norbanus, wie Karthago Justiniana Felix nach Justinianus genannt wurde; die Endung anaeus scheint erst später dem

Griechischen nachgebildet zu sein. — S. 320. wird als Publikationstag der Pandekten der 17. Dec. 533. angegeben, und als Anfangstermin ihrer Gesetzeskraft der 1. Jan. 534; sie sind aber publicirt XVII. ante Cal. Jan., d. i. am 16. Dec., und sollten in Kraft treten ex ante III. Cal. Jan., d. i. am 30. Dec. 533. Derselbe Fehler wiederholt sich S. 324. bei den Institutionen. — S. 322. wird porta pandectarum wohl nur ein Druckfehler sein, statt prota, aber ein verführerischer für diejenigen, denen eben erst die Pforte zur römischen Rechtswissenschaft geöffnet wird.

Bei P. sind uns auch hier keine ähnliche Versehen begegnet, vielmehr haben wir auch diesen Abschnitt seines Buches S. 604. ff. durchgehends mit Befriedigung gelesen. Indessen haben wir bisher schon genug gelobt, während man doch das Loben nicht als die vorherrschende Aufgabe des Recensenten zu betrachten pflegt. Wir wollen daher unserer Anzeige ein Ziel setzen und nur noch aussprechen, daß wir der Vollendung des Werkes, von dem inzwischen schon der zweite Band erschienen ist, mit lebhafter Begierde entgensehen.

Das Verhältniß des Werthes der beiden Schriften, welche wir in diesem Artikel besprochen haben, drückt sich ungefähr auch in deren äußerer Ausstattung aus. Druck und Papier des Burchardi'schen Buches ist lobenswerth, des Buchta'schen vorzüglich.

2.

Ueber die Stadtrechte von Salpensa und Malaca.

A. Anzeige der ersten Ausgabe von Theodor Mommsen.*

Im October 1851 wurden in Malaga bedeutende Bruchstücke von zwei Erztafeln entdeckt, deren Inhalt, zuerst 1853 von Don Manuel Rodriguez de Berlanga bekannt gemacht, in obiger Schrift der deutschen Gelehrtenwelt vorgelegt wird, mit dem Versuch einer verbesserten Textrecension und einem Commentar, der, obwohl er nicht für erschöpfend gelten will, doch sehr belehrend ist. Das eine Bruchstück (aes Salpensanum) enthält einen Theil der lex municipii Flavii Salpensani (capp. 21—29), das andere (aes Malacitanum) einen Theil der lex municipii

* In der kritischen Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, herausgeg. von Arnbtz, Bluntzschli und Bögl III. S. 475—480. (1856.)

Flavii Malacitani (capp. 51—69.). Die beiden Städte haben mit vielen andern in Spanien durch Vespasian das Recht der Latinität erhalten; die Gesetze jedoch, denen diese Bruchstücke angehören, rühren von dessen Sohne Domitian her, welcher dadurch das Gemeinderrecht jener Städte definitiv geordnet hat. Sie stellen sich als Gesetze (leges) im engern Sinne des römischen Staatsrechts dar, und geben so den vollständigen Beweis, „daß der uralte Unterschied zwischen *lex* und *edictum*, zwischen dem für alle Zukunft die Norm aufstellenden Gesetz und der nur für die Dauer der Magistratur wirksamen Verordnung auch noch in der Kaiserzeit fortbestand und die höchste Regierungsgewalt ihre Erlasse bald als Gesetze bald als Verordnungen bezeichnete“ (S. 390.). Wirkliche Volksbeschlüsse waren sie freilich nicht, sondern Kaisergesetze, aber vom Kaiser gegeben kraft mittelbarer ihm übertragener Volkslegislation, nicht bloß vermöge seiner magistratischen Gewalt. Für zwei Fälle blieb die Form der *lex* üblich: für Ertheilung des Bürgerrechts an verabschiedete Soldaten und für die Städteordnungen oder *leges municipiorum et coloniarum*, entsprechend den Fällen, für welche auch schon in der republikanischen Zeit einzelnen Feldherren eine gleiche Befugniß durch Volksbeschluß eingeräumt worden war. Beide Arten von Erlassen erheischten natürlich eine von dem Wechsel der Person unabhängige Dauer, und so erklärt es sich, daß diese Städteordnungen auch dann noch aufgestellt und gültig blieben, nachdem das Andenken ihres Urhebers verdammt und dessen *Acta* cassirt worden waren (S. 395.). Interessant aber sind die Bruchstücke schon deswegen, weil sie den Beweis liefern, daß der einzelnen mit selbständiger Verfassung begabten Stadt ein sehr ins Einzelne gehendes umfangreiches Localstatut verliehen wurde. Uebrigens sind die Gesetze ihrem Schema nach unzweifelhaft viel älter als die Zeit ihres speciellen Erlasses. Aus der Uebung abhängige Städte mit latinischem Recht zu bewidmen, bildete sich allmählig ein stehendes Schema einer latinischen Gemeindeordnung, das zwar lokalen Modificationen unterlag, aber doch im Wesentlichen gleichförmig war. Neben der innern Evidenz der Sache führt der Herausgeber als äußere Beweise dafür zwei Fehler an, die sich nur aus Mißverständnis alterthümlicher Sprachformen erklären lassen (*quodquemque* statt *quodcumque*, alt *quodquomque* und *quicquam* statt *quidcum*, alt *quidquom*). Darum haben diese Urkunden ein allgemeineres historisches Interesse; sie sind Quellen der Erkenntniß des latinischen Stadtrechts überhaupt. Der Herausgeber hebt in seiner Erläuterung folgende Punkte hervor:

- 1) Die Bürgerschaft. Die Bürger der beiden Städte (*municipes*)

sind regelmäßig Latini (cives Latini); die Städte sind municipia (nach Vespasian Flavia), aber nicht civium Romanorum, sondern latina, mit dem Recht des commercium, eigenen Magistraten und dem Recht der Erwerbung des römischen Bürgerrechts durch Bekleidung eines Municipalamtes, und zwar zugleich für Aeltern, Frauen und eheleibliche Nachkommen des gewesenen Magistratus, nicht bloß für dessen Person (maius Latium, nicht minus nach dem Sprachgebrauch der Juristen: denn so erklärt und ergänzt demnach der Herausgeber die bekannte Stelle des Gaius I. 93. fg., dem freilich Huschke neuerdings eine ganz abweichende Erklärung gegenüberstellt). Natürlich gab es demnach auch römische Bürger unter den Stadtbürgern; allmählig mußten alle vornehmeren Familien des römischen Bürgerrechts theilhaft werden. Die Bürgerschaft ist, wie im alten Rom und wahrscheinlich überall in Italium, in Curien eingetheilt; den Curiatcomitien steht die Wahl der städtischen Beamten zu. An dieser Wahl hatten aber auch die incolae Antheil, sofern sie gleichen oder bessern Rechts waren als die municipes, nämlich latinische oder römische Bürger: bei jeder Wahl wurde ihnen durch das Loos ein eigener Stimmdistrict ausgemacht. „Mit Verwundern finden wir das Municipium in seiner ursprünglichen Bedeutung oder die ältere Latinität, wie sie ehemals unter den sämtlichen verbündeten Städten der römisch-latinischen Eidgenossenschaft in Uebung gewesen war, hier in diesem abgelegenen Winkel des römischen Reiches noch in der Kaiserzeit in praktischer Geltung“ (S. 407.). Was das übermächtige Rom den Verbündeten längst genommen hatte, das Recht, daß sie in Rom sich niederlassend auch in der römischen Volksgemeinde mitstimmen konnten, unter den jetzt abhängigen Städten blieb es als gegenseitiges Recht bestehen und wurde diesen gegenüber auch für die Bürger Roms stets noch behauptet. So wurden die Provinzialstädte und von diesen aus die Länder allmählig römisch.

2) Der Gemeinderath (decuriones conscriptive). Hier ist bemerkenswerth, daß von dem Straferkenntniß der Obrigkeiten (multae dictio) Appellation an die Curie stattfand; die Bürgerversammlung hatte keine Gerichtsbarkeit mehr, so wenig wie in Rom.

3) Die Beamten. Es kommen vor duoviri und deren Stellvertreter, praefecti (duovir konnte auch der Kaiser sein, dessen Stellvertreter höhern Rechtes genoß, als der eines andern duovir), aediles, quaestores, actores municipum. Bedingungen der Zulassung zu den Municipalämtern sind Jngenuität, Ehrenhaftigkeit, gehöriges Alter, beim Duovirat Beobachtung des Zwischenraumes von fünf Jahren im Fall der Wieder-

wahl, für Duovirat und Quästur Cautionsleistung durch vor der Abstimmung zu stellende Praedes, kein Censur. In dem Gesetze für Malaca liegt uns fast vollständig die Wahlordnung vor. Wir finden nirgendwo sonst eine genaue Darstellung des ganzen Mechanismus dieser Hauptthätigkeit der Volksversammlungen, und zwar nach der Curienverfassung, d. i. nach der ältesten Verfassung Rom's und Latium's, wenn gleich nicht ohne Einfluß der in der spätern R. Verfassung eingeführten Gebräuche. Auch über den Geschäftskreis der Gemeindebeamten und ihre politische Stellung erhalten wir einige neue oder schon bekanntes bestätigende Aufschlüsse. Außer den Gemeindebeamten kommt noch der *patronus municipii* vor, in der Bestimmung der *lex Malacitana* (cap. 61.), daß ein solcher nicht anders als nach förmlichem Beschluß der Mehrheit der *Decurionenversammlung* in Anwesenheit von wenigstens $\frac{2}{3}$ der Gesamtzahl *cooptirt* werden dürfe, welcher Beschluß aber nicht als die *cooptatio* selbst, sondern vielmehr nur als gesetzliche Vorbedingung der *cooptatio* durch die Volksgemeinde auf Antrag des Magistratus zu denken ist.

4) Einzelnes: Unter dieser Rubrik bespricht der Herausgeber a) Orthographisches und Sprachliches und b) Abkürzungen, sodann c) *tutoris optio*. Das Gesetz für Salpensa (cap. 22.) sagt nämlich ausdrücklich, daß, wer oder welche nach diesem Gesetz oder nach den Edicten *Vespasian's* oder seiner Söhne das R. Bürgerrecht erlangt habe, in *potestate manu mancipio* bleiben solle, als ob er oder sie *civitate mutatus mutata non esset*, und ebenso auch *id ius tutoris optandi* haben solle, als wäre er oder sie *a cive romano ortus orta neque civitate mutatus mutata*. Hier scheint ein *ius optandi tutoris* auch bei Personen männlichen Geschlechts vorausgesetzt, während es doch sonst bekanntlich nur bezüglich der *tutela muliebris* vorkommt. Der Herausgeber erklärt dieß für bloßen Mangel in der Gesetzesfassung. Daß aber die *tutoris optio* überhaupt so ausdrücklich hervorgehoben wird, erklärt er mit Wahrscheinlichkeit durch die Annahme, daß jene nicht, wie anderes römisches, allgemeines latinisches Landrecht, sondern besonderes römisches Stadtrecht war, daher der *civis romana* gewordenen *Latina* bei der Fortdauer ihres bisherigen auch nach latinischem Recht schon bestandenen Abhängigkeitsverhältnisses ausdrücklich beigelegt wurde. d) Eidesformel: in welcher zwischen Jupiter und den Penaten, die unter die *Divi* versetzten Cäsaren und der *Genius* des regierenden Cäsar vorkommt. e) Popularklagen. Solche kommen in fünf Anwendungen vor, und zwar immer in Beziehung auf ein vorhergehendes „*municipibus dare damnas esto*“;

cuius pecuniae nämlich jedem *municipe actio petitio persecutio* zustehen solle. Der Herausgeber erörtert hierin die Frage, ob die eingeklagte Summe dem Kläger oder der Gemeinde (in Rom dem *populus*) zugefallen sei, und entscheidet sich gegen die gewöhnliche Meinung, aber aus guten Gründen, für das Letztere, indem er das Verhältniß des Klägers ganz unter den Gesichtspunkt der Stellvertretung stellt. f) *Cautiones praedibus praediisque*. Diese kommen in dem Stadtrecht von Malaga (cap. 60. 63—65.) in zwei Fällen vor, mit gleicher Wirkung begabt, wie die zu Gunsten des römischen Volkes gestellten; der Herausgeber nimmt davon Veranlassung zu einer eingehenden Erörterung über dieses Rechtsverhältniß, wozu einige neue Aufschlüsse geboten werden. Ist die Bedingung der prädiatorischen Bürgschaft eingetreten, so greift die Gemeinde nicht den Hauptschuldner, sondern unmittelbar den Praes an, und zwar nicht durch Anrufung gerichtlicher Hülfe, sondern sofort zum Verkaufe des Praes mit seiner ganzen Habe schreitend, zunächst allerdings unter gewissen mildernden Bedingungen (*e lege praediatoria*), und nur, wenn sich unter diesen ein Käufer nicht findet, schließlich in strenger Folge (in *vacuum*). Ueber die Natur jener Milderung äußert der Herausgeber eine plausible Vermuthung, die ihm zugleich zu einer neuen Erklärung der *praediatoria usureceptio* dient (Gai. II. 61.). Erfüllte der Besteller des Praes seine Verpflichtung nicht, so wurde seine Leistung an einen andern Unternehmer verdungen und diesem die Zahlung auf den ersten und dessen Praedes angewiesen, wodurch derselbe den Letzten gegenüber in die Lage eines fiduciarischen Gläubigers kam, diese also durch rechtzeitige Befriedigung noch die definitive Entziehung ihres Vermögens abwenden konnten. Andererseits benutzt der Herausgeber obige Notiz zu einem Rückblick auf das älteste Schuldrecht und Executionsverfahren, von dessen strengster Strenge, mit dem Recht unmittelbaren außergerichtlichen Angriffs gegen den Schuldner, ohne Gestattung der Dazwischenkunft eines Binder, er in jenem prädiatorischen Recht noch einen späten Nachklang findet. Gleich den Praedes hafteten übrigens der Gemeinde auch die *cognitores praediorum*, d. i. die „Kunden“, welche die zu genügender Bürgschaft erforderlichen Eigenschaften der *praedia subsignata* bezeugt hatten, falls sich deren Kundschaft als falsch erwies. Auch dieß lehrt uns erst das Stadtrecht von Malaga. g) Stellvertretungsrecht des Praes und des Socius. Nach Mal. cap. 65. soll aus dem mit der Gemeinde abgeschlossenen Kaufe auch dem Praes und dem Socius des Käufers Rechtsfolge gewährt werden; das erste ist erklärlich; der Praes mußte ein Mittel des Regresses an den

Verbürgten haben, entsprechend der *actio depensi* des Sponsor (Gai. III. 127. IV. 22. 25.); hier lernen wir, daß er alle Klagen des Verbürgten erheben konnte, gleich als ob dieser *ipso facto* in Concurs verfallen und jenem dessen Vermögen *addicirt* wäre. Das andere ist auffallend, weil abweichend von den sonst bekannten Grundsätzen über das Verhältniß der Gesellschafter; daher vermuthet der Verfasser, daß dieß wohl nur von gewissen Classen von Gesellschaftern, unter denen eine corporative Verbindung bestand, zu verstehen sei. h) Zwangsweise Wiederherstellung städtischer Gebäude, worüber Mal. cap. 62. Endlich benutzt der Herausgeber diese Gelegenheit, unter i) eine verbesserte Recension des gelegentlich (S. 180.) erwähnten Schiedspruchs von *Histonium* und einer S. 485. erwähnten Inschrift von *Tarragona* mitzutheilen.

B. Richtigkeit der Tafeln von Malaga.

a) Erklärung der *R(ubricae)* in den Tafeln.*

Der Zweifelsgrund, der aus der Bezeichnung der Capitel-Überschriften mit einem *R. d. i. Rubrica* hergeleitet wird, als welche auf einer Bronzetafel keinen Sinn habe, da das Wort nur von der für Überschriften üblichen rothen Dinte herrühre und erst im Mittelalter in dem Sinne von Überschrift gebräuchlich geworden sei, wäre wohl für sich ohne besonderes Gewicht. Es ist sehr unwahrscheinlich daß *Domitian* den beiden Städten das Original des ihnen verliehenen Stadtrechts in Erz eingegraben zugestellt habe; ohne Zweifel wurde ihnen dasselbe nur in schriftlicher Ausfertigung auf Pergament zugesandt, und der Stadtmagistrat ließ dann erst, zum Zwecke der öffentlichen Ausstellung im *Municipium*, das Gesetz im Erz eingraben. In jener Urschrift waren nun, wie üblich, die Überschriften der Capitel mit rother Dinte geschrieben, als *rubricae* im buchstäblichen Sinn. Das konnte der Erzschreiber nicht nachmachen und setzte daher ein *R.* vor jede Überschrift, um anzudeuten, daß diese im Original eine *rubrica* sei. Dasselbe ist gewiß auch sonst bei den Alten sehr häufig vorgekommen. Von dem

* Der gelehrte und geistreiche *Eduard Laboulaye* hatte ausführlich nachzuweisen versucht, daß die von den deutschen Gelehrten als ein sehr werthvoller Zuwachs unserer Quellen der Alterthumskunde freudig aufgenommenen Tafeln von Malaga unmöglich ächt sein könnten. Darüber wurde in der kritischen Ueberschau IV. S. 130 fg. Bericht erstattet. Als einen bedeutenden Zweifelsgrund hatte *Laboulaye* hervorgehoben, daß jedem Titel eines Capitels in den Tafeln ein *R. d. h. Rubrica* vorgesetzt sei. Ueber diesen Punkt sah ich als Mitglied der Redaction mich veranlaßt, a. a. D. S. 132* jener Berichterstattung die folgende Bemerkung hinzuzufügen. (1856.)

prätorischen Edict z. B. waren ohne Zweifel Hunderte von Abschriften in Umlauf, besonders nachdem es unter Hadrian eine feste Gestalt gewonnen. Kein Jurist, kein Statthalter oder Advokat in den Provinzen mochte einer solchen entrathen; Cicero als Proconsul von Sicilien hatte gewiß eine Abschrift der *edicta urbana* zur Hand, auf die er in seinem Provinzialedict verwies. Daß nun in solchen Abschriften die Ueberschriften nicht immer roth geschrieben, sondern ebenso wie in unsern Erztafeln nur mit einem R. oder dem ganzen Worte *rubrica* bezeichnet waren, ist wahrscheinlicher als vieles andere, was man ohne ausdrückliches Zeugniß für gewiß zu nehmen pflegt. Daraus erklärt es sich auch, daß sich mit jenem Worte von selbst bald die Bedeutung „Ueberschrift“ verband. Wenn Paulus (in L. 2. §. 3. D. de interd.) der *rubrica* des Edicts „*unde vi*“ erwähnt, so dachte er dabei gewiß nicht an die rothe Dinte, die vielleicht in seiner eigenen Abschrift nicht zu finden war, so wenig wie der Compiler der vaticanischen Fragmente, wenn er in §. 227 aus des Paulus Quaestionen die *rubrica de legitimis tutelis* anführt. Es ist daher auch gewiß ungegründet, wenn man sagt, daß erst seit den Glossatoren das fragliche Wort in jenem farblosen Sinn gebräuchlich geworden sei; nicht erst von da an, wo etwas schwarz auf weiß bezeugt sich findet, ist es als historisch beginnend anzusehen. In Bezug auf die übrigen tiefer gehenden Einwendungen von Laboulaye könnte es nur erwünscht sein, wenn die obige Mittheilung Veranlassung zu weiterer Besprechung gäbe. Wir werden, wenn unsere Hoffnung in Erfüllung geht, nicht unterlassen, unsern Lesern von dem weiteren Verlaufe Nachricht zu geben.

b) Vertheidigung der Richtigkeit der Tafeln durch M. Ch. Giraud.*

Der Streit über die Richtigkeit der vielbesprochenen Tafeln von Salpensa und Malaga, der zunächst in Frankreich sich erhob, soll, wie es scheint, dort auch ausgefochten werden, ohne daß der sachkundige und streitkräftige deutsche Herausgeber bemüßigt wäre, sich in denselben einzulassen und sich in eigener Person gegen den Vorwurf zu vertheidigen, daß er, der wohl Andern mit scharfer Kritik Leichtgläubigkeit in antiquarischen Dingen schuldgegeben hat, durch eine Erfindung von seltener Kühnheit, aber allerdings auch beispielloser Geschicklichkeit, sich habe berücken lassen. Ein Freund und Colleague des geistreichen Zweiflers

* Die am Ende der Bemerkung unter Nr. a. ausgesprochene Hoffnung wurde sehr bald erfüllt durch eine inhaltreiche Schrift von Giraud, einem Collegen Laboulaye's, wovon die kritische Ueberschau IV. S. 412—422. alsbald durch folgende Anzeige Bericht erstattete (1860).

Laboulaye hat es übernommen, dessen Angriff auf die Richtigkeit jener Stadtrechte zurückzuschlagen, und zwar in einer Reihe von Briefen an denselben, die zuerst in dem „Journal général de l'instruction publique“ (Februar bis September 1856) veröffentlicht, dann in zweiter vermehrter Auflage zusammengestellt sind, unter dem Titel:

Les tables de Salpensa et de Malaga, par M. Ch. Giraud, membre de l'institut. Paris. 1856. (159 S. nebst einem neuen Abdruck des Textes nach Mommsen, S. 164—187, und drei Tafeln).

Nachdem die Kritische Ueberschau IV. S. 130—139 die auffallendsten Bedenken Laboulaye's vorgelegt hat, ist sie es ihren Lesern schuldig, ihnen auch von dieser Widerlegung in entsprechendem Maße Rechenschaft zu geben, zumal diese, unter Benützung von Mommsen's Nachtrag zu seiner ersten Mittheilung, so gründlich und erschöpfend ausgeführt ist, daß man hoffen darf, dadurch den Streit erledigt zu sehen.

Vorerst den mehr äußerlichen Verdachtsgründen, welche Laboulaye aus der Beschaffenheit der Tafeln, der Art und dem Ort ihrer Aufbewahrung und der Incorrectheit ihrer Schrift hernimmt, stellt Giraud im ersten Brief die frappante Unwahrscheinlichkeit einer solchen Erfindung, in jetziger Zeit, in Spanien, entgegen — einer Erfindung, zu deren Ausführung, abgesehen von dem dazu erforderlichen technischen Apparat, den äußern Schwierigkeiten und ziemlich beträchtlichen Kosten, eine Gelehrsamkeit und Geschicklichkeit vorausgesetzt würde, daß jeder Gelehrte stolz darauf sein könnte, und das in Spanien, wo sich kaum drei oder vier Personen mit dem römischen Recht, und diese nur mit dessen Elementen, beschäftigen; wo Gaius kaum bekannt ist und die Erzeugnisse der jüngsten deutschen Rechtswissenschaft keinen Eingang gefunden haben, wo „la revue de notre ami, Mr. Wolowski, n'y comptait, je crois, qu'un abonné, M. Pedro Pidal“! (denn daß der Betrug etwa von einem Franzosen oder einem Deutschen gespielt worden sei — „sans benefice et sans honneur“, und „aux frais de qui“? — etwa nur um sich ganz heimlicher Weise vergnügt die Hände zu reiben, daß man Savigny, Huschke, Mommsen u. s. w. angeführt habe? — ist nicht minder unwahrscheinlich); und dabei denn doch wieder eine Unvorsichtigkeit, welche ganz leichte und oft geübte Kunstgriffe, einen Betrug der Art zu verdecken, außer Acht gelassen hätte! Der Mangel an Classicität des Stils, die Ungenauigkeit und Verschiedenartigkeit der Wortschreibung und der Abkürzungen erregen unserm Verf. durchaus kein Bedenken; denn für die letzte gibt es auch in andern Zuschriften der Beispiele mehr

als genug, und sie kann bei einem Erzschreiber in einer Provinzialstadt eines noch nicht lange und nicht ganz romanisirten Landes nicht auffallen; was aber den ersten betrifft, so ist er nicht verwunderlich zu Domitian's Zeit, wenn man bedenkt, wie selten der Curialstil ein Muster von Eleganz und wie sehr die Schreibart individuell ist, und „n'y a-t-il pas du se passer souvent à Rome et dans les préfectures du prétoire, ce que nous avons vu plus d'une fois en France, dans nos temps d'agitations politiques? c'est à dire, d'excellents employés congédiés, pour faire place à d'autres, que poussait la fortune des revolutions“. — „Si je compare, sagt der Verfasser S. 18, les belles ordonnances de Louis XV., sur le fait des neutres ou de prises, avec certains decrets de la Convention, j'ai peine à croire qu'il y a trente ans, au plus, entre les deux“. — Daß von der Sigle R für Rubrica hergenommene Bedenken beseitigt Giraud, übereinstimmend mit uns (Kritische Ueberschau IV. S. 132, oben Seite 43 fg.), durch die Bemerkung, daß der Erzschreiber die rubricae im buchstäblichen Sinne, welche er in den von Rom aus übersandten Gesetzesurkunden nach dem allgemeinen Gebrauche ohne Zweifel vorgefunden, einfach durch sein R habe kennzeichnen wollen.

Was nun die einzelnen in der krit. Ueberschau a. a. O. hervor-gehobenen Bedenken betrifft, und zwar zunächst zu der Tafel von Salpenja, auf deren Beleuchtung Giraud's Schrift, soweit sie bis jetzt vorliegt, sich beschränkt, so stellen wir denselben folgende Gegenbemerkungen derselben entgegen:

Zu Cap. 21. 22. Die patria potestas, manus und mancipium in einer latinischen Gemeinde geben nicht den mindesten Anstoß. Ist es doch nicht nur an sich wahrscheinlich, sondern auch gerade in Ansehung jener familienrechtlichen Verhältnisse ausdrücklich bestätigt (Liv. IV. 9. XLI. 8. cf. VIII. 6. 9. Cic. pro Balbo. 8.), daß das Recht des alten Latium mit dem römischen die größte innere Verwandtschaft hatte, und nach Plinius gab es in Spanien viele „oppida antiquitus Latio donata“ und „oppidani Latii veteris“, noch ehe Vespasian „universae Hispaniae iactatum procellis reipublicae Latium tribuit“. — Daß auch die Eltern des gewesenen Colonial-Magistratus das römische Bürgerrecht erhalten sollten, ist zwar für uns neu, aber kein unbegreifliches Privilegium (vielmehr ganz begreiflich, wenn jener noch Filiiusfamilias war, und entsprechend der Tendenz, auch in latinischen Gemeinden das Element der römischen Civität allmählich anwachsen zu lassen). Auch die tutoris optio war nach Giraud's Meinung den Latinern nicht fremd;

die betreffende Bestimmung erklärt dieser, abweichend von Mommsen und wahrscheinlicher, dahin, daß dadurch das in einem bereits früher von dem jetzt Bürger gewordenen Latinus errichteten Testament verliehene *ius optandi tutoris* aufrecht erhalten werden sollte, als wäre die Frau schon damals *civis romana in manu civis romani* gewesen. Daß aber den Worten nach auch Personen männlichen Geschlechts, also Unmündigen, die *tutoris optio* erhalten werde, erklärt er mit Mommsen aus einer nicht seltenen Ungenauigkeit in der Fassung des ganzen Satzes, der auf mehrere Classen von Personen sich beziehe; es sei als selbstverständlich vorausgesetzt, daß die *tutoris optio* nur *positis ponendis* stattfinde; es sei zu erklären, als wenn in einer Ordonnance des 16. Jahrhunderts hinzugefügt werde „*chacun en droit soi*“. Uebrigens vergl. noch die Bemerkungen zu Cap. 29.

Zu Cap. 23. Laboulaye weiß sich dieses Capitel nicht anders zu erklären, als daß ein Fälscher die L. 4. D. de iure patron. mit der, wie jener glaubt, falschen Lesart *paternorum* statt *patronorum* vor Augen gehabt und darnach sein Stücklein componirt habe. Schon an dem Ausdruck *iura libertorum* in der Rubrik nimmt er Anstoß; denn wenn auch Severus sich desselben zur Bezeichnung der Patronatsrechte nach L. 4. cit. bedient habe, so sei er doch unrichtig und zu Domitian's Zeit nicht anzunehmen. Dagegen verweist Giraud auf Tacit. hist. II. 92. „*quod reversis ab exilio iura libertorum concessisset (Vitellius)*“ (vergl. L. 10. §. 6. D. de in ius voc. L. 3. §. 7. D. de bon. libert.). Er gibt ferner, und mit Recht, der Lesart *paternorum* in L. 4. cit. vor der Florentinischen den Vorzug (vergl. L. 8. D. de assignand. libert.), und wirft seinem Gegner, ebenfalls mit Recht, vor, daß er den Satz des Cap. 23. entstelle, indem er die Worte *suos suas* ignorire oder mit den folgenden *paternos paternas* zusammenfallen lasse und so eine unbegreifliche Beschränkung des Satzes auf die väterlichen Freigelassenen darin finde, statt zu unterscheiden *libertos suos* und *libertos paternos*, wornach die ganze Bestimmung eben so klar als angemessen erscheine.

Zu Cap. 24. „Ein sonderbares Capitel!“ sagt Laboulaye. „Sonderbar“, weil es eine Bestimmung trifft, für den Fall, daß die Gemeinde — nicht den Princeps überhaupt, sondern gerade — den regierenden Princeps Domitianus zu ihrem Duumvir wählt. „Keineswegs sonderbar“; „on était alors plus raffiné courtisan que vous ne semblez l'être, so entgegnet Giraud dem Freunde, et je vous en honore, tout en vous combattant. Il n'y avait qu'un empereur, et c'était le

régnant. Prévoir, quil aurait un successeur, eût été crime, car l'empereur était immortel et dieu lui-même“. Ganz recht; die Verfassung kannte damals noch keinen Princeps in abstracto, sondern nur den individuellen, wie die lex de imperio principis (sog. lex regia) für jeden Neuerwählten individuell erlassen wurde. Einem modernen Fälscher hätte es näher gelegen, ein Privilegium des Princeps in abstracto zu fingiren. So gibt dieses Capitel vielmehr einen Beweis für die Richtigkeit: „C'est là un trait caractéristique et subtil, qui ne s'invente pas après coup, et qui prouve l'authenticité des bronzes de Malaga“. Aber eine weitere Sonderbarkeit! Der Präfect, den der Duumvir Augustus für sich bestellt, soll dieselben Rechte haben, als wenn er rechtmäßig allein zum Duumvir erwählt worden wäre; also ein Duumvir! wie rechts- und sprachwidrig! „Hoc neminem debet perturbare“ sagt der Verf. mit Zumpt, so wenig als daß mitunter nur zwei das Amt der quatuorviri bekleiden, so wenig, als daß in Rom mitunter nur ein Consul gewählt worden ist (obgleich der Name auch einen Kollegen voraussetzt). Den Einwurf aber, daß der Kaiser auf diese Weise, anstatt der Gemeinde durch Annahme ihres höchsten Amtes eine Ehre zu erweisen und sich populär zu machen, einen störenden Eingriff in die Gemeindeverfassung gethan haben würde, beseitigt er unter Bezugnahme auf denselben deutschen Gelehrten durch die Bemerkung, daß die Wahl des Kaisers zum Duumvir dazu dienen konnte, Wahlstreitigkeiten abzuschneiden, wo es dann ganz angemessen war, daß der letzte nur einen an seiner Statt allein regierenden Präfecten, gleichsam einen Dictator oder Interrex, bestellte. (Man vergleiche auch noch Sueton. Octav. cap. 33.)

Zu Cap. 25. Zu bezweifeln, daß die Municipalmagistratus das Recht gehabt haben, für den Fall ihrer Abwesenheit ihre Jurisdiction einem Präfecten zu mandiren, wie es in Rom noch in der Kaiserzeit während der feriae Latinae geübt wurde, ist kein Grund vorhanden; praefecti pro duoviro kommen in Inschriften auch sonst vor. Daß der Präfect wenigstens 35 Jahre alt sein sollte, älter als zum Eintritt in die Curie erforderlich war, ist nicht auffallend, war vielmehr ganz weise, da der Präfect nicht durch das Vertrauen der Bürgerschaft, sondern bloß durch Ernennung des Duumvir berufen wurde. Die Eidesformel für den Präfecten hat nichts anstößiges; sie stimmt mit der in dem Gesetz der Vantinischen Tafel vorkommenden im wesentlichen überein, abgesehen von den auf die Kaiser bezüglichen Zusätzen (vergl. Cap. 26.). — Den Einwand, daß der Präfect einen um den andern Tag

abwesend sein dürfe, während der Duumvir nicht einen vollen Tag außer der Stadt sein sollte, ohne einen Präfecten zu ernennen, berührt Giraud nicht; er ist aber leicht zu beseitigen: der Duumvir sollte einen Präfecten ernennen, wenn er voraussah, daß er über den Tag ausbleiben werde; der Präfect-Stellvertreter sollte immer am selben Tage in die Stadt zurückkehren.

Zu Cap. 26. Daß die Aedilen in Anwesenheit der duoviri den Rath berufen konnten, folgt aus der Eidesformel nicht; diese ist ebenfalls *positis ponendis* zu verstehen; sie ist richtig, wenn der Aedil überhaupt nur in den Fall kommen konnte, den Municipalsenat zu berufen und zu präsidiren. Daß dieselbe Möglichkeit auch bei den Quästoren vorausgesetzt wird, gibt ebenfalls keinen genügenden Verdachtsgrund gegen die Richtigkeit, wengleich in Rom die Quästoren dieses Recht nicht hatten; denn es ist bezeugt, daß in Ansehung der Stellung und Befugnisse der Quästoren in den Municipien manche Verschiedenheiten bestanden. — Die „*actio petitio persecutio*“ am Schlusse des Cap. 26., woran Laboulaye in Vergleichung mit der *lex de imperio Vespasiani* großen Anstoß nimmt, verliert das Auffallende, wenn man sich erinnert, wie auch anderswo *actio petitio* als synonym und neben einander vorkommen (z. B. *petitio pecuniae* in mehreren Volksbeschlüssen, *actio petitio* in L. 3. pr. D. de termino moto.), wie geläufig auch jener dreifache Ausdruck war (z. B. in der Aquilianischen Stipulation, L. 18. D. de acceptil., in der Satisfactionsformel des Procurator, L. 23. D. rat. rem hab.), und wie auch sonst öfter eine ähnliche Häufung, „*ce leere Wortschwall des spätern Curialstils*, dont parle M. Mommsen“, vorkommt.

Zu Cap. 27. Dieses spricht vom Intercessionsrecht der Gemeinde-obrigkeiten, mit Anwendung der römischen Regel: *par maiore potestas plus valet*; aber mit der besondern Bestimmung, daß der appellirte Magistratus nur in *triduo proximo* sein Veto einlegen, und in derselben Sache nicht mehr als einmal appellirt werden könne. Dieß ist uns neu; aber es widerspricht nicht dem, was wir sonst vom römischen Rechte wissen. Giraud nimmt von diesem Capitel Veranlassung zu einer ausführlichen historischen Untersuchung über das Intercessionsrecht in Rom und in den Municipien und Colonien (5. Brief, S. 68—99.), und zeigt, daß sich dieses Capitel 27. als besondere Bestimmung für Salpenja sehr wohl darin einfüge.

Zu Cap. 28. Diesem wird vorerst vorgeworfen der Plural „*apud duumviros*“, wornach die Duumviren zusammen die Freilassungen zu bekräftigen hätten, während nach römischem Recht jeder einzeln handeln

konnte (nicht nothwendig individuell handeln mußte, denn Ulpian in L. 1. §. 1. D. de off. consul. sagt: „*Consules et seorsum singuli manumittunt*“). Auch Mommsen S. 434. Note 126. betrachtet jenes als einen ungeschickten Ausdruck oder Schreibfehler. Sehr gut bemerkt dagegen Giraud S. 103: es könnte wohl ein Schreibfehler vermuthet werden, darin bestehend, daß das Wort *IIvir*. nicht repetirt sei, indem das Original gelautet haben könnte „*apud duumvirum duumviros*“, ähnlich wie ein Edict über die Wasserleitung von Benafrum „*IIviro IIviris*“; aber es sei gar nicht nöthig, einen Schreibfehler anzunehmen; denn es sei auch sonst gewöhnlich, die Magistratus im Plural zu nennen, wo doch nur einer als handelnd gedacht werde, z. B. *Vat. fragm.* §. 112. cf. *Paul. sentt.* II. 25. §. 4. (doch beruft er sich mit Unrecht auf die *tab. Heracl.*; denn hier folgt auf das „*quicumque . . erunt*“ der Singular „*ne quis eorum*“; so wie auf einige Stellen im Titel *de mag. conven.* 27. 8.; denn in Vormundschaftsachen handelten und hafteten die *Municipalmagistratus* auch als *Collegium*). Sodann wird das sachliche Bedenken erhoben, daß in den *Municipien* die *Magistratus* nur ausnahmsweise, durch *Privilegium*, die *legis actio*, und somit das Recht der *Manumissio* hatten, hier aber den *Magistratus* einer *latinischen Colonie* unbedingt dieses Recht beigelegt werde. Aber dabei ist übersehen, daß es sich hier eben nur um eine *latinische Gemeinde*, um *latinische Freilassungen* handelt, die nicht römisches Bürgerrecht gaben; das *Cap. 28.* spricht ausdrücklich nur von *Freilassungen latinischer Gemeindebürger*. Aus diesem Grunde fällt auch jedes Bedenken weg gegen den *Schlusssatz* des *Cap. 28.*, wornach zur *Freilassung* von Seiten eines noch nicht zwanzigjährigen *latinischen Bürgers* die *Gutheißung* der *Curie* erforderlich sein soll. Es liegt darin nur eine *modificirte Anwendung* der *lex Aelia Sentia* auf die *latinische Stadt* und deren *latinische Bürger*; durchaus nichts *Modernes* und daher der *Fälschung Verdächtiges*.

Zu *Cap. 29.* Den Inhalt dieses Capitels findet *Laboulaye* ganz besonders anstößig: „*c'est une disposition impossible*“, sagt er. *Giraud* antwortet darauf im *siebenten Brief* durch eine sehr ausführliche und gründliche *Untersuchung* (S. 123—159.). Ich hebe nur die *Hauptpunkte* aus. 1) Das *Cap. 29.* zu Anfang setzt die *Möglichkeit* voraus, daß auch ein *Mündiger männlichen Geschlechts* sich einen *Tutor* erbitte; wie ist das zu erklären? *Mommsen* S. 459. erklärt es aus einer ähnlichen *Ungenauigkeit* der *Fassung*, wie im *Cap. 22.* Auch *Giraud* S. 156. findet es gar nicht *unwahrscheinlich* „*qu'on n'ait eu nul souci*

de la signification de ces mots et que la formule entière n'ait été reproduite que par routine“. Er schlägt aber noch zwei andere Erklärungen vor: einmal, daß unter dem tutor auch der curator begriffen sei; sodann, daß an den Fall zu denken sei, wenn der Vater einem Sohn oder Enkel über die Mündigkeit hinaus einen Tutor gegeben habe, der ernannte aber vor Ablauf der Zeit durch Tod oder Abdication weggefallen sei. Er bezieht sich dabei auf eine (§. 131. ff.) vorausgegangene Erörterung über die namentlich in älterer Zeit häufige Vermischung der Begriffe und Bezeichnungen von tutela und cura, über die weitere auch mündige unter Cura stehende Personen umfassende Bedeutung von pupillus pupilla (z. B. noch bei Paulus in L. 20. D. de ritu nupt.), über die Unbestimmtheit der Grenze der pueritia, und die Möglichkeit der Erstreckung der Tutel bis zu einem bestimmten Alter (L. 101. §. 2. D. de cond. et dem. L. 46. in f. D. ad Sc. Trebell. cf. Paul. ep. ad Galat. IV. v. 2.). (Gelegentlich dieser Erörterung vertheidigt er, übereinstimmend mit Rudorff Vormundsch. I. S. 313., die Florentinische Lesart in L. 6. D. de confirm. tut. 26. 3. „si filio *puberi* pater tutorem aut *impuberi* curatorem dederit“, gegen die auch von Kriegel aufgenommene haloandrische Lesart „*impuberi . . . puberi*“). Wenn aber Giraud S. 156. unser Cap. 29. auch auf die curia furiosi beziehen möchte, so geht das freilich nicht an, weil dieser unmöglich selbst sich einen Tutor-urator erbitten konnte. 2) Die Magistratus der ächten römischen Municipien in Italien hatten nicht die tutoris datio, wenigstens nicht zu Domitian's Zeit; und dem Magistrat einer spanischen Latinerstadt soll diese verliehen sein? Mommsen S. 438 erklärt auch dieses aus dem Gegensatz zwischen der freien nicht römischen Gemeinde und dem römischen Municipium. (Es ist ein Irrthum, wenn Giraud S. 148 es als Mommsen's Meinung angibt, daß die tutoris datio in unserer Stelle eigentlich nur eine nominatio sei; er behauptet dieß nur von der tutoris datio der römischen Municipalmagistratus und stellt zu dieser S. 439 die obige gerade in Gegensatz.) Dabei bleibt es jedoch immer auffallend, daß der Magistratus von Salpenja auch in Beziehung auf römische Bürger der Gemeinde dasselbe Recht haben sollte. Dagegen führt Giraud S. 149 fgg. aus, daß die Municipalmagistratus überhaupt die tutoris datio erhalten haben, nicht erst zu Ulpian's Zeit (L. 3. D. de tut. dat.), sondern auch schon zu Hadrian's Zeit (L. 1. §. 9. D. de mag. conv.), und selbst zu Domitian's Zeit (L. 7. D. eod.). Und wenn auch diese tutoris datio ursprünglich auf einen Auftrag des Präses zurückzuführen ist (datio ex iussu), wenn sie auch von der

Vormundernennung der maiores magistratus durch die damit verbundene Verantwortlichkeit und die Oberaufsicht des Präses sich unterschied (nach Mommsen's Ausdruck virtuell eine bloße nominatio war); so verschwindet doch alles Auffallende darin, daß unser Stadtrecht, wie so viele andere Stellen von *datio tutoris* (d'une datio pure et simple) durch die *Municipalmagistratus* sprechen, desselben Ausdrucks sich bedient. Uebrigens ist Rudorff (Vormundschaftsrecht I. S. 355. fg.) der Meinung, daß die italienischen *Municipalmagistratus* früher die volle *tutoris datio* gehabt haben, und erst im Laufe der Kaiserzeit darin mehr und mehr beschränkt worden seien. (Giraud täuscht sich wirklich, wenn er Rudorff mit dem Beisatz „si je me ne trompe“ zu denjenigen zählt, welche annehmen, daß denselben erst seit M. Aurel jenes Recht gegeben worden sei; auch Mommsen sagt dieß nicht). 3) Großen Anstoß nimmt man an den Worten „sive unum sive plures collegas habebit“, als ob ein *Duumvir* mehr als einen *Collegen* haben könnte; denn daß die *Aedilen* als *Collegen* der *Duumviren* angesehen werden, sei unmöglich, weil dann der *praefectus* des *Cap. 25* vollends sinnlos werde. Den letzten Einwand gegen Mommsen findet Giraud schlagend; er versucht eine andere Erklärung, als deren Urheber Rudorff bezeichnet wird. Es kam vor, daß *extra ordinem* mehrere *Duumviri* (*triumviri* oder *quatuorviri juri dicundo*) ernannt wurden; diese Möglichkeit hat das *Cap. 29* im Auge. Diese Erklärung scheint plausibel. Aber es scheint uns auch der Einwand gegen Mommsen nicht einmal „*peremptorisch*“, denn wenn auch die *Aedilen* als *minores collegae* der *Duumviren* galten, wie der *praetor* in *Rom* *collega consulum* war, so konnte doch die Bestellung eines Stellvertreters des *Duumvir* für den Fall vielleicht länger dauernder Abwesenheit zweckmäßig erscheinen. Den Verdacht der Unächtheit begründen die *plures collegae* jedenfalls nicht, weil es unbegreiflich wäre, wie der sonst sehr geschickte Fälscher zu deren Erwähnung gekommen sein sollte; vielmehr möchten wir darin, sowie in der Neuheit der ganzen Bestimmung einen Beweis der Richtigkeit finden. 4) Laboulaye findet in dem letzten Theil des *Cap. 29* ein Plagiat aus *L. 19. D. de tut. dat. 26. 5.*, wo in §. 1. auch der *Collega* vorkomme: unbegreiflich! da Voraussetzung, Entscheidung, Ausdruck ganz verschieden sind. Mit Recht macht ihm der Gegner überhaupt den Vorwurf, daß er, wo sich ein entfernter Anklang an Bekanntes finde, sofort ein Plagiat wittere; wo etwas neues vorkommt, der Neuheit wegen eine Fälschung supponire. Zum Schluß hält er ihm den Schluß des *Cap. 29* vor, mit den Worten: *Remarquez cette phrase d'ou exhale un*

délicieux parfum de *Latium vetus*, et qui devrait vous désarmer: *quo ne ab iusto tutore tutela abeat*. Cela ne s'invente pas, ne s'imite pas. Voilà le pur ancien droit romain et son esprit véritable, . . . qui se reproduit dans sa splendeur en cette phrase finale, que j'aurai la cruauté de remettre sous vos yeux; car il est impossible que votre tact éminent de l'antiquité n'en soit pas vivement affecté: *qui tutor hac lege datus erit, is ei cui datus erit quo ne ab iusto tutore tutela abeat, tam iustus tutor esto quam si is civis romanus et agnatus proximus civis romanus tutor esset*.

So weit geht die vorliegende Schrift. Auf die Tafel von Malaga ist der Verfasser für jetzt nicht eingegangen.* Nur einen gegen diese gerichteten Einwand hat er gelegentlich (S. 118. fg.) schon jetzt zurückgewiesen. Der Ausdruck „latini cives“ in Cap. 53. ist nach Laboulaye „philologiquement, dans la bonne latinité, une expression impossible“; Giraud dagegen ne trouve rien de plus regulier, rien de plus simple, rien de plus juste, de plus latin, que cette expression“. Dem letzten steht der *civis ex Latio* (bei Sallust. Jugurtha Cap. 69.) zur Seite; Mommsen S. 399.; vgl. auch Liv. XLI. 8.); er führt zudem als Bundesgenossen ins Feld eine *civis Attica*, einen *civis Helvetius*, *cives Batavi*, *Taunenses* (vom Taunus) u. a. Er hält auch mit Recht dem Gegner vor, daß derselbe im Cap. 28. der tab. Salpens. den *municeps* „qui latinus erit“ übersehe mit „qui seront citoyens latins“ zum deutlichen Beweise, daß ihm selbst die Bezeichnung „cives latini“ nicht so unpassend erschienen habe. Doch muß bemerkt werden, daß Cap. 53. der tab. Malac. von *incolae, qui latini cives sunt*, spricht, und daß wer diesen Ausdruck tadelt, doch wohl einen *civis latinus* in dem Sinne von *civis coloniae, qui latinus est*, zulassen könnte. Der Verfasser hat sich übrigens selbst nach Malaga begeben; wir dürfen daher noch weitere Aufschlüsse über den interessanten Fund von ihm erwarten. Einstweilen scheint uns Bestreitung seiner Richtigkeit, nach der vorliegenden Schrift im Zusammenhalt mit Mommsen's Nachtrag, kaum noch möglich. Sollte dennoch eine Täuschung sich herausstellen, so würde ich mit dem Freunde Giraud's (S. 94.) sagen: „qu'on m'amène le gaillard, qui a composé ces lois municipales, et je lui donne une blanche au doctorat“.

Wien, den 7. December 1856.

* Derselbe hat darüber im J. 1868 eine besondere Schrift herausgegeben: *La lex Malacitana*.

c) Bertheidigung der Richtigkeit der Tafeln gegen Dr. Asher.*

Vor zehn Jahren erstattete die kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Bd. IV. S. 130—139) Bericht über den lebhaften Angriff, welchen der gelehrte und geistreiche Laboulaye gegen die Richtigkeit der im Jahre 1851 in Malaga entdeckten Inschriften, der bald berühmt gewordenen Stadtrechte der latinischen Colonien Salpensa und Malaga, gerichtet hatte, sodann aber auch (Bd. IV. S. 412—422) über die der Bertheidigung derselben gewidmete Schrift von Giraud, nach welcher, wie wir uns damals aussprachen, eine Bestreitung der Richtigkeit kaum noch möglich schien. Ob Laboulaye durch diese geistvolle Entgegnung seines Collegen sich hat überzeugen lassen, ist mir nicht bekannt. Die deutschen Gelehrten haben sich den Glauben an die Richtigkeit jedenfalls nicht nehmen lassen, und werden die von Mommsen restituirten und commentirten beiden latinischen Stadtrechte meines Wissens überall als zuverlässige Quellen der römischen Rechtsgeschichte betrachtet und benutzt. Neuerdings hat nun aber ein deutscher Gelehrter der jüngeren Generation den Angriff Laboulaye's erneuert, durch einen Aufsatz, welcher in der Pariser Revue historique de droit français et étranger erschienen und zugleich besonders herausgegeben ist unter dem Titel:

Notice sur l'époque et la méthode de la fabrication des tables de Malaga. Lettre à M. Édouard Laboulaye par M. G. M. Asher privatdocent de droit à Heidelberg. Paris 1866. (23 Seiten.)

Der Verfasser dieser Schrift glaubt erwiesen zu haben, daß die Inschriften zweifellos für gefälscht zu halten seien. Aber nach dem Ergebnisse seiner Untersuchungen könnte freilich „le gaillard, qui a composé ces lois municipales“, sich nicht mehr persönlich bei dem gelehrten Giraud vorstellen, um die versprochene „blanche au doctorat“ in Empfang zu nehmen; die Laurea könnte nur etwa im Tempel der Themis zu Ehren eines großen Unbekannten aufgehängt werden. Herr Asher weicht nämlich von Laboulaye darin ab, daß er nicht wie dieser die Tafeln von Malaga für ein erst in unserer Zeit gefertigtes falsches Fabrikat hält, sondern deren Entstehung vielmehr in eine weit frühere Zeit verlegt. Jenes ist auch ihm vollkommen eben so unwahrscheinlich, wie es Giraud dargestellt hat (Krit. Ueberschau IV. S. 413, oben S. 45 fg.). Sein Geruch ist auch nicht unempfindlich für den délicieux parfum,

* Zeitschrift für Rechtsgeschichte von Auborff u. a. VI. S. 393—417. (1867).

den eine Stelle ausathmet, und er denkt mit Giraud: „Cela ne s'invente pas, ne s'imite pas“ (a. a. D. S. 421, oben S. 53). Er nimmt an, daß der Fälscher eine jetzt verlorene ächte Inschrift benutzte und dieselbe mit seiner Fälschung verwebt habe. Er sagt S. 19: „L'idée de M. Laboulaye, que les tables doivent leur origine à une fraude recente et que les textes sont purement fictifs, est à peine moins inadmissible que leur authenticité“. Seine Idee ist vielmehr diese: daß um die Mitte des sechzehnten Jahrhunderts (von 1530—1570) ein allerdings sehr geschickter Fälscher mit Hilfe einer ächten Inschrift die Tafeln fabricirt und im Boden verborgen habe, damit sie, entdeckt, als ein glänzendes Zeugniß uralter Municipalfreiheiten spanischer Städte, insbesondere der Stadt Malaga, Eindruck machen sollten. Dieß bringt er geschickter Weise in Verbindung mit Kämpfen, welche in demselben Jahrhundert, zur Zeit des großen Cardinals Ximenez, die Stadt Malaga um die Wahrung ihrer Municipalfreiheiten zu bestehen hatte. Eine große Aufregung erhob sich in dieser Stadt namentlich im Jahre 1516, veranlaßt durch angebliche Anmaßungen eines Admiralitätsgerichtes und dessen Konflikte mit der bürgerlichen Gerichtsbarkeit, worüber der Verfasser S. 15 fg. einen Bericht aus Gomez' Lebensbeschreibung des genannten Cardinals mittheilt. Die Bürger setzten sich in die Verfassung, nöthigenfalls mit Gewalt der Waffen einen Angriff auf ihre Stadt abzuwehren, „idque tanta contentione et ardore, ut singuli cives plurima vasa aerea in unum congregantes ingens tormentum conflaverint, hoc titulo suprascripto: Malacitanæ libertatis assertores“. Die Zeit der Verfertigung der falschen Inschriften aber sucht der Verfasser nach folgenden Momenten näher zu bestimmen:

Vor 1530 sei dieselbe nicht wohl anzunehmen; denn vor dieser Zeit sei die Manie falscher Inschriften gewiß noch nicht zu der Höhe gestiegen, wie vorausgesetzt werden müßte, um ihr riesigstes Erzeugniß hervorzubringen (pour faire naitre son produit le plus gigantesque), im Vergleich mit welchem alle andern bekannten Beispiele solcher Art (de ces méchants jeux d'esprit) als Kinderei erscheinen. Andererseits sei nicht an eine spätere Entstehungszeit zu denken; denn in der Tafel von Salpenja, namentlich cap. XXIII. und XXVIII. kommen nach der Ansicht des Verfassers grobe Fehler und Irrthümer vor, welche beweisen, daß dem Verfertiger Ulpian's Fragmente noch nicht bekannt waren, die doch schon 1549 und 1558¹ in Paris gedruckt erschienen und dem

¹ So liest man S. 15. Aber nach Hugo's index editionum (hinter dessen Ausgabe von Pauli sentt.) p. 162 erschten die zweite Pariser Ausgabe des Ulpian (von Charondas) schon 1555; und hatte

offenbar sehr sachkundigen und gelehrten Autor gewiß vor 1570 zu gekommen waren. Dieß ist der eigentliche Kernpunkt in der Ausführung des Verfassers. Daher stellt er jene beiden capp. in den Vordergrund und deren Inhalt ist es, worauf sich vorzüglich seine Erörterungen beziehen. Es ist auch einleuchtend, daß, wenn darin wirklich Widersprüche mit dem, was wir aus unzweifelhaft ächten Quellen, wie Ulpian und Gaius, wissen, nachgewiesen werden, eben damit auch die Unächtheit der angeblichen Stadtrechte erwiesen ist, daß ferner, wenn darin Irrthümer vorkommen, die, nach den Justinianischen Rechtsquellen allenfalls erklärlich, durch die Ulpianischen Fragmente als solche aufgedeckt werden, eben damit auch ein ziemlich sicherer Anhaltspunkt für Bestimmung der Entstehungszeit des falschen Fabrikats gewonnen sei; denn das ist nicht zu bezweifeln, daß der Gelehrte, der dieses herzustellen im Stande war, auch von den in seiner Zeit entdeckten vorjustinianischen Quellen alsbald Kenntniß genommen und mit deren Hülfe eben jene Irrthümer und Fehlgriiffe so gewiß vermieden haben würde, als sein Produkt selbst mit denselben immerhin als ein wahrhaft bewundernswerthes jeu d'esprit anerkannt werden müßte.

Es verlohnt sich nun wohl der Mühe, die Ausführung des Verfassers einer genaueren Prüfung zu unterwerfen, um zu sehen, ob wir deren Ergebnis als richtig anerkennen und uns somit darein ergeben müssen, unsern Quellschatz um zwei sehr interessante Stücke vermindert zu sehen. Auf diejenigen Verdachtsgründe, welche schon in den früheren Streitschriften genügend erörtert worden sind und von dem Verfasser nur beiläufig ebenfalls mit angeführt werden, näher einzugehen, kann ich mich dabei enthalten, so z. B. die ungewöhnliche Beschaffenheit des Fundes und des Fundortes, die Fehlerhaftigkeit des Textes, die unlateinische Art des Abbrechens einzelner Worte, die Bezeichnung von Rubricae; es genügt, darüber auf Giraud's Schrift und deren Anzeige in der kritischen Ueberschau (oben S. 44 fg.) zu verweisen. Ich beschränke mich darauf, die Vorwürfe zu beleuchten, welche der Verfasser unter Nro. IV und V in Ansehung der Ausdrucksweise und des Inhalts unserer Inschriften, speciell des cap. XXIII und XXVIII der lex Salpensana, erhebt.

I. Unter Nro. IV, mit der Ueberschrift: „*Latinité vicieuse, style légal barbare ou erroné*“,

finden wir folgende Rügen vorgebracht:

Schon 1564 auch Cujacius denselben herausgegeben, und zwar in Toulouse, das dem Spanier noch näher lag, als Paris.

1) In cap. XXIII cit. verurtheilt der Verfasser den Satz: „is (iis?) in libertos . . . deque bonis eorum . . . idem ius eademque condicio esto“ als „phrase eminent vicieuse“. Warum? darüber erklärt er sich nicht. So viel ich sehe, mag ihm allenfalls anstößig erscheinen der Ausdruck: „in libertos . . . eadem condicio“ und „de bonis . . . idem ius eademque condicio“. Aber das erste Bedenken beseitigt sich leicht, da es nicht nöthig ist, „eadem condicio“ auch mit „in libertos“ zu verbinden; es genügt das idem ius in libertos, das ganz unbedenklich ist; doch scheint es mir, da condicio sehr oft in dem Sinn von „rechtlicher Lage“, „Rechtsbeziehung“ gebraucht wird, nicht unzulässig, das „idem ius eademque condicio“ pleonastisch zugleich auf libertos libertasve mit zu beziehen. Was das andere Bedenken betrifft, so ist mir zwar kein anderes Beispiel gleicher Art gegenwärtig; Gaius III. §. 40 fg. spricht oft von ius in bonis libertorum, nicht de bonis, und eben so Justinian's Institutionen III. 7; dennoch halte ich den Tadel des Verfassers für unberechtigt. Nimmt man ius im objectiven Sinne, so ist gegen die Zusammensetzung mit de bonis nichts einzuwenden; die beiden Bedeutungen des Wortes gehen aber so leicht und so häufig gleichsam in einander über, daß dieselbe Verbindung, auch wo man zunächst an das Recht im subjectiven Sinn denken möchte, wie in der vorliegenden Stelle, durchaus nicht anstößig erscheint. „Iis . . . de bonis . . . idem ius esto“ kann man übersetzen: „es soll für sie in Betreff der Güter dasselbe Rechtens sein“, oder auch „sie sollen in Betreff der Güter dasselbe Recht haben“. Im Edict fand man einen Titel de bonis libertorum; so lag dem Gesetzverfasser die Frage nahe, was in diesem besonderen Fall de bonis libertorum gelte? und die Antwort ist: idem ius esto eademque condicio esto. In diesen Dingen ist manches Gefühlsfache; ich muß gestehen, daß mir die fragliche Fassung entschieden gerade den Eindruck macht, als könne sie nicht wohl von einem Fälscher des 16. Jahrhunderts herrühren.

2) Anstößig findet der Verf. den Ausdruck „in civitatem Romanam venerit“ in cap. XXIII. Im classischen Latein heiße in civitatem aliquam venire nichts anderes als „im Gebiet einer Stadt ankommen“, wie bei Ulpian in L. 4. §. 5. D. de off. procons. 1. 16. Erst in dem barbarischen Latein Justinian's werde mit den Worten: in civitatem romanam pervenire der Sinn verbunden: „das Bürgerrecht erlangen“. §. 4. I. de succ. libert. 3. 7. Allerdings Gaius I. §. 68. (und so wohl auch in dem unleserlichen §. 71) schrieb in diesem

Sinn: ad civitatem romanam pervenire. Aber wenn Cicero pro Balbo cap. 8 dem Ankläger seines Klienten vorwirft: negat, ex foederato populo quemquam potuisse, nisi is populus fundus factus esset, in hanc civitatem venire, so hat er damit doch schwerlich sagen wollen, jener sei der Meinung, daß jeder Bürger einer verbündeten Stadt einer Bewilligung durch Bürgerbeschluß bedurft habe, um eine Reise in das Gebiet Rom's zu unternehmen. O, praeclarum interpretem iuris! ruft Cicero aus, weil der Ankläger den alten staatsrechtlichen Grundsatz, daß einer freien verbündeten Stadt das römische Bürgerrecht nicht durch römischen Volksbeschluß gegen ihren Willen (si is populus fundus factus non esset) aufgedrängt werden konnte, so mißverstanden hatte, als ob die Verleihung des römischen Bürgerrechts an einen einzelnen Angehörigen der verbündeten Stadt mit dessen Willen nicht anders als durch Beschluß seiner bisherigen Mitbürger wirksam hätte geschehen können. „In civitatem nostram venire“ bedeutet also bei Cicero l. c. und eben so in cap. 12. 19. 22. so viel, als: „in unsere Bürgerschaft eintreten“ oder „unser, d. i. das römische, Bürgerrecht erlangen“. In demselben Sinn spricht Fest. v. municipium von solchen, quorum universa civitas in civitatem romanam venit. Demnach ist das Latein unserer Inschrift, wie das Justinian's in diesem Falle nicht barbarisch, sondern classisch im strengsten Sinne unserer Philologen. So wenig wie jener ist

3) der Tadel gegründet, welchen der Verf. gegen die Worte: si civitate mutatus mutata² non esset in demselben cap. XXIII vorbringt; dieser ist in dem Maße vergriffen, daß man sich versucht fühlen könnte, den Ciceronischen Ausruf: O praeclarum interpretem! hier zu wiederholen. Usher glaubt, civitatis mutatio sei überall synonym mit oppidi mutatio und bedeute das Verlassen einer Stadt, der bisherigen Heimath, und Niederlassung in einer anderen (une expatriation, une transmigration). Nun aber seien die Bürger von Calpensa, die durch die Magistratur das römische Bürgerrecht erlangten, keineswegs von dort ausgewandert, sondern als römische Bürger in ihrer lateinischen Heimath ruhig sitzen geblieben. Der kluge Fälscher sei jedoch durch Mißverständniß dessen, was er bei Liv. XLI. 8 und Cic. pro Balbo cap. 13 gelesen, verleitet worden, auch hier an mutatio civitatis zu denken. Dem liegt nun umgekehrt von Seiten des Verfassers ein kaum begreifliches Mißverständniß zum Grunde.

Livius a. a. O. spricht von den Maßregeln, welche a. u. 575 auf

² In der Inschrift: mutatis mutatae, offenbar fehlerhaft.

Begehren der italischen Bundesgenossen ergriffen wurden, um der Entvölkerung der Bundesstädte, die durch Uebersiedelung ihrer Bürger nach Rom bewirkt wurde, entgegenzuwirken. Solche Uebersiedelung und Aufnahme in die römische Bürgerschaft war ihnen gefeßlich gestattet, wenn sie in der Heimath eine Familie zurückließen. Aber diese Schranke wurde durch künstliche Veranstaltung durchbrochen, indem Väter ihre Kinder einem römischen Bürger in's Mancipium gaben, mit der Bestimmung, daß sie von diesem manumittirt und so als Freigelassene römische Bürger würden; und weiterhin war es gewöhnlich geworden, daß Viele ohne alle Umschweife, *his quoque imaginibus iuris spretis, promiscue sine lege, sine stirpe, in civitatem romanam per migrationem et censum transibant*. Daher wurde nun verboten, *nequis quem civitatis mutandae causa suum faceret neve alienaret*, und die Magistratus wurden angewiesen, eine Manumission nur dann zuzulassen, wenn der Manumittirende schwöre, *civitatis mutandae causa manu non mittere* (Liv. I. c. cap. 9 in fine). Auch wurden damals Viele, die in solch ungeseflicher Weise in die römische Bürgerschaft sich eingeschmuggelt hatten, genöthigt, in ihre rechtmäßige Heimath zurückzukehren. Hier war also allerdings von wirklicher Ein- und Auswanderung (*oppidi mutatio*) die Rede. Gleichwohl ist es unrichtig, diesen Sinn in das *civitatem mutare* hineinzulegen. Wenn Livius sagt: *per censum in civitatem romanam transibant*, so kann er nicht sagen wollen: sie kamen durch den Censur in das Gebiet der Stadt Rom; sie mußten vorher dahin gekommen sein, um sich als Bürger censiren zu lassen; er will vielmehr sagen: sie kamen durch den Censur in die römische Bürgergemeinde, wurden römische Bürger. Das war das alte Recht der latinischen Bundesgenossen, das *foedus aequum*, das *Municipium* im alten Sinn, daß jene nach Rom, wie umgekehrt der Römer in die Bundesstadt, einwandern und sich als Bürger aufnehmen lassen konnten, ein Recht, das aus Rücksicht auf die Bundesgenossen durch die oben erwähnte Bedingung beschränkt war; die *civitatis mutatio* aber wurde erst durch den Censur vollzogen, bestand also nicht in einer Ortsveränderung, sondern in einem Wechsel des Bürgerrechts. Und wenn eine *alienatio* und *manumissio civitatis mutandae causa* vorkam, so bedeutete auch dieses nicht eine Manumission um der Ortsveränderung willen, sondern eine Manumission zu dem Zweck, um ein anderes Bürgerrecht zu gewinnen und gegen das bisherige einzutauschen.

Vollends einleuchtend wird dieß, wenn wir die Rede des Cicero

für den Cornelius Valbus zur Vergleichung heranziehen. Es ist kaum zu denken, daß sie im Zusammenhange gelesen hat, wer glauben kann, daß durch sie die Unächtheit des „civitate mutatus“ in unserer Inschrift bewiesen werde. Cicero spricht viel von *mutatio civitatis*, vom *ius mutandae civitatis* oder *commune ius mutandarum civitatum*. Aber das Wesentliche dabei ist ihm immer der Wechsel des Bürgerrechts, nicht die Aenderung der Niederlassung. Nach römischem Recht konnte Niemand zugleich römischer Bürger und Bürger einer andern freien selbständigen Stadt sein. Der römische Bürger hörte auf, es zu sein, wenn er in die Bürgerschaft einer freien Stadt aufgenommen war und dieses Bürgerrecht angenommen hatte, und umgekehrt; darin bestand die *mutatio civitatis*; ob eine Uebersiedelung damit verbunden war, ist Nebensache. In cap. 11 heißt es: *si Gaditani sciverint nominatim de aliquo cive romano, ut sit is civis Gaditanus*, so stehe diesem die *potestas mutandae civitatis* zu und hindere ihn nichts, *quominus ex cive romano civis Gaditanus possit esse*, und nach cap. 12 *civi romano licet esse Gaditanum, sive exilio, sive postliminio, sive reiectione huius civitatis*, also dadurch, daß er das Bürgerrecht von Cadix dem römischen vorzieht, und *quid est*, fragt Cicero, *quam ob rem civi Gaditano in hanc civitatem venire (d. i. civem romanum esse, wenn ihn die Römer das Bürgerrecht verliehen) non liceat?* In cap. 20–23 werden viele einzelne Verleihungen des Bürgerrechts an Bürger verbündeter Städte erwähnt, wobei nicht daran zu denken ist, daß die neuen Bürger sofort nach Rom einwanderten. Valbus selbst hatte durch Schenkung des Pompejus, die durch Volksbeschluß bestätigt worden, das römische Bürgerrecht erhalten, vermuthlich lange zuvor, ehe sein Fuß italischen Boden betrat. Die Stelle selbst, welche Asher S. 5 aus Cicero's Rede (cap. 13) beibringt, widerlegt ihn. Nachdem dieser des Grundsatzes erwähnt: *ne quis invitus civitate mutetur neve in civitate maneat invitus*, und hervorgehoben hat, daß nach dem Beispiel des Romulus *nunquam est intermissa a maioribus nostris largitio et communicatio civitatis*, fährt er fort: *Itaque et ex Latio multi et Tusculani et Lanuvini et ex ceteris generibus gentes universae in civitatem sunt receptae, ut Sabinorum, Volscorum, Hernicorum, quibus ex civitatibus nec coacti essent civitate mutari³, si qui nolissent, nec si qui essent civitatem nostram beneficio populi romani consecuti, violatum foedus eorum videretur.* Nun wird uns doch Niemand glauben machen, daß

³ So liest Drelli; Asher nach andern Ausgaben: *civitatem mutare.*

jene universae gentes ihre Sitze verlassen, eine oppidi mutatio in Asher's Sinne vorgenommen haben, daß die Tusculaner, Lanuviner und andere alle nach Rom eingewandert, wie unter Tullus Hostilius die Abaner nach Rom verpflanzt wurden und Ancus Martius den Aventinus bevölkerte, noch auch, daß nur diejenigen Einwohner der annexirten Städte, welche aus diesen emigrirten, im Sinne Cicero's civitatem mutabant. Es ist vielmehr klar, daß Cicero eben in dem Uebertritt der bisher selbständigen Gemeinden in die römische Bürgergemeinde, welche ohne alle Aenderung ihrer Niederlassung vor sich ging, darin, daß nach Festus universa civitas in civitatem romanam venit, die mutatio civitatis erblickt. Und unter denselben Begriff stellt er (cap. 24) den Fall, wenn einzelnen Latinen zur Belohnung das römische Bürgerrecht gewährt war (lege Servilia aut ceteris, quibus Latinis hominibus erat propositum aliqua ex re praemium civitatis⁴), wobei doch auch nicht daran zu denken ist, daß sie ihre Heimat deshalb verlassen.

Somit schwindet alles Bedenken, daß auch bei denjenigen, welche nach dem Rechte altitalischer latinischer Colonien durch die Magistratur das römische Bürgerrecht erlangten, von mutatio civitatis die Rede war, und der Ausdruck: civitate mutatus mutata hat in meinen Augen vielmehr vollkommen das Gepräge althergebrachter Gesetzesprache.

Auffallend allerdings ist der Ausdruck: civitate romana mutatus mutata, der in cap. XXII der lex Salpensana sich findet. Zwar was der Verf. darüber S. 6 bemerkt, ist durch das Obige schon von selbst widerlegt. Er sagt: nach Livius und Cicero sei civitatis mutatio la sortie d'une civitas; la civitas mutata „celle d'ou l'émigrant sort, non celle où il entre“. Der Fälscher aber „veut que les anciens magistrats Salpésiens soient des civitate mutati, et ne peut cependant pas les faire sortir de Salpensä, puisqu'il est évident, qu'ils y restent: c'est ce qui le force à faire une civitatis mutatio de leur entrée dans la civitas romana.“ Diese entrée, das venire in civitatem romanam im Sinne des Cicero und Festus, war, wie gezeigt, freilich eine civitatis mutatio. Auffallend ist aber doch der Ausdruck: civitate romana mutatus. Bei Cicero a. a. D. finden wir sowohl das Activum: civitatem mutare

⁴ Diese Belohnung verheißt die sog. lex Servilia repetundarum §. 76 fg. dem siegreichen Ankläger im Repetundenproceß ohne die Beschränkung auf Latini, worin Romm森 eine Unterstützung seiner Meinung findet, daß die Fragmente der älteren lex Acilia, nicht der von Cicero erwähnten lex Servilia angehören, welche letzte das praemium civitatis nur den Latinen zugesagt habe. Corp. inscript. lat. I. p. 70.

(cap. 11), als das Passivum *civitate mutari* (cap. 13, wo jedoch die Lesart zweifelhaft ist) und *civitate mutatus* (cap. 18). Der letzte läßt sich etwa so deuten, daß Jemand in Ansehung des Bürgerrechts eine Aenderung erfahren, einen Tausch gemacht habe. Aber *civitate romana mutatus*? Durch das römische Bürgerrecht verändert? Ich gestehe, daß mich dieser Ausdruck befremdet. Aber ich kann es doch eben deshalb nicht wahrscheinlich finden, daß er von einem sonst sehr geschickten Fälscher, der seinen Cicero wohl gelesen hatte, erfunden sei.

4) „*Apud Hviros, qui iure dicundo praeerunt eius municipii*“ — so lesen wir in cap. XXVIII der *lex Salpensana*: „*Locution contraire aux règles grammaticales*“ bemerkt dazu der Verf.; der Genitiv *eius municipii* in dieser Verbindung! Ähnliches finde ich in keiner ächten Quelle. Dagegen ist zu bemerken:

„*Hvir IVvir eius municipii*“ findet sich z. B. auch in der *lex Rubria de Gallia cisalpina* cap. 19. Nun ist aber *Hvir IVvir* allein noch gar keine vollständige Bezeichnung des Magistratus; in der *lex (Thoria) agraria* z. B. cap. 19 fgg. kommen *duumviri* mit ganz andern speciellen Functionen vor; zu *Hvir IVvir* ist dort stillschweigend hinzuzudenken: *iuri dicundo*; es wäre also gewiß auch kein Verstoß gegen die Grammatik, wenn ausdrücklich gesagt wäre: *Hvir IVvir iuri dicundo eius municipii*. Ferner aber war es, wie dieselbe *lex Rubria* und unsere Stadtrechte beweisen, noch gewöhnlicher, im Gesetzesstil ausführlich zu sagen: „*qui iuri dicundo praeerunt*“. Also die *Hviri*, *qui iuri dicundo praeerunt*, bilden erst ein vollständiges Substantivum in der Allen geläufigen Gesetzesprache, ähnlich wie *proconsole* als Nominativ gebraucht, d. i. *qui pro console est*. Demnach ist es nicht haarsträubend, zu jenem combinirten Substantivum noch den Genitiv „*eius municipii*“ hinzugefügt zu finden. Man möchte vielmehr auch hier mit Giraud sagen: *Cela ne s'invente pas*.

5) „*Uti qui optume (optumo) iure latini libertini liberi sunt erunt*“ lesen wir in demselben cap. XXVIII. An diesem unschuldigen *erunt* nimmt der Verf. großen Anstoß. In einem heutigen Handelsvertrage, meint er, möge man sich nicht wundern, wenn im Voraus auch alle Rechte ausbedungen werden, welche erst künftig einer meistbegünstigten Nation bewilligt werden könnten. Aber: „*dans une loi romaine une pareille clause serait monstrueuse*“. Allein wer sich die überaus vorsichtige, fast pedantische Art der Abfassung römischer Gesetze vergegenwärtigt, der wird sich über diese Monstrosität leicht beruhigen. Gerade die Verbindung der gegenwärtigen und zukünftigen

Zeit liebt sie, wo beide irgendwie in Betracht kommen könnten: z. B. „oportet oportebit“ in der lex Julia municip. I. §. 53, in der lex Cornelia de XX quaestoribus; „sunt erunt“ in der lex Rubria cap. 23, in der lex Julia I. §. 20. 55. 68. II. 34. 68; eben so oft „est erit“, einmal „est erit fuit fuerit“. Warum nicht auch in unserer Stelle: qui . . . liberi sunt erunt? Uebrigens spricht diese gar nicht von Rechten, welche den bestens Freigelassenen jetzt zustehen oder künftig verliehen werden möchten, wie Asher erklärt, sondern sagt nur: die nach cap. XXVIII cit. Freigelassenen sollen so frei sein, wie diejenigen, welche mit vollkommenster Wirkung latinisch freigelassen sind oder künftig freigelassen werden.

6) Den Schluß des cap. XXVIII, mit den Worten: „is numerus decurionum, per quem decreta hl. (d. i. hac lege) facta rata sunt“ nennt der Verf. „une phrase vicieuse et à peine intelligible“. Vermuthlich findet er, daß die Worte hac lege nach facta stehen müßten; wäre dieß der Fall, so wüßte ich nichts zu finden, was noch Anstoß erregen könnte. Hier könnte aber leicht ein Versehen des Erzschreibers angenommen werden, der die Buchstaben h. l. zu früh eingegraben hatte und es nicht der Mühe werth hielt, den Fehler zu verbessern und das Wörtchen facta nachfolgen ließ, weil der Sinn doch unzweifelhaft ist, nämlich daß mindestens zwei Drittheile der Decurionen zugegen sein sollten.

Zwei Drittheile! Bei dieser Gelegenheit muß ich noch einen Tadel berühren, den der Verf. in anderem Zusammenhange (p. 14) vorbringt. In der lex Malacitana cap. 64 findet sich der Ausdruck: „partes tertiae non minus quam duae“ und ähnlich so in cap. 68 „partes non minus quam duae tertiae“. Diesen hebt der Verf. vor allen hervor als eine der „locutions d'un cachet évidemment moderne“. Allein „duae tertiae partes“ ist keineswegs unlateinisch, also auch nicht „partes tertiae non minus quam duae“. Eine Flüssigkeit ad tertias decoquere heißt nach Plin. hist. nat. XXI. 71. und Columella de rust. XII. 20 dieselbe bis auf zwei Drittel einkochen, und bei Columella V, 1 findet sich einmal „partes duae tertiae et una quarta“, und wiederum „partes duae tertiae“. Sodann in L. 84. Theod. Cod. de decurion. XII. 1 finden wir gerade in Beziehung auf die Decurionenversammlung ebenfalls unsere duae tertiae wieder. Die Constitution verordnet: um zu berechnen, ob bei einer Wahl die Decurionen in gesetzlicher Zahl ($\frac{2}{3}$) versammelt seien, solle man diejenigen, welche aus gewissen Gründen abwesend sind, nicht mitzählen (ut eorum in

duabus, quae concilio adesse debent, partibus numerus derogetur, quos aut obtentus debilitatis alienat, aut senectus pigra remoratur etc.), und fügt dann am Ende hinzu: ut ex reliquo numero duabus tertiis supputandis⁵, d. h. indem nämlich von der alsdann übrig bleibenden Gesamtzahl die zwei Drittheile zu berechnen sind. Man vergleiche auch noch Ulp. VI. 10: Liberorum nomine sextae retinentur ex dote, non plures tamen quam tres.

Demnach sind die duae tertiae partes nicht so ganz von modernem Gepräge, wie der Verf. annimmt, und vollends unberechtigt ist es, wie der Verf. S. 20 thut, sie als einen groben grammatischen Fehler zu notiren. Der Umstand vielmehr, daß wir in der lex Salpensana cap. XXIX den Ausdruck „duae partes decurionum non minus“ finden, ähnlich wie im Edict von Venafrum „non minus quam duae partes decurionum“, in der lex Malacitana cap. LXIV aber „eorum partes tertiae non minus quam duae“, — dieser Umstand kann zum Beweise dienen, daß nicht die beiden Tafeln von einem Falsarius fabricirt worden sind.

Doch der Verf. entdeckt in cap. LXIV cit. „deux fautes grammaticales grossières“, nämlich „duae tertiae partes“ und „adessent“. Er stellt neben einander die Fassung in der Tafel von Salpensa:

„Ex decreto decurionum quod cum duae partes decurionum non minus adfuerint factum erit“,

in dem edictum de aquaeductu Venafrano:

„Ex maioris partis decurionum decreto, quod decretum ita factum erit, cum in decurionibus non minus quam duae partes decurionum adfuerint“⁶

und in der Tafel von Malaga:

„Ex decurionum conscriptorumque decreto, quod decretum, cum eorum partes tertiae non minus quam duae adessent, factum erit“.

Die erste scheint ihm „de beaucoup la plus élégante“, und er findet darin die Spur einer vom Fälscher benutzten ächten Inschrift, da diesem das erst in neuester Zeit bekannt gewordene Edict von Venafrum nicht zum Muster gedient haben könne. Die dritte aber findet er geradezu fehlerhaft und darin den Beweis ihrer Unächtheit. Den einen Fehler haben wir als keinen erwiesen. Es bleibt nur der andere: „cum . . .

⁵ Die handschriftliche Lesart ist zwar duobus; aber die Verbesserung duabus ganz unbedenklich. Dagegen ist für ut zu setzen, wie Gotthofred und Bed angeben und Hänel nicht misbilligt, das scheint mir keine Verbesserung, auch nicht notwendig, wie der letzte angemessener fände, ut ganz zu streichen.

⁶ Ulpian hat hier unrichtig ad erunt.

adessent, factum erit“. Dessen Quelle könnte man etwa in L. 3. D. quod cuiusque univ. 3. 4 finden, wo wir lesen: „quum duae partes adessent, ganz richtig, weil das Perfectum „dedit“ vorhergeht, während in Beziehung auf das Futurum „factum erit“ allerdings vielmehr adfuert zu erwarten wäre. Aber diese Abweichung in Betreff der consecutio temporum für einen groben grammatischen Fehler und deshalb das merkwürdige Monumentum für falsch zu erklären, das scheint mir doch zu Kühn, wenn ich in einem älteren Monument, dem sog. Sc. de Bacchanalibus, zweimal lese:

„isque de senatous sententiad, dum ne minus senatoribus C adesent, quom ea res cosoleretur, iousisset“

und in Beziehung darauf bei Liv. XXXIX. 18.

„si ei permissum esset, quum in Senatu non minus centum essent“.

In den bisher besprochenen Mängeln des Verf. haben wir also keinen hinreichenden Grund gefunden, den Glauben an die Richtigkeit der Tafeln von Salpensa und Malaga aufzugeben. Sehen wir nunmehr

II. ob die unter Nr. V. von demselben aus dem Inhalt des cap. XXIII und XXVIII der Tafel von Salpensa geschöpften Bedenken uns dazu nöthigen?

Der Verf. behauptet vor allem

1) Der Grundgedanke des cap. XXIII sei nur das Erzeugniß eines krankhaften Scharffinns: „L'idée mère du chapitre XXIII est un curieux produit d'une sagacité malade“. Der Verfertiger der Tafel, so meint er, verwechsle nicht nur die civitas romana gewesener Magistratus von Salpensa mit der civitas romana der Bewohner Rom's, sondern confundire auch die Grundsätze des Privatrechts der Provinzen, welches auf der Jurisdiction der Provinzialregenten beruhte (qui est basé sur la iurisdiction), mit denen des römischen ius civile, welches auf der römischen Gesetzgebung beruhte (qui est basé sur la legislation). In dieser Bemerkung spricht der Verf. einen großen Irrthum gelassen aus. Er glaubt, das Recht des römischen Bürgers sei ein anderes gewesen in Rom, ein anderes in den Provinzen. Ich begreife nicht, woher dem Verf. diese Idee gekommen. Meines Wissens ist es bisher noch nicht bezweifelt worden, daß das Bürgerrecht (civitas romana in diesem Sinn) der Person einen Charakter gab, der überall gleich überallhin sie begleitete, so weit die römische Macht ihm Schutz verlieh. Das Bürgerrecht schloß in seiner privatrechtlichen Bedeutung das ius connubii und commercii nach römischem Recht in sich; das

ius civile oder ius Quiritium war ius proprium civium Romanorum überall im Gebiete der römischen Macht; überall gewährte es das gleiche ius connubii et commercii nach römischem Recht; nur konnte keiner römisches Eigenthum an Provincialboden haben, weil die Sache nicht in commercio iuris civilis, der fundus provincialis nicht ager romanus war. Wie der Apostel Paulus, ehe er Rom gesehen hatte, der Strafgewalt des Statthalters gegenüber mit Recht sich darauf berief, daß er römischer Bürger sei („civis romanus sum“), so konnte er in privatrechtlicher Beziehung verlangen, nach römischem Recht beurtheilt zu werden. Alle römischen Bürger, wo sie auch sein mochten, hatten in Rom die communis patria und vor dem römischen Prätor ihren Gerichtsstand, das forum originis commune. Allerdings unterstanden sie auch der Jurisdiction des Statthalters der Provinz, in so fern sie dort ihren Wohnsitz hatten oder einen Contract eingegangen waren. Aber wie hätte der Statthalter behaupten mögen, hier gelte für sie nicht römisches Recht, sondern nur, was er in seinem Provincialedict als Recht zu setzen für gut befunden? Warum hätte dann Cicero in seinem Provincialedict bezüglich einer ganzen Reihe von Rechtsverhältnissen auf die edicta urbana verwiesen? Allerdings konnte auch für römische Bürger so wenig in den Provinzen wie vor dem Gericht des praetor peregrinus in Rom ausschließlich römisches Recht zur Anwendung kommen, wenn sie mit Peregrinen in Rechtsverhältnisse getreten waren; aber in Rechtsstreitigkeiten zwischen römischen Bürgern kam in den Provincialgerichtshöfen unzweifelhaft dasselbe Recht zur Anwendung, wie in dem Gericht des praetor urbanus in Rom, sofern nicht etwa eine einzelne eigenthümliche von dem Edict des praetor urbanus abweichende Bestimmung des Provincialrechts auch für römische Bürger in Betracht kommen konnte.

Nach Aufdeckung dieses Grundirrhums des Verf. ergibt sich leicht, daß die vermeintlichen Wunderlichkeiten, die er in dem cap. XXIII entdeckt, nur in seiner Einbildung existiren, und daß er den Sinn dieses cap. gar nicht verstanden hat. Er glaubt, der Fälscher, welcher irrig in der Erhebung der gewesenen latinischen Magistratus zu römischen Bürgern eine civitatis mutatio gesehen, habe deshalb eine capitis diminutio media derselben angenommen, welche ihre bisherigen Rechte zerstört haben würde, wenn sie ihnen das Gesetz nicht ausdrücklich erhielt; deshalb habe er nöthig befunden, ihnen die iura libertorum, das Patronatrecht gegenüber ihren bisherigen latinischen Freigelassenen, ausdrücklich vorzubehalten. Dieß sei aber pure Einbildung, weil jene

gewesenen Magistratus in Salpensa blieben und alle ihre bisherigen Privatrechte, wie sie durch das Provincialedict begründet waren, das auch den Duumvirn zur Richtschnur diene, unverändert behalten mußten. „La civitas, sagt der Verfasser, ne pouvait donc leur faire perdre les avantages, que la iurisdiction des IIvirs leur garantissait auparavant“, und setzt hinzu: „Ainsi les dangers, contre lesquels le chapitre XXIII se dirige, n'ont aucun fondement réel et n'existent que dans l'imagination de notre faussaire trop sagace“. Dieser Vorwurf aber fällt mutatis mutandis vielmehr auf den Ankläger in diesem crimen falsi zurück. Das Wahre nämlich ist dieses:

Wie für die römischen Bürger römisches, so galt für die Latini coloniarii latinisches Recht: iure Latii utebantur. Dieses hatten die duumviri der Colonie wie der Statthalter der Provinz zu beachten; nicht des letzteren Edict war die Quelle ihres Rechts. Wurde nun ein einzelner Latinus coloniarius römischer Bürger, so galt für ihn von da an römisches Recht. Eine capitis deminutio haben die Römer darin nie erkennen können; von einem Verlust ihrer Privatrechte aus diesem Grunde konnte keine Rede sein; im Vermögensrecht zumal schon darum nicht, weil die Latini als solche ohnehin commercium iuris civilis hatten. Aber der römische Bürger konnte nicht einen Latinus in seiner Familiengewalt haben, und doch wollte das Gesetz die bisherige Familienverbindung desjenigen, der durch die Magistratur römischer Bürger geworden war, nicht zerstören. Darum bestimmte das Gesetz für Salpensa in cap. XXI, daß mit jenem auch dessen Eltern, Gattin und Kinder das Bürgerrecht erlangen sollten, und in cap. XXII, daß nunmehr auch das Verhältniß familienrechtlicher Gewalt und Abhängigkeit unter jenen in die römische Bürgerschaft eingereichten Personen ungestört fortbestehen sollte, als ob sie eine Aenderung ihres Status nicht erlitten hätten. Aber Freigelassene des zum römischen Bürger erhobenen Latinus sollten nicht ebenfalls römische Bürger werden. Nun konnte sich die Frage erheben, ob damit nicht das Patronatrecht wegfalle? Kann denn, so mochte man fragen, ein römischer Bürger Patronus eines Freigelassenen sein, der Latinus coloniarius ist? Kann er als solcher dessen gesetzlicher Erbe sein, da doch sonst in Ansehung des gesetzlichen Erbrechts zwischen römischen Bürgern und Latinen eine Rechtsgemeinschaft nicht besteht? Diese Fragen beantwortet das Gesetz, indem es ausdrücklich eine solche Anomalie sanktionirt. Daher das cap. XXIII.

7 Bgl. Gai. III. 56. „neque liberti Latini hominis bona ad patronos pertinere . . . possent.“

Wahrlich, wer das erfunden hätte, der verdiente ein Ehrendiplom. — Doch der Verf. hat darin

2) noch einen secundären Fehler entdeckt. Es spricht auch von *libertatis causa imposita*, von Verpflichtungen, welche der Freigelassene gegen den Patron übernommen; auch den Anspruch auf deren Erfüllung soll der bisherige Patronus ungeachtet seiner *status mutatio* behalten. Nun aber, sagt der Verf., ist von solchen Auflagen (*ad remunerandum tam grande beneficium, quod in libertos confertur, quum ex servitute ad civitatem romanam perducuntur* — L. 1 pr. D. de bon. lib. 38. 2) in den Quellen nirgendwo in Beziehung auf unvollkommene Freilassungen die Rede. Denkt der Verf. dabei an *Latini Juniani*, so ist dagegen zu bemerken, daß in den Digestentiteln *de operis* und *de bonis libertorum* natürlich nichts mehr davon vorkommen konnte, weil es nach Justinianischem Recht keine solche unvollkommene Freilassung mehr gibt, und in den vorjustinianischen Quellen ist von der *obligatio libertorum* überhaupt nur sehr spärlich und gelegentlich die Rede. Es kann aber nach der Natur des Verhältnisses gar nicht bezweifelt werden, daß, seitdem der Prätor unvollkommen Freigelassene als in *libertate morantes* schützte und seitdem diese die *lex Junia* auch gesetzlich für frei erklärt hatte, der Prätor gleichwohl den bei solchen Freilassungen eingegangenen Verpflichtungen wenigstens in demselben Maße rechtliche Wirkung beigelegt habe, als es nach dem Edict in Folge vollkommener Freilassungen der Fall war. Zudem aber ist in unserem cap. XXIII gar nicht die Rede von unvollkommenen Freilassungen jener Art, sondern vielmehr von vollkommenen, jedoch nur nach latinischem Recht vollkommen Freigelassenen, welche durch die Freilassung *Latini coloniarii, cives coloniae Latinae* geworden waren, wie die Freigelassenen römischer Bürger *cives romani* wurden. Daß aber auch nach latinischem Recht dem bisherigen Sklaven dergleichen Verbindlichkeiten auferlegt werden konnten, das ist doch gewiß nicht dem mindesten Zweifel unterworfen. Auch von den Latinen konnte gewiß gesagt werden, was nach L. 1 pr. cit. *Servius Sulpicius* von den römischen Bürgern berichtete, daß sie *antea soliti fuerunt a libertis durissimas res exigere, scilicet ad remunerandum tam grande beneficium*, und auch bei ihnen wird nach dem Vorbild des prätorischen Edicts dieses Rechtsverhältniß durch die *magistratus ius dicentes* geregelt worden sein. So geben auch diese *libertatis causa imposita* vielmehr einen Beweisgrund für, als einen Verdachtsgrund gegen die Richtigkeit unserer Inschrift ab.

Hiernach steigt unsere Hoffnung, daß es gelingen werde, auch die noch viel einleuchtenderen Irrthümer, welche nach Asher's Meinung das cap. XXVIII der Tafel von Salpensa in sich bergen soll, als bloße Irrthümer des allzuscharfsinnigen Anklägers der Fälschung zu erweisen. Als solchen erkennt man leicht, wenn der Verf.

3) dem cap. XXVIII einen Vorwurf daraus macht, daß darnach die Freilassung von Sklaven in der Colonie von Salpensa apud duumviros zu geschehen habe, wie die römische manumissio vindicta apud magistratum, apud quem legis actio est, während wir doch wissen, freilich erst seitdem die Fragmente des Ulpian und Dositheus bekannt geworden, daß nach der lex Junia eine ganz formlose Freilassung genügte, um den Freigelassenen zum Latinus zu machen. Dabei ist übersehen, daß das cap. XXVIII von vollkommener Freilassung nach latinischem Recht spricht, wodurch der Freigelassene optimo iure latinus libertinus wird. Daß aber diese Freilassung nach altlatinischem Recht ganz analog der römischen manumissio vindicta gewesen sei, das ist eben so wahrscheinlich, als es unwahrscheinlich ist und von Niemandem mehr geglaubt wird, was Theophilus zu §. 4 J. I. 5 dem Livius (II. 5) und dem Pomponius (in L. 2. §. 24 D. de orig. iur.) gläubig nachspricht, daß die Bezeichnung dieser Manumissionsart von dem Namen des Verräthers der verrathsinnenden Söhne des ersten Consuls Junius Brutus herzuleiten sein möge. Als handgreiflicher Mißgriff stellt es sich hiernach auch sofort heraus, wenn der Verf.

4) in den optimo iure latini libertini den Beweis findet, daß der vermeintliche Fälscher von der lex Junia nichts gewußt habe. Daß die lex Junia „s'adresse à la iurisdiction provinciale comme à la iurisdiction urbaine“ mag zugegeben werden; daß sie auch von den Provincialstatthaltern geachtet werden mußte, versteht sich von selbst. Sie war aber jedenfalls zunächst ein römisches Gesetz, das die Freilassungen von Seiten römischer Bürger betraf, und daß sie sich auf peregrinische Freilassungen nicht bezog, ist gewiß (Dosit. §. 14); wie wäre es auch denkbar, daß ein Peregrinus seinen Sklaven zum Latinus hätte machen können? Aber es ist an sich sehr wahrscheinlich und geht gerade aus unserem cap. XXVIII hervor, daß sie auch in den latinischen Colonien recipirt oder oktroyirt worden. Daß aber die lex Junia „n'admet qu'un seul genre de latinité“, nämlich die der Latini coloniarii, ist trotz Caius (III. 56), ja, wie eben aus dieser Stelle klar hervorgeht, offenbar unrichtig. Warum wären sonst jene unvollkommen Freigelassenen als Latini Juniani von andern Latinen unterschieden?

Hatten doch jene nicht, wie diese, die Fähigkeit ein Testament zu errichten, nicht das *ius capiendi hereditatem legataque ex testamento*⁸. Zudem der Verfasser *latini libertini optimo iure* nennt, gibt er eben zu erkennen, daß er von anderen weiß, die nicht *optimo iure* sind, und diese waren eben die *Latini Juniani*. Eben so leicht beseitigt sich

5) das Bedenken gegen die Bestimmung des *cap. XXVIII in fine*, wornach als *Consilium*, welches die Beweggründe der Freilassung von Seiten eines noch nicht zwanzigjährigen Herrn zu prüfen hatte, die *Decurionenversammlung* zu fungiren hätte. Bekanntlich hat die *lex Aelia Sentia* eine Vorschrift dieser Art aufgestellt. Darnach aber bestand das *Consilium*, dem die Prüfung oblag, in Rom aus fünf Senatoren und fünf Rittern, in den Provinzen aber aus zwanzig *Recuperatoren*, die römische Bürger waren⁹. Diese fanden sich bei den Gerichtsversammlungen, welche die Statthalter wechselweise an verschiedenen Orten der Provinz abhielten, ein und wurden aus ihnen die Urtheiler in den Privatprocessen erkoren; am letzten Tage des *Conventus* aber sollten sie dann in jener Zahl zusammentreten, um jenes *Consilium* zu bilden. Dieß nicht wissend, meint nun Asher, habe der Fälscher aus eigenem Einfall, im Widerspruch mit dem, was wir aus Gaius und Ulpian wissen, anstatt des in Justinian's Institutionen (I. 6. §. 4) ohne nähere Erklärung genannten *Consilium* dem Stadtrath von *Salpensa* jene Prüfung zugewiesen. Allein die *lex Aelia Sentia* betraf zunächst auch nur die Freilassung von Sklaven römischer Bürger; darum bildeten nur römische Bürger das *Consilium*, obwohl in den *Conventus* nach Umständen auch *Peregrinen* als Urtheiler fungiren konnten. Wenn nun die fragliche Bestimmung auf die Bürger latinischer Colonien ausgedehnt wurde, so wäre es sehr unpassend gewesen, dazu jenes unstete *Consilium* römischer Bürger zu requiriren; es konnte nichts angemessener gefunden werden, als jene Funktion dem ständigen, an Ort und Stelle jederzeit zugänglichen *ordo decurionum* zu übertragen, und das um so mehr, da die gebilligte Freilassung selbst vor dem *Magistratus* der freien latinischen Gemeinde stattfand, nicht vor dem *Provincialstatthalter* zu geschehen hatte, und aus dem *ordo decurionum* dort gewiß auch der *magistratus iuri dicundo* die Urtheiler in Privatprocessen wenigstens vorzugsweise zu nehmen pflegte. Müßte man diesen Passus für erfunden halten, so hätte man auch hier also wieder allen Anlaß, die Meisterschaft des Erfinders zu bewundern, zumal eines Erfinders, welcher

⁸ Gai. I. 23. 24. II. 110. III. 58. Ulp. XVII. 1. XXI. 14. XXII. 3.

⁹ Gai. I. 20. 40. 41. Ulp. I. 13.

in der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts lebte und die Fragmente des Ulpian und Dositheus, geschweige die ächten Institutionen des Gaius, nicht kannte¹⁰.

Nummehr wird uns auch das Bedenken nicht mehr viel Schwierigkeit machen, welches der Verf.

6) in Betreff des Passus: „dum ne . . . quae virgo mulierve sine tutore auctore quem quamve manumittat liberum liberamve esse iubeat“ erhebt. Er hält es für undenkbar, daß durch ein Gesetz aus Domitian's Zeit in Spanien einem Rechtsinstitut, das schon zu Cicero's Zeit fast ganz abgestumpft war (émoussé), neue Kraft verliehen worden sei, und er findet darin einen Widerspruch mit Gaius. Beides ist völlig grundlos.

Wenn Gaius I. 193 schreibt: *apud peregrinos non similiter ut apud nos in tutela sunt feminae*, so hat er sicher mit gutem Vorbedacht geschrieben „*apud peregrinos*“, im Gegensatz nicht nur der *cives romani*, sondern auch der *Latini*. Gaius bemerkt anderwärts (I. 55), daß *ferè nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus*, und erwähnt auch dabei nicht, daß doch das Recht der *Latini* dem römischen verwandt sei. Gleichwohl ist nicht zu bezweifeln, daß die *patria potestas* bei den alten *Latini* wesentlich denselben Charakter hatte, wie bei den Römern. Wie hätten sonst jene ihre Kinder einem römischen Bürger in das *Mancipium* geben können (Liv. XLI. 8)? Und wie die *patria potestas*, so waren gewiß auch *manus* und *mancipium* nicht minder in dem Rechte des alten *Latium* wie in dem Rechte Rom's anerkannt. Es ist meines Erachtens überhaupt nicht zu bezweifeln, daß das Recht des alten *Latium* innerlich durchaus die größte Verwandtschaft mit dem römischen Rechte hatte, und sofern durch römische Gesetze Verschiedenheiten begründet waren, wurden auch diese vielfach wieder dadurch ausgeglichen, daß die Bundesgenossen jene aus freiem Entschlusse sich aneigneten (Cic. pro Balbo cap. 11). Und jene familienrechtlichen Verhältnisse waren ihrem Wesen nach sicher nicht zuerst durch römische Gesetze eingeführt, sondern von den Römern aus dem Rechte ihrer Stammgenossen in ihren Staat mit herübergenommen. Es genügt in dieser

¹⁰ Beiläufig sei noch bemerkt: der Verf. hebt S. 10 hervor, aus Dig. XLVII. 14. fr. 1. und der Collat. XI. 6. §. 4. gehe hervor, daß auch in der Provinz Baetica, in welcher Salpensa lag, jenes Consilium bestanden habe. Auch das ist gewiß ein Mißverständniß. Das *consilium* oder, wie wir in der *Collatio* lesen, *concilium Baeticae*, an welches *Gabrianus* oder *Antoninus* rescribirt hat, war gewiß nicht das *consilium viginti recuperatorum*, von dem Gaius I. 20. spricht, sondern ein Provinziallandtag. Die Provinz Baetica zählte nach Plin. hist. nat. III. 3. vier *conventus iuridici*, konnte also nicht bloß ein *consilium Baeticae* in dem obigen Sinn haben.

Beziehung auf Giraud S. 34 fg., 40 fg., 97 fg. zu verweisen. Waren nun die Frauen auch bei den Latinen in patria potestate oder in manu, so ist es fast consequent und jedenfalls nicht im Mindesten unwahrscheinlich, daß die femina sui iuris auch bei ihnen unter Tutel stand. Nun wurden aber die latinischen Colonien als Tochterstädte auf das Recht Latiums gegründet, wie die Colonien römischer Bürger vollständig römisches Recht erhielten, und wo eine latinische Colonie nicht von dem noch freien Latium ausgegangen, sondern a populo romano data erat, da konnten ihr zudem bei der Gründung sofort noch römische Gesetze oktroyirt werden. Das iactatum procellis reipublicae Latium, welches durch Vespasian nach Spanien verpflanzt wurde, hatte die Bedeutung, daß im Ganzen latinisches Recht dort das herrschende wurde, und wenn die Spanier damit auch die tutela feminarum überkamen, so war das eben nur ein Bestandtheil jenes Rechts, wie es in früheren Zeiten, vor den leges de civitate sociorum, im eigentlichen Latium bestanden hatte.

Allerdings war nun zu Domitian's Zeit die Tutel über Frauen im römischen Recht selbst sehr abgeschwächt; die wichtigste, die legitima agnatorum tutela, war durch die lex Claudia ganz beseitigt, und nach der lex Julia et Papia Poppaea erfreuten sich viele Frauen gänzlicher Befreiung von der Tutel. Aber eine praktisch wichtige Institution blieb sie doch noch die ganze Zeit der classischen Jurisprudenz hindurch, und insbesondere die legitima tutela des Patronus über die liberta war immer noch von erheblicher Wichtigkeit. Das beweist eben die Stelle aus Ulpian (XI. 27), die der Verf. S. 11 selbst anführt; das beweisen ferner Gai. II. 80. 81. 85. 112. 113. 118. III. 108. 171. I. 184. 195. Ulp. I. 17. XI. 20. Vat. fragm. §. 1. 45; und als bestehend wird dieselbe noch zu Diocletian's Zeit vorausgesetzt nach den fragm. Vat. §. 325. 327. Unzweifelhaft ist namentlich, daß die Frau, welche unter Tutel stand, eine Manumissio durch Vindicta ohne Auctoritas ihres Tutors nicht vornehmen konnte, und zwar, weil diese ein civile negotium war, das sogar eine legis actio, die in iure cessio, in sich schloß, zwei Momente, deren jedes für sich genügte, die Auctoritas nothwendig zu machen (Ulp. l. c.). Aber eine Freilassung nach der lex Junia? War sie auch dazu erforderlich? Der Verf. sagt: Nein, und deshalbbürdet er dem cap. XXVIII cit. abermals einen groben Fehler auf. Dabei aber begeht er selbst wieder den Fehler, daß er die Bestimmung darin von einer unvollkommenen Freilassung versteht, während sie klar und deutlich von einer vollkommenen latinischen

Freilassung spricht. Und dann hat er auch in Ansehung der unvollkommenen Freilassung ex lege Junia augenscheinlich Unrecht. Wenn nach Ulpian a. a. O. die Frau ihrer Freigelassenen nicht ohne Auctoritas des Tutors erlauben konnte, in contubernio alieni servi morari (und das war doch wahrlich kein civile negotium), weil sie dadurch ex senatusconsulto Claudiano ihres Patronatrechts verlustig werden konnte, wie sollte es ihr zustehen, ihren Sklaven inter amicos oder per epistolam frei zu machen? Lag doch darin eine abalienatio einer res Mancipi, die ihr nach Ulpian nicht gestattet war. Dieß läugnet zwar Affer, weil in L. 9. Cod. III. 33 (vgl. auch L. 40. D. de stip. serv. 45. 3) alienatio und manumissio unterschieden wird. Aber im weiteren Sinn mußte man unter jener gewiß auch diese begreifen, eben so wohl, wie den Verlust einer Servitut non utendo (L. 5. D. de fundo dot. 23. 5), und wenn die lex Julia eben so die Veräußerung von Dotalsklaven wie die des Dotalgrundstücks verboten hätte, so hätte sicherlich kein römischer Jurist bezweifelt, daß der Mann den Sklaven auch nicht freilassen könne. Zu allem Ueberfluß belehrt uns Dositheus §. 15 ganz klar, daß die Frau, die nicht das ius liberorum hatte, sine tutoris auctoritate ihren Sklaven auch nicht zum Latinus machen konnte; eine Streitfrage bestand nur darüber, ob die Auctoritas des Tutors zur Ausfertigung der epistola genüge oder zur Zeit des Empfanges derselben erfordert werde?

„Nous n'avons relevé que les erreurs, sur lesquelles aucune controverse ne devrait être possible“: so schreibt der Verf. S. 12. Nach der bisherigen Ausführung könnten wir füglich den Satz gegen den Verf. selbst wenden; wir glauben unbestreitbare Irrthümer desselben nachgewiesen zu haben, Irrthümer, auf welche man zum Theil mit vollem Recht die Bemerkung auf S. 13 anwenden könnte:

„Pour admettre tout cela comme vrai, il faudrait bouleverser complètement l'histoire du droit romain“.

Weniger leicht als die bisher besprochenen sind diejenigen Einwendungen zu beseitigen, welche der Verf. S. 19 fg. gegen den Inhalt des cap. XXIX der lex Salpensana erhebt, obwohl er darin gerade Reste einer unzweifelhaft ächten Inschrift, die der Fälscher benützt habe, erkennt. Dieses cap. hat schon Laboulaye als besonders anstößig hervorgehoben, und die Vertheidigung desselben hat dem Gegner Laboulaye's, Giraud, allerdings einige Schwierigkeit gemacht. Allein wenn alle anderen von dem Verf. angeführten Beweisgründe für die Unächtheit der Inschrift sich als hinfällig erwiesen haben, so ist das, was derselbe

§. 20 über die angeblichen Absurditäten dieses cap. mit wenigen Worten bemerkt, gewiß nicht hinreichend, die Unächttheit der Inschriften zu beweisen, wenn wir damit die bisherigen Erklärungsversuche, insbesondere die gründliche Untersuchung von Giraud S. 123—158 (vgl. die krit. Ueberschau IV. S. 419 fg.) vergleichen, und dürfen wir jedenfalls als Resultat unserer Erörterung die Ueberzeugung aussprechen, daß in dem Streite über die Aechtheit der berühmten Inschriften, sofern er noch bestand, das Gewicht in der Waagschale, welche ihrer Verurtheilung sich zuneigt, durch die hier besprochene Schrift nicht um einen Gran verstärkt worden sei, und daß diese, sofern man den Streit schon als beigelegt betrachten konnte, denselben einigermaßen leichtfertig wieder aufgeregt habe.

Was dem Verf. eigenthümlich ist, die Idee nämlich, daß die Inschriften mit Benutzung einer verlorenen ächten Inschrift durch einen Gelehrten des 16. Jahrhunderts zwischen den Jahren 1530 bis 1570 fabricirt worden seien, das ist in der einen Beziehung, was den Endpunkt dieser Zeitbestimmung betrifft, durch obige Ausführung vollständig als nichtig dargethan. Kommen wir zum Schluß auch noch einmal auf die Combination zurück, auf welcher die Bestimmung des Anfangspunktes beruht.

Im Jahre 1516 war es, daß die Bürger von Malaga, entschlossen, ihre Stadt energisch zu vertheidigen, die Riesenkanone gießen ließen. Aber der kriegerische Enthusiasmus legte sich alsbald, als der Cardinal Ximenes sechstausend Mann Fußvolf und vierhundert Reiter in Gilmarschen gegen die Stadt anrücken ließ. Als diese nur noch zwei Tagesmärsche von ihr entfernt waren, fanden die Bürger es gerathener, sich darein zu ergeben, daß ihren vom Cardinal selbst als gegründet erkannten Beschwerden über die Uebergriffe des Admiralitätsgerichtshofes in friedlichem Wege Abhülfe gewährt werde, und der Cardinalregent konnte dem König Karl nach Belgien berichten, daß der Aufstand in Malaga beschwichtigt sei. Ist es nun wohl wahrscheinlich, daß vierzehn Jahre später ein Alterthumsgelehrter sich die Mühe gegeben, eine Rieseninschrift (un produit gigantesque) mit großer Sorgfalt und Sagacität zu verfassen und mit großen Kosten in Erz graben zu lassen und im Boden zu verbergen, nur zu dem Zwecke, um sie bald wieder hervorzuholen und durch die uralten Municipalfreiheiten der Stadt, nicht mehr dem großen Cardinal (denn dieser war schon 1517 gestorben), sondern etwa dem dormaligen Großadmiral von Kastilien, der schwerlich Verständniß dafür hatte, Respekt einzulösen? daß er dann aber die Ent-

deckung des verborgenen Kunststücks dem Zufall überlassen habe, der erst nach Jahrhunderten so gnädig gewesen ist, es wieder an den Tag zu bringen? Und welchen Effect hätten sie auch, rechtzeitig producirt, in dem erwähnten Streite haben können? Dieser war ja nur veranlaßt durch die Kompetenzconflicte zwischen dem Admiralgerichte und dem ordentlichen königlichen Richter in Malaga, welche zur Folge hatten, daß die Umgegend der Stadt durch strafloses Gefindel, Matrosen und Soldaten, belästigt wurde. Malaga war noch vor 30 Jahren eine maurische Stadt gewesen und hatte bis dahin über sieben Jahrhunderte lang unter maurischer Herrschaft gestanden. Welcher Stoßgelehrte mochte sich einbilden, in diesen Verhältnissen einen praktischen Zweck zu fördern durch Vorlegung einer alten Inschrift, worin von duumviri und Decurionen, von Patroni und Praedes u. dgl. m. die Rede war? Wahrscheinlicher daher möchte man es finden, daß zu der Zeit, als die aufgeregten Malacitaner alle ihre Erzgefäße zusammentrugten, um das ingens tormentum daraus zu verfertigen, ein Liebhaber von Alterthümern, der glückliche Besitzer der alten Erztafeln, ängstlich besorgt um diesen Schatz, dieselben wohlverwahrt im Schooß der Mutter Erde zu bergen beflissen war, um sie der Gefahr, ebenfalls jener zerstörenden Specification unterworfen zu werden, zu entziehen, und daß sie dort nun zufällig begraben blieben, wie mancher im dreißigjährigen Kriege geborgene Schatz erst in unsern Tagen wieder zu Tage gekommen ist, weil der, welcher ihn geborgen, verhindert worden, ihn wieder zu heben. Auf diese Weise wäre dann zugleich für die Eigenthümlichkeit des Fundes, welche man ebenfalls als Verdachtsgrund gegen die Aechtheit der Inschriften geltend gemacht hat, eine befriedigende Erklärung gefunden.

Mit dieser Bemerkung will ich die lange Erörterung schließen, die ich selbst als zu lang tadeln müßte, wenn es sich nicht um die Aechtheit von Denkmalen handelte, die zu den interessantesten gehören, welche wir besitzen, und um die Ehrenrettung unserer größten Gelehrten und scharfsichtigsten Alterthumskenner, als welche sich durch einen allerdings mit großer Geschicklichkeit ausgeführten Betrug, aber doch immer einen Betrug, der sogar nach der Ansicht unseres Gegners unfehlbar zu erkennen war, hätten täuschen lassen, wenn die Tafeln wirklich ein falsches Fabrikat wären. Nur das noch möge mir in Beziehung auf die Schlußbemerkung der Schrift zum Schlusse gestattet sein, den Wunsch auszusprechen, daß es deren Verfasser gefallen möge, den quellenmäßigen Nachweis beizubringen, welcher große Mann es war, der den berüchtigten

Sag: „Der Zweck heiligt die Mittel“ zuerst ausgesprochen hat. Er muß es wissen, denn die Schlußbemerkung lautet:

„Son artifice est bien celui d'un parti vaincu, il est bien celui d'un contemporain et compatriote du grand homme, qui prononça le fameux adage: Le but sanctifie les moyens“.

Wien, den 15. Dezember 1866.

Nach dem Erscheinen vorstehenden Aufsatzes hat Herr Dr. Asher eine Erörterung „über das XXII. Capitel der Tafel von Salpensa nebst einer Analyse der ganzen Tafel“, als Zuschrift an Herrn Professor Dr. C. Giraud und Herrn Professor Dr. L. Arndts bezeichnet, in 50 Exemplaren drucken lassen (Heidelberg 1867) und den beiden genannten und einzelnen anderen Gelehrten zugesendet, mit dem Ersuchen, sie als einen Privatbrief zu betrachten, „um dessen baldige Beantwortung ergebenst gebeten wird“. Ich habe mir zu solcher Beantwortung, die ein Eingehen auf zahlreiche Einzelheiten erfordert hätte, nicht die Zeit genommen und beabsichtige auch an diesem Orte nicht auf eine Kritik jener Schrift mich einzulassen. Es scheint aber dieselbe auch bei anderen Gelehrten den Glauben an die Richtigkeit der Tafeln nicht erschüttert zu haben. Hübnier, der als strenger Richter namentlich spanischer Fälschungen dieser Art bekannt ist, hat sie in dem Berliner corpus inscriptionum latinarum vol. II. p. 253 sqq. num. 1963. 1964. als ächte Inschriften aufgenommen, ohne von Asher Notiz zu nehmen, und Bruns in der zweiten Ausgabe seiner fontes iuris romani antiqui (1871) bemerkt pag. 94. not. 2. „De tabularum fide vix dubitare licet; quae tamen movit dubia *Ed. Laboulaye* (Les tables de M. et S. 1856.) temereque recantavit *G. Asher* (Sur l'époque — d. tables de M. 1866. Ueber Cap. 22. der Taf. v. Salp. 1867), refutarunt *C. Giraud* (Les tables de M. et S. 1856. La lex Malac. 1858) et *L. Arndts*. ZRG. 6. 383“. (I. 393.). — Nur eine Bemerkung möge hier Platz finden: Aus cap. XXII der lex Salp. wirft Asher 20 Worte hinaus als interpolirte, und stellt als ächten Text des Capitels Folgendes hin:

Qui quaeve ex h(ac) l(ege) exue edicto imp. Caesaris Aug. Vespasiani impve Titi Caesaris Aug. aut imp. Caesaris Aug. Domitiani P(atris) P(atriae) civitatem Roman. consecutus consecuta erit is ea in ejus qui c(ivis) R(omanus) h(ac)

(ege) factus erit potestate esto, cujus esse deberet, si a cive Romano ortus orta esset.

Dieses so gereinigte Fragment nun, sagt er, finde seinen natürlichen Platz in derjenigen Urkunde, durch welche Salpensa zum Municipium Flavium Salpensanum erhoben wurde, und so ist er denn der Meinung, daß die ächte Inschrift, welche ein Anonymus durch seine Interpolationen verdorben habe, ein Bruchstück jener Urkunde gewesen sei, wodurch Salpensa zu einer Gemeinde römischer Bürger erhoben, nicht erst mit dem Recht einer latinischen Colonie begabt worden sei. Demgemäß verwirft er dann aus den folgenden Capiteln als unächt, was damit im Widerspruche steht oder zu stehen scheint. So in cap. XXV 5 Worte „et de C(ivitate) R(omana) consequenda“, in cap. XXVIII 3 Worte „qui Latinus erit“, und daselbst bezeichnet er wohl aus demselben Grunde noch als wenigstens zweifelhaft 8 Worte „uti qui optimo iure latini libertini liberi sunt“, cassirt zudem das cap. XXIII ganz und gar, und bezeichnet außerdem aus anderen Gründen noch in cap. XXIV—XXIX der lex Salp. als unächt und von dem gelehrten Fälscher interpolirt nicht weniger als 68 Worte. Auch in dem erhaltenen Rest des cap. XXI streicht Asher noch mehrere Worte, namentlich den aus 14 Worten bestehenden Schlußsatz. Consequent aber hätte er das ganze Ueberbleibsel des cap. XXI als unächt verwerfen sollen. Denn es ist doch wohl kaum zu bezweifeln, wie auch die Herausgeber durch ihre Ergänzung des Anfangs angedeutet haben, daß dieses Capitel eine Bestimmung über den Erwerb des römischen Bürgerrechts für diejenigen, welche post annum magistratu abierint, enthalten haben, dieß aber war bekanntlich ein eigenthümliches Vorrecht der latinischen Colonien, während davon in den Municipien römischer Bürger nicht die Rede sein konnte.

Nun aber bedenke man, welche wahrhaft ungeheuerliche Unwahrscheinlichkeit die Combination des Herrn Dr. Asher uns zu verdauen gibt. Der glückliche Besitzer einer ächten Inschrift oder anderen Urkunde über die Erhebung der Stadt Salpensa zu einer römischen Bürgergemeinde und deren Verfassung soll mit großer Mühe und wohl nicht ohne erhebliche Kosten den ächten Text auf einer Erztafel reproducirt haben, versetzt mit einer bedeutenden Anzahl von Interpolationen, die zum Theil solcher Art sind, daß deren Erfindung durch einen Gelehrten, nicht nur des 16. sondern auch des 19. Jahrhunderts, Staunen erregen muß, und zum Theil solchen Inhalts, daß sie den Augen der scharfsichtigsten Kenner des römischen Alterthums den Schein erregt

haben, die Inschrift enthalte nicht Stadtrecht eines Municipiums römischer Bürger, sondern einer latinischen Colonie! Und das sollte das Fabrikat eines Spaniers gewesen sein, der durch Beurkundung uralter Municipalfreiheit spanischer Städte Effect machen wollte!!

3.

Ueber Urkunden-Fragmente auf siebenbürgischen Wachstafeln.

A. Lateinische.*

In Siebenbürgen, wo schon so viele Inschriften gefunden worden, namentlich eine Anzahl interessanter Wachstafeln, hat man neuerdings wieder mehrere römische Geschäftsurkunden entdeckt, von denen zur Zeit vier, eine Darlehensurkunde und drei Kaufurkunden, in größtentheils gelungener Lesung veröffentlicht worden sind. Wir widmen diesen gern einige Blätter dieser Zeitschrift, um sie in juristischen Kreisen bekannter zu machen. Die beiden ersten Stücke (unter Nr. I. und II.) sind 1856 von Dr. J. Erdy, Custos der Alterthümer des Nationalmuseums zu Pesth, in den Abhandlungen der ungarischen Akademie der Wissenschaften durch Nachbildungen (Facsimiles) bekannt gemacht, die jedoch so schwierig zu lesen waren, daß der Herausgeber theils ganz darauf verzichtet, theils nur mit sehr unbefriedigendem Erfolge versucht hat, den Text derselben zu entziffern; er gibt von Nr. II. einen Abdruck, der einen wahren Gallimathias enthält. Mit großer Geschicklichkeit aber und mit dem besten Erfolge hat sich nun ein junger Gelehrter aus Holstein, Dr. phil. Detleffen, der Arbeit, einen brauchbaren Text herzustellen, unterzogen und deren Resultate, mit genauester Rechenhaftlegung über sein Verfahren, der historisch-philologischen Classe der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften vorgelegt, welche dieselben in ihren Sitzungsberichten Bd. XXIII. S. 601—635 aufgenommen hat, besonders abgedruckt in Commission der Gerold'schen Buchhandlung, Wien 1857, mit Zugabe von 6 lithogr. Tafeln, welche die Facsimiles enthalten. Es sind Theile von zwei aus je drei zusammengelegten Wachstafeln bestehenden Documenten (Triptycha), wie solche von Masmann (*Libellus aurarius sive tabulae ceratae etc. Lipsiae 1840. S. 1. fg. u. 27 fg.*) beschrieben sind, mit ähnlicher Cursivschrift wie sie die in diesem Werke behandelten

* Kritische Ueberschau VI. S. 76—91. (1857.)

Wachstafeln zeigen (vgl. S. 45 fg. und die 3 beigegebenen Tafeln). Die drei Wachstafeln enthielten auf den vier innern Seiten den Text der Urkunde doppelt, einmal auf der Rückseite der ersten Tafel (nach unserer Art Bücher aufzuschlagen), pag. 1, und der Vorderseite der zweiten Tafel, pag. 2; und wiederum auf der Rückseite der zweiten und der Vorderseite der dritten Tafel, pag. 3. 4. Die beiden ersten Tafeln aber waren für sich geschlossen und versiegelt, und zwar waren die Siegel auf einem eigenen über die pag. 3 gelegten Wachstreifen eingedrückt, und neben ihnen auf derselben Seite die entsprechenden Namen beige geschrieben. Es konnte darnach, indem man nur die dritte Tafel aufschlug, der ganze Inhalt der Urkunde auf pag. 3 und 4 gelesen werden, ohne das versiegelte Document zu öffnen*. Von Nr. I. und II. sind nun je die beiden ersten Tafeln, also der ganze Text auf pag. 1. 2., und die erste Hälfte des Duplicats auf pag. 3 erhalten, nebst den auf dieser Seite vorkommenden Namen; bei Nr. II. auch der Wachstreifen mit den zum Theil noch erkennbaren Siegeln, der sich bei Nr. I. verloren hat. Wir geben von beiden zunächst die ganze Schrift in genauem Abdruck, so wie sie Detleffen, freilich oft nur divinirend gelesen hat, sodann ausgeführt den Text, wie er mit Auflösung der Siglen muthmaßlich zu lesen ist, wofür Detleffen, unterstützt durch Girtanner, meistens auch befriedigende Andeutungen gegeben hat. Die Nr. I. ist die, in ihrer Art einzige, Darlehensurkunde, Nr. II. eine Kaufurkunde über eine Sklavin. Der letzten nahe verwandt ist Nr. III., welche zuerst 1855 durch den Domherrn Cipariu zu Blasendorf in Siebenbürgen bekannt gemacht, dann von Seidl im Archiv zur Kunde österr. Geschichtsquellen Bd. XV. S. 318 fg. und von Reigebaur in Gerhard's archäologischem Anzeiger vom J. 1856 Nr. 88 abgedruckt, nach diesem letzten Abdruck zur Vergleichung mit Nr. II. auch von Detleffen S. 604 mitgetheilt ist**. Nr. IV. endlich ist ein Fragment einer Kaufurkunde über ein halbes Haus, welches sich auf der dritten Tafel eines Triptychum befindet, von dem die beiden ersten Tafeln noch fehlen. Dieses ist jetzt zuerst durch denselben Dr. Detleffen, dem der Herr Bischof von Karlsburg, Dr. v. Haynald, die fragliche Wachstafel selbst zu diesem Zwecke anvertraut hatte, bekannt gemacht, in den angeführten Sitzungsberichten

* Diese Beschaffenheit der Urkunden dient zur Berichtigung von Pauli sent. lib. 5. tit. 25. §. 6. Statt des Sages: »ut exteriores scripturae fidem interiori servent«, worin die exteriores scripturae auf die auswärts geschriebenen Zeugnennamen gedeutet wurden, schlägt Girtanner vor zu lesen: »ut exterioris scripturae fidem interiora servent«; besser schien mir die Lesart: »ut e. s. f. interior servet«, welche, wie ich mich erst nachträglich erinnerte, schon Huscke in d. Ztschr. für gesch. Rechtsw. XII. S. 201. als ungewisselhaft richtig aufgestellt hat.

** Ueber diese drei Urkundenfragmente habe ich schon in den österreichischen Blättern für Literatur und Kunst Jahrg. 1867. Nr. 49. Bericht erstattet.

Bd. XXIII. S. 636—650, ebenfalls besonders abgedruckt, Wien 1857, nebst einem Facsimile. Wir werden es mit Nr. III. und IV. ebenso halten wie mit den beiden ersten Documenten, und bei allen dem Text nur einige kurze Anmerkungen hinzufügen*.

I. Urkunde über ein Darlehn vom 20. October des Jahres 162 nach Chr.

A. Recension von Detleffen (S. 625 fg.)

p. 1. *X LX q d p p r d f rogavet jul alexander darj f p alexander garj[cej] et se eos X LX q s s s mutuis numeratis accepisse et debere se djxit et eorum usuras ex hac dje jn djes XXX darj jul alexandro ea qua p f r jul. alexander darj f p alexander garjcej.*

p. 2. *jd fide sua esse iussit tjljus prjmjtjus d s s s c u r p s.*

Act alb majorj XIII k nouembr rustje II. et aquiljno es

p. 3a. *X sezag...iu..ie petjerat probis...it.t.j fibe rugavit julius ut ex.der darj f i jb oe pro.....l.xander carjcc et cti.... q s s s mu num.ra...acce ae b e o e...sextiu*

p. 3 b. *l rasi dj ui toris nicinis baionis...l...j jouetj**)*
TITIVSPRIM
ITIVS
alexandry garjcej eius debit ...

Anm. Das mit p. 1. 2. Bezeichnete ist der Inhalt der Rückseite der ersten und der Vorderseite der zweiten Tafel; das unter p. 3 a. die nur theilweise erkennbare Schrift auf der Rückseite der zweiten Tafel; unter p. 3 b. stehen die Namen der Zeugen, im Genitiv, und, im Nominativ, der des Bürgen, der allein auch mit anderer Schrift geschrieben erscheint. Der Raum zwischen 3a. und 3b. bezeichnet die Lage des Querstreifens, worauf die Siegel eingedrückt waren.

* Nr. I—IV. finden sich jetzt auch abgedruckt in Bruns' fontes iuris romani antiqui, ed. 2. pag. 435—438, mit Berücksichtigung späterer Lesungen.

** Bruns a. a. D. S. 136. hat hier den Namen Zoveti.

B. Ausgeführter Text^{a)}

Denarios sexaginta qua die petierit^{b)} probis recte dari^{c)} fide rogavit Julius Alexander, fide promisit^{d)} Alexander Gariccii et se eos denarios sexaginta qui supra scripti sunt mutuis numeratis^{e)} accepisse et debere se dixit, et eorum usuras ex hac die in dies triginta^{f)} dari Julio Alexandro eive ad quem ea res pertinebit^{g)} fide rogavit Julius Alexander fide promisit Alexander Gariccii^{b)}. Id^{h)} fide sua esse iussit Titius Primitius de sorte supra scripta cum usuris recte probe solvendis. Actum Alburno maiori^{k)} XIII. Kalendaras Novembres Rustico II. et Aquilino consulibus^{l)}.

Ann. a. Die Namen der Zeugen werden hierbei nicht berücksichtigt, da sie schwer genau zu entziffern sind und für das juristische Interesse wenig darauf ankommt. Bemerkenswerth ist aber die eigenthümliche Abweichung bei dem Namen des Bürgen, welche Girtanner gewiß richtig dadurch erklärt, daß dieser allein, gewissermaßen für den Gläubiger die Hauptperson, die Schuldurkunde eigenhändig unterschrieben habe. b) Vgl. L. 48. 135. pr. D. de V. O. 45. 1. c) Vielleicht *probos r. d. ?*^{*)} vgl. L. 40. pr. D. de reb. cred. 12. 1. L. 24. D. de pec. const. 13. 5. L. 11. §. 2. D. de duob. reis 45. 2. d) Vgl. Gai. III. 92. 112. 116. L. 122. §. 1. D. de V. O. 45. 1. In der letzten Stelle hat man das *fide roganti* beanstandet, in der Meinung, daß *fide promissio* nur als Form accessorischer Stipulationen vorgekommen sei. Durch unsere Urkunden, auch die unter II.—IV., wird dieß widerlegt. ** e) Besser

* So hat auch Bruns a. a. O. S. 135.

** In den österr. Blättern f. v. u. R. a. a. O. S. 386 sq. habe ich darüber bemerkt: „Alle drei (Urkunden) enthielten nach der mir unzweifelhaften Entzifferung zur Bezeichnung der Stipulation die Nebenart »fide rogavit« und »fide promissio«, wornach also eine Stipulation mit der Formel »fide tua promittis? fide mea promitto« vorausgesetzt wird. Diese Stipulationsformel kommt bei Gai. III. 112—116 mit dem Zusatz »Idem« als Art der adstipulatio und adpromissio vor, wornach die fidepromissio namentlich als eine eigene Art der Bürgschaft im älteren Recht neben sponso und fideiussio unterschieden wird; und wenn auch derselbe Gaius (III. 92.) die obige Formel schlechweg ohne jenen Zusatz beispielweise als Art der Stipulation anführt, so hat man dieß doch gewöhnlich nur auf die oben erwähnten accessorischen Stipulationen bezogen. Die Nebenart »fide rogavit« aber findet sich meines Wissens sonst nur in einer Stelle (in der berühmten L. 122 §. 1. D. de V. O. 45. 1. »eaque sic recte dari fieri roganti Stichio servo Lucii Titii promisit Callimachus«), und da hat Gutschke sie beanstandet; »nam fide rogare«, sagt er, »nihil est«, und glaubt, daß die Verfasser der Pandekten selbst ein P (das Wortzeichen für praestari) mißverständlich für ein F genommen und dieses mit fide aufgelöst hätten (s. Flavii Syntrophii instrumentum donationis ineditum, S. 37. Ann. 38.). Unsere Urkunden beweisen, daß dieß ungesühnet ist, daß vielmehr jene Formel auch für selbständige Stipulationen sehr im Gebrauche war. Es liegt ja auch in derselben nichts, was einer solchen allgemeinen Anwendung im Wege stände; sie schließt sich vielmehr dem wohl an, was uns neulichens die interessanten Ausführungen von Danz über den alten Fideiucultus und dessen Zusammenhang mit der Promissio gelehrt haben (Danz, der sakrale Schuß im römischen Rechtsverkehr, S. 127 sq.). Auffallend

scheint *mutuos numeratos*, L. 40. D. cit. L. 41. §. 2. D. de usur. 22. 1. f) Nach *triginta* hat der Herausgeber noch zwei Zeichen bemerkt, die wohl das monatliche Zinsenmaß andeuteten, nach Girtanner's Vermuthung etwa einen *quinarius*. Uebrigens vgl. L. 135. pr. D. cit.: „*et eorum usuras in dies triginta*“, was eben so ausgelegt wird, als wäre hinzugefügt: „*ex hac die.*“

g) Diese Formel kommt eben so in Nr. II.—IV., und bekanntlich auch in den Pandekten sehr oft vor, 3. B. in L. 40. pr. cit. L. 53. §. 1. D. de O. et A. 44. 7. L. 126. §. 2. D. de V. O. 45. 1.

h) *Alexander Gariccii*? Ist dieser Alexander der Sklave des *Gariccus*? oder, nach griechischer Bezeichnungsweise, der Sohn? In beiden Fällen ist doppelt erklärlich, warum der Bürge in der Unterschrift eigentlich als die Hauptperson erscheint; denn der Sklave wurde *civilliter* gar nicht verpflichtet und der Sohn, wenn er *filiofamilias* war, konnte die *exceptio Scti Macedoniani* vorschützen. Wäre das erste anzunehmen, dem auch der Name nicht entgegen steht, so wäre bemerkenswerth, daß auch ein Siegel des Sklaven vorkommt und dieser in der Beischrift ausdrücklich als der Schuldner bezeichnet ist, obgleich er nur *naturaliter* verpflichtet sein konnte.

i) Vielleicht *Idem*? Gai. III. 116. Bemerkenswerth ist, daß hier kein *fide rogavit* und kein verwandter Ausdruck vorausgeht, während jenes vor dem *fide promisit* nie fehlt; die Frage: *idem fide tua esse iubes?* ließ sich aber nicht bequem durch ein Zeitwort charakterisiren.

k) *Alburnum maius* kommt auch in Nr. IV. als Vertragsort vor und findet sich mehrmals theils in Abkürzung, theils ganz ausgeschrieben auch in den von Maßmann 1840 bekannt gemachten Siebenbürgischen Wachstafeln (Massmann, *libellus aurarius* p. 109 fg.); es lag ohne Zweifel in Dacien; vielleicht das heutige *Abrudbanya*, in dessen Nähe der Fundort, *Böröspatak*, liegt.

aber ist es, daß wir in drei Urkunden, die aus derselben Gegend stammen, immer nur diese Formel »*fide rogavit, fide promisit*« finden, nicht auch einmal »*stipulatus est*« und »*spondit*«, das uns in den Justinianischen Rechtsbüchern, besonders den Pandekten, so überaus häufig begegnet. Der Umstand, daß die *sponsio propria civium Romanorum* war (Gai. III. §. 93.), erklärt es nicht, da in zwei von diesen Urkunden eine andere streng-civilrechtliche Handlung, die *Mancipatio*, bezeugt wird. Oder war die durch ihren ursprünglichen Zusammenhang mit dem *ius sacrum* ehrwürdige *Sponsio*, die ursprünglich einzige Art der *Stipulation*, *adeo propria civium Romanorum*, daß sie auch für Latinen nicht anwendbar war, und waren in unseren Fällen die *Contrahenten* nur *Latini*? Wahrscheinlicher erklärt es sich daraus, daß in jenen Ländern damals noch die weitaus größere Mehrzahl der Bevölkerung *peregrinischen* Standes und daher dort im allgemeinen Verkehr eine auch für *Peregrinen* anwendbare *Stipulationsform* hergebracht war, die deshalb in den gangbaren Formulare von *Geschäftsurkunden* gewöhnlich vorkam. Bemerkenswerth ist es dann, daß man dazu gerade diejenige Form erwählte, welche der römischen *Sponsio*, wie man aus den Bestimmungen über *accessorische Sponsionen* und *Fidepromissionen* entnehmen mag, am nächsten kam.

1) Die Namen dieser Consuln (Q. Junius Rusticus und C. Vettius Aquilinus) weisen auf das Jahr 915 d. St. oder 162 nach Christus; vergl. Almeloveen fasti cons. p. 139, wo jedoch der erste nicht als zum zweitenmal Consul bezeichnet ist*).

* In Betreff der rechtshistorischen Bedeutung dieser Urkunde mögen hier folgende Bemerkungen aus den österr. Blättern a. a. O. Platz finden: Wir haben hier eine vollständige Urkunde über eine auf Grund eines Darlehens eingegangene Stipulation, verbunden mit Zinsversprechen und Bürgschaft, vor uns, bis jetzt unseres Wissens die einzige bekannte Urkunde dieser Art, und dieser Umstand ist es, welcher dieser Wachstafel ein ganz besonderes Interesse verleiht. . . . Wir finden zwar in den Rechtsquellen einige Beispiele von Darlehensschuldscheinen (chirographa, cautiones), unter andern in der berühmten Lex Lecta (L. 40. D. de reb. cred.), aber nicht so vollständige Urkunden, wie die vorliegende. . . . Sie bezeugt . . . ein ausdrückliches vor den Zeugen ausgesprochenes Bekenntniß, das Darlehen baar empfangen zu haben, nicht, wie L. 40. cit., direct eine schriftliche Empfangsbefcheinigung von Seiten des Schuldners, obwohl durch die Bestimmung, daß die Zinsen *ex hac die* laufen sollen, wahrscheinlich wird, daß mit der Auszahlung des Darlehens zugleich die Stipulation wegen dessen Rückzahlung verbunden war, also nach L. 126. §. 2. D. de V. O. 43. l. formell nur eine *verborum obligatio ex causa mutui numerati* contractirt wurde. Aber unter den Siegeln, womit auch diese Urkunde versehen war, kommt auch das des Schuldners und des Bürgen vor, und zwar mit dem bemerkenswerthen Unterschied, daß bei jenem, wie bei denen der Zeugen, der Name im Genitiv (*alexandrij garjocj eius* — oder besser *ipsius* — *debitoris*), wie es scheint, von derselben Hand des Schreibers geschrieben war, der Name des Bürgen dagegen mit anderer Schrift geschrieben im Nominativ steht (*TITIVS PRIMITIVS*), woraus Girtanner die gewiß richtige Vermuthung zieht, daß nur dieser, der bei dem Geschäft in der That die wichtigere Rolle spielte, das Document selbst unterschrieben (seinem Siegel selbst seinen Namen beigezeichnet) habe. — Diese solenne Ausfertigung des Documentes ist nun aber auch noch von besonderem Interesse. In neuester Zeit hat Bähr (die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 293 flg.), der bisher herrschenden Meinung entgegengetreten, mit gewichtigen Gründen die Ansicht vertheidigt, daß die *exceptio non numeratae pecuniae* keineswegs die Beweiskraft des in einer *cautio scripta* enthaltenen Empfangsbekanntnisses ausgeschlossen habe (vgl. meine Beurtheilung in der kritischen Ueberschau IV. S. 36 flg. — oben Bd. I. S. 345 flg.). Dafür könnte er in der Beschaffenheit unserer Schuldurkunde eine bedeutende Unterstützung finden. Denn, wenn, wie sich vermuthen läßt, solche Ausfertigung der Darlehensurkunden überhaupt gewöhnlich war: ist es wohl wahrscheinlich, daß dieser gegenüber innerhalb der fünfjährigen Frist durch einjähres Längnen des Empfanges der Schuldner dem Darleiher den Beweis der Auszahlung des Darlehens hätte aufbürden können, so daß dieser eben diese solenne Urkunde als Beweismittel nicht bedürfen konnte? Zwar bestand die Eigenthümlichkeit der *exceptio non numeratae pecuniae* nicht der bekannten Zeitbeschränkung zur Zeit des Marcus Aurelius wohl noch nicht; vielmehr glaubt Bähr selbst (S. 312.) dieselbe erst seit der Zeit des Severus Alexander als geltend annehmen zu können. Aber der Gebrauch solcher solennen Darlehensurkunden wird sich auch bis über diese Zeit hinaus erhalten haben. Ohne Zweifel freilich gab es auch Schuldscheine, welche wesentlich von dem Schuldner selbst durch Unterschrift ausgefertigt dessen eigenes Schuldb- und Empfangsbekanntniß direct aussprachen (vgl. L. 40. pr. cit.), und nur diese konnten eigentlich als *chirographa* bezeichnet werden, welche Bezeichnung auf eine Schuldurkunde, wie die vorliegende nicht paßt; und so könnte man einwenden, daß die eigenthümlichen Bestimmungen über den Beweis bei der genannten *exceptio* nur für jene, nicht für diese galten; auf die letzte könnte man vielmehr künftlählich anwendbar finden, was Justinus in L. 13. Cod. de non num. pec. l. 30. verordnet: *ut si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscunque pecuniis ex antecedente causa descendentibus, eamque causam specialiter promissor edixerit, non iam ei licentia sit, causae probationem stipulatorem exigere, cum suis confessionibus acquiescere debeat etc.*; indem nämlich die Zeugen das *edixisse* bezüglich des bereits vorausgegangenen Darlehensempfangs bestätigten. Allein jener Verschiedenheit der Schuldurkunden kann eine solche Bedeutung in Ansehung der *exceptio n. n. p.* nicht zugestanden werden. Diese setzt eben nur eine *cautio exposita* voraus, was auch unsere Urkunde unbestreitbar ist, und noch Justinian spricht, wahrscheinlich in Rücksicht auf Urkunden dieser Art, mit gutem Vorbedacht von *contractus*, »in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur«, oder »numeratio pecuniarum . . . scripta est«, von demjenigen, »qui accepisse pecunias vel alias res scriptus sit«, nicht »qui accepisse se pecunias scripsit«. Wenn man in diesem Umstand, daß Schuldurkunden mit Empfangsbekanntniß sehr gewöhnlich schon im Voraus ausgefertigt wurden, um sie dann gegen

II. Urkunde über den Kauf einer Sklavin vom 20. März des Jahres 139 nach Chr.

A. Recension von Detleffen (S. 606 fg.)

p. 1. *maximus batonis puellam nomine
passima sive ea quo alio nomine est an*
circiter pm *empla sportellaria*
norum sex emit mancipioque accepit
de dasio uerilonis pirusta ex kaniuretj(o)
X ducentis quinque

*eam puellam sanam esse furtis noxisque
solutam fugitivam erronem non esse
praestari quot si quis eam puellam
partemue quam ex eo quis euicerit
quo minus maximum batonis quo
ue ea res pertinebit habere posse
dereque recte liceat tum quanti*

p ea puella emta est eam pecuniam
p. 2. *et alterum tantum dari fide rogavit
maximus batonis fide promisit dasius
uerilonis pirusta ex kaniuretj(o)*
proque ea puella quae s. s. est X ducen

um
*tos quinque accepisse et habere
se dixit dasius uerilonis a maximo batonis*
Actum karto. XIII k apriles
tjto aelio caesare antonino pio II et bruttio
praesente II cos.

p. 3. b. *maximus batonis puellam*
nomine passima siue ea
quo alio nomine est anno
rum circiter pm sex emp *masuri mess.*
ta sportellaria emit man *dec*
cipioque accepit de
dasio uerilonis pirusta *annesus an*

Auszahlung des Darlehens hinzugeben, als ein ausreichendes Motiv für eine so singuläre Beweisregel, wie sie die herrschende Meinung annimmt, gelten läßt, so kann man allerdings sagen, daß dies eben so wohl auf eine Urkunde der vorliegenden Art Anwendung leide. Wollte der Darleiher sich dagegen sicher stellen, so konnte er ja die Auszahlung selbst, wie die Mancipatio, in Gegenwart der Zeugen vornehmen und durch diese jene als gesehen, nicht bloß als vom Schuldner bekannt, bezeugen lassen, wogegen dann die exceptio n. n. p. nicht zu befürchten stand.

*ex kaniuretjo X ducen
tis et quinque
sanam esse
eam puellam furtis no
xaque solutam fugi
tiuam erronem non
esse praestari quot
si quis eam puellam
partemue quam ex ea
quis evicerit quo
minus maximum ba
tonis quove ea res*

*berj caletis
plani uerilo
ni s scaletis
licca j epicadj
marc ialetis
epicadj planiri
ts qu i et mici
dasi uerilonis
ipsius vendj
toris*

Ann. Mit dem Duplicat und den Zeugnennamen verhält es sich hier wie bei Nr. I; nur findet sich hier kein Name sicher im Nominativ und mit anderer Schrift als die übrigen. Die Wachstafel zeigt aber noch 7 Siegel, und sind daher auch so viel Namen anzunehmen. Von selbst wird jeder dabei an die 5 Mancipationszeugen und etwa den Libripens oder Antefstatus denken, zu denen dann der Name des Verkäufers als der siebente hinzukommt.

B. Ausgeführter Text.

Maximus Batonis^{a)} puellam nomine Passima sive ea quo alio nomine est annorum circiter pm sex^{b)} empta sportellaria^{c)} emit mancipioque accepit^{d)} de Dasio Verilonis* Pirusta ex Kaniuretio^{e)} denariis ducentis et quinque; eam puellam sanam esse furtis noxisque solutam fugitivam erronem non esse praestari^{f)}; quodsi quis eam puellam partemue quam ex ea^{g)} quis evicerit, quominus Maximum Batonis eumve ad quem ea res pertinebit habere possidereque recte liceat, tum quanti^{h)} ea puella empta est eam pecuniam et alterum tantumⁱ⁾ dari fide rogavit Maximus Batonis, fide promisit Dasius Verilonis*) Pirusta ex Kaniuretio, proque ea puella quae supra scripta est denarios ducentos quinque accepisse et habere se dixit Dasius Verilonis*) a Maximo Batonis. Actum Karto^{k)} XIII. Kalendas Apriles Tito Aelio Caesare Antonino Pio II. et Bruttio Praesente consulibus^{l)}.

Ann. a) Auch hier wieder die Frage: ist Maximus der Sklave oder der Sohn des Bato, und eben so: ist Dasius der Sklave oder der

* Bruns a. a. O. S. 137. hat nach anderer Lesung statt Verilonis den Namen Verzonis.

Sohn des Verilo? Im ersten Falle wären beide Contrahenten Sklaven; also auch der Mancipant? b) die Zeichen *pm* erklärt Detleffen zweifelnd durch *plus minus*, mit der Frage: „aber ist *annorum circiter plus minus sex* nicht auch in juristischen Formeln eine unerhörte Tautologie?“ Vgl. Anm. f. zu IV.* c) Aus den Worten *empta sportellaria* weiß Detleffen selbst nichts zu machen, findet aber keine andere Lesung, die den Schriftzeichen sich besser anpaßte. Noch räthselhafter ist die Stelle bei Erdy, welcher liest *circiter pars exempta scortellaria*. Girtanner vermuthet, es möge der Nationalname der Sklavin in jenen Worten versteckt sein (arg. L. 31. §. 21. D. de aed. ed. 21. 1.). Man könnte auch denken, es sei durch die Worte *ex empta sportellaria* oder *scortellaria* die Mutter des Sklavensindes bezeichnet. Oder war *sportellaria* eine vom Kauf erimirte Nebensache, vielleicht eine Sparcasse (vgl. Forcellini in der Schneberger Ausgabe s. v. *sportella*), also eine Art von *Peculium* des Kindes? Ich weiß es nicht. d) Sind diese Worte, wie gewiß anzunehmen ist, in ihrem eigentlichen Sinn genommen, so geht daraus hervor, daß die Contrahenten oder ihre Herren römische Bürger oder mindestens Latini waren. Hatte ja auch schon Trajan römische Colonien in Dacien gegründet, die wenigstens zu Ulpian's Zeit auch das *jus italicum* hatten. Auffallend aber ist dann, daß sie sich nicht der *sponsio*, quae propria civium Romanorum erat, bedienen, deren doch auch die Sklaven römischer Bürger sich zu bedienen pflegten. (L. 1. §. 6. L. 9. pr. 10. 18. §. 1. 3. L. 21. 29. 37. D. de stip. serv. 45. 3).** e) *Pirusta* ist der Name einer illyrischen oder pannonischen Völkerschaft, welcher also der Verkäufer angehörte. Der Ortsname ist unsicher und räthselhaft. f) Zu *praestari* gehört das unten folgende *fide rogavit* und *promisit*; vgl. L. 31. D. de evict. 21. 2.; L. 1. §. 1. D. de aed. ed. 21. 1***. g) So zu lesen statt *ex eo* ist wohl unbedenklich****, obwohl Detleffen auf p. 1. deutlich *ex eo* gefunden zu haben versichert. Uebrigens vgl. L. 56. §. 3. D. de

* Bruns a. a. D. hat ohne Bedenken *circiter p(lus) m(inus) sex* aufgenommen.

** Vgl. oben S. 81. Note **

*** Vgl. dazu die österr. Bl. S. 385. „So findet also auf unseren Kauf Anwendung, was Ulpian in L. 31. D. de evict. 21. 2. sagt: *pulo verius, hanc stipulationem, »furem non esse, vespellionem non esse, sanum esse, utilem esse; hoc enim continere, quod interest, horum quid esse vel horum quid non esse. Sed et si cui horum fuerit adiectum praestari multo magis valere stipulationem. Bei einem erst sechsjährigen Sklavensmädchen war es übrigens sehr vorsichtig, die Abwesenheit aller obengenannten Fehler zu stipuliren; wahrscheinlich war dieß nach dem abilitischen Edict eine herkömmliche Vertragsformel.“*

**** Auch Bruns hat *ex ea*, ohne Note.

evict. 21. 1. h) Vor *ea puella* glaubt der Herausgeber noch ein *p* zu erkennen, muthmaßlich erst nachträglich hinzugefügt. Dieß könnte eine Sigle für *pretii* sein. Nach dem folgenden sollte man hier jedoch eher das Wort *pecunia* suchen: vielleicht *quanta pecunia*, wie auch Girtanner vorgeschlagen hat. *Quanti pretii* ergäbe eine sehr ungewöhnliche Construction; behält man aber *quanti* allein, so möchte man nachher etwa *tantam pecuniam* statt *eam p.* lesen*. i) Vgl. zu dieser Formel L. 27. pr. D. de adult. 48. 5. und das Stadtrecht von Malaca cap. 67. Bedenken erregt hier, daß nach wortstrenger Auslegung dieses Passus der Verkäufer auch für den Fall der Eviction bloß eines Theils der Sklavin doch das Doppelte des ganzen Preises zu zahlen versprochen hätte. k) Der Ortsname wieder unsicher und sonst unbekannt; der Ort aber gewiß in Dacien gelegen. l) Diese Consuln sind die des Jahres 862 der St. oder 139 nach Chr., des zweiten Regierungsjahres des Divus Pius. Bestätigt wird hiedurch was man bezweifelt hat (Almeloveen p. 136), daß Bruttius Präsens vor diesem Jahr schon einmal Consul, wenn auch nur *suffectus*, gewesen war.

III. Urkunde über den Kauf eines Sklaven vom 16. Mai des Jahres 142 nach Chr.

A. Nach dem Abdruck bei Detleffen S. 604.

DASIVS BREUCUS EMIT MANCIPIOQUE ACCEPIT
PUERUM APALAUSTUM SIVE IS QUO ALIO NOMINE
EST NE GREGUM APOCATUM PRO UNCIS DUABUS
XΘC DE BELLICO ALEXANDRI FR. M. VIBIO LONGO
EUM PUERUM ANNUM TRADITUM M. MURTIANO ADQUE

* Bruns hat *quanti p(retii)* und nach einer Conjectur von P. Krueger (*tan*)*tam pecuniam*, wornach also dieser *tam* statt *eam* gelesen hat, was denn die auch von mir schon angedeutete Ergänzung *tantam* vollends unbedenklich erscheinen läßt. In den österr. Bl. S. 386. habe ich zu dieser Stelle bemerkt: „Bemerkenswerth ist hier die Bezeichnung des Duplum mit *eam* oder *tantam pecuniam et alterum tantum*“, die sich in anderer Anwendung auch in L. 27. 28. pr. D. de adult. 48. 5. findet. Ein Bedenken jedoch regt sich hier gegen die Richtigkeit der Entzifferung. Nach obigem Text würde eine strenge Auslegung ergeben, daß, wenn auch nur ein Theil (*pars pro indiviso*) der Sklavin evincirt worden, doch das Doppelte des Kaufpreises erstattet werden müßte; kaum möchte ein römischer Jurist sich erlauben haben, anders zu interpretiren, obwohl es Regel war, daß in jenem Fall nur ein verhältnißmäßiger Theil des Kaufpreises doppelt bezahlt werden müsse (L. 64. D. de evict. 21. 2.). Indessen konnte auch mehr als das Doppelte des Kaufpreises stipulirt werden (L. 56. pr. L. 74. pr. D. l. c.), und so konnte also auch von jener Regel abgewichen und ohne Unterscheidung, selbst für den Fall der Eviction eines Theils, das Doppelte des ganzen Preises stipulirt werden. Jedenfalls sehen wir hier die Vorsichtsmaßregel beobachtet, welche Paulus in L. 56. §. 3. D. l. c. empfiehlt: *In stipulatione duplae quum homo venditur, partis adiectio necessaria est, quia non potest videri homo evictus, quum pars eius evicta est.*“

SOLUTUM ERRONEM FUGITIUM CADUCUM NON ESSE
 PRESTARI ET SI QUIS EUM PUERUM QDR
 PARTEMVE QUAM QUIS EX EO EVICERIT Q. M.
 EMPTOREM SS. EUMVE. ADQ. EA RES PERTINEBIT
 UTI FRUI HABERE POSSIDERE LIQeReT
 TUNC QUANTUM ID ERIT QUOD ITA EX EO EVIC TUM FUERIT
 TR PRO FR DASIUS BREUCUS DFP
 BELLICUS ALEXANDRI ID FIDE SUA ESSE
 IUSSIT VIBIUS LONGUS
 PROQUE EO PUERO Q. S. S. EST PRETIUM
 EIUS XΘC ACCEPISSE ET HABERE SE DIXIT
 BELLICUS ALEXANDRI AB DASIO BREUCO
 ACT KARIABLEG XIII XVII KAL. JUNIAS
 RUFINO ET QUADRATO COS

Ann. Das Programm des Domherrn Cipariu, wodurch diese Urkunde zuerst bekannt gemacht worden, steht mir nicht zu Gebote. Der obige Text ist, auch der Schriftform nach, dem Reigebaur'schen Abdruck nachgebildet; das Original hat aber ebenfalls Curivschrift.

B. Verbesserter Text.

Dasius Breucus^{a)} emit mancipioque accepit puerum Apalautum sive is quo alio nomine est natione Graecum^{b)} (apocatum pro uncis duabus), denariis^{c)} sexcentis de Bellico Alexandri^{d)} (fideiubente) M. Vibio Longo^{e)}; eum puerum sanum traditum esse furtis noxaeque solutum, erronem fugitivum caducum non esse praestari^{f)}; et si quis eum puerum quo de agitur partemve quam quis ex eo evicerit, quominus emptorem suprascriptum eumve ad quem ea res pertinebit uti frui habere possidereque liceat^{g)}, tunc quantum id erit quod ita ex eo evictum fuerit (tantum et alterum tantum?) dari^{h)} fide rogavit Dasius Breucus, dari fide promisit Bellicus Alexandri; Id fide sua esse iussitⁱ⁾ Vibius Longus; proque eo puero qui suprascriptus est pretium eius denarios (sexcentos?) accepisse et habere se dixit Bellicus Alexandri ab Dasio Breuco. Actum (ad castra legionis tredecimae geminae^{k)} XVII Kalendas Junias, Rufino et Quadrato consulibus^{l)}.

Ann. a) Breucus ist der Name einer Völkerschaft in Pannonien. b) So liest Delleffen S. 612 ohne Zweifel richtig die Worte *ne gregum*; aber die Bedeutung der folgenden Worte *apocatum pro uncis duabus*

gesteht er nicht errathen zu können, und ich weiß auch nicht zu helfen, wage kaum zu fragen, ob etwa an *apocopum* zu denken sei?* c) In dem Zeichen XOC bedeutet X, daß nach Reigebaur mit einem Querstrich versehen war, ohne Zweifel den Denar, das folgende dann die Zahl DC., also *sexcenti*. d) *Bellicus* vielleicht der Name eines Sklaven, dessen Herr, Alexander, als Soldat ihm diesen kriegerischen Namen beigelegt haben mochte? e) *Vibius Longus* kommt weiter unten ausdrücklich als *fideiussor* des Verkäufers vor; daher vermuthet Detleffen S. 615, daß für fr. zu lesen sei *fideiubente* abgekürzt fj, das M. aber vielleicht ganz zu streichen sei, da es unten bei demselben Namen nicht wieder vorkommt. Hiernach müßte man aber voraussetzen, was allerdings möglich ist, daß *Vibius Longus* für beide Contrahenten bei dem ursprünglich mündlich abgeschlossenen Kaufcontract Bürge geworden sei; denn *emit fideiubente Vibio Longo* heißt: er hat gekauft unter Bürgschaft des *Vibius Longus* für ihn, den Käufer**. f) So verbessert Detleffen S. 616 unverkennbar richtig den corrupten Reigebaur'schen Text. Derselbe bezweifelt jedoch auch noch die Richtigkeit des *traditum esse*, ohne Grund; denn der Sklave konnte schon vorher tradirt sein und so sollte das *sanum esse furtis noxaeque solutum* nur in Rücksicht auf die Zeit der Tradition garantirt sein; die Haftung wegen der übrigen Fehler aber wird auf die Gegenwart gestellt, weil diese, wenn auch erst später sich kundgebend, doch als schon in jenem Zeitpunkt vorhanden angenommen werden konnten. *Caducum non esse* bezieht sich auf die Epilepsie (den *morbus comitialis*, L. 53. D. de aed. ed. 21. 1.), die jedoch in den Rechtsquellen sonst meines Wissens nicht durch jenen Ausdruck bezeichnet wird***. g) So und nicht *liceret* ist ohne Zweifel zu lesen, so wie vorher *qda*, d. i. *quo de agitur*, statt *qdr*.**** h) Hier wird deutlich die Haftung nach Verhältniß des evincirten Theils normirt (vgl.

* Brunß a. a. D. S. 137. not. 6. bemerkt dazu: In scriptura exteriore *Mom̄(sen)* legit, a . . otatum; quid sit, non liquet.

** Brunß hat statt *fideiubente* gewiß richtig *f(ide) r(ogato)*.

*** Vgl. die österr. Bl. a. a. D. S. 386. „Es könnte dabei auffallen, und Zweifel gegen die Richtigkeit der Lesung erregen, daß dieses *caducum* so nachhinkt, zumal da nach L. 33 cit. „qui comitialem morbum haberent, ne quidem his diebus, quibus morbus vacaret, recte sani dicuntur“. Aber es konnte die Vorsicht im einzelnen Fall anrathen, diesen Fall noch besonders hervorzuheben, und hier, wenn das *traditum* richtig ist, um so mehr, um für den Fall, daß der Knabe erst hinterher Spuren der Fallsucht zeige, die Frage abzuschneiden, ob er damit schon zur Zeit der Tradition behaftet gewesen sei, da gerade bei dieser Krankheit, wenn sie sich auch erst später zeigt, wohl anzunehmen ist, daß die Anlage dazu schon früher vorhanden gewesen sei“.

**** Brunß: *possidereq(ue) recte liceat*.

Ann. h. i. zu Nr. II.) Unsicher aber ist hier, ob das Interesse oder der Preis, und ob das Duplum des ersten oder letzten Gegenstand der Stipulation war. Aus den Zeichen TR PRO ist dieß schwer herauszulesen, zumal da aus dem O gewiß ein D zu machen ist = dari, wie es nachher wieder vor FP (sive promisit) vorkommt, das vorhergehende R aber recte und vielleicht P noch probis bedeuten kann. Da jedoch beim Sklavenkauf duplae stipulatio ganz gewöhnlich war, so ist wahrscheinlich, daß auch hier in den Siglen noch ein alterum tantum versteckt liegt. Sollte das Interesse Gegenstand der Stipulation sein, so müßte wohl *quanti id erit* gelesen werden, womit sich übrigens auch ein *alterum tantum* wohl verträgt (vgl. das Stadtrecht von Malaca cap. 67.). Quantum geht mehr auf den evincirten Gegenstand selbst; entsprechend diesem quantum möchte man etwa erwarten: *tantum pretii* (oder *tantum pretii partem*) et alterum tantum*. i) Vgl. Ann. i. zu Nr. I. k) Nach den Zeichen KARIABLEG XIII in der Unterschrift unserer Urkunde findet Reigebaur nicht ein S, wie Seidl anführt, sondern ein Schriftzeichen, das zunächst einem G ähnlich sehe, und er erklärt dieß durch *gemina*. So haben wir die Legio XIII. *gemina*, und es liegt nahe, in dem sonderbaren KARIAB die Worte *ad castra* zu vermuthen, und sowie oben geschehen, zu restituiren. Die Legio XIII *gemina* war nämlich seit Trajan in Dacien stationirt, wovon eine Menge von Inschriften Zeugniß geben (vgl. Pauly

* Bei Bruns a. a. D. lautet der Text: t(antum) p(ecuniam) duplam pro(ham) s(ide) r(ogavit) — In Beziehung hierauf wurde in den österr. Bl. a. a. D. bemerkt: „In der Stipulation wegen Eviction ist . . . Bemerkenswerth, daß darin ausdrücklich die Haftung nach Verhältnisß des evincirten Theils bestimmt wird, was wir in der obigen Urkunde (Nr. II. S. 87. Ann. i.) vermiften. Sodann scheint darin auch nicht eine duplae stipulatio enthalten zu sein; denn es fehlt uns die Bezugnahme auf das pretium, und es ist schwer, diese aus den Zeichen tr pro herauszulesen, z. B. etwa tantum pretii oder tantam pretii partem et alterum tantum dari sive rogavit etc. Auch möchte man die Formel quantum id erit oder, wie vielleicht zu lesen ist, quanti id erit, eher auf das Interesse deuten und mit dem Verfasser bloß dari oder besser tantum dari oder etwa noch tantum dari praestari sive rogavit etc. lesen. Dann hätten wir hier ein Beispiel, daß auch der Erfaß des nicht in bestimmter Summe festgesetzten Interesse stipulirt wurde, obwohl dieser auch ohne Stipulation durch die actio empti gefordert werden konnte, und man könnte dabei nur noch die Anwendung der L. 36. § 2. D. de evict. 21. 2. in Anregung bringen. Es könnte übrigens, wenn die Siglen eine solche Auflösung zulassen, allerdings auch wohl mit dem quantum id erit unmittelbar das tantum et alterum tantum verknüpft werden, wenngleich die duplae stipulatio gewöhnlich auf den Kaufpreis bezogen wird. Wir finden wenigstens ganz dieselbe Formel in dem Stadtrecht von Malaca cap. 67.: »quanti ea res erit tantum et alterum tantum . . . damnas esto«. Bruns a. a. D. gibt nun aber folgende Lesung: tunc quantum id erit, quod ita ex eo evictum fuerit, t(antum) p(ecuniam) duplam pro(ham) s(ide) r(ogavit), Dasius Breucos etc. Darin kommt die dupla ausdrücklich vor, aber es fehlt auch darin die Bezugnahme auf das pretium, und es bleibt eine auffallende Construction — »quantum id erit . . . tantam pecuniam duplam« —, wenn darin gesagt sein soll, daß nach Verhältnisß der Größe der evincirten pars pro indiviso zum Ganzen der Theil des Kaufpreises zu berechnen sei, dessen Duplum der Verkäufer zu zahlen habe.

Realencyclopädie der Alterthumswissenschaft. IV. S. 892), und finden wir dort auch einen festen Platz unter dem Namen castra nova angeführt, der aus dem Standort einer Legion entstanden sein wird.*

1) d. i. im Jahr d. St. 895., nach Chr. 142., unter der Regierungszeit des Divus Pius, nur um drei Jahre später als Nr. II.

IV. Fragmente einer Urkunde über den Kauf eines halben Hauses vom 5. Mai des Jahres 159 nach Chr.

A. Nach der Lesung von Detleffen a. a. D. S. 638.

*andueja batonis habere recte liceat et si
quis eam domum partem djmjdiam partemve quam quis
ex ea cujcerit quo minus andueja batonis e a q e r p
habere possidere usuque capere recte liceat q. d
jta licetum non erit tum quantum jd erit
quod p
r d fjde rogavit andueja batonis darj fjde
promisit veturius valens
proque ea domu djmidja pretjum X ccc veturjus
valens ab andueja batonis accepisse et abere se
djxit convenitq. inter eos utj veturjus valens
pro ea domu usque ad recensum tributa dependat
act alb majorj III. non majas quintillo et prise.cos.*

Ann. „Die geraden Lettern bezeichnen unsre Ergänzungen“, so sagt der Herausgeber; „ein großer Theil der übrigen Buchstaben ist jedoch ebenfalls so verlegt, daß oft nur noch kaum erkennbare Züge davon übrig sind“.

B. Vollständigere Lesung.

*Andueja Batonis domum, quae est
partem dimidiam emit a Veturio Valente denariis trecentis, eiusque
domus quae suprascripta est partis dimidiae vacuum possessionem
Anduejae Batonis tradidit Veturius Valens; neque per Veturium
Valentem venientesque ab eo personas neque per alios fieri, quominus
eam domum partem dimidiam^{a)} Andueja Batonis^{b)} habere recte
liceat, et si quis eam domum partem dimidiam^{c)} partemve quam*

* Nach einer mündlichen Notiz wäre canaba (d. i. Schreibhütte) zu lesen. So auch bei Brunß a. a. D. S. 138. Act(um kanab(a) leg(ionis) XIII. g(eminae) XVII. Kal. Junias. Die Urkunde wäre also wohl in der Notariatskanzlei des Lagers der 13. Legion gemina abgefaßt worden.

quis ex ea evicerit, quominus Andueja Batonis eumve ad quem ea res pertinebit habere possidere usuque capere^{d)}) recte liceat, qua die ita licitum non erit, tum quantum id erit quod *ita evictum ex ea fuerit* — *ita habere possidere usuque capere licitum non erit* — *et alterum tantum*^{e)}) recte dari fide rogavit Andueja Batonis, dari fide promisit Veturius Valens; proque ea domu dimidia pretium denarios ccc^{f)}) Veturius Valens ab Andueja Batonis accepisse et habere se dixit; convenitque inter eos, uti Veturius Valens pro ea domo usque ad recensum tributa dependat^{g)}).

Actum Alburno maiori^{h)}) III. Nonas Majas Quintillo et Prisco consulibusⁱ⁾).

- a) Ich gebe diesen Versuch der Ergänzung mit Rücksicht auf L. 11. §. 8. 18. D. de act. emti. 19. 1. L. 38. 83 pr. D. de V. O. 45. 1., natürlich salvo meliori*. Eine Stipulation auf *vacuam possessionem tradi* (L. 3. §. 1. D. de act. emti.) ist nicht zu vermuthen, vielmehr nach dem spätern *usuque capere* und der am Ende vorkommenden Bescheinigung der Zahlung des Kaufpreises wahrscheinlich, daß die Tradition schon geschehen war, nicht aber Mancipation, wenn anders das Kaufobject deren fähig war. Nach *domum quae est* muß man sich die nähere Bezeichnung des Hauses hinzudenken, ähnlich wie in des Flavius Syntrophus Schenkungsurkunde: „hortulos qui sunt vir Labicana intra miliarium I. et II., euntibus ab urbe parte laeva, ad viam“. b) Andueja — wie es scheint ein Sklavename, wodurch denn wahrscheinlicher wurde, daß auch der Maximus Batonis, Dasius Verilonis, Bellicus Alexandri, Alexander Gariccii in Nr. I.—III. Sklaven waren. Man kann zweifeln, ob Andueja ein männlicher oder weiblicher Name? Im letzten Falle wäre es sehr auffallend, daß Andueja zweimal im Accusativ vorkommt statt Anduejam, im ersten Fall ließe sich dies mit Detleffen etwa daraus erklären, daß der Schreiber den barbarischen Namen als indeclinabel angesehen habe. Doch hält jener auch für möglich, daß der Schreiber in die offene Stelle seines Formulars gedankenlos den Namen im Nominativ eingeschrieben habe. c) Auch das *eam domum partem dimidiam* erklärt derselbe nach einer ihm von Mommsen gegebenen Andeutung aus einer ähnlichen Gedankenlosigkeit; der Schreiber hätte vergessen,

* Bruns a. a. D. S. 138, ergänzt: *Andueja Batonis domum, quae est . . . , partem dimidiam emit eiusque in vacuam possessionem inducta est de Veturio Valente XCCC. Eam domum partem dimidiam per Veturium Valentem heredesque eius non fieri, quominus Andueja Batonis etc.*

das *eam domum* des Formulars in den Genitiv umzusetzen. Ich nehme Anstand, dem beizutreten; es ist denkbar, daß jener Ausdruck gebräuchlich war, um die *pars dimidia pro indiviso* zu bezeichnen, im Sinne von *eam domum, scilicet pro parte dimidia* oder *quoad partem dimidiam*. d) Dieses *usucapere* erregt mit Recht großes Bedenken (Detleffen S. 646). Ist es im eigentlichen Sinn genommen, dann müßte das Haus auf italischem Boden belegen sein. Dieß wäre nun zwar an sich nicht unwahrscheinlich, da in Dacien mehrere *coloniae iuris italici* bestanden (L. 1. §. 8. 9. D. de cens. 50. 15.); aber wie vereinigt sich damit die Verabredung am Ende der Urkunde (vgl. Anm. g)? Hat der Schreiber an die *longi temporis praescriptio* gedacht? oder hat er auch hier ein (italisches) Formular gedankenlos nachgeschrieben? Das letzte anzunehmen geben uns sonst, wie Girtanner mit Recht bemerkt, die Siebenbürgischen Urkunden keinen Grund. Ein anderes Bedenken, das sich Detleffen aufwirft, wegen der Sklaveneigenschaft des Käufers, ist dagegen unbegründet. Denn konnte der Käufer selbst nicht *usucapire*, so *usucapirte is ad quem ea res pertinebat*, d. i. der Herr, selbst ohne Wissen, wenn der Sklave *peculiari nomine* erworben hatte (vgl. meine Pand. §. 160. not. 1. e) Vgl. bezüglich dieses Ergänzungsvorschlags Anm. i. zu Nr. II. und Anm. h. zu Nr. III.* f) In Ansehung dieser Preisangabe ist der Herausgeber selbst sehr in Zweifel (S. 644); er bemerkt, daß man den Schriftzeichen nach auch wohl nur 30 Denare herauslesen könnte. Er kommt dabei wegen der Ähnlichkeit der Zeichen auch noch einmal auf das *plus minus* in Nr. II. Anm. b. zurück und gibt zu, daß man statt dessen auch etwa ein Alter der Sklavin von 26 Jahren dort finden könnte; allein dann würde diese gewiß nicht mehr *puella* genannt sein. g) Der Verkäufer verpflichtet sich die bis zum nächsten Censur fällig werdenden Steuern vom Hause zu entrichten. Also ein tributpflichtiges Haus! Konnte es gleichwohl *usucapionsfähig*, also in *italico solo* belegen sein? Und wäre also das *italicum solum* nicht durchaus *immune solum* gewesen? Und wie verhielt sich diese Haussteuer zu dem *agri tributum*? So kann einstweilen nur gefragt werden. Mit Recht aber hebt Detleffen S. 645. diesen Schlußatz der Urkunde als besonders interessant hervor. h) Vgl. Anm. k. zu Nr. I. i) *Plautius Quintillus* und *M. Staius Priscus*,

* Brunß: quod [ita ex eo exietum fuerit, tantum pecuniam duplam] p[ro]bam] r[ect]e] d[omi]ni etc.

welcher letzte nach anderen Inschriften auch Legatus Augusti in Dacien gewesen ist, waren die Consuln des Jahres 912 d. St. oder 159 nach Chr., und stammt also auch diese Urkunde, wie Nr. II. und III., noch aus der Regierungszeit des Divus Pius Antoninus, während Nr. I. dem nächsten Jahre nach seinem Tode angehört.

Das Vorstehende sollte nur dazu dienen, die interessanten Urkunden in weiterem Kreise bekannt zu machen und zu deren gründlicherer Besprechung anzuregen, wozu es Unterzeichnetem augenblicklich an Zeit gebricht. Einen kleinen Beitrag dazu hat er jedoch auch schon in einer Anzeige in den österreichischen Blättern für Litteratur und Kunst gegeben*. Schließlic mag übrigens noch erwähnt werden, daß nicht nur Herr Domherr Cipariu noch mehrere in seinem Besiz befindliche Wachstafeln entziffert hat und zum Druck bereit hält, sondern auch Hr. Dr. Detleffen von anderer Seite her Versprechungen von genauen Zeichnungen anderer ähnlicher Documente gemacht worden sind, und endlich auch Theodor Mommsen auf seiner Reise in Siebenbürgen mehrere dergleichen entdeckt haben soll, die er ohne Zweifel mit bekannter Meisterschaft bearbeitet, demnächst veröffentlichen wird. Wir haben demnach noch ansehnliche Bereicherung an rechtsgeschichtlichen Quellen dieser Art zu hoffen, und es darf als eine erfreuliche Erscheinung hervorgehoben werden, daß diese mit dem Aufschwunge, den das Studium des römischen Rechts und der Rechtsgeschichte überhaupt neuestens in Oesterreich genommen hat, zusammentrifft, wie auch die Entdeckung anderer Ueberbleibsel des vorjustinianischen Rechts in unserem wie im 16. Jahrhundert mit einer epochemachenden Wendung in der Rechtswissenschaft in Verbindung trat.

Wien, im December 1857.

Nachträglich möge noch erwähnt werden, daß Herr Dr. Detleffen bereits, und zwar ebenfalls von dem Herrn Bischof von Karlsburg, ein Bruchstück (den Schluß) eines Triptychum mit einer griechischen Inschrift erhalten und trotz des verderbten Zustandes und der durch doppelte Rescription der Tafel bewirkten Unleserlichkeit großentheils entziffert hat. Wie es scheint, enthält diese Inschrift nicht eine Urkunde, sondern bloß den Entwurf oder die Privataufzeichnung eines Contracts, vielleicht eines Kaufcontracts, mit Zinsversprechen und Pönalstipulation.

Wien, am Tage der Leichenfeier des Radeky, den 18. Januar 1858.

* Vgl. oben S. 81. Anm. ** S. 83. Anm. * S. 86. Anm. *** S. 87. Anm. * S. 89. Anm. *** S. 90. Anm. *

B. Ein griechisches Urkunden-Fragment.*

Wir haben S. 91. dieses Bandes des vorbezeichneten Urkundenfragments erwähnt. Nachdem dasselbe nunmehr von Herrn Dr. Detleffen bekannt gemacht und mit gleichem Geschick und Erfolg, wie die unter Nr. V. dieses Bandes (der krit. Ueberschau: oben S. 78 fg.) mitgetheilten Urkunden, bearbeitet worden ist, glauben wir auch diesem einen Platz in dieser Zeitschrift einräumen zu sollen, um so mehr, da nach Angabe des Herausgebers Th. Mommsen nur die lateinischen Urkunden dieser Art demnächst in einer Sammlung zu veröffentlichen die Absicht hat. Das Fragment ist die letzte Tafel eines Triptychum oder, wie der Herausgeber jetzt wahrscheinlicher findet, eines Pentaptychum, d. i. einer aus fünf zusammengehörigen Tafeln bestehenden Urkunde. Er schließt dieses aus dem Umstande, daß sich an der vorliegenden Tafel außer drei Löchern am obern Rande und einem in der Mitte des untern Randes noch zwei andre am rechten Seitenrande befinden, die an keiner der bisher besprochenen Tafeln bemerkt wurden. Er sagt darüber: „Es konnten Dokumente vorkommen, die zu umfangreich waren, als daß sie auf den zwei Seiten, die ihnen (dem Original gleichwie dem dazu gehörigen Duplicat) in einem gewöhnlichen Triptychum zugewiesen waren, Platz hatten. Wollte man in einem solchen Falle nicht Tafeln von bedeutender Größe oder eine sehr kleine Schrift anwenden, so blieb nichts anderes übrig, als statt drei zusammengehöriger, fünf Tafeln anzuwenden, von denen dann alle außer den zwei äußern auf beiden Seiten beschrieben waren, so daß für das Originaldocument wie für das Duplicat je vier Seiten zu Gebote standen. Für die Zusammenfügung der Tafeln dieses Pentaptychon hätte man dann eine etwas complicirtere Methode angewandt als beim Triptychon. . . . Beim Triptychon scheint die Einrichtung so gewesen zu sein, daß die drei Tafeln zunächst scharnierartig durch Fäden verbunden waren, die durch die beiden äußeren Löcher der einen längeren Seite gezogen waren. Bei dieser Einrichtung war es möglich, die Tafeln nacheinander aufzuklappen. Die beiden Löcher aber in der Mitte der beiden Längenseiten der zweiten und dritten Tafel dienten nur dazu den Leinfaden hindurchzuziehen, über den dann auf der zweiten Seite der mittleren Tafel das Siegelwachs gelegt wurde. Bei dem Pentaptychon scheinen nur die drei ersten Tafeln mit der letzten ganz in derselben Weise verbunden gewesen zu sein, während die vierte mit der letzten so zusammenhing, daß sie bei Oeffnung des Documents

* Kritische Ueberschau VI. S. 433—439. (1858).

nach der rechten Seite hin aufgeschlagen wurde. Die das Scharnier bildenden Fäden waren durch die beiden äußern Löcher dieser Seite der Tafeln gezogen, während das mittlere nur für den zur Versiegelung dienenden Faden gemacht war.“ Die vorliegende Tafel ist nun jedenfalls die letzte eines Triptychon oder Pentptychon und daher nur auf einer Seite beschrieben. Der Herausgeber gibt davon zwei Facsimile: das eine stellt die mindestens zweimal rescribirte Tafel in ihrer ganzen Erscheinung mit allen verworrenen Spuren dreifacher Schrift dar; das andre gibt nur die noch erkennbaren Züge der letzten Schrift, welche Gegenstand dieser Mittheilung ist. Der Herausgeber hat diese folgendermaßen entziffert, wobei die eingeklammerten Buchstaben zweifelhafte Stellen, die Punkte in den Zeilen die größte mögliche Zahl der fehlenden Buchstaben andeuten:

και των λοιπων κ.....γων Χ κ γ κ
 τουτων εκατοστη.....(να)ποτησ
 προγεγραμμενησ ημερασεισ. .κοκ
 βριασε ανδεμιαπο(δ)ωσ.....την
 μεραν ωρισμενησ π.δωσω
 παριονετι Χ κε. εγενετοεισ..β
 von μεγαλην

Er liest dieß mit einigen in eckigen Klammern eingeschlossnen Ergänzungen so:

καὶ τῶν λοιπῶν κ'.....γων Χ κ γ κ[αι]
 τούτων ἐκατοστῆ[ντίσει](να)πὸ τῆσ
 προγεγραμμένησ ἡμέρας εἰς[την δ']κοκ[τω]
 βρίασ. ἐὰν δὲ μὴ ἀπο(δ)ῶ σ[οι εἰς] τὴν[ῆ]
 μέραν ὠρισμένη[ν] ἀποδώσω ὡσ
 παρίον ἔτι Χ κε. ἐγένετο εἰς[αλ.]β[ουρ]
 von μεγάλην

und in lateinischer Uebersetzung: *et pro reliquis..... X XXIII et horum centesimam usuram me soluturum esse ex die suprascripta ad III. K. Octobres. si vero non tibi dedero die praestituta, dabo ut additamentum etiam X XXV. actum Alburni maioris.*

Die Ergänzung der Unterschrift ist gewiß richtig; sie wird unterstützt dadurch, daß die Tafel von einer frühern lateinischen Inschrift noch deutlich die Züge: *Act. alb. aj...s* (d. i. *Actum alburni maioris*) erkennen läßt. Demnach würde der in Nr. V. (oben S. 81 fg.) oftgenannte Ort griechisch *Αλβουρνος μεγαλη*, also lateinisch *Alburnus major*, nicht, wie dort angenommen wurde, *Alburnum majus* geheißen haben.

In dem übrigen Text ist manches zweifelhaft, und sehr zweifelhaft ist auch die Deutung des ganzen Bruchstücks. Als ziemlich sicher ist nur anzunehmen, daß es ein Zahlungsverprechen mit Zinspflicht und zudem noch ein Poenalversprechen für den Fall verzögerter Leistung enthält. Detleffen hält für wahrscheinlich, daß die Urkunde sich auf einen Kauf bezogen habe, und vermuthet in der ersten Zeile des Fragments die Angabe eines Theils des Kaufgegenstandes. Darnach proponirt er einen Formel-Entwurf der ganzen Urkunde, der in lateinischer Uebersetzung also lautet: *Gaius Tito. Rerum, quas mihi te traditurum esse promisisti (die hac vel illa), pretium tibi me daturum (esse die hac vel illa, wahrscheinlich a. d. III. Kal. Oct.) promitto, scilicet pro parte earum X (tot vel tot), et pro reliquis u. s. w. wie oben.* Allein diese Deutung und Ergänzung entbehrt nicht nur eines sichern äußern Anhaltpunktes, sondern auch der innern Wahrscheinlichkeit. Wenn es sich um einen beiderseits noch erst zu erfüllenden Kaufcontract handelte, wie sollte der Käufer ein einseitiges Zahlungsverprechen bezüglich des Kaufpreises schriftlich ausstellen, der doch vor Ueberlieferung des Kaufgegenstandes nicht bezahlt zu werden brauchte? Warum dann nicht lieber ein beiderseits ausgefertigtes Document über den zweiseitigen Contract? Eher ließe es sich denken, daß der verlorene Theil der Urkunde ein Bekenntniß des Empfangs der gekauften Sachen enthalten habe und daran sich nun jenes Zahlungsverprechen anschließe. Aber seltsam bliebe dann noch die Unterscheidung der Gegenstände mit getrennter Preisbestimmung, wornach also auch zwei getrennte Käufe vorauszusetzen wären, und dann müßte man doch auch, wie Detleffen selbst bemerkt, die Angabe der ganzen Kaufsumme (richtiger: die Summe beider Kaufpreise) erwarten, auf welche sich das weiter folgende Zinsversprechen beziehen soll, und dafür findet sich in obiger Restitution kein Platz. Diesen Einwendungen entgeht man, wenn man folgenden Zusammenhang annimmt:

Der erste Theil der Urkunde enthielt ein Bekenntniß des Gaius (so wollen auch wir den Käufer nennen), daß er von Titus an einem bestimmten Tage eine Reihe von näher bezeichneten Gegenständen, etwa eine Hauptsache mit mehrern näher angegebenen Accessionen, oder auch mehrere namentlich bezeichnete Sklaven, kaufweise überliefert erhalten habe. Daran knüpfte sich die Zusage, daß er dem Titus als Preis z. B. des ihm übergebenen Grundstücks und der übrigen oben benannten Sachen (oder des Sklaven Stichus und der übrigen genannten Sklaven) so und so viel nebst *centesimae usurae* von oben bezeichnetem Tage der Ueberlieferung an gerechnet an bestimmtem Tag (vielleicht a. d. IV.

Kal. Oct.) bezahlen werde. So würden sich die Worte *Και των λοιπων* passend anschließen an die Erwähnung des zuerst genannten oder Haupt-Gegenstandes, und müßte die Lücke nach denselben bis einschließ- lich *γων*, wofür *νων* zu lesen, durch das entsprechende Participium genit. plur. zu *λοιπων* ausgefüllt werden, etwa *καλουμένων* oder *προεγεγραμμένων*. Jedoch müssen wir nun auch noch einen höheren Betrag der am Ende der ersten Zeile genannten Summe zu gewinnen suchen; denn 23 Denare erscheint als Gesamtpreis zu gering, in Vergleichung mit der am Ende bezeichneten Poenalsumme von 25 Denaren. Da kommt uns eine Vermuthung Girtanner's (S. 20.) zu statten, daß vielleicht die Zeichen *κγ* mit Strichen versehen gewesen (*κ, γ*) und nicht 23, sondern 23000 zu lesen seien, wobei freilich nicht zu verschweigen ist, daß Detleffen von solchen Strichen auf der Tafel keine Spur bemerkt hat (S. 20. Not. 2.).

Girtanner freilich versucht nach der bei Detleffen S. 16 fg. abgedruckten Mittheilung eine andere Deutung. Er bemerkt zunächst: wenn man sich die Parteien als Römer denke, so sei, da ein formloses Versprechen vorliege, als Möglichkeit gegeben entweder ein Consensualcontract oder ein Constitutum. Gegen das erste scheint ihm das *ἀποδῶ* Z. 4 zu sprechen, das besser zur Rückgabe passe, gegen das zweite die Verabredung der Verzinsung, die beim Constitutum ebenfalls eine schon bestehende Verpflichtung voraussetzen würde, besonders aber die angehängte Poenalclausel, für welche eine schon bestehende Verbindlichkeit, selbst als *naturalis obligatio*, nicht wohl angenommen werden könne. Er neigt sich daher zu der Vermuthung, daß die Urkunde eine peregrinische war, betreffend ein Darlehen, ein *Chirographum* oder eine *Syngraphe* in der Form, wie sie Heimbach (*Creditum Nr. XVI.*) nach einer ägyptischen Papyrusurkunde (bei Detleffen S. 18. Anm. 1. zur Vergleichung abgedruckt) darstellt; und zwar hält er, in Z. 1. *Τῶν λοιπῶν* gleich *Τῶν λοιποῦ* nehmend und darnach *ὁμολόγων* ergänzend, für das wahrscheinlichste folgendes: „Der erste Theil enthielt das Bekenntniß des Empfangs und die causa — wahrscheinlich Darlehen — das Versprechen der Rückgabe am 1. Oct., und daran schließt sich unser Stück so an: indem ich fortan, oder: indem ich übrigens verspreche den hundertsten“ u. s. w. In der letzten Clausel aber vermuthet er eine Verabredung, die den Zweck eines einfachen *Anatocismus*, aber in der bequemeren Gestalt einer Conventionalstrafe von bestimmtem Betrage erreichen sollte, und findet dann darin ein weiteres Argument für die Peregrinität der Parteien, „da für Römer der *Anatocismus* und das

Ueberschreiten der *centesimae usurae*, auch auf den Namen einer Conventionalstrafe, untersagt war“, während für Peregrinen wenigstens zu Cicero's Zeit der *Anatocismus* erlaubt war.

Das letzte Argument scheint mir wenig bedeutend. Denn wie uns das Maß der *centesimae usurae* gerade zuerst in den Provinzen begegnet und das von Cic. ad Att. V. 21. §. 13. angeführte Sc. „*ut centesimae usurae perpetuo foenore ducerentur*“ ebenfalls auf Provinzialen sich bezog, so war auch gewiß das zur Zeit der classischen Juristen bestehende Verbot des *Anatocismus* nicht auf Römer allein beschränkt; wird doch in L. 27. D. de re iud. auch gerade einem praeses provinciae vorgeworfen, daß er *contra leges et sacras constitutiones in usuras usurarum condemnavit*. Auch die Bedenken gegen ein Constitutum verschlagen nichts, wenn man dasselbe auf einen Kaufpreis bezieht; denn nicht nur versteht sich die Verzinsung des Kaufpreises nach Ueberlieferung der Waare regelmäßig von selbst, sondern sie konnte auch in den Kaufbedingungen ausdrücklich festgesetzt sein, und das letzte konnte ebenso bezüglich der Conventionalstrafe der Fall sein, ohne daß es einer Stipulation bedurfte und ohne daß es gegen das Verbot des *Anatocismus* verstieß. Das Wort *ἀποδώσω* scheint allerdings passender auf Rückzahlung zu deuten, kann aber doch auch wohl überhaupt eine Baarzahlung bezeichnen. Dagegen kann ich mich weder mit der Erklärung des *Τῶν λοιπῶν* im Sinne von *Τοῦ λοιποῦ* noch mit dem Participium *ὁμολογῶν* an diesem Platz befreunden; lieber würde ich, worauf Girtanner S. 19. auch hindeutet, eine vorausgegangene Abrechnung vermuthen, nach welcher sich als Rest (*Τὰ λοιπὰ*) die Summe von 23 Denaren ergeben, die der Aussteller zu zahlen verspricht (vergl. L. 61. pr. D. de O. et A. 44. 7. *ἐστὶν λοιπὰ παρ' ἡμῶν, ὀφειλόμενα τῷ δεῖνι, τόσα*).

Wie dem auch sei: einiges Interesse gewährt das Fragment immerhin, einmal in historischer Beziehung, weil es beweist, wie in jenen von Trajan colonisirten Gegenden neben der lateinischen zugleich auch die griechische Sprache in juristischen Dingen in Gebrauch war, sodann wegen ihres wenigstens theilweise unzweifelhaften Inhalts, und verdient der Herausgeber für die mühevollte Entzifferung den Dank der Juristen. Uebrigens sei mir gestattet, diese Gelegenheit zu benutzen, um zu Nr. V. dieses Bandes (der krit. Ueberschau) einige Berichtigungen anzugeben und eine nachträgliche Bemerkung hinzuzufügen.

Die Berichtigungen sind folgende: *

* Dieselben werden hier ausgelassen, weil sie schon oben unter Nr. 3. A. berücksichtigt sind.

Die nachträgliche Bemerkung betrifft die räthselhaften Worte *empta sportellaria* (oben S. 84. 85). Der hochverehrte Senior der Facultät, welcher ich bis vor wenigen Jahren anzugehören die Ehre hatte, schreibt mir: „Jam primo intuitu verbi „sportellaria“ incidit mihi in mentem „cistellaria“ Plauti, ad cuius similitudinem aperte vocabulum „sportellaria“ formatum est. Exinde conjicio, Passimam puellam, cuius in ista tabula fit mentio, ad certum servitii genus, scilicet sportularum in conviviis forte aut in sacrificiis gerendarum destinatum fuisse (Körbchenträgerin, cf. Plauti Trinumm. II. 1. v. 22. „Sandaligerulae“ — et alibi „salutigeruli pueri“). In hoc servitii genere vel aetas Passimae (circiter sex annorum) minime obstat.“* Diese Erklärung scheint mir vollkommen befriedigend. Zwar passen die Worte „empta sportellaria“ nicht in die Satzverbindung der Urkunde. Aber da sie im Original derselben nur zwischen den Zeilen stehen, so liegt es nahe, anzunehmen, daß sie nur nachträglich als Parenthese zur Bezeichnung der Qualität des gekauften Mädchens hineingeschrieben, dann bei der Abschrift aber im Duplicat gedankenlos in den Text aufgenommen seien. „Sportellarius qui sportellam portat“ findet sich auch im Forcellini (Schneeberger Ausg. Tom. IV. pag. 536.), aber in dem Verzeichniß der als unlateinisch, barbarisch oder unbeglaubigt ausgelassenen Worte. Hier hätten wir nun eine Beglaubigung dafür in feminino, und ich denke, der Philolog, dem wir die lesbare Mittheilung der fraglichen Rechtsurkunden verdanken, wird nichts dagegen haben, daß ihm die sportellaria, aus der er nichts zu machen wußte, durch einen berühmten Processualisten als ein niedliches, natürlich weißgekleidetes Mägdlein, dergleichen auch wir bei feierlichen Gelegenheiten zu sehen gewohnt sind, mit einem Körbchen voll zierlicher Blumen oder Früchte u. dgl., vorgestellt wird. **

* Seit meiner Uebersiedelung nach Wien habe ich mit meinem vormaligen hochverehrten Collegen v. Bayer öfter Briefe in lateinischer Sprache gewechselt. Einem solchen ist die oben mitgetheilte Bemerkung entnommen. Selbst Verfasser vieler funreicher Gedichte in lateinischer Sprache, die in mehreren Bändchen gedruckt, aber nur privatim Freunden mitgetheilt worden, leider nicht in den Buchhandel gekommen sind, ist v. Bayer mit der poetischen Literatur der Römer sehr vertraut, hatte aber stets eine besondere Vorliebe für Plautus; daher brachte ihm die sportellaria sofort des Plautus cistellaria in Erinnerung.

** Die „Körbchenträgerin“ findet denn auch bei Brunß unbedingten Beifall, als welcher S. 137. not. 2. zu sportellaria einfach bemerkt: »l. e. quae sportellam portat (in conviviis forte vel sacrificiis)«. — Das Berliner corpus inscriptionum soll nach vol. III. 1. pag. 243. die siebenbürgischen Urkundenfragmente in einem späteren Bande bringen. Th. Mommsen erklärt dort Alburnus major für einen vicus pirustarum (Verespatak) in der Nähe von Abrudbanya (Großschlatten).

4.

De Iulii Paulli vita ejusque sententiarum libris.*

De consilio totius operis¹, cuius hic noster Paullus particula est, non est nostrum dicere. Hac minore forma libellum repetendum curavi, ut denuo prostarent exempla, quae solum et quantum fieri potuit solidum continerent opusculum, quod unicum nobis superest ex omnibus celeberrimi olim ICTi scriptis, si recesseris a locis, quae in Digestis aliisque quibusdam Romani iuris *συμλογαῖς* dispersa exstant.

De vita auctoris pauca monere iuvat. Iulius Paullus², Domitio Ulpiano aequalis eiusque omnium fere fortunae vicissitudinum particeps, postquam primum advocati munere Romae functus erat³, Aemilio Papiniano, praefecto praetorio, assedit, imperatorumque Septimii Severi et Antonini Caracallae in consilio fuit⁴, Heliogabalo autem vel certe Severo Alexandro imperante ad summum paene potestatis fastigium, praefecti praetorio dignitatem, evectus est⁵. Et Paullum quidem non solum haud ita magni momenti scriptor Lampridius⁶ iuris peritissimum, atque imperatores

* Aus der praefatio zu der Separatausgabe der Sententiae des Paulus, Bonn 1833.

¹ Corpus iuris civilis anteiustiniani, consilio professorum Bonniensium, A. Bethmann-Hollweg, Ed. Böcking, Ed. Puggé, cura eorundem etc. Bonnae, impensis Adolphi Marci. 4to.

² Ita, non Paulus, scripsimus, cum lapides hoc nomen saepius geminata littera l scriptum exhibeant, quamvis et eiusdem per unum l scripti exempla exstant. Cf. C. L. Schneider, *Grammatick d. lat. Spr.* I. 2. p. 412. 413. * Ich selbst habe später die Schreibung des Namens: Paulus vorgezogen, als welche auch die Gewöhr der florentinischen Handschrift der Digesten für sich hat.

³ L. 78. §. 6. D. de legatis III. „apud praetorem fideicommissarium petebam, . . . nec obtinui“.

⁴ Spartian. in Pescennio Nigro cap. 7., Lampridius in Alexandro Severo cap. 26. Cf. L. 40. D. de reb. cred., L. 97. D. de acquir. vel. omitt. hered., L. 38. pr. D. de minor., L. 9. D. de decurion., L. 50. D. de iure fisci.

⁵ Spartian. l. c. (*Pescennius Niger*) *intimavit, ut assessores, in quibus provinciis assedissent, in his administrarent. quod postea Severus et deinceps multi tenuerunt, ut probant Paulli et Ulpiani praefecturae, qui Papiniano in consilio fuerunt, ac postea, cum unus ad memoriam, alter ad libellos paruisset, statim praefecti facti sunt.* Lampridius l. c. alios dicere, ait, ab Heliogabalo, alios a Severo Alexandro Paullum et Ulpianum praefectos praetorio factos esse. Auctor autem libelli de Caesaribus cap. 24. de Alexandro refert: *Domitium Ulpianum, quem Heliogabalus praetorianis praefecerat, eodem honore retinens, Paulloque inter ezordia patriae reddito, iuris auctoribus, quantus erga optimos atque aequi studio esset edocuit.* Unde Paullum ab Heliogabalo in exsilium missum, ab Alexandro autem in patriam revocatum esse plerique putant. Alii vero locum allegatum vitio laborare, atque, quod Anna Dacia proposuit, pro patriae scribendum esse *pariter* existimant, ut haec sententia sit: *Paulloque inter ezordia (sc. imperii sui) pariter reddito (sc. eodem honore)*, sed dubia sane emendatio est: ac mihi quidem iam iusto audaciorem, neque verborum inter se coniunctioni admodum convenientem, videri fateor. (Cf. Aurel. Victoris hist. Rom. curante Io. Arntzenio p. 382.). Paullum praetura quoque et consulatu functum esse, quod Bernardin. Rutilius in ICTorum vitis cap. LXXIII. refert, nullo argumento probatur.

⁶ L. c. cap. 68.

Gordianus⁷, Diocletianus⁸, Iustinianus⁹ prudentissimum nominaverunt; sed Herennius quoque Modestinus, ille quidem magnae ipse auctoritatis Ictus, inter τὸς τῶν νομικῶν κορυφαίους connumeravit¹⁰. Inter recentioris quidem temporis scriptores fuerunt, qui permulta in Paulo reprehendenda esse putarent, et acerbissimis adeo opprobriis in eum inveherentur¹¹, qui „hominem Graecum¹², litigiosum, natura controversum, et hostem antiquis iurisconsultis addictum“ eum appellare non erubescerent: neque tamen defuerunt qui adversus istos iniuste maledicentes strenue eum defenderent, et quamvis non omni reprehensione vacuum inter splendidissima Romani iuris decora habendum esse recte contenderent¹³.

Iam vero Pauli Sententias quod attinet, quanto eae honore apud posteros habitae sint, quamque frequens earum usus fuerit, satis multa habes argumenta, cum non solum lex Romana Visigothorum, quam Breviarium Alaricianum vulgo vocant, sententiarum libros tantum non integros suos fecit¹⁴, sed in aliis quoque veteris iuris compilationibus permulta ex iis desumpta inveniun-

⁷ L. 6. Cod. de nuptis.

⁸ L. 11. Cod. ad leg. Cornel. de falsis.

⁹ Const. *Omnem reipubl.* § 5. cf. § 1. *ibid.*, ubi Iustinianus iuris studiosos quarto studiorum anno Paulliana responsa per semet ipsos recitasse refert.

¹⁰ L. 13. §. 2. D. de excusat. . . Κερεβίδιος Σκαιβόλας, και Παῦλος, και Δομίτιος Οὐλιανῶς, οἱ κορυφαίοι τῶν νομικῶν.

¹¹ Imprimis Hotomanus in commentario verborum iuris, v. *abalienare*. (Opp. tom. I. p. 479.) Cf. Ev. Ottonis Papinianus, cap. XIII. §§. VII. VIII. ubi complurium de Paulo sententiae allegantur.

¹² Quem Hotomanus convicii ergo, utpote Latinae linguae non satis compotem, Graecum hominem vocaverat, Paullum revera Graecum et Tyrium quidem fuisse probare voluit lo. Bertrandus, de iurisperitis I. cap. 25. Quem refellit Laur. Pignorius epistola ad Annibalem Campegium, Ictum Ticinensem, missa (exstat in Symbolis epistol. Patav. 1629. I. ep. 41., et in vitis Ictorum a Franckio a. 1718. editis, p. 126. . . 129. not. a.). Ipse autem Pignorius libello singulari Paullum Roma oriundum fuisse contendit. Sed plerique omnes Patavinum eum fuisse putant, eiusque opinionis argumentum habent Paulo cuidam dedicatam statuum Patavii etiamnum exstantem, quam quidem in Paulli iurisconsulti, de quo loquimur, honorem positam esse inscriptio, sed ea valde recens, aperte docet. Cf. Guil. Grotius, de vitis Ictorum II. cap. 40., et Conradi parerga p. 512.

¹³ E. A. O. C. Pagenstecher, Paulus iniuria vapulans, Wetlar. 1726. 4. et in Tractatt. iur. tom. I. Herb. 1734. nro. 7.; Corn. v. Bynkershoek ad L. Lecta (L. 40. D. de reb. cred.), cap. I. XIII., in Opp. tom. II. p. 2. 23.; Franc. Conradi, Iulius Paulus ab iniuria criticorum vindicatus, Helmstad. 1733. et in eius parergis p. 507. et sqq. — Cf. Gust. Hugonis, Geschichte des d. R. Rtd. edit. 11ma. p. 890. „Die Dunkelheit, die man Paulus vorgeworfen hat, und daß er weniger seine „Vorgänger anführt, könnte wohl beides daher kommen, daß Justinian's Arbeiter aus ihm hauptsächlich „sich nur Zufüge zu dem nahmen, was aus Ulpian ausführlicher gegeben war, und dann daß seine „sententiae nur ein Auszug waren.“

¹⁴ Hugo l. c. p. 888. „Die westgothische lex Romana bedient sich ihrer statt eines großen Werks „über das Erit.“ Locus iis assignatus est inter Cuii institutiones et Gregorianum constitutionum codicem.

tur¹⁵, et Theoderici, illustris Ostrogothorum regis, edictum maxime ad eas conscriptum esse videtur. Imprimis vero illud memoratu dignum est, quod nuper repertis Theodosiani codicis fragmentis accepimus, iam Constantinum M. Sententiarum in iudiciis auctoritatem rescripto firmavisse¹⁶, quod postea celebrata Theodosii II. et Valentiniani III. de responsis prudentum constitutio repetiit¹⁷. Et his quidem constitutionibus quamvis Sententiis egregiam prae ceteris Pauli scriptis auctoritatem imperatores non tribuerint¹⁸, facile tamen evenire potuit, ut inde quasi splendorem quemdam maiorem acciperent, quippe quae divalibus constitutionibus firmatae atque insigni laude honoratae essent¹⁹. Constantinus enim plenissima, ait, luce et perfectissima elocutione et iustissima iuris ratione Sententiarum libros succinctos esse. Neque vero indignos laude eos fuisse ipse equidem lubens crediderim, quamquam quod Galvanus²⁰ existimavit verbis „post compilationem Edicti perpetui nihil fortasse a veteribus iurisconsultis compositum fuit, quod in his, quae attinent ad artem et principia iuris, possit cum receptis sententiis Iulii Pauli aut dignitate aut utilitate certare“, affirmare non ausim; Schultingio tamen assentiens dicenti²¹: „hi ergo libri si, quales fuerant olim, ad nos pervenissent, egregium haberemus et nitidum iuris recepti *σύνημα*“. At quantum ex pristina integritate sententiarum libros legis Romanae Visigothorum compositores corruperint, facile viderit quisquis istorum hominum in iis quoque libris, quibus temporum invidia pepercit, manus agnoverit²². „Quae in Theodosiano codice pro dirimendis

¹⁵ Praecipue in Iustiniani Digestis et in Mosaicarum et Romanarum legum Collatione; nec non in Vaticanis iuris Romani fragmentis, in veteris Icti Consultatione et in finium regundorum, quod dicit, corpore. Lex Romana Burgundionum quoque saepius Pauli sententias allegat.

¹⁶ L. 2. Theod. Cod. de responsis prudentum, (ex Clossii Theod. Cod. genuinis fragmm. apud Poggaeum, genuina fragmm. p. 14. et Wenckium Th. Cod. libri V. priorr. p. 24.) — Idem vero Constantinus Ulpiani ac Pauli in Papinianum notas aboleri praecepit, L. 4. Th. Cod. l. c.

¹⁷ L. 3. (1.) Th. Cod. l. c. in f. *Pauli quoque Sententias semper valere praecipimus*.

¹⁸ Hoc olim nonnulli putaverunt, velut Galvanus de usufructu cap. XVI. n. 13. *Detur meritis Sententiarum Pauli, ut vincat omnes auctores et omnes libros iuris, et per hoc ipsum etiam Papinianum et libros Papiniani*. Alii contra cum lac. Gothofredo, ad L. 3. (1.) Th. Cod. cit., verba in annot. 17. allegata Visigothis tribuere voluerunt.

¹⁹ Cf. Cons. vet. Icti cap. 7. . . . *Pauli iuridici, cuius sententias sacratissimum principum scita semper valituras, ac divalis constitutio declarat*.

²⁰ De usufr. l. c.

²¹ Iurisprud. anteiust. p. 213.

²² Vir ill. Savinius in libro suo *Geschichte des Röm. Rts im Mittelalter* tom. II. p. 56. scripsit: *Das aufgenommene Buch des Paulus gehört gewiß in Plan und Ausführung unter die schlechtesten nicht nur dieses Verfassers, sondern der Römischen Jurisprudenz überhaupt. Sed in addendis et corrigendis tom. III p. 660. legitur: Die Institutionen des Gaius, deren großen Reichthum wir erst jetzt zu beurtheilen vermögen, sind durch die Westgothische Bearbeitung ganz unbedeutend*

litibus non invenirentur inserta“ se annectere velle profitentur²³; itaque pro suo arbitrio quae utilia viderentur excerpterunt, excerptendo autem multa corrupisse, titulos distinctos saepius confudisse, et quam plurimas sententias plane omisisse videntur, ut vix tertiam quartamve genuini opusculi partem superesse putaverim, annumeratis etiam iis sententiis, quas ex aliis fontibus servatas habemus. Quid enim? De gravissimis, iisque quotidiani usus rerum argumentis, velut de servitutibus, fideiussoribus, rebus creditis, pecunia constituta, adoptionibus et emancipationibus, aliisque quam plurimis vix unam alteramve habemus sententiam, cum tamen de nonnullis rebus, velut de sepulcris et lugendis, de Scto Claudiano, de furtis, legatis, iure fisci permultae supersint; quamvis harum ipsarum quoque non paucae aperte intercederint. Numerum eorum commatum, quae lex Romana Visigothorum praetermisit, inde fortasse computare poteris, quod ea de trecentis et triginta sententiarum locis, quos aliunde accepimus, non plures quam septuaginta et unum continet. Utut sint, nobis tamen magni pretii atque ad illustrandam iuris Romani historiam maximi momenti has mutilas Paulli sententias esse, omnes mecum consentient, licet non assentiantur Conrado Rittershusio, hunc libellum Ulpiani et Gaii opusculis pleniorum atque integriorum ad nos pervenisse, et longe plures ac maiores quam illa utilitates ad universam paene iurisprudentiam afferre existimanti²⁴. Quotus enim quisque non praefereat egregia Ulpiani fragmenta? quem Ictum ante genuinas Gaii institutiones repertas sinceri iuris antiqui unicum fere sospitatorem vir ill. Gust. Hugo²⁵ merito appellavit.

Inscriptionem huius libelli Visigothi nobis tradiderunt hanc: *Iulii Pauli sententiarum receptarum*²⁶ *ad filium libri quinque*. Ubi cumque vero in aliis antiqui iuris reliquiis earum mentio fit²⁷, solum *Sententiarum* nomen legitur, et in indice Digestis Florentinis praemisso est: *sentention βιβλία πέντε*. Quod iustam dubitationem viris doctis iniecit, num auctor ipse his sententiis *Receptarum* nomen praefixerit. Et coniecerunt eas tum demum, cum

geworden, und vielleicht ist das Buch des Paulus durch diese Bearbeitung nicht weniger als das des Gaius entfielt.

²³ Vide infra lib. I. tit. 1. not. 1.

²⁴ In prooemio Pauli ab eo a. 1594. editi.

²⁵ In praefatione Pauli a. 1795. editi.

²⁶ Ita Sichardus habet, eumque plerique Pauli editores secuti sunt. Nos tamen ex Cuiciano exemplo a. 1558. edito scripsimus *receptarum sententiarum*.

²⁷ Cf. annot. 15 . . . 17.

a Constantino „recepta auctoritate“ firmatae essent, *receptas* vulgo vocatas esse²⁸; aut fortasse Breviarii compositores primum ea ratione cognomen istud apposuisse, quod nullas, nisi quas eo tempore in iudiciis receptas esse putarent, sententias ex Paulli libello in legem suam assumpturi fuissent²⁹. Dubia tamen res est: et mihi quidem *Sententiarum receptarum* nomen non plane incongruum huic Paulli opusculo videri fateor, neque vero, quod plerumque *Sententiae* simpliciter vocantur, id me adeo movit, ut illud haud dubius tamquam spurium reiicerem, cum praeter Visigothos nemo plenam libelli inscriptionem exhibeat. At vero alterum quoque, quod sola Visigothici Paulli inscriptio indicat, auctorem hos sententiarum libros filio dedicavisse, in dubium vocatum est. Vix tamen crediderim aliquem assentiri Hugonis quamvis ingeniosae coniecturae, quam his ipsius verbis referre placet: „Höchst wahrscheinlich sind es Auszüge seines großen Werks ad Edictum, und die Worte ad filium, wenn sie nicht gerade ad Edictum sein sollten, würden darauf deuten, daß er diesen Auszug selbst fertig hatte; doch könnte man aus dem spätern Zweifel über ihre Gültigkeit das Gegentheil vermuthen“³⁰. Quod autem Hugo dicit, receptas sententias ex magno eiusdem auctoris opere ad Edictum excerpta videri non negaverim; sane illas quoque Paullus ad Edicti ordinem composuit. Quod Cuiacius olim titulorum perturbatione a Visigothis facta motus dubitavit³¹, num sententiarum libri ab ipso auctore in titulos distincti fuerint, id certe non fecisset, si iam eo tempore veteris Icti Consultationem, vel Mosaicarum et Romanarum legum Collationem, vel legem Romanam Burgundionum cognitas habuisset, quae saepissime titulorum huius opusculi mentionem faciunt.

De tempore, quo Paullus sententias ediderit, non habemus unde accuratius definiamus; sed ante Antoninum Caracallam eas

²⁸ L. 2. Theod. Cod. l. c. *Universa*, ait, *quae scriptura Pauli continentur, recepta auctoritate firmanda sunt. . . Ideoque sentt. libros etc.* Similiter Iustinianus in const. *Deo auctore* §. 4. de iis loquitur, *quorum scripturae nullis auctoribus receptae nec usitatae sunt.* Vide A. G. de Schroeter, *Obs. iur. civ. Ienae 1826.* obs. III., cui totus accedit E. Schrader, *3tér. für krit. Röm. III.* Tübing. 1827. p. 320.

²⁹ Hanc coniecturam mihi amicissimus Böckingius proposuit.

³⁰ *Gesch. d. Röm. Rts.*, edit. 11ma. p. 888. Cf. p. 889. *ibid.* ubi dicit Constantinum de Pauli sententiis sancivisse „bloß, daß sie so gut sein sollten, wie seine andern (oder seine eigenen) Schriften“. Ipsa Constantini verba in L. 2. Th. cod. de responsis prud. huic coniecturae non favent. Cf. sup. annot. 28.

³¹ In comment. ad lib. V. tit. 20.

conscriptas non fuisse ex his indiciis liquet: agnoscit liber noster, quod Antonini oratio ante excessum Divi Severi in senatu habita introduxit, donationem inter virum et uxorem mortuo donatore convalescere³²; tum legimus servitutem aquae ducendae vel hauriendae non solum ex rivo vel ex fonte, sed „hodie“ ex quocumque loco constitui solere³³, quod ius Ulpianus Antoninum imperatorem rescripto constituisse docet³⁴.

Index Digestis Florentinis praemissus inter Paulli scripta ante *sentention βιβλία πέντε* nominat *sentention ήτοι facton βιβλία ξξ*, quae quomodo a receptis sententiis discerni possint Cuiacius aliique viri docti incerti fuerunt, cum hae plerumque simpliciter sententiae nominentur³⁵. Sed iam inter omnes convenit, quod Schultingius luculentissime probavit³⁶, *sentention ήτοι facton* libros plane idem esse Paulli opus atque illud, ex quo complures Digestorum loci desumpti sunt, inscripti illi quidem *Paulli imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum ex libris sex*³⁷; quod quidem opus ipse auctor in brevius redegisse et inscriptum *Decretorum libri tres* denuo edidisse videtur³⁸. Nulla igitur ratio est dubitandi, quin ii, qui simpliciter Paulli sententiarum nomen prae se ferunt, loci receptis sententiis annumerandi sint.

Et haec quidem de Paulli vita et sententiarum libris tibi habe.*

³² Lib. II. tit. 23. §. 5. Cf. L. 32. D. de donation. int. V. et U.

³³ Lib. I. tit. 17. §. 2b., sumpta ex L. 9. D. de serv. praed. rust.

³⁴ L. 2. D. commun. praed. — Quod praeterea Schultingius urget, lib. III. tit. 6. §. 16. respicere ad L. 3. Cod. de legatis, quam soli Caracallae attribuendam esse ex inscriptione probat, non satis constat. Nam et imperator rescribens respicere ad locum Pauli potuit.

³⁵ Cf. infra p. XVI. nro. 3.

³⁶ Iurispr. anteiust. p. 211. 212.

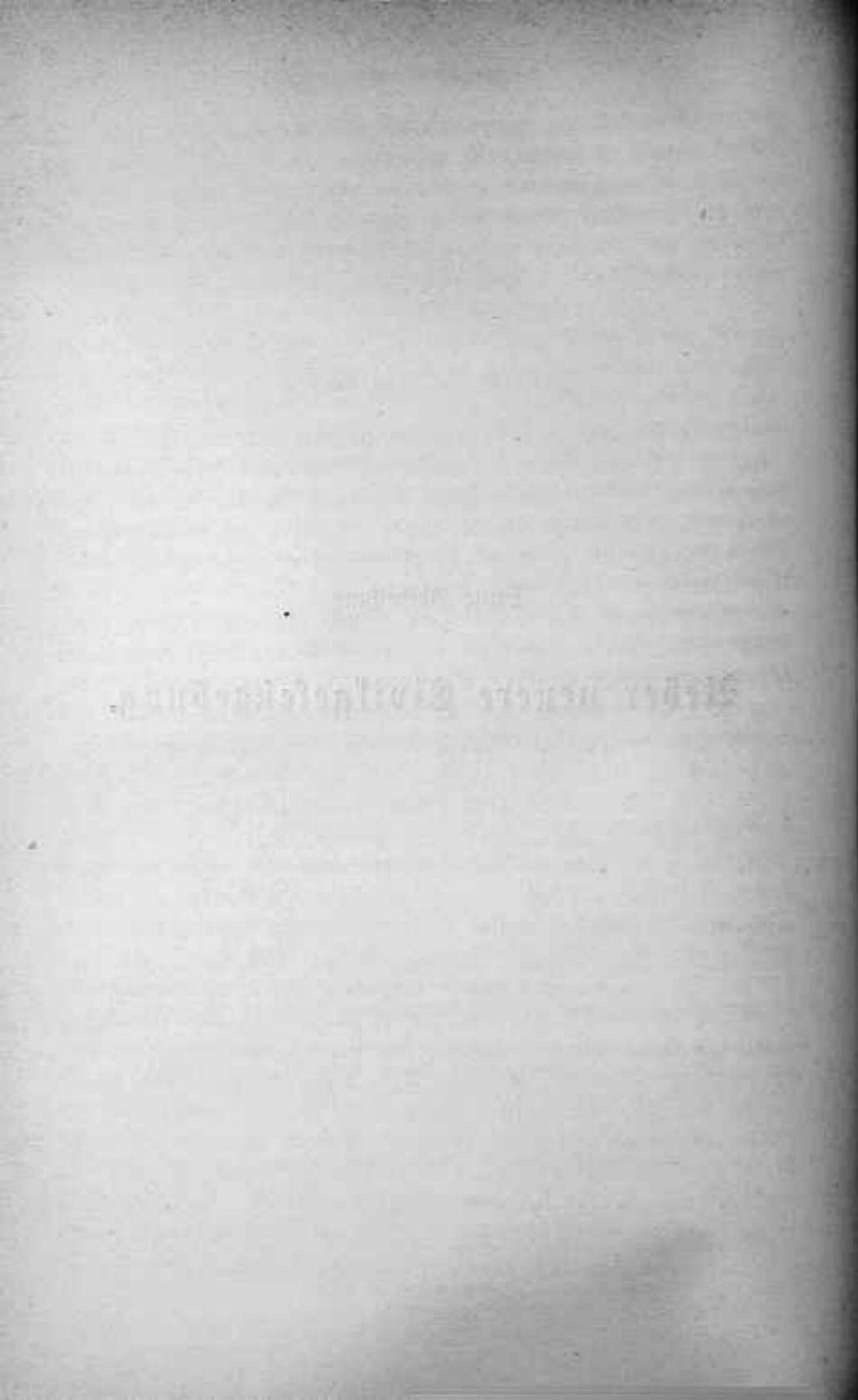
³⁷ Velut L. ult. D. de condit. et demonstr., L. 10. D. de manumission. Nonnumquam in fine additur *seu Decretorum lib.*, velut in L. ult. D. de hered. instit., L. ult. D. ad Sc. Trebell. — L. 24. D. de iure patron. autem ita inscripta est: *Imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum sive Decretorum ex libris sex lib. primo.* Cf. L. 41. D. fam. hercisc.

³⁸ Cf. Blumii diss. de ordine fragmentorum in Pandectis, *Stchr. für geschichtl. Rechtsw.* IV. p. 313. not. 30.!

* Im Folgenden enthält die praefatio pag. XV.—XXIX. num. 1—16. ausführlichen Nachweis über die früheren Ausgaben der Sententiae, worüber ich auf meine Ausgabe verweise. — Als wesentlich in rechtshistorischer Beziehung bedeutende Aufträge könnten etwa auch hierher gestellt werden die im ersten Band aufgenommenen Nr. 6. 7. 30. 31.

Dritte Abtheilung.

Ueber neuere Civilgesetzgebung.



Civilrecht im Allgemeinen.*

Unter Civilrecht versteht man gemeiniglich und vorzugsweise den Inbegriff derjenigen Normen, welche die Richtschnur für die rechtliche Beurtheilung der Verhältnisse geben, in denen die Menschen als individuelle Persönlichkeiten zu einander stehen, abgesehen von den Beziehungen zu der Gesamtheit, zu welcher sie als Glieder einer Rechtsgenossenschaft (des Staates) vereinigt sind.

Der Ausdruck „*jus civile*“, von welchem die neueren „bürgerliches Recht“, „*droit civil*“, „*civil law*“ und ähnliche eine buchstäbliche Uebersetzung sind, kommt zwar bei den Römern in sehr verschiedener Bedeutung vor. Er bezeichnet bald das eigenthümliche Recht eines Volkes, insbesondere des römischen Volkes, im Gegensatz gegen das allgemeine Recht (*jus gentium*), bald im Gegensatz gegen das durch obrigkeitliche Edikte ausgebildete Recht (*jus honorarium*, insbesondere *jus praetorium*) dasjenige Recht, welches in Volksbeschlüssen oder mit diesen gleiche Kraft habenden Rechtsquellen anerkannt war, und im engsten Sinn namentlich das in der Volksgewohnheit unmittelbar beruhende oder durch gerichtliche Verhandlungen und durch die Autorität der Rechtsverständigen zum Bewußtsein gebrachte Recht. Aber er hat auch schon bei den Römern die oben zuerst angegebene Bedeutung im Gegensatz gegen das öffentliche Recht, insbesondere im Gegensatz gegen das Strafrecht, das man, sofern es die Verfolgung der Verbrechen im Interesse der Gesamtheit bezieht, als einen Theil des öffentlichen Rechts zu betrachten hat. Im Mittelalter dagegen wurde es gebräuchlich, unter *jus civile* das gesammte weltliche Recht im Gegensatz gegen das Recht der Kirche oder vielmehr das durch kirchliche Autoritäten ausgesprochene und sanktionirte Recht (das canonische Recht) zu begreifen. In diesem Sinn nannte man den Gesammtinbegriff der Justinianischen Rechtswerke sammt

* Der nachfolgende Aufsatz ist als Artikel „Civilrecht“ im Staatswörterbuch von Bluntschli und Brater Bd. II. S. 523—534. gedruckt erschienen (1857).

den durch die Glossatorenschule ihnen angefügten lombardischen Lehnrechtsbüchern das Corpus juris civilis, den Inbegriff aber der gleich jenen als gemeingiltig anerkannten kirchlichen Rechtsammlungen das Corpus juris canonici, womit auch der Titel „juris utriusque doctor“ zusammenhängt. Allein die römisch-justinianischen Rechtswerke betreffen nicht nur ihrem größern Theil nach das Civilrecht in obigem materiellen Sinn, sondern sie behaupteten und erlangten auch gerade rücksichtlich dieses Theils des Rechts ein überwiegendes praktisches Ansehen; sie wurden dafür in dem größten Theile des abendländischen Europa die vorherrschende und Haupt-Grundlage, während die öffentlich-rechtlichen Verhältnisse auf anderer Basis zumeist wesentlich abweichend von denen des römischen Staates sich eigenthümlich gestalteten. So hinderte jenes nicht den Sprachgebrauch, der unter Civilrecht vorzugsweise den Inbegriff der die privatrechtlichen Verhältnisse bestimmenden Normen verstand, und „gemeines Civilrecht“ nannte man namentlich in Deutschland den Inbegriff der die Privatverhältnisse betreffenden Rechtsätze, welcher, auf römischem Recht als der Hauptgrundlage beruhend, jedoch durch canonisches und einheimisches Recht vielfach modificirt, als allgemein geltendes anerkannt war, so weit es nicht durch partikulare Rechtsnormen in einzelnen Landestheilen abgeändert oder ausgeschlossen wurde.

Civilrecht ist darnach gleichbedeutend mit Privatrecht, und bürgerliches Gesetzbuch, Code civil, nennt man an einem Orte, was anderwärts privatrechtliches Gesetzbuch genannt wird¹. Wenn hier und da das Handelsrecht oder noch specieller das Wechselrecht als Gegenstand besonderer Gesetzbücher davon ausgeschieden ist, so beruht dieß nur auf Rücksichten praktischer Zweckmäßigkeit; diese Theile des Rechts gehören gleichwohl wesentlich zum Civilrecht, wenn auch mitunter polizeiliche Rücksichten eingreifen; während dagegen bei andern Rechtsverhältnissen, z. B. des Bergbaues, eine tiefer eingreifende Mischung privatrechtlicher und öffentlicher, namentlich staatswirthschaftlicher Beziehungen zu deren gesonderten Behandlung in der Gesetzgebung Veranlassung gegeben hat.

Die Verhältnisse nun, welche das Civilrecht regelt, theilen sich in zwei Hauptklassen, Vermögensverhältnisse und Familienverhältnisse.

¹ Vgl. den Art. Civilgesetzgebung (unten Nr. 2.). Doch ist zu bemerken, daß Manche den Begriff des Privatrechts viel weiter ausdehnen, so daß er selbst das Strafrecht und das Kirchenrecht umfaßt (Falc, Encyclopädie §. 21. 26 ff.). Ein anderer Schriftsteller will den Begriff des bürgerlichen Rechts bloß auf Vermögensrecht beschränken, während das Privatrecht außerdem auch Familien- und Gemeinberecht in sich begreife. Vgl. dagegen Unger, österr. Privatrecht I. S. 4. Ueber den Gegensatz des Privatrechts und des öffentlichen Rechts, so wie über ein angeblich neben beiden zu unterscheidendes Gesellschaftsrecht vgl. Bluntschli in der krit. Ueberschau III. S. 229 ff.

Die ersten sind ihrer Natur nach rein juristische Verhältnisse, deren Charakter durch die Anerkennung bestimmter Rechte einzelner Privatpersonen gegenüber allen oder bestimmten andern Privatpersonen, und zwar in Beziehung auf äußere, d. i. einer Schätzung nach dem allgemeinen Werthmesser der Dinge (dem Gelde) unterliegende Güter, bestimmt wird. Gegenstand derselben sind zunächst die in die Sinne fallenden einzelnen Gegenstände der Körperwelt, welche den Bedürfnissen der Menschen zu dienen geeignet und bestimmt sind, (Sachen im engeren Sinne, körperliche Sachen). Insofern in Ansehung derselben eine Willensherrschaft einzelner Personen rechtlich anerkannt wird, ergeben sich Vermögensrechte, die man Rechte an Sachen, (unmittelbare) Sachenrechte, *jura in re*, nennt, die, ohne Voraussetzung einer besondern Beziehung zu bestimmten andern Personen, allen andern gegenüber verfolgbar sind, und denen daher nur die allgemeine negative Rechtspflicht aller übrigen Rechtsgenossen, sich eines störenden Eingriffs in die Willensherrschaft des Berechtigten zu enthalten, entspricht; man bezeichnet diese ihre Eigenschaft durch den Ausdruck „absolute Rechte“.

Die umfassendste, eine Sache im Ganzen ergreifende Art solcher Herrschaft, der Inbegriff aller Befugnisse, welche einer Person in Ansehung einer Sache rechtlich zustehen können, ist das Recht des Eigenthums (*dominium*) im engeren Sinn, welches den Mittelpunkt des ganzen Vermögensrechts bildet. Gegenstand desselben sind theils einzelne bewegliche Sachen (fahrende Habe) theils bestimmte Theile des Erdbodens (Grundstücke) und was damit als zugehöriger Bestandtheil in Verbindung gebracht ist (unbewegliches Gut, Immobilien), beide, insofern sie nicht ihrer Natur nach oder durch ihre besondere Bestimmung der privatrechtlichen Herrschaft Einzelner entzogen (*extra commercium*) sind. Es können aber daran auch Rechte von gleich absolutem Charakter, aber beschränkterem Gehalt bestehen, die Jemanden in gewisser Richtung eine (partielle) Herrschaft über die Sache gewähren und in so weit das Eigenthum an derselben einschränken, während dieses außerdem, so weit nicht das beschränkende Recht entgegensteht, im Ganzen einem Andern gehört (Rechte an einer fremden Sache, *jura in re aliena*). Die Ausbildung solcher Rechte wird durch das praktische Bedürfnis vor Allem im Verhältnisse mehrerer Grundstücke zu einander herbeigeführt, indem zur Förderung der Nutzbarkeit eines Grundstücks in bestimmter Beziehung dessen Eigenthumsphäre durch ein daran angelegtes in die Eigenthumsphäre eines benachbarten Grundstücks hinübergreifendes Recht erweitert wird (Grunddienstbarkeiten oder Realservituten). Sodann kann

auch einer Person für sich die Nutzung einer Sache als selbständiges und vom Eigenthümer unabhängiges Recht gewährt werden, ohne die Macht, über die Sache selbst zu verfügen, die vielmehr dem Eigenthümer aufzubehalten ist, als an welchen mit der Zeit von selbst auch das Recht der Nutzung zurückfällt (Nießbrauch, überhaupt Personalservituten). Aber dieß Abzweigen von Rechten aus dem Eigenthum, ohne dieses ganz aufzuheben, kann auch noch weiter ausgedehnt und jenen ein solcher Umfang, sowohl der Dauer als dem Inhalt nach, gegeben werden, daß sie den materiellen Gehalt des Eigenthums fast absorbiren und demselben nur gewisse Befugnisse als schwache Reste übrig lassen. In Fällen solcher Art schreibt man demjenigen, dem die unmittelbare Nutzung als dingliches Recht eigenthümlich zusteht, ein sogenanntes Nuzeigenthum (*dominium utile*) zu, und stellt diesem die dem Eigenthümer übrig bleibenden Befugnisse als sogenanntes Obereigenthum (*dominium directum*) gegenüber. So sind denn sehr manchfaltige Gestaltungen der Rechte an Sachen möglich. Den Inbegriff der sie bestimmenden Rechtsätze nennt man das Sachenrecht, welches den einen Haupttheil des Vermögensrechts bildet.

Eine andere Klasse von Vermögensverhältnissen ergiebt sich sofort daraus, daß die Einzelnen zu einander bezüglich der Gewinnung und des Austauschens jener Güter in besondere Beziehungen treten, zufolge deren die eine Person der andern zu einer Leistung von sachlichem Werthe verpflichtet ist. Die letzte hat hier ein der Verpflichtung der ersten entsprechendes und durch sie bedingtes Recht, indem sie die Leistung fordern kann (Forderung, Forderungsrecht), hat aber eben darin schon, sofern sie die Verwirklichung der Leistung durch rechtlichen Zwang herbeiführen kann, einen Zuwachs an Vermögen, ein Vermögensrecht, das jedoch, verschieden von den Sachenrechten, nur relativer Natur ist, nur gegenüber der bestimmten Person des Verpflichteten besteht. Die Vermögensverhältnisse dieser Art heißen Schuldverhältnisse (*Obligationen*, wie auch das Recht des einen aktiv, die Verbindlichkeit des andern passiv *Obligatio* heißt), und der Inbegriff der solche betreffenden Rechtsätze, das *Obligationenrecht*, bildet einen andern Haupttheil des Vermögensrechts.

Alle einzelnen Vermögensrechte einer Person lassen sich unter die eine oder andere Klasse, Sachenrechte oder Forderungen, subsumiren. Aber es sind dabei manchfaltige Verschlingungen und Combinationen möglich, durch welche sich dann verschiedenartige Rechtsverhältnisse oder Rechtsinstitute von eigenthümlichem Wesen gestalten können. Im

Allgemeinen nun betreffen die Vermögensverhältnisse überhaupt nur Recht und Vorthheil der Einzelnen als Privatpersonen; die Gesamtheit, der Staat, ist dabei unmittelbar nicht theilhaftig, ausgenommen insofern auch ihr die Fähigkeit zu Vermögensverhältnissen, um der zur Bestreitung gemeinsamer Bedürfnisse erforderlichen Güter willen, gleich einer Privatperson beigelegt wird, der Staat als juristische Person (*Fiscus*) ebenfalls Subject von Vermögensverhältnissen sein kann. Aber nicht nur hat der Staat als die Gesamtheit aller Einzelnen, und vor Allen zum Schutze ihrer Rechte berufen, ein wesentliches Interesse dabei, daß die Privatrechtsverhältnisse möglichst klar und bestimmt geordnet seien, und ist daher aus diesem Grunde schon die Bestimmung der die Vermögensverhältnisse seiner Angehörigen ordnenden Normen eine wichtige Angelegenheit für denselben, auf welche er nach Umständen durch Gesetzgebung einzuwirken sich die Aufgabe zu stellen hat; sondern es berührt auch die Art und Weise, wie sie geregelt werden, in mancher Beziehung die Wohlfahrt und das Interesse des Ganzen sehr nahe, und kann selbst mit der Verfassung des Staates in nächster Beziehung stehen. Dieß ist namentlich in hohem Grade der Fall rücksichtlich der Bestimmung der Rechtsverhältnisse des Grundbesitzes, welcher sowohl in volkswirthschaftlicher als in politischer Beziehung zu den wichtigsten Faktoren des Staatlebens gehört. Er kann sogar eine Hauptgrundlage der Verfassung bilden, indem die Ausübung gewisser politischer Rechte, die Theilnahme an politischen Körperschaften, durch einen gewissen Grundbesitz bedingt wird, was denn nothwendig auf die Bestimmung der privatrechtlichen Verhältnisse desselben zurückwirkt, wie es bei Stamm- und Fideicommissgütern, bei dem Lehnswesen der Fall war. In volkswirthschaftlicher Beziehung ist es von wesentlicher Bedeutung, ob das Recht mehr oder weniger die Gebundenheit und Stabilität, das Zusammenhalten größern Grundbesitzes begünstige, oder einer leichtern Beweglichkeit und unbeschränkter Verkleinerung und Theilbarkeit stattgebe, ob und in welcher Art es eine Theilung des Eigenthums in sogenanntes Ober- und Nutz-Eigenthum, und welche Art der Belastung des Grundbesitzers zum Vorthheil anderer Personen es zulasse. Das Obligationenrecht sodann ist von wichtigem Einfluß auf die Entwicklung des Verkehrs und der industriellen Thätigkeit, welche durch Klarheit und innere Angemessenheit der betreffenden Rechtsgrundsätze gefördert, durch Mangelhaftigkeit des Rechts noch mehr gehemmt werden kann, ihrerseits aber wieder ein bedeutendes Moment für die Entwicklung der Nationalwohlfahrt ist.

In höherem Grade noch berühren die Familienverhältnisse

das Wesen und Leben der Gesamtheit. Die Familie ist die natürliche Grundlage und erhaltende Pflanzschule des Volkes und somit des Staats, und der Charakter des Familienlebens von wesentlichem Einfluß auf den Charakter des Staatswesens. Die Familienverhältnisse bestehen in besonderen Beziehungen verschiedener Personen zu einander, welche, an sich mehr sittlicher als juristischer Natur, nicht durch einzelne bestimmte Rechte und Rechtspflichten erschöpft werden, sondern das Sein und Leben der Personen im Ganzen berühren, dadurch aber zu Rechtsverhältnissen werden, daß die Bedingungen ihrer Existenz und Anerkennung durch Rechtsvorschriften geregelt sind und Rechtswirkungen mit ihnen sich verknüpfen. Zunächst nur in rein persönlichen Beziehungen Mehrerer zu einander beruhend (daher das sogenannte reine Familienrecht), können sie doch auch auf die Vermögensverhältnisse der Betheiligten wichtigen Einfluß üben und zu eigenthümlichen vermögensrechtlichen Instituten den Grund abgeben (daher das sogenannte angewandte Familienrecht oder Familiengüterrecht).

Als die Grundlage der Familie kommt vor Allem in Betracht die Ehe. Kaum etwas Anderes ist von so erheblichem Einfluß auf den Kultur- und Rechtszustand der Völker überhaupt, als die rechtlich-sittliche Gestaltung des Verhältnisses der verschiedenen Geschlechter zu einander. Ob Monogamie oder Polygamie bestehe, ist von entscheidender Bedeutung. Bei den Völkern, welche die Hauptträger der Kultur im Alterthum waren, galt nur die Ehe eines Mannes mit einem Weibe, und nur sie ist auch im Christenthum anerkannt. Sie ist durch dieses zugleich religiös geheiligt. Als ein Verhältniß von religiösem Charakter fällt sie in das Bereich der kirchlichen Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit, namentlich so viel die Bedingungen ihres giltigen Bestehens betrifft. Aber sie ist eben auch ein wichtiges und folgenreiches Rechtsverhältniß, das als ein solches den Staat angeht. Dieser kann nun, wie es im Mittelalter und bis zur neueren Zeit durchgängig der Fall war, die Ehe schlechthin, so wie sie in der Kirche besteht, aufnehmen und anerkennen; in diesem Fall bildet das Eherecht, soweit es die Voraussetzung einer giltigen Ehe, die Art ihrer Eingehung und Auflösung betrifft, eigentlich keinen Theil des Civilrechts, sondern nur einen Theil des Kirchenrechts, und von selbst ergibt sich dann als Folge einer Spaltung der religiösen Gemeinschaft der Kirche, so weit sie die Grundsätze über diese religiöse Verbindung berührt, auch eine Verschiedenheit des Eherechts nach Verschiedenheit der Religionsparteien. Aber der Staat kann auch unabhängig von der Kirche seine Gesetzgebung darauf erstrecken und

die bürgerlichen Wirkungen der Ehe auch oder nur von der Befolgung seiner Vorschriften abhängig machen, indem er die Erfüllung der kirchlichen Anforderungen bloß dem religiösen Bewußtsein und Gewissen der Ehegatten anheimstellt. Auf diese Weise kommt es zu einer sogenannten Civilehe, als einem bloß bürgerlichen Rechtsinstitut, im Gegensatz gegen die kirchliche Ehe. Der Staat kann sich dazu veranlaßt finden theils durch das Streben, die rechtlichen Verhältnisse überhaupt von dem Einfluß der Kirche zu emancipiren, theils durch den Wunsch, Rücksichten des bloß staatlichen Interesses bei der Ehe Geltung zu verschaffen, theils durch den Zweck, ein von der Verschiedenheit der Religionsparteien unabhängiges gemeinschaftliches Eherecht herzustellen. Aber es können sich daraus freilich auch bedauerliche Konflikte ergeben, indem nun eine Ehe bürgerlich gültig, kirchlich ungültig sein kann, oder umgekehrt; Konflikte, die auch durch mancherlei von der Gesetzgebung angestellte Vermittlungsversuche nicht ganz beseitigt werden. Uebrigens muß auch dem Staate daran gelegen sein, daß das Band der Ehe heilig gehalten werde, weshalb er mit Recht, wo es nöthig ist, durch seine Gesetzgebung einer leichtfertigen Lösung desselben entgegentritt. Wesentlich in den Bereich des Civildrechts fallen dagegen die Wirkungen der Ehe in Ansehung der Vermögensverhältnisse der Ehegatten, welche sich in mannfaltig verschiedener Weise gestalten können.

An die Ehe schließt sich zunächst das Verhältniß zwischen Eltern und Kindern an, das einerseits für jene eine natürliche Pflicht der Obsorge und Erziehung mit sich bringt, andererseits eine entsprechende Unterordnung und Ehrerbietung dieser gegen jene und eine häusliche Gewalt der Eltern über die Kinder begründet, die, zunächst dem Vater als dem natürlichen Haupt und Hort der Familie zustehend, in mehr oder minder ausgeprägter Gestalt den Charakter einer juristischen Macht und Gewalt an sich trägt. In den ältern Rechtszuständen eines Volkes, das sich zunächst als eine Vereinigung von selbständigen Familienhäuptern zu einem Gemeinwesen darstellt, erscheint jene in der Geschichte meistens als eine strenge und weitumfassende Familienherrschaft, die aber durch die Sitte und natürliche Liebe gemildert, zugleich Schutz den unselbständigen schutzbedürftigen Mitgliedern der Familie gewährt; bei entwickelterem Rechts- und Staatsleben beschränkt sie sich mehr nur auf das jenem Zweck des Schutzes und der Zucht entsprechende Maß der Gewalt; und so zeigt sie sich auch von mehr oder minder eingreifendem Einfluß in den Vermögensverhältnissen der untergebenen Familienmitglieder. Der Staat aber hat überall ein Interesse dabei,

daß die Bande der Familie nicht zu sehr gelockert werden; ein geordnetes Familienleben, Zucht und Sitte im häuslichen Kreise sind die wichtigsten Elemente eines gefunden und gedeihlichen Volkslebens; aber im Interesse des Staates liegt es eben deßhalb auch, daß nicht die Kinder schutzlos der Willkür, Thorheit und Gewissenlosigkeit der Eltern preisgegeben seien oder zuchtlos und ununterrichtet zu gefährlichen Mitgliedern der bürgerlichen Gesellschaft heranwachsen. Daher hat er das Recht, darüber zu wachen, ob der Vater seine rechtliche Gewalt auch pflichtmäßig gebrauche; nur hüte er sich davor, durch unzeitige Einmischung und inquisitorische Bevormundung in das Innere des Familienlebens störend einzugreifen und das Heiligthum des Hauses als eine Polizeianstalt zu behandeln.

Die Schutzbedürftigkeit von Privatpersonen kann in gleichem Grade vorhanden sein, ohne daß ihr die Familie sofort entgegenkommt und Hülfe darbringt. Dieß führt zu einem weiteren Rechtsinstitut, der Vormundschaft, die man als einen Ersatz für den durch die Unterordnung unter die hausväterliche Gewalt den unselbständigen Personen zugleich gewährten Schutz, wo dieser wegfällt, betrachten kann, und die sich daher jenem Familienverhältniß natürlich anschließt. Unreife des Alters und Krankheit des Geistes sind es, welche zu allen Zeiten solche Vorsorge erheischen, wenn sie nicht der elterliche Schutz entbehrlich macht. Auch wegen körperlicher Gebrechen und Krankheiten und wegen moralischer Fehler (Verschwendung) kann sie wünschenswerth sein. Und in Zeiten, wo die Wehrhaftigkeit des Mannes für den Schutz der Rechte einzutreten hat, erscheint sie in gewissem Umfange für das ganze Geschlecht, das man das Schwache zu nennen pflegt, angemessen, während bei einer vollkommen ausgebildeten und gesicherten Ordnung der Rechtspflege den Frauen im Allgemeinen die selbständige Obforge für ihre privatrechtlichen Angelegenheiten wohl überlassen werden mag. Wo nun das Bedürfniß vorliegt, da scheinen natürlicher Weise vor allen die dazu fähigen nächsten Angehörigen derselben Familie auch dazu berufen, jene Obforge zu übernehmen. Aber bedenklich ist es, dieß nur ihrem Willen als ein Recht zu überlassen, bedenklich auch, sie in jedem Fall ohneweiters als zuverlässige Beschützer des Schutzbedürftigen anzusehen, bloß des verwandtschaftlichen Verhältnisses wegen, in welchem die natürliche Familienliebe schon mit ungleich geringerer Kraft, wie in dem Verhältniß zwischen Vater und Kind, als Triebfeder getreuer Pflichterfüllung wirkt, und sogar collidirende Interessen leicht den entgegengesetzten Einfluß üben können. Daher wird es zu einer allgemeinen Bürgerpflicht erhoben,

vorkommenden Falls die Vormundschaft über andere zu übernehmen, und die Verwandtschaft behält nur die Bedeutung, daß sie einer der Gründe ist, durch welche die Berufung zur Vormundschaft im einzelnen Fall bestimmt wird. So hat die Vormundschaft etwas Publicistisches, sie trägt etwas vom Charakter des Amtes an sich, das unter Autorität der Staatsgewalt übertragen wird und daher auch der Oberaufsicht der Letzten untergeben ist. Aber vorherrschend ist doch das Verhältniß zwischen Vormund und Mündel privatrechtlicher Natur, seinem Zweck wie seinen Wirkungen nach, und gehört daher in das Gebiet des Civilrechts, wo es sich den Familienverhältnissen anreicht.

Außer der natürlichen Unterordnung, welche sich in dem Verhältniß der Eltern und Kinder zu einander ergibt, zeigt uns die Geschichte des Rechts noch andere Verhältnisse persönlicher Abhängigkeit, privatrechtlicher Gewalten einer Person über andere, die sich mit den Familienverhältnissen zusammenstellen lassen. Dahin gehört vor Allem das Institut der Sklaverei, einer vollkommenen Knechtschaft der Person, kraft welcher diese gleich andern Eigenthumsobjekten der unbeschränkten Herrschaft eines andern unterworfen ist; ein Rechtsinstitut, das im Alterthum, obwohl als widerstreitend dem natürlichen Rechte erkannt, bei allen Völkern in Uebung war, in der Sitte besserer Zeit übrigens in der That auch als ein Familienverhältniß geachtet und aufgefaßt wurde. Im Rechte der christlichen europäischen Völker aber hat dieses Institut schon im Mittelalter vor dem mildernden Einfluß des Christenthums weichen müssen und ist erst nach der Entdeckung der neuen Welt in Folge eines wohlgemeinten aber unglückseligen Rathschlags eines menschenfreundlichen Mannes in verabscheuungswürdigerer Gestalt dort wieder von den europäischen Einwanderern eingeführt worden. Dagegen bildeten sich im Mittelalter an der Stelle der Sklaverei und bestanden mehr oder weniger bis zur neuesten Zeit verschiedene mildere Verhältnisse privatrechtlicher Unterthänigkeit (Leibeigenschaft, Hörigkeit), vorzüglich in Verbindung mit bäuerlichem Gutsbesitz, in ihrer strengsten Gestalt der Sklaverei allerdings verwandt, und aus ihr hervorgegangen, aber doch darin stets davon verschieden, daß sie nicht eine völlige Rechtlosigkeit der Person begründeten. Zur Zeit aber kann ein deutsches Staatswörterbuch für seinen Bereich auch diese Verhältnisse nur noch als antiquirte anführen; die letzten Reste derselben sind in Deutschland wie in den meisten christlich-europäischen Ländern (außer Rußland) im Laufe des letzten Jahrhunderts, zum Theil erst des letzten Jahrzehnts, verschwunden. Von Sklaverei und Leibeigenschaft kann daselbst jetzt nur etwa

insofern noch die Rede sein, als die Rechte auswärtiger Personen bei Gelegenheit des Aufenthalts im Inlande in Frage kommen. Aber auch dieß ist meistens abgeschnitten durch den Grundsatz, daß der Boden des Landes, das überhaupt keine persönliche Unfreiheit anerkennt, von selbst frei macht. Wesentlich verschieden von jenen Verhältnissen der Unterthänigkeit, die auf persönlicher Unfreiheit des einen Theils beruhten, ist das heutige Gesindeverhältniß, das Verhältniß freier Dienstboten. Es besteht als ein gegenseitiges obligatorisches Verhältniß nur durch freies Uebereinkommen zwischen Dienstherrschaft und Dienstboten, auch in seiner Dauer von solchem Uebereinkommen abhängig. In sofern jedoch die Dienstboten immerhin mit ihrer ganzen Persönlichkeit in ein näheres Verhältniß zur Dienstherrschaft treten, als untergeordnete Glieder dem häuslichen Kreise sich enge anschließen und eine Pflicht des Gehorsams und der Treue gegen jene, so lange das Dienstverhältniß besteht, übernehmen, hat auch dieses Verhältniß einen familienrechtlichen Charakter und wird dem Familienverhältnisse angereihet (Bluntschi, deutsches Privatrecht, §. 185), und gewiß wäre es wünschenswerth, daß dasselbe in der Sitte wie in der Gesetzgebung mehr von diesem Gesichtspunkte als von dem eines bloß obligatorischen Verhältnisses der Dienstmiethen aufgefaßt und behandelt würde.

Mit der Familie steht in naher Beziehung das Rechtsinstitut der Erbfolge. Ein Vermögen als Inbegriff von Güterrechten und Verbindlichkeiten besteht zunächst nur in Beziehung auf eine Person, welche Subject derselben ist. Mit dem Tode dieser Person würde es nach abstrakten Begriffen auseinanderfallen, als nunmehr herrenloses Gut. Aber was der Familienvater an Gütern erwirbt, will er nicht bloß für sich, sondern auch für seine Angehörigen haben; wie er als seine Pflicht erkennen soll, bei seiner Lebzeit nach Kräften für diese zu sorgen, das Nöthige zu ihrem Unterhalt, zur Erziehung und Ausbildung derselben zu beschaffen, so muß ihn auch der Wunsch beseelen, für die Zeit nach seinem Tode noch in gleicher Richtung vorzusorgen. So natürlich demnach das Verlangen ist, seine Güter nach seinem Tode zunächst seiner Familie zuzuwenden und erhalten zu sehen, so gewiß liegt es der Rechtsordnung ob, dieses anzuerkennen und die Möglichkeit zu dessen Erfüllung zu gewähren. Indem nun die Güter eines Verstorbenen auf bestimmte andere Personen übergehen, ist es weiter eben so natürlich, daß diese auch die vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten desselben übernehmen, für deren Erfüllung jene bei dessen Lebzeiten die materielle Gewähr geben und welche daher denselben anhaften, eine Minderung derselben in ihrem

effectiven Gesamtwerthe bewirken. So gestaltet sich die Erbfolge als ein Rechtsinstitut, kraft dessen bestimmte Personen überhaupt in die Stelle eines durch den Tod hinweggefallenen Vermögenssubjects, bezüglich seiner Verbindlichkeiten wie seiner Rechte, eintreten und das Vermögen als eine den Tod überdauernde Gesamtheit, deren Subject nur einen Wechsel erfährt, zusammengehalten wird; was jedoch nicht ausschließt, weder daß einzelne Güterrechte als ihrer besondern Natur nach an die bestimmte Person geknüpft mit deren Tod erlöschen, noch daß einzelne Vermögensgegenstände, von jener Gesamtheit ausgeschieden, für sich bestimmten andern Personen zugewendet werden. Die Erbfolge stellt sich demnach, in Anschließung an die Familie, als ein gewissermaßen sich von selbst ergebendes nothwendiges Rechtsinstitut dar, das zwar zunächst ebenfalls nur eine privatrechtliche Bedeutung hat, dessen Aufnahme und Ausbildung im Allgemeinen aber für das Leben des Staats von der größten Wichtigkeit ist. Nichts wäre verderblicher, in moralischer und ökonomischer Beziehung, als wenn der Einzelne bei seiner Erwerbthätigkeit nur sich und die kurze Spanne Zeit, die seinem Leben gesetzt ist, im Auge haben könnte. Es würde den nacktesten Egoismus nähren, die schaffende Thätigkeit im Güterleben des Volkes lähmen, Verschwendung und selbstfüchtige Genußsucht befördern, die Lockerung der engsten Bande und den moralischen und ökonomischen Ruin des ganzen Volks herbeiführen. Aber nicht bloß die Rücksicht auf die Bande der Familie, als einer über das Leben des Einzelnen hinaus sich forterzeugenden natürlichen Genossenschaft, ist es, was das Recht der Erbfolge ausschließlich bestimmt und beherrscht. Es ist so angemessen als wichtig, daß das Recht auch dem Willen des Einzelnen, ohne Beschränkung auf jene, die Macht gewährt, über seinen Tod hinaus zu wirken, und über die Früchte seiner Sparsamkeit und seines Erwerbflusses auch für die Zukunft Bestimmung zu treffen. Es liegt ein tiefer sittlicher Gedanke zum Grunde, wenn das Volk der Römer es als eines der vorzüglichsten Rechte des Bürgers ansah, durch Testament über seinen Güternachlaß zu verfügen. Nur der Willkür, die sich von der Berücksichtigung der innigsten natürlichen Bande des Bluts hartherzig oder gewissenlos losragt, tritt das Recht mit Recht hindernd entgegen. In der Ausbildung und Ausdehnung des Rechts der Erbfolge können übrigens verschiedene Zeiten und Völker sehr verschiedene Wege gehen; völlige Losreißung desselben von der Familie oder völlige Nichtbeachtung des Willens des Verstorbenen wird einem entwickelten Rechts- und Kulturzustande gleichwenig entsprechen; die in neuester Zeit hervorgetretene

Anfeindung des Erbrechts überhaupt aber würde, wenn sie vollständigen Sieg erlangte, der Kultur selbst ein Grab gegraben haben.

Nachdem der Begriff und Inhalt des Civilrechts dargelegt worden, soll noch ein Blick auf die Geschichte und Literatur desselben geworfen werden. Zu allen Zeiten hat sich der Unterschied zwischen den Rechtsverhältnissen, welche das Einzelleben der Individuen und welche das Gesammtleben der Völker angehen, zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht geltend machen müssen. Aber unläugbar ist es das Verdienst der Römer, zuerst diesen Gegensatz wissenschaftlich vollständig erkannt und praktisch durchgebildet zu haben, und nicht ohne alle Wahrheit hat man in neuester Zeit die Römer als die Entdecker des Privatrechts bezeichnet. So ist denn bei den Römern auch zuerst dem Civilrecht eine wissenschaftliche Bearbeitung zu Theil geworden, von der uns sehr verkümmerte aber gleichwohl noch höchst bedeutende Reste vorzüglich in den justinianischen Rechtswerken erhalten sind. In diese schloß sich auch im Mittelalter die wissenschaftliche Bearbeitung an, die zunächst auf der Rechtsschule zu Bologna in Aufnahme kam und bald auch in einer Reihe anderer nach ihrem Vorbilde geschaffener hohen Schulen neue Pflanzstätten gewann. Das Recht, das man dort lehrte und in Schriften darstellte, war wesentlich römisches Recht, das aber im Ganzen als praktisches Recht der Gegenwart angesehen wurde, und die Bearbeitung selbst bestand Jahrhunderte lang vorherrschend nur in der Exegese jener Quellen oder ausführlichern Commentaren zu denselben; erst im 16. Jahrhundert traten einzelne selbständige systematische Darstellungen auf, unter denen des Donellus (Doneau) *commentarii juris civilis* als besonders bedeutend hervorragen. Man glaubte in diesem römischen Recht, nur theilweise modificirt durch neuere Rechtsansichten, ein Recht von allgemeiner Geltung (*jus commune*) zu haben, das denn auch wirklich durch den Reichthum seines Inhalts und die Kraft seiner wissenschaftlichen Ausbildung ein weit verbreitetes und tief eingreifendes Ansehen erlangte. Ein Mangel aber war es, daß daneben das nationale Recht der christlich-germanischen Völker wissenschaftlich vernachlässigt wurde, namentlich in Deutschland nur als theilweise modificirend das römische Recht (als *usus modernus*) eine kümmerliche Berücksichtigung fand und so denn auch in seiner praktischen Geltung und Ausbildung, auch in seinen lebensfähigen Bestandtheilen, vielfach verkümmerte; nur das Lehenrecht, auf Grundlage der als gemeinrechtlich recipirten lombardischen Lehenrechtsbücher, erfreute sich einer mit dem römischen Recht ebenbürtigen Stellung in der wissenschaftlichen Behandlung. Seit dem Ende des

17. Jahrhunderts wurde jedoch dem Privatrecht einheimischen Ursprungs eine selbständige wissenschaftliche Bearbeitung zugewendet, und dasselbe auch bald zum Gegenstand besonderer Lehrvorträge auf den deutschen Universitäten erhoben; und so hat noch das 18. Jahrhundert (1791) nach mehreren andern ein sehr tüchtiges Werk dieser Richtung in Runde's Grundsätzen des deutschen Privatrechts geliefert, während ungefähr um dieselbe Zeit (1788 ff.) Hofacker in seinen principia juris civilis romano-germanici noch den Versuch einer systematischen Darstellung des aus römischen und deutschen Elementen gemischten gemeinen Civilrechts unternahm.

Seitdem aber ist für die Wissenschaft des Civilrechts in Deutschland erst eine Periode frischer Blüthe eingetreten. Die vorzüglich durch Savigny und in Gemeinschaft mit ihm durch Eichhorn zur Geltung gebrachte historische Auffassung des Rechts führte zu gründlicherer Erforschung der verschiedenen Elemente des gemeinen Civilrechts, deren Resultate man dann in systematischen Darstellungen zusammenzufassen suchte. So entstanden einerseits eine Reihe von Systemen des deutschen Privatrechts im engerm Sinne, worunter man den Jubegriff der aus dem einheimischen Rechte des deutschen Volkes und dem modernen Rechtsleben entspringenden Rechtsinstitute versteht (so namentlich von Eichhorn, Mittermaier, Phillips, Maurenbrecher, Wolff, Beseler, Gerber, Kraut, Bluntschli, Gengler, Hillebrand, Renaud, Walter), andererseits ebenfalls eine beträchtliche Anzahl von systematischen Darstellungen des römischen Civilrechts mit Rücksicht auf seine Bedeutung als Bestandtheil des heutigen Rechts, daher auch mit Beachtung der Modifikationen, welche es durch canonisches Recht, deutsche Reichsgesetze und neueres Gewohnheitsrecht erfahren hat, unter dem Namen „gemeines Civilrecht“, oder „heutiges römisches Recht“ oder „Pandektenrecht“ (so unter andern, abgesehen von Thibaut, dessen in erster Auflage schon 1803 erschienenenes, zu seiner Zeit in der Praxis sehr angesehenes System des Pandektenrechts noch auf einem andern Standpunkt steht, und abgesehen von Savigny, dessen ausführliches und wissenschaftlich höchst bedeutendes System des heutigen römischen Rechts leider wohl unvollendet bleiben wird: von Mackeldey, Schweppe, Wenig-Jungenheim, Mühlenbruch, Seuffert, Puchta, Kierulff, Götschen, Vangerow, Sintenis, Arndts, Böcking, Brinz), neben welchen noch einzelne Werke (von Meister, Warnkönig, Haimberger) sich die Darstellung des reinen römischen Privatrechts zur Aufgabe gemacht haben. Jener Dualismus in der wissenschaftlichen Behandlung des Civilrechts hatte einen äußern Anlaß und Rechtfertigungs-

grund in der Verschiedenartigkeit der Quellen und in der durch sie bedingten Verschiedenheit der Methode in Ausbeutung ihres Materials, welche eine gleichmäßige Beherrschung des verschiedenen Stoffs für einen und denselben Gelehrten sehr erschweren. Er hatte zum Theil auch einen innern Grund in der Verschiedenheit des juristischen Charakters der beiden Theile, indem das deutsche Privatrecht nicht, wie das römische Recht, in einem System fester Rechtsätze sich abschließen läßt, sondern die wissenschaftliche Darstellung desselben großentheils mit der Entwicklung von Grundzügen deutschrechtlicher Institute und Andeutung der verschiedenartigen Gestaltungen, in welchen sie hier oder dort ausgebildet sind, sich begnügen muß. Er hat aber auch einen Gegensatz zwischen Romanisten und Germanisten hervorgerufen, der nicht selten zum Nachtheil der Sache in schroffen Einseitigkeiten sich kund gegeben hat und in fast feindliche Gegnerschaft ausgeartet ist. Indessen konnte das Bewußtsein, daß beide vereinigt nach demselben Ziel, wissenschaftlicher Erfassung des Rechts der Gegenwart, zu streben haben, nie schwinden, das Bedürfnis der Versöhnung jener Grundsätze nie verkannt werden, und tritt auch mehr und mehr die Forderung vollkommener systematischer Verschmelzung beider Elemente des heutigen Civilrechts hervor. Auch weist die neueste Literatur wiederum Versuche dieser Art auf, die freilich noch sehr ungenügend (Rohhirt) oder unvollendet (Schmid) oder nur auf encyclopädische Darstellung gerichtet sind (Blume). Von größerem Werthe sind die Versuche vollständiger Darstellung eines Partikularrechts (des württembergischen) in Verbindung mit dem noch als Subsidiarrecht geltenden gemeinen Civilrecht (von Wächter und Reyscher), durch diese Verbindung sich unterscheidend von andern Werken, welche nur die Darstellung eines Partikularrechts, so weit es eigenthümlichen Inhalts ist, bezwecken, z. B. Haubold's sächsisches Privatrecht.

Auch für die Literaturgeschichte des Civilrechts bedeutend sind die neueren Civilgesetzgebungen, welche die subsidiäre Geltung des gemeinen Civilrechts völlig ausschließen. Das neue preussische Civilrecht hat geraume Zeit einer eingehenden wissenschaftlichen Bearbeitung entbehrt. Der Grund davon lag in der Anlage des Gesetzbuchs, das nach den Intentionen seiner Urheber durch seine Ausführlichkeit gelehrte Commentare entbehrlich machen sollte, und in der eine Zeitlang festgehaltenen Einrichtung, nach welcher sich ergebende Zweifel über dessen Auslegung sofort durch eine Gesetzcommission erledigt werden sollten. Die Literatur des Landrechts beschränkte sich daher Anfangs, abgesehen von einzelnen Abhandlungen und Sammlungen von Erläuterungen und Entscheidungen,

hauptsächlich auf compendiarische Darlegungen des neuen preussischen Rechts, zur Erleichterung der Uebersicht und des Verständnisses, worunter das System des preussischen Civilrechts von Klein nach der Titelfolge des Landrechts hervorzuheben ist (1801, vermehrt von Roenne 1830). Aber der große Aufschwung der gemeinrechtlichen Jurisprudenz seit dem Anfang dieses Jahrhunderts, woran preussische Gelehrte einen so hervorragenden Antheil hatten, konnte, zumal bei dem Umstande, daß in Preußen das Studium des gemeinen Rechts jederzeit eifrig befördert und als nothwendige Vorbedingung für die Bildung zum praktischen Justizdienst betrachtet wurde, der Rückwirkung auf das preussische Civilrecht nicht verfehlen, und so sehen wir namentlich seit dem dritten Jahrzehnt dieses Jahrhunderts eine wissenschaftliche Bearbeitung, zuerst in einzelnen Abhandlungen, dann auch in Commentaren und in selbständigen systematischen Werken, mit Benutzung der Fortschritte in der Wissenschaft des gemeinen Rechts, in steigendem Maße sich entfalten. Besonders hervorzuheben sind darunter die Werke von Bornemann und Koch, von denen der erste noch (1834) es nöthig fand, eine ausführliche Beantwortung der Frage zu widmen: ob das preussische Landrecht einer wissenschaftlichen Bearbeitung fähig und warum ihm dieselbe bisher nicht in dem erwünschten Grade zu Theil geworden sei?

Das österreichische bürgerliche Gesetzbuch dagegen hat bald seine Commentatoren gefunden, deren es seiner Kürze wegen auch sehr bedurfte. Der Referent bei der letzten Redaction desselben, Zeiller, war auch dessen erster Commentator, dem bald andere folgten (Scheidlein, Schuster, Rippel, Winimarter, Stubentrauch u. A.), während zahlreiche Abhandlungen mit einzelnen Lehren und Rechtsfragen oder der Erklärung einzelner Paragraphen oder Abschnitte des Gesetzbuchs sich beschäftigten. Aber diese Bearbeitung des österreichischen Civilrechts hat bis zur neuesten Zeit sich nicht über einen untergeordneten Standpunkt erhoben und den Anforderungen der Wissenschaft, darum aber auch der Praxis nur in ungenügendem Maße entsprochen. Sie beschränkte sich zu sehr nur auf paragraphenweise exegetische Erläuterung des Gesetzbuchs, mit viel Aufwand von Logik, aber ohne tiefere Ergründung und freie wissenschaftliche Behandlung. In dem Boden noch zu wühlen, aus welchem das Gesetzbuch hervorgegangen, nach dem Stamm, von welchem es als vermeintlich reife und über die Kritik erhabene Frucht abgelöst worden, und nach dessen Wurzeln zu forschen, hielt man für überflüssige Arbeit. War man doch nach Publikation des Gesetzbuchs der Ansicht, das Studium des römischen Rechts nur noch einige

Zeit einigermaßen kultiviren zu müssen, wegen etwaiger Anwendung auf vergangene Fälle, und soll es selbst in neuerer Zeit noch vorgekommen sein, daß im obersten Gerichtshof ein Verweis gegen ein lombardisches Obergericht in Antrag gebracht wurde, weil dasselbe in der Begründung einer wichtigen Entscheidung unter andern auch Stellen des römischen Rechts in Bezug genommen hatte. Von Benutzung der deutschen Rechtsgeschichte war noch weniger die Rede. So blieben denn auch die großen Fortschritte der deutschen Rechtswissenschaft ohne erheblichen Einfluß auf die Bearbeitung des österreichischen Rechts; sie wurden größtentheils ignorirt, und soll es nicht an hochgestellten Justizbeamten gefehlt haben, denen selbst Savigny ein obscurer Name war. Indessen machte sich doch in den neueren Bearbeitungen eine bessere Richtung bemerklich und in der neuesten Zeit hat Unger in seinem System des allgemeinen österreichischen Privatrechts den entscheidenden Schritt gewagt, sich von der hergebrachten Methode bloßer Erläuterung des Gesetzbuchs völlig zu emancipiren, und nach selbständiger systematischer Anordnung, im Anschluß an die Wissenschaft des gemeinen deutschen Rechts und mit umsichtiger Benutzung seiner Literatur ein Werk begonnen, das sich den besten Bearbeitungen deutscher Partikularrechte anreihet und in der Geschichte der österreichischen Civilrechtswissenschaft ohne Zweifel Epoche machen wird. Ueberhaupt hat jetzt die Rechtswissenschaft in Oesterreich einen erfreulichen Aufschwung genommen, der sie, wenn er nicht durch hemmende Einflüsse gelähmt wird, bald ebenbürtig andern zur Seite stellen möchte.

Zur Zeit ist noch von weitübertreffender wissenschaftlicher Bedeutung die Literatur des französischen Civilrechts. Dem Code Napoléon wurde alsbald eine rege literarische Thätigkeit zugewendet, die sich in Herausgabe von Repertorien, Commentaren, Hand- und Lehrbüchern, nebst vielen einzelnen Abhandlungen zeigte, und wobei sich auch deutsche Rechtsgelehrte, aus Anlaß der Einführung des Gesetzbuchs in mehreren Theilen von Deutschland vielfach betheiligt haben. Einer der besten Commentare, freilich nur zum geringern Theil vollendet, rührt von einem Deutschen (Grolmann) her, und der Verfasser eines der bedeutendsten systematischen Handbücher ist ebenfalls ein Deutscher (Zachariaä). Aber auch Franzosen (Proudhon, Toullier, Duvergier, Duranton, Troplong u. A.) haben eine Reihe von Werken über ihr neues Civilrecht geliefert, die durch Klarheit der Darstellung, Reichthum des Inhalts, praktischen Sinn und zugleich wissenschaftlichen Charakter in der Gesamtwissenschaft des Civilrechts einen hohen Rang einnehmen.

2.

Civilgesetzgebung im Allgemeinen.*

Civilgesetzgebung heißt die Bethätigung der Staatsgewalt in Festsetzung der die Privatrechtsverhältnisse ihrer Untergebenen bestimmenden Normen. Ebenso nennt man Civilgesetzgebung auch das Erzeugniß dieser Thätigkeit der Staatsgewalt. Lange Zeit hindurch war es herrschende Ansicht der Rechtsgelehrten, daß alles in einer bestimmten Staatsgemeinschaft wirklich geltende Recht (das positive Recht) nur in der Gesetzgebung seine Quelle oder den Grund seiner Geltung habe, diese wenigstens mittelbar auf der Anerkennung durch die gesetzgebende Gewalt des Staates beruhe; selbst die Bezeichnung „positives Recht“ scheint aus dieser Ansicht hervorgegangen zu sein. Diese Meinung ist jetzt allgemein als Irrthum erkannt. Es ist ein bleibendes Verdienst der sogenannten geschichtlichen Rechtsschule, diesen Irrthum bekämpft und verdrängt zu haben. Sie hat den Widerspruch aufgedeckt, in den sich jene Ansicht unvermeidlich verwickelt, indem sie den Ursprung des Rechts aus einer Quelle ableitet, deren Dasein selbst schon eine Rechtsordnung voraussetzt; denn damit durch Gesetzgebung Recht entstehe, wird ein Organ öffentlicher Gewalt vorausgesetzt, welchem die Befugniß bindende Vorschriften aufzustellen anerkannter Weise zusteht, und das eben ist schon bestehendes Recht. Man hat jetzt erkannt, daß überall, wo in der Geschichte der Menschheit ein rechtlich geordnetes Gemeinwesen in mehr oder minder vollkommener Gestalt hervortritt, die Mitglieder desselben auch ohne ausdrückliche oder äußerlich erkennbare Festsetzung gewisse Regeln als Richtschnur ihres äußern Handelns und gegenseitigen Verhaltens anerkennen und achten, deren Nichtachtung als Verletzung des All umschlingenden Bandes der Gemeinschaft ansehen und nöthigenfalls im Interesse Aller als Auflehnung gegen den gemeinsamen Willen der Gesamtheit durch äußern Zwang abwehren. Man hat erkannt, daß auch im Verlauf der Zeit fort und fort durch das Zusammenleben der Menschen solche Regeln sich allmählig erzeugen und als gemeinsame Rechtsüberzeugung in der Sitte sich ausprägen, ohne daß deren Geltung durch förmlichen Ausspruch einer gesetzgebenden Gewalt herbeigeführt oder bedingt wäre: theils wurzelnd in der allgemeinen sittlichen Anlage der Menschen und in der gegenseitigen Anerkennung gleicher Berechtigung vernunft- und willensbegabter Wesen, welche die Grundlage alles Rechts

* Artikel in Bluntschli's Staatswörterbuch Bd. II. S. 492—510. (1857).

ist, theils hervorgegangen aus den eigenthümlichen Verhältnissen, wie sie sich für einen durch Abstammung und gemeinsame Schicksale enger verbundenen Kreis gestalten. Ganz besonders gilt dieß von dem Privatrecht oder dem Inbegriff derjenigen Normen, welche die Verhältnisse der Einzelnen als solcher zu einander regeln (vergl. den Artikel Civilrecht oben Nr. 1.). Mit Recht betrachtet man hiernach das Leben des Volkes selbst in seiner Unmittelbarkeit als die erste und ursprüngliche Quelle des Rechts: das Recht der Völker in deren ältern Zuständen stellt sich vorzugsweise als Gewohnheitsrecht dar, wie man es nennt, weil es in der wirklichen Uebung, in der Gewohnheit der Anwendung zur Erscheinung kommt und dadurch zugleich in der Ueberzeugung der Rechtsgenossen sich befestigt. Daneben aber tritt im Fortgang der Geschichte mit immer zunehmender Bedeutung als eine zweite Quelle des Rechts die Gesetzgebung hervor, um so tiefer eingreifend und weiter umfassend, je entwickelter der Kulturstand des Volkes ist und je vielseitiger dessen Lebensverhältnisse, die durch das Recht zu regeln sind. Jene erste Art der Rechtserzeugung hat den Vorzug, daß sie sich naturgemäß den Anschauungen des Volks und der Beschaffenheit seiner Lebensverhältnisse anschmiegt und nicht leicht in Gefahr kommt, beiden Gewalt anzuthun. Aber sie leidet andererseits an einer zweifachen Unvollkommenheit. Die eine besteht in einer gewissen Unsicherheit, als der natürlichen Folge der allmäligen, so zu sagen, unsichtbaren Ausbildung der Rechtsfäße und Rechtsinstitute, die sich nicht in einem bestimmten Act als vollendet und abgeschlossen darstellt und nur ein schwankendes Erkenntnißmittel des wirklich geltenden Rechts darbietet. Die andere liegt darin, daß auf jenem Wege der Rechtserzeugung neu hervortretenden Anschauungen und Bedürfnissen des Lebens nicht immer mit der wünschenswerthen Entschiedenheit entsprochen wird. In beiden Beziehungen kann eine gesetzgebende Gewalt wohlthätig eingreifen, und diese findet meistens auch den ersten Anstoß zur Entfaltung ihrer Thätigkeit im Gebiete des Civilrechts eben in dem Bedürfniß, entweder schon bestehendes Gewohnheitsrecht in bestimmter Form auszusprechen und dadurch dessen Gehalt und Erkenntniß wie Anwendung für die Zukunft sicherer zu stellen, oder dem keimenden Rechtsbewußtsein zu Hilfe zu kommen und erst in der Bildung begriffenes Recht mit einem Schlag zur Vollendung zu bringen. Allein sie beschränkt sich nicht bloß darauf. Sie kann auch, in Folge freithätiger Erwägung desjenigen, was den Zuständen des Volkes angemessen und heilsam sei, neue Rechtsgedanken erst in das Leben einführen und den Stoff des geltenden Rechts mit neuen Rechtsfäßen vermehren, die Rechts-

ordnung mit neuen Einrichtungen und Instituten ausstatten. In Uebertreibung der richtigen Ansicht über die Entstehung des Rechts streifen wohl Einzelne nahe an den entgegengesetzten Irrthum, als ob schöpferische Thätigkeit der Gesetzgebung im Gebiete des Civilrechts durchgängig vom Uebel sei und die Rechtsentwicklung mehr gefährde als fördere. Wahr ist es auch, daß Willkür oder mangelhafte Einsicht und verfehlte Uebersetzung darin leicht Schaden bringen kann. Aber es sollte auch nicht verkannt werden, daß bei den verschiedensten Völkern die erleuchtete Einsicht und die bewußte geistige Thatkraft einzelner hervorragender Männer, in verständiger Würdigung der Anforderungen des Lebens Gesetze gebend, wesentlich bestimmend und fördernd auf deren Rechtszustand eingewirkt haben, daß also im Allgemeinen der Beruf, solchen Einfluß zu üben, der gesetzgebenden Gewalt nicht abzuspochen sei. In fortschreitender Entwicklung kann aber die Gesetzgebung selbst dahin kommen, den gesammten Inbegriff des geltenden Civilrechts ganz oder größtentheils in einem von ihr sanktionirten Werke zusammen zu fassen und darin der Erkenntniß und Anwendung des Rechts für die Folgezeit eine feste und sichere Grundlage darzubieten.

Das ist Civilgesetzgebung im umfassendsten Sinne; ihr Erzeugniß ein Civilgesetzbuch (*codex civilis* oder *juris civilis*, *code civil*). Wann es an der Zeit, zu solchem Werke zu schreiten, das ist eine Frage der reiflichsten Erwägung. Ihre Bejahung hängt einerseits von dem Bedürfniß der Rechtsordnung ab; es kann zu deren Vereinfachung und Sicherstellung dienen, wo diese unter der allmählig angeschwollenen Masse vieler einzelnen und abweichenden oder sich durchkreuzenden Rechtsbestimmungen leidet; andererseits von dem Vorhandensein der erforderlichen geistigen Kräfte, welche den schwierigen und umfangreichen Stoff vollständig beherrschend denselben zugleich in entsprechender Form zu verarbeiten vermögen; mangelhafte Ausführung kann leicht einen verderblich hemmenden oder beschränkenden Einfluß auf die Rechtsentwicklung ausüben. Im Allgemeinen kann aber der gesetzgebenden Gewalt das Recht und der Beruf auch zu solchem Werke nicht abgesprochen werden, und wenn dieses seiner Aufgabe nur annähernd, ob auch nicht vollkommen, entspricht, kann es ein hochverdienstliches Werk sein, dem der Dank der Nachwelt nicht entgeht.

Fragt man nun nach den geschichtlichen Erscheinungen der Civilgesetzgebung, so tritt mit Rücksicht auf ihre Bedeutung an sich und in Beziehung zu dem Rechtszustand der heutigen civilisirten Welt zunächst die Civilgesetzgebung der Römer in den Vordergrund der Betrachtung.

Schon im Beginn des vierten Jahrhunderts der Stadt Rom begegnen wir einem großartigen Akte der Gesetzgebung, der berühmten Gesetzgebung der Decemviren, bekannt unter dem Namen der Zwölf Tafelgesetze. Diese beschränkte sich zwar nicht auf das Privatrecht; spätere Berichte bezeichnen die zwölf Tafeln als *sons omnis publici privatique juris*. Aber nach Allem, was wir davon wissen, bildeten die Bestimmungen über das Privatrecht und das Verfahren in Privatrechtsstreitigkeiten einen vorzüglich wichtigen und wohl den größern Theil ihres Inhalts, und jedenfalls haben sie gerade in dieser Beziehung für eine ferne Folgezeit die nachhaltigste Bedeutung gehabt. Ihr Anlaß lag ohne Zweifel zumeist in dem Bedürfniß der Feststellung eines für die gesammte römische Bürgerschaft gleichen Rechts, ein Bedürfniß, das sich deshalb besonders fühlbar machte, weil die römische Staatsgemeinde aus verschiedenen Volkselementen zusammengewachsen war und das unter diesen hergebrachte größtentheils als Gewohnheitsrecht bestehende Recht um so mehr der erwünschten Sicherheit entbehrt haben wird, als sich darin gewiß mancherlei Verschiedenheiten und Ungleichheiten nach Verschiedenheit der Stände geltend machten. Daher war diese Gesetzgebung auch vorzüglich von den Plebejern begehrt worden, als Grundlage ihrer bürgerlichen Freiheit, die sich durch ein fest bestimmtes wenn auch strenges Recht gegen die Willkür patricischer Gewalthaber mehr gesichert hielt. Was aber den Inhalt dieser Gesetzgebung, so weit sie das bürgerliche Recht betraf, angeht, so bestand er zwar aller Wahrscheinlichkeit nach zum geringsten Theil aus eigentlich neuen Rechtsbestimmungen, war vielmehr größtentheils gewiß aus den im römisch-lateinischen Volksleben herrschenden Rechtsansichten und Instituten geschöpft und bezweckte meist nur eine festere und genauere Bestimmung des geltenden Rechts; doch läßt sich mit Grund nicht bezweifeln, daß auch manches Neue nach eigener Einsicht der Urheber darin aufgenommen worden, so wie daß die zur Vorbereitung des Werkes für gut befundene Erkundung der Rechtseinrichtungen anderer Völker nicht ganz ohne Einfluß darauf geblieben sei. Obwohl nur auf Feststellung des Rechts in wenigen Grundzügen sich beschränkend und Manches enthaltend, was einem spätern Zeitalter barbarisch erscheinen konnte, scheint sie doch, vom Standpunkt ihrer Zeit beurtheilt, des Lobes nicht unwürdig gewesen zu sein, das ihr nach Jahrhunderten noch Cicero, im Vergleich mit dem Recht anderer Völker, reichlich spendet hat, und mit Recht hat sie noch zur Zeit der Antonine der Jurist Caecilius (vermuthlich der scharfsinnige Sextus Caecilius Africanus) gegen den oberflächlichen Tadel des Philosophen Favorinus

in Schutz genommen (Gellius noctes att. XX. 1.). Die zwölf Tafeln waren es, welche den festen Grund des Quiritenrechts legten, auf welchen die spätern Jahrhunderte fortbauend jenen soliden Rechtsbau aufgeführt haben, durch den die Römer nachhaltiger als durch das Glück ihrer Waffen auf die Geschichte anderer Völker eingewirkt haben.

Bei diesem Ausbau hat eigentliche Gesetzgebung vergleichsweise nur wenig mehr mitgewirkt. Zwar gibt es spätere Volksbeschlüsse und vornehmlich in der ersten Periode der Cäsarenzeit Senatsbeschlüsse, welche über einzelne Verhältnisse des Privatrechts zum Theil sehr wichtige Bestimmungen aufstellten. Ein großes Doppelgesetz, die *lex Julia et Papia Poppaea*, auf Betreiben des Augustus zur Förderung der Verbesserung zerrütteter socialer Zustände beschlossen, machte in verschiedene Lehren des Privatrechts, namentlich des Ehe- und Erbrechts, tiefe Eingriffe. Im Ganzen aber blieb seit den zwölf Tafeln die weitere Ausbildung des Privatrechts vielmehr der praktischen Rechtspflege und der Wissenschaft überlassen, wobei freilich die Organe der ersten, insbesondere die Prätores, indem sie durch ihre Edikte in bestimmtem Ausspruch Regeln für die Ausübung ihrer Richtergewalt aufstellten, eine Art von Gesetzgebung übten und selbst den Aussprüchen von Rechtsgelehrten in gewissem Sinn Gesetzesansehen beigelegt wurde. In ähnlicher Weise wirkten auch die Cäsaren, besonders im dritten Jahrhundert nach Christus, vielfach bestimmend auf das Recht ein, durch Urtheile und Rechtsbelehrungen (*decreta* und *rescripta*), welche, wenngleich nur einzelne Fälle betreffend, doch in andern gleichen Fällen ebenfalls zur Richtschnur dienten. Erst seit Konstantin, als die Rechtswissenschaft ihre produktive Kraft verloren hatte, tritt in stärkerem Maße eigentliche Gesetzgebung der Kaiser hervor, die, wenngleich größtentheils das öffentliche Recht und kirchliche Verhältnisse, doch vielfach auch das Civilrecht betraf und auch für dieses eigentlich die einzige lebendige Rechtsquelle in dieser Zeit war, abgesehen von dem unvermeidlich sich geltend machenden Einfluß der Praxis, der sich vorzüglich in Abschwächung und allmählicher Abstreifung des national-römischen Elements in dem Recht des damaligen Reiches äußerte. Diese Thätigkeit der Kaiser führte dann bald auch den ersten Versuch einer umfangreichen Gesetzsammlung herbei, die unter Autorität des Gesetzgebers verfaßt als *Codex Theodosianus* im Jahre 438 n. Chr. von Theodosius II. publicirt wurde und von deren 16 Büchern das zweite bis zum achten die das Civilrecht betreffenden Konstitutionen der Kaiser seit Konstantin, für die damalige Praxis zuge richtet, enthalten. Umfassender war, was im folgenden Jahrhundert

Justinian I. vollbrachte. Er veranstaltete und publicirte zunächst (529) eine Sammlung, in welcher verschiedenartige Konstitutionen der Kaiser von Hadrian an bis auf seine Zeit vereinigt waren, sodann (533) ein großes Sammelwerk von Auszügen aus den Schriften der Juristen, die Pandekten oder Digesten, und daneben ein kurzes systematisches Buch zur Einleitung des Rechtsunterrichts, die Institutionen, nach deren Vollendung die Konstitutionensammlung in einer zweiten vermehrten und verbesserten Ausgabe, der Codex constitutionum repetitae praelectionis, veröffentlicht wurde (534). Und diese Werke wurden nun als die ausschließlichen Quellen des gesammten geltenden Rechts vom Gesetzgeber sanktionirt. Nach Form und Inhalt nicht eine neue selbständig durchgearbeitete Gesetzgebung darstellend, sondern nur Rechtsbücher, die mit Gesetzeskraft versehen worden, und nicht frei von manchen Mängeln, waren sie doch ein für die damalige Zeit höchst achtbares Werk, für die Nachwelt das Mittel der Ueberlieferung eines unvergänglichen Schatzes von Rechtskenntniß und zwar vorzüglich wichtig in Ansehung des Civilrechts, welches darin den breitesten Raum einnimmt. Auch die zahlreichen Konstitutionen, welche Justinian selbst erlassen hat, theils schon vor Vollendung jener Werke, daher noch in den revidirten Kodex aufgenommen, theils erst nach Erscheinen des letzten, daher unter dem Namen Novellen begriffen, obwohl häufig unvollkommen in der Fassung, mitunter verfehlt im Gedanken, sind meistens Erzeugnisse einer verständigen Auffassung des Rechts in seinem damaligen Entwicklungszustande, durch welche Veraltetes vollends abgestreift und in der bisherigen Rechtsbildung Vorbereitetes gezeitigt worden ist. So haben diese Produkte der gesetzgeberischen Thätigkeit Justinian's, während sie im byzantinischen Reiche bald neue Umarbeitungen erfuhren, im Abendlande noch viele Jahrhunderte nach jenem ein neues Leben zu entfalten vermocht.

Nachdem aus den Trümmern des römischen Reiches im Abendlande eine Reihe germanischer Staatswesen sich gestaltete, die durch Annahme des Christenthums die Bahn eines neuen Kulturlebens betraten, fand bald auch dort die gesetzgebende Gewalt Anlaß, in die Regelung des Rechtszustandes ordnend einzugreifen. Da es aber herrschender Grundsatz war, daß der Germane nach dem Rechte seines Volksstammes lebe, für den unterworfenen Römer dagegen und gleich diesem für die Kirche als Korporation und für die Kleriker römisches Recht gelte, so beschränkte sich jene gesetzgeberische Thätigkeit zunächst darauf, die wichtigsten Rechtsnormen für die germanischen Volksgenossen zusammenzustellen, und der Rechtspflege für die römischen Unterthanen in noth-

dürftigen officiellen Kompilationen römischen Rechtes einen Inhaltspunkt zu geben. Ein Werk der letzten Art war namentlich die schon vor Justinian erlassene *Lex Romana Visigothorum* oder das sogenannte *brevarium Alaricianum*, dessen Gebrauch auch in andern Ländern sich weit verbreitete, bis es im zwölften Jahrhundert durch die ungleich reichhaltigeren Justinianischen Rechtswerke verdrängt wurde. Zu dem ersten Zweck aber erscheinen seit dem fünften Jahrhundert bis zu Karls des Großen Zeit eine Reihe von in lateinischer Sprache geschriebenen germanischen Volksrechten, für verschiedene, wenn auch unter einem Oberhaupte vereinigte Volksstämme, bekannt unter dem Namen *Leges Barbarorum*. Germanische Könige, vor allen die fränkischen, und unter diesen vorzüglich Karl der Große, erließen zwar auch sonst noch manche Gesetze, die der karolingischen Könige bekannt unter dem Namen *Capitularia*; aber diese betrafen meistentheils nur das öffentliche Recht jener Staaten und Angelegenheiten der Kirche.

In den Reichen sodann, welche aus dem Zerfall des großen karolingischen Reiches hervorgingen, kann von einer Civilgesetzgebung Jahrhunderte hindurch kaum die Rede sein. Selbst die geschriebenen Volksrechte, mit Ausnahme des lombardischen in Italien, kamen als solche allmählig außer Gebrauch; ihr Inhalt nur blieb mehr oder weniger als Gewohnheitsrecht in Übung. In dem deutschen Reiche zunächst, wie es sich seit König Arnulf gegen das westfränkische absonderte und seit Otto I. als neu-römisches Kaiserreich deutscher Nation gestaltete, befaßte sich die überhaupt nur wenig thätige Reichsgesetzgebung fast durchaus nicht mit Gegenständen des Civilrechts. Dessen Weiterbildung wurde vielmehr theils der Autonomie der Reichsglieder, theils und vorzüglich der Übung in den Gerichten überlassen, und bildete sich dasselbe daher vorzüglich als Gewohnheitsrecht aus, wesentlich auf germanischer Grundlage, mit mancherlei Verschiedenheiten nach dem Rechte der einzelnen Volksstämme, jedoch auch unter fortschreitendem Einfluß des römischen und kanonischen Rechts, das in den ihre Zuständigkeit weit ausdehnenden geistlichen Gerichten in Anwendung kam. Als Organ jener gewohnheitsrechtlichen Fortbildung waren nebst eigentlichen Urtheilen vornehmlich die *Weisthümer* wirksam, Rechtsbelehrungen nämlich, welche von Schöffen der Gerichtshöfe ausgingen, und welche, obwohl schriftlich abgefaßt, nicht unter den Begriff der Gesetzgebung fallen. Als eine Art autonomischer Partikulargesetzgebung dagegen können die mannigfaltigen *Willküren* betrachtet werden, welche in einzelnen Gemeindeverbänden ergingen, und in den Städten insbesondere erscheinen frühzeitig mehr oder minder voll-

ständige geschriebene Rechtsfazungen als *statuta municipalia* oder Stadtrechte. Die ersten Versuche aber in Deutschland, den Inhalt des damals geltenden gemeinen Privatrechts übersichtlich geordnet zusammenzufassen, treten im dreizehnten Jahrhundert zunächst als bloße Privatarbeiten in den in deutscher Sprache abgefaßten Rechtsbüchern hervor, unter denen der Sachsenspiegel und der sogenannte Schwabenspiegel die bekanntesten sind und die am meisten verbreiteten waren, der erste sogar in einigen Theilen von Deutschland geradezu das Ansehen eines Gesetzbuches erlangt hat.

Eine wesentliche Umwandlung erfuhr nun der Rechtszustand in Deutschland, als in Folge des Aufschwunges des Rechtsstudiums auf der hohen Schule zu Bologna im zwölften Jahrhundert zunächst in Italien, dann nach dessen Vorgang allmählig auch in Deutschland, durch mancherlei Umstände gefördert, die Ansicht sich verbreitete, daß man in den Justinianischen Rechtsbüchern und Gesetzen ein gemeines kaiserliches Recht habe, das im Zweifel überall in Anwendung komme. Es ist eine der merkwürdigsten Erscheinungen in der Rechtsgeschichte, wie ohne gesetzgeberische Einführung, wesentlich nur auf gewohnheitsrechtlichem Wege, wenn auch nicht ohne nachträgliche gesetzliche Anerkennung, Rechtswerke, die vor Jahrhunderten unter ganz andern Verhältnissen entstanden und in fremder Sprache abgefaßt waren, die Geltung eines gemeinen geschriebenen Rechts erlangen konnten. Zwar lag eine Täuschung darin, wenn man denselben im Allgemeinen die Autorität noch geltender Gesetzbücher beilegte; die Natur der Verhältnisse brachte es mit sich, daß, auch abgesehen von der äußern Begrenzung, welche sich in der Regel „*quod non agnoscit glossa nec agnoscit curia*“ ausspricht, ein großer Theil ihres Inhalts als unanwendbar hinwegfiel, Anderes nur mit mannfaltigen Modifikationen und Beschränkungen sich im wirklichen Leben behaupten konnte; es war eben ein langer und langsamer Entwicklungsproceß, durch welchen sich die Verschmelzung jenes fremden Rechts mit einheimischen Rechtsanschauungen und Rechtsinstituten vollzog. Aber es war doch Jahrhunderte lang vorherrschende Ansicht der Rechtsgelehrten, daß den Rechtsbüchern Justinian's auch für die Gegenwart in dem ganzen Umfange des nerömischen Reiches Gesetzeskraft zukomme, soweit nicht neueres Gesetz oder Gewohnheitsrecht denselben derogire und für das Civilrecht wurde so das römische Recht wirklich die Hauptgrundlage. Im Ganzen kann man die Reception des römischen, und gleichzeitig die des kanonischen Rechts wie der lombardischen Lehenrechtsbücher in Deutschland im fünfzehnten und sechszehnten Jahrhundert als eine vollendete That-

sache betrachten, wengleich der innere Entwicklungsproceß auch noch die folgende Zeit hindurch sich fortspinnt und in keinem Zeitpunkte als vollkommen abgeschlossen bezeichnet werden kann.

Indem nun in jenen Rechtsbüchern und deren wissenschaftlicher Bearbeitung und Zurichtung für das praktische Leben zur rechtlichen Auffassung der vielseitiger entwickelten Verkehrsverhältnisse ein reichhaltiges Mittel dargeboten war, fand die gesetzgebende Gewalt des Reiches auch jetzt noch wenig Anlaß, in die Ausbildung des geltenden Civilrechts thätig einzugreifen. Sogar zur Entscheidung von Streitfragen, welche durch die Wissenschaft nicht erledigt, die Praxis verwirrten, ließ sie sich nur ausnahmsweise herbei; es gehört dahin die Entscheidung der berühmten Kontroverse über das Intestaterbrecht der Geschwisterkinder durch den Reichsabschied vom Jahr 1529. Außerdem stellte sie nur etwa genauere Bestimmungen auf über Geschäftsformen, wie die Notariatsordnung Maximilians I.; oder fand sich bewogen zu einzelnen Festsetzungen, welche durch besondere Bedürfnisse des Verkehrs und Rücksichten des allgemeinen Wohls geboten schienen, wohin z. B. die Vorschriften über Zinsen gehören, oder aus der Fürsorge für schutzbedürftige Personen, welchen des recipirte Recht nicht genügend zu entsprechen schien, hervorgingen, wovon die weitere Ausbildung des Vormundschaftswesens ein Beispiel ist.

Dagegen wurde vorzüglich durch die manchfaltigen Konflikte, welche sich aus der vor allen durch die gelehrten Beisitzer der Gerichte beförderten Aufnahme der fremden Rechte mit noch bestehenden einheimischen Rechtsinstituten ergaben, von nun an eine größere Thätigkeit der gesetzgebenden Gewalt in einzelnen Reichsgebieten hervorgerufen, zumal da nach vollendeter Ausbildung der Landeshoheit ohnehin die einzelnen Reichsstände geneigt waren, auch die gesetzgebende Gewalt in ihren Territorien in weiterem Umfange auszuüben. Hin und wieder wurden geradezu Beschwerden der Stände über anstößiges Eindringen und Aufdrängen des römischen Rechts laut und diese veranlaßten vielfältig legislative Abfassung von Landesrechten und neue ausführlichere Stadtrechte (Reformationen), welche vornehmlich dazu dienten, einheimischen Rechtsansichten in gewissem Umfange gegen die wissenschaftliche Uebermacht des gelehrten gemeinen Rechts Schutz zu gewähren. So entstanden in Deutschland allmählig unter mancherlei Namen eine große Reihe von mehr oder minder ausgeführten Partikulargesetzen über bürgerliches Recht wie über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, während zugleich auch in Erlassung einzelner Verordnungen die Territorialgesetzgebung sich in immer steigendem Maße thätig erwies. Aber auf eine vollständig

umfassende Civilgesetzgebung waren jene nicht gerichtet; vielmehr lag dabei überall die Idee zum Grunde, daß ein gemeinsames Recht als allgemein geltendes hinter ihnen stehe, das überall zur Anwendung komme, wo das Partikularrecht nichts Abweichendes festsetze, das also durch dieses nur theilweise ausgeschlossen werde und als subsidiär geltendes zugleich auch die Grundlage und Quelle der Erklärung und Ergänzung des Partikularrechts bilde. Ja, indem die Ausarbeitung jener Rechtsbücher durchgängig gelehrten Juristen anheimfiel, als denjenigen, welche allein den gesammten Rechtsstoff einigermaßen zu beherrschen im Stande und solcher Arbeit gewachsen waren, ergab sich, daß eben durch solche Territorialgesetzgebungen zwar einerseits manche einheimische Rechtsfassung vor der Erdrückung durch das fremde Recht gerettet, andererseits aber im Ganzen der Einfluß und die Geltung des gemeinen Civilrechts und somit, als eines überwiegenden Elements desselben, des römischen Rechts intensiv noch mehr befestigt und befördert wurde.

Ein einleuchtendes Beispiel dieses Entwicklungsganges bietet unter andern die bayerische Landesgesetzgebung dar. Bayern (zunächst Oberbayern) hatte schon 1346 durch Kaiser Ludwig ein (jedoch wahrscheinlich erst nach des Kaisers Tode promulgirtes) Landrechtsbuch erhalten. Eine Reformation desselben erschien 1518, neben welcher in den Jahren 1516 und 1520 auch eine neue Erklärung der Landesfreiheiten, eine (auch Privatrechtliches enthaltende) Landes- und Polizeiordnung (Buch der gemeinen Landbot) und eine Gerichtsordnung erlassen worden sind. Unter dem Herzog (später Kurfürst) Maximilian I. wurde sodann eine Umarbeitung und Vervollständigung dieser Gesetzgebung erlassen, mit dem Titel: „Landrecht, Policei-Gerichts-Malefiz- und andere Ordnungen der Fürstenthumben Oberr- und Niederrbayrn“. Endlich 1756 erschien nach Vorgang eines Codex juris Bavarici criminalis (1751) und eines Codex juris Bavarici iudiciarii (1753) ein neues Civilgesetzbuch, der Codex Maximilianus Bavaricus civilis, so genannt nach dem Kurfürsten Maximilian Joseph III., verfaßt von dem Kanzler Freiherrn von Kreittmayr. Vergleicht man nun diese verschiedenen Gesetzbücher, soweit sie das Civilrecht betreffen, mit einander, so ist augenfällig, wie sehr das römische Recht nach der damaligen gemeinrechtlichen Doktrin in zunehmendem Maße an Einfluß gewonnen, so zwar, daß das neueste Gesetzbuch nach dem weit überwiegenden Charakter und Bestandtheil seines Inhalts sich fast als ein Compendium des damaligen gemeinen Rechts bezeichnen läßt, wie es auch in der Art seiner Abfassung sich mehr als ein Lehrbuch, denn als ein Gesetzbuch darstellt.

Dieser Codex Maximilianus war der erste Versuch einer umfassenden deutschen Civilgesetzgebung, als solcher auch in Ansehung der Form ein achtbares Werk, wenn man bedenkt, wie wenig damals noch in der Rechtswissenschaft die deutsche Sprache gebraucht wurde und welche Geschmacklosigkeit im deutschen Stil und vollends im juristischen Geschäftsstil damals noch allgemein herrschend war. Neben diesem Gesetzbuch blieb jedoch das gemeine Recht in seiner Geltung als subsidiäres Recht anerkannt, und so besteht dasselbe, wenn auch im Einzelnen vielfach abgeändert, im Ganzen noch heute in einem großen Theile des Königreichs Bayern, namentlich in Ober- und Niederbayern und in der Oberpfalz, in Kraft.

Aber schon vor dessen Publikation hatte König Friedrich II. von Preußen eine Reform des Rechts in seinen Landen in Angriff genommen, welche nach langer Unterbrechung und vielen Mühen in einer vollständigen Gesetzgebung, die in der Geschichte des Rechts Epoche macht, ihren Abschluß gefunden hat. Schon im Jahr 1746 befahl jener seinem Großkanzler Cocceji die Abfassung eines lediglich auf Vernunft und Landesverfassung gegründeten deutschen allgemeinen Landrechts, von welchem bis 1754 wirklich zwei Theile, unter dem Titel: „Projekt des Corporis juris Fridericiani“ herausgegeben wurden. Diese wurden jedoch, und mit Recht, sowohl materiell als formell ihrem Zweck nicht entsprechend gefunden. Nach langer Unterbrechung, im Jahr 1780, wurde die Arbeit unter der Leitung des Großkanzlers von Carmer energisch wieder aufgenommen, in Folge dessen 1784—1788 zuerst ein Entwurf gedruckt und sodann von König Friedrich Wilhelm II. unter dem 20. März 1791 ein „allgemeines Gesetzbuch für die preußischen Staaten“ publicirt, das mit dem 1. Juni 1792 in Gesetzeskraft treten sollte, jedoch erst nach einer nochmaligen Ueberarbeitung gemäß neuer Publikation vom 5. Februar 1794 unter dem neuen Titel: „allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten“ vom 1. Juni 1794 an wirklich in Gesetzeskraft getreten ist. Dieses allgemeine Landrecht, bestehend aus einer Einleitung und zwei Theilen mit 43 Titeln und 19189 Paragraphen in vier Bänden von zusammen 2470 Seiten enthält nicht bloß Privatrecht, sondern auch Staatsrecht, Kirchenrecht und Strafrecht. Doch bezieht sich der größere Theil desselben auf das Privatrecht, namentlich der ganze erste Theil (2 Bände), der dritte Band größtentheils, und zum Theil auch noch der vierte Band, so daß wohl über 15000 Paragraphen auf das Privatrecht zu rechnen sind. Ein Registerband von 384 Seiten gibt über den Inhalt des Werkes in alphabetischer Ordnung

Auskunft. Zur Ordnung der Rechtspflege sind daneben noch mehrere ausführliche Gesetze theils früher, theils später erlassen worden, von denen die allgemeine Gerichtsordnung und die Hypothekenordnung in nächster Beziehung zum Civilrecht stehen. Die neue Civilgesetzgebung war bestimmt, an die Stelle des bisherigen gemeinen Civilrechts zu treten. Die innerhalb der preussischen Lande bestehenden Partikularrechte sollten dadurch nicht beseitigt werden; vielmehr war es die Absicht, die Provinzialrechte ebenfalls in (Provinzial-) Gesetzbüchern zusammen zu fassen, was aber nur für die Provinz Ostpreußen und erst 1844 auch für Westpreußen ausgeführt worden ist. So wurde das allgemeine Landrecht in allen damals unter der Herrschaft des Königs von Preußen stehenden Landen, außer Neuenburg und Balengin, sodann auch in den bis zum Jahr 1803 neuerworbenen Landen eingeführt und nach dem Pariser Frieden in den durch den Tilsiter Frieden verlorenen, jetzt wieder gewonnenen Landestheilen wieder eingeführt, nicht minder auch in den neuerworbenen sächsischen Landestheilen und zuletzt noch 1825 auch in dem Herzogthum Westphalen, dem Fürstenthum Siegen und den Grafschaften Wittgenstein als gemeines Recht publicirt. So besteht es heute noch in dem größern Theil der preussischen Monarchie in Kraft, theils mit subsidiären, theils, nämlich in denjenigen Landestheilen, in welchen während der französischen Zwischenherrschaft durch fremdherrliche Gesetzgebung die Partikularrechte beseitigt waren, mit unbedingter Gültigkeit, jedoch in einigen Provinzen oder Gebietstheilen mit noch fort-dauernder Suspension einiger Titel des zweiten Theils. Ja, es gilt auch noch, so viel das Civilrecht betrifft, in den seit dem Tilsiter Frieden mit Bayern vereinigten fränkischen Fürstenthümern Ansbach und Baireuth, sowie in dem an Hannover überlassenen Ostfriesland, auf welches treu-ergebene Land eine kurzfristige Land-Politik verzichtete, um nach einem halben Jahrhundert in dem Jahre-Busen einen schwächern Posten am Nordmeer wieder mit Mühe zu gewinnen. Dagegen gilt es nicht in der preussischen Rheinprovinz linker Rheinseite und in dem vormaligen Herzogthum Berg, wo die französische Gesetzgebung in Kraft geblieben, ferner in dem ostrheinischen Theil des Regierungsbezirks Koblenz, in Neuworpommern mit der Insel Rügen, und in den jüngst erworbenen Fürstenthümern Hohenzollern, wo noch das gemeine deutsche Recht besteht.

Fragt man nun nach dem innern Werthe dieser Civilgesetzgebung? Ein Erzeugniß gründlicher Rechtskenntniß und gewissenhaften Fleißes, worin mit selbständiger Herrschaft über den gewaltigen Stoff die verschiedenartigen Elemente des damaligen Rechts zu einem in's Einzelne

ausgeführten Ganzen verarbeitet sind, war sie ein Gegenstand gerechten Stolzes der Preußen, denen in diesem Werke der Ruhm eines großen Königs auf einem andern Felde des öffentlichen Lebens wieder aufzuleuchten schien, zu einer Zeit, als die auf dem vorzugsweise sogenannten Felde der Ehre von demselben König errungenen Lorbeeren schon sich zu entblättern anfangen, um bald nachher in einer scheinbar vernichtenden Bluttaufe erst die Kraft, frische Sprossen zu treiben, wieder zu gewinnen. Es war das erste Beispiel eines vollständig durchgeführten Systems deutscher Gesetzgebung, das, auch in sprachlicher Beziehung, zumal für die damalige Zeit, im Ganzen lobenswerth, schon als ein Versuch der Emancipation von der formellen Herrschaft recipirter fremder Rechte, begreiflich von Vielen mit bewundernder Freude begrüßt wurde. Aber leider war das große Werk nicht frei von erheblichen Fehlern in Anlage und Ausführung, welche dessen Wirkung für das Leben wesentlich beeinträchtigt und die von ihm gehegten Erwartungen größtentheils getäuscht haben. Anstatt die mannichfaltigen Privatrechtsverhältnisse nach ihrer charakteristischen Verschiedenheit zu gruppiren und für jedes die leitenden Grundsätze und nähern gesetzlichen Bestimmungen übersichtlich und klar zusammenzustellen, baut das allgemeine Landrecht, von allgemeinen Abstractionen ausgehend, in doktrinärer Weise, an Definitionen und Eintheilungen nicht sparsam, ein künstliches in sich verfehltes System auf, in welchem die verschiedenartigen Rechtsinstitute vielfach verwirrend durch einander schwimmen, das innere Wesen und die Struktur derselben oft nicht in klaren Zügen hervortritt, und die sie betreffenden Normen nicht selten nur mit Mühe aus zerstreuten allgemeinen und besondern Vorschriften in dem weitläufigen Werke zusammenzufinden sind. In dem ersten Theile, welcher das allgemeine Vermögensrecht enthält, oder nach dem Ausdruck eines neuern Schriftstellers „die Vermögensrechte, welche der Mensch als abstrakte Person hat“, betrifft, ist nach Voraussendung einiger allgemeiner Titel das Eigenthum in einem sehr vagen und unbestimmten Begriff zum Mittelpunkt des Systems gemacht, und kommen daher die Schuldverhältnisse nur in der untergeordneten Beziehung als Arten mittelbarer Erwerbung des Eigenthums, das doch auch wieder nach jenem weiten Begriff an Schuldforderungen stattfindet, in Betracht: wodurch eine bedenkliche Verwischung des charakteristischen Unterschieds der beiden Hauptarten der Vermögensrechte herbeigeführt und eine folgerichtige zusammenhängende Darstellung vorzüglich des Wesens der dinglichen Rechte vereitelt ist. Und im zweiten Theile, welcher die Rechtsverhältnisse, in denen man als Mitglied einer Gemeinschaft oder Gesell-

schaft im weitesten Sinne stehen kann, angeht, kommen sogar wesentlich verschiedene Verhältnisse des öffentlichen und des Privatrechts in verwirrendem Durcheinander vor. Die Verfasser des Gesetzbuchs haben in der Anlage des Ganzen unläugbar zu sehr einem abstrakten doktrinären Formalismus gehuldigt, während im materiellen Inhalt mehrfach ein freilich entschuldbarer aber immer nachtheiliger Einfluß damals herrschender, seitdem als falsch erkannter gemeinrechtlicher Theorie, so wie des Mangels genauer Auffassung deutschrechtlicher Institute, welche seither erst durch die Wissenschaft besser erkannt worden sind, sich bemerklich macht¹.

Ein anderer Fehler des allgemeinen Landrechts ist hervorgegangen aus dem übertriebenen Bestreben, die Normen der Rechtsverhältnisse möglichst in's Einzelne auszuspinnen, kasuistisch die mannichfaltigen Besonderheiten der Rechtsverhältnisse im Voraus gesetzlich zu regeln und so ein Buch zu schaffen, aus welchem der Laie selbst, ohne Zuziehung eines Rechtsbeistandes, mit Leichtigkeit die den konkreten Rechtsfall betreffende gesetzliche Regel entnehmen könne, und welches der wissenschaftlichen Entwicklung möglichst wenig mehr zu thun übrig lasse. Das Landrecht begnügt sich nicht damit, die leitenden Grundsätze klar und bestimmt auszusprechen und seine Vorschriften in den allgemeinen wesentlichen Zügen hinzustellen; sondern ergeht sich auch in ausführlicher Darlegung der Folgefälle, die doch nicht erschöpfend und für alle Fälle ausreichend ausfallen konnte und nicht selten einen Konflikt zwischen allgemeinen und besondern Bestimmungen zur Folge gehabt hat². So ist es gekommen,

¹ In neuester Zeit ist in einem geistvollen Buche der Versuch gemacht worden, das System des Landrechts zu rechtfertigen und als entsprechend der germanischen Auffassung und dem Geiste des heutigen Rechts darzustellen: Franz Löher, das System des preussischen Landrechts in deutschrechtlicher und philosophischer Begründung, Paderborn 1852. Aber so viel Beachtenswerthes dieses Buch auch enthält, können wir doch den Versuch im Ganzen nicht für gelungen erachten. Insbesondere ist der Begriff des Eigenthums, auf welchen hier großes Gewicht gelegt wird, weder an sich brauchbar, den Mittelpunkt des Systems des allgemeinen Vermögensrechts zu bilden, noch als spezifisch deutschrechtlicher Begriff anerkennen. Er scheint uns vielmehr nichts als der weitere Begriff von Eigenthum, der am Ende mit dem Begriff des Vermögensrechts in subjectivem Sinn zusammenfällt, und der nicht nur, mit dem Begriff von Sache im weitern Sinn in Verbindung stehend, in der gemeinrechtlichen Doktrin von jeher sich mehr oder minder, nicht selten störend, vorgedrängt hat, sondern auch den römischen Juristen nicht fremd war, wie schon der Ausdruck »universum dominium« (L. 70. §. 1 D. de verb. signif. 50. 16), gleichbedeutend mit universum ius oder omne quod in bonis est, omnia bona (L. 24. 49 D. ibid.), beweist. Es ist nicht wegzudemonstriren, daß durch die Zugrundlegung dieses vagen Eigenthumsbegriffs die Theorie des Eigenthums im engern Sinn und der dinglichen Rechte überhaupt gelitten hat und einzelne Inkongruenzen, z. B. in Ansehung der Besißlehre, herbeigeführt worden sind. Vgl. die Recension obiger Schrift in der krit. Zeitschr. für die gesammte Rechtsäv. Bd. I. (Heidelberg 1853) S. 217 ff.

² Auch gegen diesen Vorwurf hat es zwar dem Landrecht nicht an Vertheidigung gefehlt, welche die Mängel nur als scheinbare aufzuweisen sucht, die „sich wiederholentlich in wirkliche Vorzüge verwandeln“ (Bornemann, systematische Darstellung des preussischen Civilrechts, I. S. 27.); aber die Vertheidigung hat wenig Erfolg gehabt. Nirgendwo hat man sich entschließen können, die Methode des

daß das Landrecht ganz gegen die Absicht seines königlichen Anstifters keineswegs ein populäres gemeinverständliches Gesetzbuch geworden ist, dem schon seine Weitläufigkeit im Wege stand, so daß es bald eine beträchtliche Reihe von Streitfragen und eine Masse von Deklarationen hervorgerufen hat, und schon nach zwei Jahrzehnten seiner Geltung das Bedürfnis einer durchgreifenden Revision sich fühlbar machte, mit der man wohl am meisten wegen des lästigen Reichthums seines Inhalts zur Zeit noch nicht zu einem gedeihlichen Ziele gekommen ist.

Von größerer Bedeutung, nicht nur wegen des weitaus größern Gebiets ihrer unmittelbaren Geltung, sondern auch als Vorbild anderer Gesetzgebungen, ist die französische Civilgesetzgebung geworden.

In Frankreich hatte sich der Rechtszustand wesentlich verschieden gestaltet in den südlichen und in den nördlichen Provinzen des Königreichs. Dort, wo eine Niederlassung der erobernden Germanen nur in geringem Maße stattgefunden, die Hauptmasse der Bevölkerung römisch geblieben war, erlangte das römische Recht, nachdem es auch dort Anfangs nur als Nationalrecht der Einwohner römischer Abstammung, sowie als Recht der Kirche und der Kleriker in Geltung geblieben war, mit der Zeit das Ansehen eines gemeinen territorialen Rechts, und zwar wurden daselbst nach dem Wiederaufleben des Rechtsstudiums, wie in Deutschland und Italien, ebenfalls die Justinianischen Rechtswerke in einigen Ländern durch gesetzliche Verfügung, in andern durch das Herkommen, als gemeingiltige Rechtsquellen recipirt, obwohl es nicht fehlte an theilweise derogirenden Lokalstatuten. Daher wurde auch das römische Recht auf den Rechtsschulen des Südens, namentlich in Toulouse und Montpellier, mit Eifer kultivirt, während es vom Unterricht an der Pariser Universität ausgeschlossen war. In den nördlichen Provinzen, wo bei der Begründung des fränkischen Reiches in dichterem Massen deutsche Bevölkerung sich angesiedelt hatte, wurde auch germanisches Recht das vorherrschende, das sich vornehmlich als Gewohnheitsrecht, mit mannfaltiger Verschiedenheit in den einzelnen Landen, ausbildete. Dieses Gewohnheitsrecht wurde zwar mit der Zeit officiell in schriftliche Fassung gebracht und es entstand so eine große Reihe von geschriebenen Gewohnheitsrechten, theils für ganze Provinzen, theils für einzelne Städte (*coutumes générales*

Landrechts für ähnliche Arbeiten zum Muster zu nehmen. Wenn sich die Berehrer des letztern damit trösten, daß sie die Bemängelung desselben aus der Unfähigkeit, „das Wesen einer für Preußen angemessenen Rechtsgestaltung richtig aufzufassen“, erklären, so hat dieß so wenig Eindruck gemacht, daß ein Rechtsgelahrter, dem kaum Jemand vorwerfen wird, der Gegenwart und ihren Bedürfnissen fremd geblieben zu sein, der vielmehr selbst der Verfasser eines neuesten Civilgesetzbuches ist, sich nicht scheut hat, jenes Gesetzbuch „das verfehlteste in der Anlage und das mißlungenste in der Ausführung“ zu nennen. Vgl. die krit. Ueberschau der deutschen Gesetzg. und Rechtsw. I. S. 141.

und locales), aber die Benennung „droit coutumier“ blieb doch dafür gebräuchlich, und hießen daher diese Provinzen *pays du droit coutumier* oder des *coutumes*, im Gegensatz der südlichen, welche man *pays du droit écrit* nannte. In den ersten hatte das römische Recht nur die Bedeutung einer ergänzenden wissenschaftlichen Erkenntnißquelle, soweit die *coutumes* nicht ausreichten; es galt nur als *raison écrite*. In den erst im 17. Jahrhundert dem deutschen Reiche abgezwackten Ländern endlich bestand derselbe Rechtszustand, wie in Deutschland; die Rechtsschule in Straßburg gab den wissenschaftlichen Stützpunkt desselben ab. Allgemeine Geltung für das Ganze hatten nur die königlichen Verordnungen (*ordonnances*), deren besonders unter Ludwig XIV. mehrere von großer Wichtigkeit erschienen sind, die aber eben so wenig, wie das in ganz Frankreich ziemlich gleichmäßig ausgebildete Lehenswesen jene hervorstechende Verschiedenheit aufhoben.

Eine solche Verschiedenartigkeit des Rechts widerstrebte dem Geist der Revolution; Gleichheit der Gesetze, wie Gleichheit vor dem Gesetze, war ein Wahlpruch der Zeit. Die neue nivellirende und centralisirende Ordnung der Verfassung und Verwaltung des demokratischen Staates schien auch Einheit der Civilgesetzgebung als ein nothwendiges Komplement zu erheischen; der vollständige Bruch des neuen Frankenreichs mit seiner Vergangenheit, die Auflösung der bisher so wichtigen Beziehungen zur Kirche und zum kirchlichen Recht, die plötzliche Beseitigung wichtiger — auch in das Civilrecht eingreifender — Institutionen des bisherigen Rechts, und durch alles dieses veranlaßt, eine Reihe von einzelnen wichtigen Gesetzen civilrechtlichen Inhalts (das sog. *droit révolutionnaire*) machten eine durchgreifende Revision der Civilgesetzgebung zum dringenden Bedürfniß. So hatte schon die Verfassung von 1791 ein einheitliches Civilgesetzbuch für das ganze Königreich verheißen, und schon 1793 wurde dem Nationalkonvent des inzwischen in eine Republik umgewandelten Staats ein von Cambacérès verfaßter Entwurf desselben vorgelegt. Aber nach diesem und andern vergeblichen Versuchen war es erst dem Helden des neuen Frankreichs, dessen Kraft und Staatsweisheit das Unthier der Revolution bändigte, es war Napoleon Bonaparte vorbehalten, die Sache an's Ziel zu bringen und dem beruhigten Staate nebst andern Gesetzbüchern auch eine neue Civilgesetzgebung zu gewähren. Unter seinem Consulat wurde ein neuer Entwurf ausgearbeitet (von Tronchet, Portalis, Bigot de Préameneu und Maleville); die nach Begutachtung der Gerichte und durch Berathungen der verfassungsmäßigen Organe der Gesetzgebung umgearbeiteten einzelnen Titel desselben, 36 im Ganzen, wurden sodann

in den Jahren 1803, 1804 als so viele einzelne Gesetze angenommen und publicirt, und (durch ein Gesetz vom 30. Ventose des Jahres XII der Republik) zu einem Ganzen unter dem Namen „Code civil des Français“ vereinigt; nachdem aber Napoleon die Kaiserwürde angenommen hatte, dieses Gesetzbuch in neuer Ausgabe, mit manchen — jedoch meistens nur Worte betreffenden — Aenderungen, unter dem neuen Namen „Code Napoléon“ wiederum publicirt³.

Dieses wichtige Gesetzbuch nun besteht, außer einem titre préliminaire, aus drei Büchern — 1) des personnes, 2) des biens et des différentes modifications de la propriété, 3) des différentes manières, dont on acquiert la propriété —, die zusammen 35 Titel enthalten, wovon 11 auf das erste, 4 auf das zweite, 20 auf das dritte fallen; das Ganze zerfällt in 2281 Artikel, die nur einen mäßigen Octavband (nach der Stereotypausgabe des Firmin Didot, Paris 1807, nur von 431 Seiten kl. 8.^o) füllen. Schon hieraus läßt sich auf dessen große Verschiedenheit vom preußischen Landrecht schließen. Die Anordnung des Ganzen ist zwar systematisch ebenfalls fehlerhaft, aber doch einfacher und übersichtlicher als die des Landrechts. In der Ausführung beschränkt es sich weit mehr wie dieses, nur auf Feststellung der Grundsätze und Hauptbestimmungen der Rechtsverhältnisse, die weitere Ausbildung der Wissenschaft und Praxis (jurisprudence) anheimgebend, für welche die Gerichtsverfassung in dem Cassationshofe ein leitendes Organ gab; und in der Fassung ist es, ungeachtet mancher Mängel im Einzelnen, doch im Ganzen ausgezeichnet in richtiger Beobachtung der Grenzlinie zwischen einem Gesetzbuche und einer wissenschaftlichen Darstellung des Rechts.

Was den Inhalt betrifft, so entstammt er zum Theil dem droit révolutionnaire. Dieses zeigt sich besonders einflußreich im Eherecht, worin das Princip der bürgerlichen Ehe, von allen kirchlichen Beziehungen absehend, streng durchgeführt, vollkommene Scheidung sogar bloß nach wechselseitiger Uebereinstimmung gestattet und nur durch strenge Formalitäten erschwert ist; sodann in Ansehung der elterlichen Gewalt, welche — entsprechend dem Geiste der Revolution, der die jüngere Generation möglichst zu emancipiren strebte — im Gesetzbuch sehr abgeschwächt erscheint. Zum größern Theil aber ist älteres französisches Recht die Quelle des neuen: römisches Recht nämlich, Gewohnheitsrecht (vorzüglich die Coutume de Paris) und königliche Verordnungen. Aus der letzten

³ Die Vorarbeiten zu diesem Gesetzbuche (Gutachten, Berathungen u. s. w.) sind in großer Vollständigkeit durch den Druck bekannt gemacht, und bieten ein reichliches Material dar zu dessen legislativer Würdigung und praktischer Auslegung.

Quelle ist grobentheils das Recht über Testamente und Schenkungen entsprungen, sodann namentlich ein in die Lehre von den Obligationen (unpassend) eingeschobenes Kapitel über den Beweis (Art. 1315—1369), mit der wichtigen Vorschrift über schriftliche Abfassung der Verträge. Das Gewohnheitsrecht, also wesentlich germanisches Recht, hat zum Theil in der Lehre vom Eigenthum und den Dienstbarkeiten, mehr noch im Erbrecht, vornehmlich aber in dem ehelichen Güterrecht sich einflussreich erwiesen. In der Lehre vom Eigenthum und vollends von den Obligationen ist außerdem (abgesehen nämlich von dem unpassend hier eingereihten *contrat de mariage*) römisches Recht das vorwiegende Element, und dieser Theil des Gesetzbuches möchte wohl im Ganzen der am meisten gelungene zu nennen sein. Sehr ungenügend dagegen ist, zufolge des Schwankens zwischen verschiedenen Principien, das Hypothekengesetz (*liv. III. tit. 18. des privilèges et hypothèques*) ausgefallen. Eine im Wesentlichen richtige Grundlage, die schon durch ältere Gesetze vorbereitet und in einem Hypothekengesetze der Revolutionszeit anerkannt war, ist im Code Napoléon durch Zulassung stillschweigender Hypotheken und Beseitigung der Nothwendigkeit der Eintragung des Eigenthumsverlustes von Grundstücken alterirt worden, so daß dieser Theil des Gesetzbuches seinem Zweck (Sicherheit des Realcredits wie des Grundbesitzes) durchaus nicht entspricht und gegen andere neue Hypothekenordnungen weit zurücksteht.

So beschaffen wurde der Code Napoléon als gemeines Civilrecht in ganz Frankreich eingeführt, mit Beseitigung alles Unterschieds zwischen den Ländern des geschriebenen und des Gewohnheits-Rechts, mit Aufhebung aller Partikularrechte, so weit nicht das Gesetzbuch selbst in einzelnen Punkten auf Lokalgewohnheiten verweist. So besteht er auch jetzt noch — nur in einigen wichtigen Punkten durch spätere Gesetze modificirt — in Kraft, und zwar, nachdem er in Folge der Restauration des Königthums seinen ersten Namen „Code civil“ wieder erhalten hatte, unter dem neuen französischen Kaiserthum auch wiederum verdienter Maßen nach dem Namen seines eigentlichen Urhebers benannt. Aber nicht bloß in Frankreich, wie es jetzt besteht, auch in mehreren andern Ländern gilt er. Mit Napoleons Kriegsglück breitete sich auch die Herrschaft seines Gesetzbuchs aus. Es wurde nicht nur in den mit dem französischen Reiche unmittelbar vereinigten, sondern auch in mehreren von ihm abhängigen oder unter seinem Protektorat stehenden Ländern, theils in Urtext, theils in Uebersetzungen, eingeführt: so in Italien, in den Niederlanden, in den hanseatischen Departements, im Großherzogthum

Berg, im Herzogthum Warschau und der freien Stadt Danzig, im Fürstenthum Aremberg, im Königreich Westphalen, Großherzogthum Frankfurt, den Herzogthümern Röhren und Nassau, und — in deutscher Bearbeitung mit manchen Zusätzen und Abänderungen — im Großherzogthum Baden; auch für Spanien war schon die Einführung beschlossen. In Folge des Kriegsunglücks seines Urhebers wurde dann zwar dieses Gebiet des Gesetzbuches sehr geschmälert, in vielen jener Länder der frühere Rechtszustand hergestellt; aber in allen deutschen Provinzen linker Rheinseite und in dem für Preußen neuerworbenen Großherzogthum Berg, in Baden, in den Niederlanden, in einem Theil von Italien (Neapel und Sardinien) ist es theils ganz, theils mehr oder minder umgearbeitet, in Kraft erhalten oder wieder eingeführt worden, und neuerdings noch in Griechenland als Gesetzbuch aufgenommen.

Neben dem Code Napoléon wurde im Jahr 1807 noch ein eigenes Handelsgesetzbuch (Code de Commerce) publicirt, das einen Theil der französischen Civilgesetzgebung bildet, und auch dieses gilt noch jetzt, mit einigen Abänderungen, nicht nur in Frankreich, sondern ebenfalls in mehreren andern Ländern, ist namentlich auch in Griechenland, Spanien, Portugal und Brasilien in bloßen Umarbeitungen recipirt worden.

Eine dritte Civilgesetzgebung der neuern Zeit ist das österreichische bürgerliche Gesetzbuch. Die Vorarbeiten dazu beginnen schon im Jahr 1753, in welchem Maria Theresia eine Commission niedersezte, um „ein sicheres gleiches Recht und eine gleichförmige rechtliche Verfahrungsart für die österreichischen Erbländer“ zu erzielen. Ein Entwurf eines Civilgesetzbuches wurde 1767 in 8 Foliobänden gedruckt, erhielt aber, mit Recht, nicht die landesherrliche Genehmigung. Nach weitem Vorarbeiten wurde zuerst 1787 der erste Theil eines Gesetzbuches (nach Joseph II. das Josephinische genannt) publicirt und eingeführt, sodann ein neues ganzes Gesetzbuch 1794—96 vollendet (durch den bekannten Naturrechtslehrer Martini) und auch 1797 zunächst in Westgalizien, dann in Ostgalizien eingeführt. Durch abermalige Umarbeitung, unter vorzüglicher Mitwirkung von Zeiller als Referenten der Gesetzkommision, entstand daraus das „allgemeine bürgerliche Gesetzbuch“, das 1811 publicirt, vom 1. Januar 1812 an in allen damals unter österreichischem Scepter stehenden Ländern, mit Ausnahme von Ungarn nebst dessen Nebenländern und Siebenbürgen, in Wirksamkeit trat, und zwar als fortan ausschließlich geltende Quelle des allgemeinen Privatrechts, mit Beseitigung des bisherigen gemeinen Rechts wie der Provinzialrechte. Dasselbe besteht aus einer Einleitung von 14 Paragraphen und drei

Theilen: 1) „von dem Personenrechte“, worin in vier Hauptstücken a) von den Rechten, welche sich auf persönliche Eigenschaften und Verhältnisse beziehen, b) von dem Ehrechte, c) von den Rechten zwischen Eltern und Kindern, d) von den Vormundschaften und Kuratelen die Rede ist; 2) „von dem Sachenrechte“, worin nach einer allgemeinen Einleitung „von den Sachen und ihrer rechtlichen Eintheilung“ in zwei Abtheilungen nicht nur die Lehre vom Eigenthum und andern dinglichen Rechten, wozu auch das Erbrecht gezählt wird (Abtheilung 1 mit 16 Hauptstücken), sondern auch die Lehre von den Obligationen, den sogenannten persönlichen Sachenrechten (Abth. 2. mit 30 Hauptstücken), vorkommt; 3) „von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte“. In 1502 kurzen Paragraphen ist das Ganze abgeschlossen.

Gleich dem Code Napoléon und selbst noch mehr wie dieser unterscheidet es sich von dem preussischen Landrecht durch kürzere gedrängte Fassung, mit Vermeidung kasuistischen Details. Es empfiehlt sich auch im Ganzen durch klare und faßliche, dem Charakter eines Gesetzbuchs angemessene Ausdrucksweise. Das deutsche und römische Element des gemeinen Rechts ist darin meistens verständlich und zeitgemäß verarbeitet und verschmolzen, und dem ersten namentlich sein gebührender Einfluß gewahrt worden. So in Vergleichung mit dem verworrenen und kontroversenreichen frühern Rechtszustand beifällig aufgenommen, hat es sich leicht eingebürgert und wird als einheitliche Rechtsquelle eines großen Ländergebietes mit gutem Grund für ein werthvolles Besitzthum gehalten. Aber auch darin lassen sich erhebliche Mängel nicht verkennen, die freilich zum Theil dem Stande der Rechtstheorie zur Zeit der Entstehung des Gesetzbuchs in Rechnung zu stellen sind, und das System desselben, obwohl seiner ungekünstelten Einfachheit wegen dem des preussischen Landrechts vorzuziehen, ist doch eben so wie das des Code Napoléon verfehlt; es beruht zum Theil auf unrichtigen und unklaren Begriffen. Es finden sich darin nicht selten doktrinäre Begriffsbestimmungen, die in einem Gesetzbuch überhaupt besser vermieden würden, zudem aber ungenau oder schief ausgefallen und so für die wissenschaftliche Auslegung eine hemmende beengende Fessel sind. Auch sind die materiellen Rechtsbestimmungen oft ungenau, oft lückenhaft und ungenügend, wofür die Verweisung auf ein sogenanntes Naturrecht als subsidiäre Entscheidungsquelle wenig Trost gewährt. Zudem hat eine abstrakte Naturrechtstheorie einerseits und andererseits ein übermäßiges Vertrauen auf die Allweisheit des Staats mitunter einen nachtheiligen Einfluß ausgeübt, woraus z. B. Bestimmungen über das Verhältniß

unter Eltern und Kindern, die elterliche Gewalt noch mehr als der Code Napoléon beschränkend, hervorgegangen sind, die der Natur dieses Familienverhältnisses durchaus nicht entsprechen und in hundert Fällen eine störende Einmischung der öffentlichen Gewalt in gesunde Familienverhältnisse veranlassen könnten, um dann und wann einmal dem Schaden eines ungefunden vorzubeugen.

Ungeachtet dieser Mängel, die durch entschiedene und allgemein anerkannte Vorzüge überwogen werden, hat das österreichische bürgerliche Gesetzbuch nach dem allgemeinen Urtheil einen wohlthätigen Einfluß auf die Rechtspflege ausgeübt, und würde dieß wohl noch in höherem Grade der Fall sein, wenn sich von Anfang an eine freiere und unbefangene wissenschaftliche Bearbeitung, unter vollständiger Benützung der ausgebildeten gemeinrechtlichen Jurisprudenz, desselben bemächtigt hätte, wie sie seit einiger Zeit sich zu entwickeln begonnen hat und mit der Zeit vielleicht zu einer wesentlich bessernden Revision führen wird. Das Gesetzbuch wurde seit 1814 nach und nach auch in den mit dem Kaiserstaate wieder vereinigten und neuerworbenen Ländern, mit Ausnahme der zum Königreich Ungarn gehörigen, eingeführt; sodann in neuester Zeit (1852 und 1853) auch in Ungarn, Kroatien und Slavonien, der Wojwodschafft Serbien und dem Temeser Banat, desgleichen in Siebenbürgen und in dem Gebiet des vormaligen Freistaats Krafau; und so besteht es zur Zeit, von einzelnen Abänderungen und Beschränkungen abgesehen, als gemeines Recht in dem ganzen Umfange des Kaiserstaates, in dem somit auch in Ansehung der Civilgesetzgebung der Wahlspruch: „unitis viribus“ zur Wahrheit geworden ist.* Es besteht außerdem noch in Kraft in dem 1816 an Bayern abgetretenen Amte Nedwitz in Oberfranken, während in einigen andern vormalig österreichischen Landestheilen des Königreichs Bayern das Josephinische Gesetzbuch bestehen geblieben ist.

In Deutschland sind also gegenwärtig neben einander drei abgeschlossene Civilgesetzgebungen mit Ausschließung des gemeinen Rechts in Geltung, außer dem bayerischen Landrecht, welches dem gemeinen Recht noch subsidiäre Gültigkeit vorbehält; in einem großen Theile von Deutschland aber besteht noch jetzt das gemeine deutsche Civilrecht, ohne im Ganzen durch ein vollständiges Civilgesetzbuch ausgeschlossen zu sein. Indessen fehlt es auch dort nicht an Bestrebungen, das geltende Civilrecht zu codificiren, d. i. in einem Gesetzbuch zusammen zu fassen; ja, es ist öfter auch die Idee angeregt worden, für alle deutschen Staaten ein gemeinsames Civilgesetzbuch herzustellen. Als Deutschland (1814)

* Das ist freilich seit 1860 nicht mehr — Wahrheit.

von der französischen Uebermacht sich glücklich befreit sah, trat Thibaut in Heidelberg mit einer Flugschrift „über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland“ (mit Zusätzen vermehrt in dessen civilistischen Abhandlungen als 19. Abh. aufgenommen) auf, worin er, die Schattenseiten des bestehenden Rechtszustandes in grellen Farben schildernd, die Abfassung eines gemeinsamen bürgerlichen Gesetzbuches für ganz Deutschland mit lebhaftem Eifer und patriotischer Wärme empfahl. Ein anderer Gelehrter (K. E. Schmidt, Deutschlands Wiedergeburt, Jena 1814) rieth sogar, um mit einem Schlage zu dem ersehnten Ziele der Rechtseinheit zu gelangen, sofort die allgemeine Annahme des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches an. Gegen diese Vorschläge trat aber Friedrich Karl von Savigny auf in einem klassisch geschriebenen Büchlein „vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ (Heidelberg 1814, 2. Auflage 1828), welches, nach trefflichen Erörterungen über die Natur, die Entstehung und den Bildungsgang des bürgerlichen Rechts, die Gefahren seiner Codifikation, die Mängel und die Unzukömmlichkeiten der vorliegenden damals noch neuen drei Civilgesetzgebungen darlegte, und zu dem Schlusse kam, daß es nicht an der Zeit sei, mit der Codifikation des Civilrechts noch weiter vorzugehen, daß es vielmehr vor allem einer tüchtigen Belebung und Förderung der Rechtswissenschaft in geschichtlichem Sinne bedürfe und auf diesem Wege am sichersten eine Besserung des auch von dem Verfasser als mangelhaft anerkannten Rechtszustandes zu erzielen sei. Seitdem hat dann auch die Rechtswissenschaft große Fortschritte gemacht und den wissenschaftlichen Standpunkt, auf welchem jene Gesetzgebungen entstanden, weit überflügelt. Allein das Ziel einer befriedigenden dem praktischen Bedürfniß wahrhaft entsprechenden Gestaltung des bürgerlichen Rechts ist dadurch auch nach vier Jahrzehnten noch nicht nahe gerückt und das Verlangen nach neuer Civilgesetzgebung hat sich nicht beschwichtigen lassen. Zwar fehlt es auch jetzt noch nicht an widerrathenden Stimmen; in neuester Zeit erst hat ein gelehrter Civilist (Sintenis) solche Antipathie dagegen an den Tag gelegt, daß er der Staatsgewalt wohl überhaupt die Befugniß zur Erlassung von Civilgesetzbüchern bestreiten möchte und den Rath gibt, die bestehenden Civilgesetzgebungen in Deutschland einfach wieder aufzuheben und das gemeine deutsche Civilrecht wieder an dessen Stelle zu setzen: ein Gedanke, gegen den sich Savigny vor 40 Jahren, wenigstens so viel das preussische und österreichische Gesetzbuch betrifft, ausdrücklich verwahrt hat, obwohl damals das letzte noch nicht drei Jahre, das andere erst 16 Jahre, beide aber noch in beträchtlich kleinerem

Gebiet, als jetzt, in Kraft bestanden. Aber weit überwiegend solche Stimmen war die Ansicht vieler Rechtsgelehrten, waren die häufig ausgesprochenen Wünsche von Volksvertretungen und die Bestrebungen der Regierungen fortwährend auf Herstellung von Gesetzbüchern gerichtet.

In Bayern, das sich des absonderlichen Glückes erfreut — ? —, daß innerhalb seiner Grenzen vier (oder $4\frac{1}{2}$) neuere Civilgesetzbücher, sodann das gemeine deutsche Recht und daneben noch über fünfzig Statutarrechte gelten, war durch die Verfassung vom Jahre 1818 ein gemeinsames Civilgesetzbuch für das ganze Königreich verheißen, und die Erfüllung dieser Verheißung, zu der schon vorher verschiedene Vorarbeiten gemacht waren, wurde von Zeit zu Zeit wiederum von den Ständen begehrt, von der Regierung in Angriff genommen; sie scheint endlich jetzt, nachdem durch die Gesetzgebung des Jahres 1848 die Arbeit sehr erleichtert worden, in nähere Aussicht gestellt zu sein. Für das Großherzogthum Hessen ist seit 1844 allmählig ein vollständiger Entwurf eines Civilgesetzbuches durch den Druck bekannt gemacht und in Berathung gezogen worden, der, unter gleichmäßiger Benutzung des gemeinen Rechts und des Code Napoléon mit vielem Geschick selbständig und nach eigenem Plane ausgearbeitet, einen unverkennbaren Fortschritt in der Kunst der Gesetzesfassung beweist (Vgl. Richter's krit. Jahrb. Jahrg. X. Bd. I. S. 128. ff. S. 215. ff. Jahrg. XI. Bd. II. S. 789. ff. und die krit. Ueberschau der deutschen Gesetzg. Bd. I. S. 128. ff. S. 339. ff.). Und für das Königreich Sachsen erschien 1853 ein vollständiger Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, der, nur mit wesentlich verändertem und zwar verbessertem System, vorzugsweise an das österreichische bürgerliche Gesetzbuch sich anschließt (Vergl. die krit. Ueberschau a. a. D.); es steht nunmehr dessen definitive Berathung und Annahme in Aussicht.

Während so in deutschen Staaten seit 1811 ein neues Civilgesetzbuch noch nicht zur Vollendung gebracht ist, hat die benachbarte Schweiz eine ganze Reihe neuer Civilgesetzbücher für einzelne Kantone aufzuweisen. Außer dem Kanton Genf, in welchem der Code Napoléon nur mit einzelnen Abänderungen beibehalten ist, erhielten neue Gesetzbücher, auf der Grundlage des Code Napoléon ausgearbeitet, der Kanton Waadt 1821, Tessin 1837, Freiburg 1836—1850, Neuenburg 1854—1855; sodann auf Grundlage der österreichischen Gesetzgebung, jedoch nicht ohne mancherlei Abweichung, Bern 1826—1831, Luzern 1831—1839, Argau 1848—1852; ferner, in mehr selbständiger Bearbeitung, an den Code Napoléon angelehnt, aber unter Berücksichtigung der römisch-rechtlichen Doktrin zugleich die deutsch-rechtlichen Elemente bewahrend,

Wallis 1855, und an das österreichische Gesetzbuch angelehnt, aber mit wesentlich verändertem System, Solothurn 1841—1848. Endlich hat auch der Kanton Zürich 1854—1856 ein „privatrechtliches Gesetzbuch“ erhalten, das, unter allseitiger Benutzung der neuern Gesetzgebungen wie der gemeinrechtlichen Jurisprudenz und unter sorgfältiger Beachtung der erhaltungswerthen Eigenthümlichkeiten des zürcherischen Rechts selbstständig und mit wissenschaftlichem Geiste verfaßt, als eine wesentlich neue Arbeit sich darstellt und sowohl rüchichtlich des Inhalts als der Form und Anordnung eine der beachtenswerthesten legislativen Erscheinungen unrerer Zeit ist (vgl. die krit. Jahrb. und die krit. Ueberschau a. a. D.), dessen eigentlicher Urheber (der Herausgeber dieses Staatswörterbuchs) sich zugleich das Verdienst erworben hat, dasselbe durch kurzgefaßte Erläuterungen (Zürich 1854—1856) in's Leben einzuführen und der künftigen praktischen und wissenschaftlichen Ausbildung, die sich durch dieses Gesetzbuch weniger als durch irgend ein anderes beengt finden wird, Weg und Richtung anzuzeigen. Verschiedenartigkeit der Gesetzgebungen besteht hiernach in der Schweiz auf kleinerem Raume nicht minder wie in Deutschland, wenn gleich die materielle Rechtsverschiedenheit, bei der Gemeinsamkeit der Grundlagen vieler Kantonalgesetzgebungen, nicht so groß ist, als es auf den ersten Blick scheinen möchte.

Uebrigens ist in Deutschland auch die von Thibaut angeregte Idee eines gemeinschaftlichen bürgerlichen Gesetzbuchs noch keineswegs ganz verklungen. Autoritäten der Rechtswissenschaft haben ihr auch später noch öfter das Wort geredet; das Verlangen darnach fand einen prägnanten Ausdruck in einem Paragraphen der von der deutschen Nationalversammlung in Frankfurt (1849) beschlossenen Verfassung; und kurz vorher erst hatte ein patriotischer Rechtsgelehrter durch Bekanntmachung eines von ihm verfaßten, freilich mißlungenen Entwurfs zu einem allgemein deutschen Civilgesetzbuch der Verwirklichung jener Idee vorzuarbeiten versucht. Die Aussicht darauf ist aber seitdem wieder in weite Ferne gerückt, und haben eben deßhalb einzelne deutsche Staaten für sich wieder das Werk der Civilgesetzgebung energischer in Angriff genommen. Indessen ist doch etwas in jener Richtung geschehen. Eine deutsche Wechselordnung ist beinahe in allen deutschen Staaten und zugleich in allen nicht zum deutschen Bunde gehörenden österreichischen und preußischen Ländern eingeführt, und so in Ansehung eines Rechtsinstituts, bezüglich dessen sich das Bedürfniß der Gemeinsamkeit am dringendsten fühlbar machte, Verschiedenheiten am wenigsten motivirt erscheinen, für ein Gebiet von 70 Millionen Einwohnern ein gemein-

ames Gesetz gewonnen worden. Es stand eben derselbe große Rechtsgelehrte, der 1814 seine warnende Stimme gegen die Codifikation des Civilrechts erhoben hatte, als Minister an der Spitze der Gesetzgebung in Preußen, als zunächst von diesem Staate ein sorgfältig ausgearbeiteter Entwurf einer Wechselordnung den übrigen deutschen Staaten zu gemeinschaftlicher Berathung vorgelegt wurde, und aus dieser ging dann das im Ganzen wohlgelungene Werk hervor, das im Jahr 1848 nach Beschluß der deutschen Nationalversammlung als sogenanntes Reichsgesetz verkündigt worden ist, jedoch freilich nicht dadurch, sondern erst durch spätere Annahme und Publikation von Seiten der gesetzgebenden Gewalten der einzelnen deutschen Staaten zu jener weit ausgedehnten Geltung gelangt ist.

Und eben jetzt erwerben die deutschen Regierungen sich das Verdienst, in gleicher Weise noch eine weitere Gemeinsamkeit des Rechts unter denselben Staaten anzubahnen, nämlich eine vollständige gemeinsame Handelsgesetzgebung zu Stande zu bringen. Seit Anfang des Jahres 1857 ist eine in Nürnberg versammelte Commission mit der Berathung der von Oesterreich und Preußen vorgelegten Entwürfe beschäftigt. Möge auch dieses Unternehmen recht bald mit gleich glücklichem Erfolge gekrönt werden!

In keinem Theile des Privatrechts wird sich weniger Opposition gegen eine auf Rechtseinheit hinzielende Codifikation geltend machen, als im Handelsrecht mit Inbegriff des Wechselrechts; in keinem erscheint Gemeinsamkeit in möglichst ausgedehntem Kreise wünschenswerther, Verschiedenheit weniger motivirt. Die weit über alle Vorstellung früherer Zeit hinaus erhöhte Leichtigkeit und Lebendigkeit des Handelsverkehrs findet sich durch Verschiedenartigkeit der Rechtsbestimmungen, welche die daraus hervorgehenden Rechtsverhältnisse regeln, leicht empfindlich berührt und gestört, das Rechtsgefühl selbst fühlt sich verletzt, indem es keinen Grund sieht, warum in derselben Beziehung hier dieses, dort ein anderes Rechtens sei. Aber das Handelsrecht ist kein von dem allgemeinen Privatrecht völlig loszureißendes besonderes Recht; es ist in den meisten Beziehungen, wie ein neuerer Schriftsteller sagt (Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 267), unser eigentliches, so zu sagen, potentirtes Volksrecht, um so mehr, je großartiger und vielseitiger sich der Handelsverkehr entwickelt. Die Gemeinsamkeit desselben setzt daher eine gewisse Gleichartigkeit der Rechtsansichten, namentlich im Obligationenrecht, schon voraus, und wird andrerseits eine solche auch unabweißlich befördern. So kann das Handelsrecht auch in dieser Beziehung, wie in

der Ausbildung mancher einzelner Rechtsfäße, gewissermaßen den Vorkämpfer weiterer Rechtsentwicklung in gleicher Richtung abgeben. Man wird auch in andern Rechtstheilen mehr und mehr der Einsicht Raum geben, daß manchfaltige Verschiedenheiten des Rechts, deren Entstehungsgrund größtentheils nur in mehr oder weniger zufälliger Verschiedenheit der Gesetzgebung zu suchen ist, keine wahrhafte innere Berechtigung der Fortdauer haben, und, ohne gewaltsam wohlbegründete Eigenthümlichkeiten zu brechen oder zu beseitigen, wird sich doch annähernd mehr und mehr ein gemeines Recht, nicht bloß Deutschlands, sondern überhaupt der christlichen Culturvölker, ein modernes jus gentium, durch Gleichartigkeit der Civilgesetzgebungen, herausbilden.

3.

Bedeutung des römischen Rechts nach Einführung neuer Civilgesetzbücher.*

Die höhere Wichtigkeit, welche neuerlich bei der Regelung der rechts- und staatswissenschaftlichen Studien an den österreichischen Universitäten und Rechtsakademien durch die a. h. Entschliesung vom 25. September 1855 dem Studium des römischen Rechtes beigelegt worden ist, kann nicht ermangeln, die Aufmerksamkeit des österreichischen Praktikers auf die Bedeutung dieser für den künftigen Bildungsgang des vaterländischen Juristenstandes entscheidenden Maßregel zu lenken. — Wie der Soldat sich freut, die Uebungen zu beobachten, womit das junge Volk der Krieger geschickt gemacht wird, demnächst Gefahr und Ehre mit ihm zu theilen, so folgen auch die Blicke praktischer Justizmänner nicht ohne lebhafteste Theilnahme den neuen Bahnen, auf denen uns in nächster Zukunft rüstige und — wir hoffen es — auch tüchtige Gehilfen für die Handhabung des Rechts zugeführt werden sollen. — Aus diesem Gesichtspunkte glauben wir unseren Lesern einen angenehmen Dienst zu erweisen, indem wir ihnen die, die Bedeutung des römischen Rechtes namentlich für Oesterreich mit wenigen aber geistvollen Zügen bezeichnenden, Worte mittheilen, womit der von Sr. Majestät für die Kanzel

* Im Studienjahr 1855—56 habe ich meine Vorlesungen an der Wiener Hochschule eröffnet mit einigen Worten über die heutige Bedeutung des römischen Rechts. Die Redaction der österreichischen Gerichtszeitung fand sich bewogen, dieselben in ihr Blatt aufzunehmen mit einem kurzen Vorwort, das auch hier zunächst wiedergegeben wird.

des römischen Rechtes an die Wiener Universität berufene k. k. Regierungsrath und Professor Ludwig Arndts am 17. Oktober d. J. seine Vorträge eingeleitet hat.

Die Antrittsrede lautete nach einer uns zugekommenen verlässlichen Aufschreibung wie folgt:

„Meine Herren!

Fast drei Jahrzehnte sind verflossen, seit ich zum ersten Mal, an der rheinpreussischen Universität zu Bonn, die damals noch nicht das erste Decennium ihrer Existenz zurückgelegt hatte, den akademischen Lehrstuhl bestiegen habe. Die beste Zeit meines Mannesalters habe ich sodann später als Lehrer an der Ludwigs-Maximilians-Universität in München zugebracht, und nun ist es die erste Universität des Kaiserstaates, des ersten unter den deutschen Bundesstaaten, an welcher noch ferner bis zum Abend meines Lebens zu wirken, das Vertrauen Sr. Majestät, des noch jugendlichen und doch schon so glorreich regierenden Kaisers, mich berufen hat. Und welcher war der Gegenstand meines Wirkens und soll es ferner sein? Es war und ist, wenn gleich nicht ausschließlich, doch vorzugsweise, die Lehre eines Zweiges der Rechtswissenschaft, den in seiner Wichtigkeit für die allgemeine rechtswissenschaftliche Bildung vollständig erkannt und gewürdigt zu haben, und deßhalb in erhöhtem Maße ernstlich zu fördern, ein unlängbares Verdienst der gegenwärtigen kaiserlichen Regierung ist; es ist die wissenschaftliche Bearbeitung und Lehre des römischen Rechts. Und was ist denn, so fragen Sie billig, das römische Recht? welche Bedeutung hat es an sich und für die heutige Zeit, welche Bedeutung hat es insbesondere für den österreichischen Rechtsgelehrten?

Das römische Recht ist, um es kurz zu sagen, das wichtigste, welt-historisch bedeutendste Nationalerzeugniß desjenigen Volkes, das, abgesehen von dem israelitischen, als dem Volke Gottes, aus dessen Schooße das Christenthum hervorgehen sollte, unter den Völkern des Alterthums an welt-historischer Bedeutung unstreitig die erste Stelle einnimmt. Eine weltgeschichtliche Mission des römischen Volkes war ohne Zweifel die, daß es durch die Unterwerfung des größern Theils der damals bekannten Welt (des orbis Romanus) unter Eine Herrschaft, die Bahn bereitete für die Ausbreitung des Christenthums, das eben damals in die Erscheinung trat, als die römische Macht den Gipfel ihrer Größe erreicht hatte. Aber, abgesehen von diesem Moment, war es nicht die römische Kriegskunst, nicht das Glück seiner Waffen und die Ausbreitung seiner Eroberungen, wodurch das römische Volk vorzüglich bestimmend

und einflußreich auf die Nachwelt eingewirkt hat. Seine eigenste und einflußreichste nationale That war vielmehr die Ausbildung des Staats- und Rechtsbegriffs. Während einerseits die Idee des Staates und der Staatsgewalt mit gewaltiger Macht durch dasselbe sich geltend machte, ist andererseits auch die Freiheit des Individuums, des einzelnen Bürgers, zuerst bei den Römern, vereinbar mit jener Staatsmacht, in höherem Grade als vorher bei einem andern Volke zur Anerkennung gebracht und so bei den Römern zuerst der Begriff und das Wesen des Privatrechts, des Rechts der Individuen, eigentlich ausgebildet worden. Nicht ohne Wahrheit, ob auch nicht frei von einiger Uebertreibung, ist es, wenn in neuester Zeit ein Schriftsteller gesagt hat, daß vom römischen Volke das Privatrecht entdeckt worden sei. Und nicht bloß entdeckt ist es von ihm, sondern auch auf das sorgfältigste und schärfste wissenschaftlich ausgebildet. In Wissenschaft und Kunst hat sonst das griechische Volk Grund gelegt und die schönsten Blüthen getrieben; seine Werke sind in dieser Beziehung Muster und Vorbild für die Nachwelt geworden; die Römer waren auf diesem Felde nur Schüler und Nachtreter der Griechen. Aber in der Rechtswissenschaft sind sie original, und sie die Meister. Die Rechtswissenschaft hat zuerst bei den Römern ihre selbständige Ausbildung erhalten, und sie ist die einzige wahrhaft nationale Wissenschaft der Römer. Es ist nun von selbst einleuchtend, daß die Bekanntschaft mit dem Entwicklungsgange und den Ergebnissen dieser wissenschaftlichen Produktion des römischen Volkes eine unerläßliche Forderung an denjenigen sei, der auf den Namen eines gebildeten Rechtsgelehrten Anspruch machen will, so unerläßlich, wie die Bekanntschaft mit der gesammten griechischen und römischen classischen Literatur für den wissenschaftlich Gebildeten überhaupt ist. Der müßte von bloßem Handwerksgenies beseelt sein, der, die Beschäftigung mit dem Rechte zu seinem Lebensberuf wählend, gleichgiltig ignoriren könnte, was das große Volk der Römer auf diesem Gebiete geleistet.

Aber das römische Recht hat noch eine andere nähere Beziehung zu uns. Es hat nicht nur seine Herrschaft ausgebreitet über das ganze große römische Reich, so lange dieses bestand, und so Jahrhunderte lang in einem großen Theile der heutigen civilisirten Welt als geltendes Recht noch seine Herrschaft dort größtentheils behauptet, sondern auch selbst später noch neue Eroberungen gemacht in Ländern, die den römischen Waffen niemals dauernd unterlegen waren. So hat es insbesondere auch, durch eine Verkettung verschiedenartiger Einflüsse, am meisten aber durch seine innere wissenschaftliche Kraft und Ausbildung, den

Bedürfnissen eines entwickelten Rechtsverkehrs entgegen kommend, in unserem großen deutschen Vaterlande die Bedeutung eines unmittelbar geltenden praktischen Rechts gewonnen, zwar nicht unbedingt und unverkürzt, sondern vielfach beschränkt und modificirt theils durch einheimisch deutsches, theils durch das canonische Recht, aber doch so, daß es Jahrhunderte lang, insbesondere in dem einen Haupttheil des Rechts, dem Privatrecht, eine Hauptgrundlage des geltenden Rechtes bildete. Eben deshalb war es auch Jahrhunderte lang ein Hauptgegenstand des Unterrichts auf den Rechtsschulen des neueren Europa. Dieser Rechtszustand ist freilich seit einem halben Jahrhundert in dem größeren Theile Deutschlands wie des übrigen Europa, und so auch in unserem Kaiserreich geändert. Es sind umfassende neue Gesetzgebungen eingeführt worden, welche die unmittelbare Geltung des römischen Rechts ausschließen. Aber diese Gesetzbücher enthalten größtentheils nur formell Neues; materiell beruht ihr Inhalt auf dem zur Zeit ihrer Abfassung geltenden Rechte, ist hervorgegangen aus den damals herrschenden Rechtsanschauungen, und so ist denn das römische Recht auch für diese neuen bürgerlichen Gesetzgebungen eine wichtige, ja die wichtigste materielle Grundlage. Ein thörichtes Beginnen wäre es, wenn ein Gesetzgeber absichtlich darauf ausginge, von dem geltenden Rechte absehend, nach eigener Eingebung ein nagelneues Recht durch ein Gesetzbuch zu schaffen; wenn er es auch wollte, es würde ihm doch nicht gelingen, und wenn es gelänge, so könnte man unbesehen behaupten, daß es materiell ein mißlungenes, ein schlechtes Werk sei. Das österreichische bürgerliche Gesetzbuch, obwohl nicht ohne Mängel (die ja mehr oder weniger jedem menschlichen Werke ankleben und die nur blinde Vorliebe verkennen kann), ist nicht ein schlechtes Werk; es ist relativ ein ausgezeichnetes Werk, das noch jetzt, nach fast einem halben Jahrhundert, ähnlichen gesetzgeberischen Bestrebungen in anderen Ländern vielfach als Vorbild und Anhaltspunkt dient. Eben deshalb aber gilt auch von ihm, was oben von solchen neueren Gesetzgebungen überhaupt gesagt wurde; es ist hervorgegangen aus dem Boden des vor seiner Abfassung geltenden Rechts; in diesem hat es seine materielle Grundlage. Daraus ergibt sich von selbst, wie wichtig für die wissenschaftliche Erkenntniß auch des geltenden, in die Form neuer Gesetzgebung gebrachten Rechts die Kenntniß des vorher bestehenden, also auch des römischen Rechts, das ein so bedeutendes Element davon bildet, sein müsse. Nicht an ein feindliches Verhältniß ist dabei zu denken; es ist nicht die Rede davon, die neueren Gesetzgebungen zu verdrängen und das römische Recht an deren

Stelle zu setzen. Zwar hat in neuester Zeit ein praktischer Rechtsgelehrter die Ansicht ausgesprochen, es sei für die Restauration des Rechtszustandes in Deutschland der heilsamste Weg, die neueren bürgerlichen Gesetzbücher insgesammt wieder abzuschaffen und das vorher geltende gemeine Recht mit seiner reichen, wissenschaftlichen Ausbildung wieder in den vorigen Stand einzusetzen. Aber diese Idee hat nirgends Anklang gefunden, und ich habe keinen Anstand genommen, schon an anderen Orten, weiteren Kreisen vernehmbar, dieselbe als eine abenteuerliche zu bezeichnen. Deshalb aber bin ich nicht minder und zwar in Uebereinstimmung mit allen wissenschaftlichen Autoritäten, lebhaft überzeugt, daß eine wahrhaft wissenschaftliche Ausbildung unserer Jurisprudenz nicht zu erreichen ist, wenn sie nicht, die Grundlagen unseres Rechtes mit geschichtlichem Sinn erfassend, aus dem Borne des römischen, wie des in neuerer Zeit mit so großem Erfolge bearbeiteten deutschen Rechtes, ihre tiefere Nahrung zieht. Wer sich darauf beschränkt, sein Gesetzbuch Paragraph für Paragraph auswendig zu lernen und etwa nur aus sich logisch zu interpretiren und zu commentiren, der mag vielleicht noch ein ziemlich routinirter Legulejus werden; ein wissenschaftlich gebildeter Jurist wird er nicht. Um dieß zu werden, möge er nicht ver säumen, bei den römischen Meistern des Rechtes in die Schule zu gehen, durch die Bekanntschaft mit ihnen seine Begriffe zu schärfen und seinen juristischen Takt auszubilden, dann aber auch die Entwicklung des Rechtes und der Rechtswissenschaft bis zur Gegenwart zu verfolgen; so wird er nicht bloß ein Diener des Gesetzwortes, sondern als Meister des Stoffes auch das Recht der Gegenwart recht zu handhaben im Stande sein.

In diesem Sinne, meine Herren, habe ich mit Freuden dem Rufe, an der Förderung des Studiums des römischen Rechtes im Kaiserstaate Antheil zu nehmen, Folge geleistet; in diesem Sinne will ich jetzt die Vorlesungen beginnen und es wird mir eine Genugthuung sein, wenn ich durch sie wenigstens bei einigen von Ihnen ein lebendiges Interesse für wahre Rechtswissenschaft zu erregen so glücklich bin.

4.

Ueber den Geist des preussischen Privatrechts.*

Dem Geist des preussischen Privatrechts nur eine kurze Anzeige: das möchte man fast für einen crimen laesae maiestatis halten. Wir wollen ihm darum etwas mehr als eine kurze Anzeige widmen, obwohl sich bald ergeben wird, daß es zur Signatur des Geistes dieses „Geistes des preussischen Privatrechts“ nicht großen Aufwandes bedarf.

Als guter Patriot geht der Verfasser von einem bekannten Axiom aus: „Preußens Mission in der Geschichte ist unverkennbar. Vorzugsweise der Staat der Intelligenz hat es in intelligenter Weise voranzuschreiten in stetiger reformatorischer Entwicklung“, obwohl er bedauerlich gesteht, es habe dieß in der Neuzeit mehrfach verabsäumt, und habe ihm, das durch die Energie Friedrichs des Großen als Großmacht unter die Staaten Europa's gestellt worden, „oft ein energischer leitender Willen gefehlt“, wofür der Verfasser, wenn er jetzt erst schriebe, vielleicht auch in der allerneuesten politischen Constellation Europa's einen Beleg finden würde. Er glaubt aber, der namentlich seit dem Jahr 1848 zum Bewußtsein seiner Einheit gekommene Staat werde, wie er bereits ein Strafgesetzbuch erhalten, so auch ein einheitliches Privatrecht beanspruchen. Nun gelten aber in seinem Gebiet nebeneinander das allgemeine Landrecht, „ein Erzeugniß deutschen Geistes“, und der Code Napoléon, „ein Product romanischen Geistes“. Er will daher dazu beitragen, daß man den wesentlichen Unterschied beider Gesetzbücher klar erkenne, und, indem er auch das österreichische bürgerliche Gesetzbuch, ebenfalls ein Erzeugniß deutschen Geistes, in die Erörterung hineinzieht, möglichst anschaulich darlegen: „worin der wesentliche Unterschied des deutschen und romanischen Geistes und speciell die Eigenthümlichkeit des allgemeinen Landrechts besteht“. So denkt er der drohenden Gefahr, „daß die rheinländische auf den Geist des Code Napoléon basirte Auffassungsweise des Rechts das Uebergewicht erlange über den Geist des allgemeinen Landrechts“, entgegenzuwirken. Zwar gibt er zu, daß die Rheinprovinzen in politischer Entwicklung den altländischen Provinzen, wie überhaupt die romanischen Nationen, soweit es sich um das Praktische des Lebens handle, den rein germanischen Nationen voraus seien, daß

* Anzeige der Schrift: Der Geist des preussischen Privatrechts in Vergleichung mit dem römischen, österreichischen und französischen Recht, von Otto Plathner, königl. preuß. Stadtgerichtsrath. 2 Bde. Berlin 1854., in der krit. Ueberschau II. S. 456—467. (1854).

daher das formelle Verfahren der Strafgerichte auf der Grundlage der in den Rheinlanden geltenden Gesetzgebung habe neugeschaffen werden müssen: aber das materielle Recht der Germanen, behauptet er, stehe dem materiellen Recht der Romanen voraus, und „das allgemeine Landrecht ist von allen Gesetzbüchern das dem deutschen Geist am meisten entsprechende“.

So bezeichnet der Verfasser in der Einleitung den Zweck und die Aufgabe seines umfangreichen Buches, das sich jedoch, wie dieß der Verfasser unter Nr. I. als ersten allgemeinen Gesichtspunkt für sein Werk angibt, nur auf die Erörterung derjenigen Vermögensrechte beschränken soll, „welche der Mensch vermöge seiner Eigenschaft als abstracte Person hat“, mit Ausschließung der familienrechtlichen Verhältnisse, des Vormundschaftsrechts, des Erbrechts und auch mit Ausschließung der Frage: — „in wie weit eine Leibesfrucht oder eine menschliche Geburt überhaupt menschliche Rechte, namentlich Erbrecht hat“.

Zu näherer Charakteristik dienen dann noch folgende allgemeine Gesichtspunkte:

II. „Das strenge Recht und das wirkliche Recht“, ein von Hegel entlehnter Gegensatz, verwandt dem des *strictum ius* und dem *quod ex aequo et bono* oder *pro communi utilitate receptum est*.

III. „Die Wirksamkeit des moralischen Princips“. Hier finden sich unter Benutzung einiger Hegel'scher Sätze von ziemlich problematischer Wahrheit folgende geistreiche Gedanken ausgesprochen: Aus der Eigenthümlichkeit der romanischen Nationen, als welche aus einer Mischung der römischen und germanischen Welt hervorgegangen, erklärt sich, „warum das Recht dieser Nationen sich dem römischen Recht mehr anschließt, als das Recht der rein germanischen Nationen“, und speciell, „weßhalb im Code Napoleon das moralische Princip minder wirksam ist als im allgemeinen Landrecht“. Denn dieses Princip hat zwar schon im neuern römischen Recht eine durchgreifende Einwirkung gewonnen, ist aber im modernen Recht zu einer noch durchgreifenderen Wirksamkeit gelangt, und das ist eine Wirkung des modernen Geistes; es ist aber „der germanische Geist der Geist der neuen Welt“, also natürlich in den rein germanischen Nationen das Princip der Moralität am mächtigsten. So: dann: die Moralität und das Gewissen gehört nach Hegel, nebst der Liebe, dem Romantischen und dem Zweck der ewigen Seligkeit des Individuums, zu den näheren Gestaltungen des Christenthums! und durch die Reformation wurde dem christlichen Princip „seine Wahrheit und Wirklichkeit zuerst gegeben“; Preußen ist „vorzugsweise der protestantische

Staat“, und „Friedrich der Große war ein philosophischer König, wie er in neuerer Zeit nie wieder gesehen wurde; er faßte das protestantische Princip von der weltlichen Seite auf“; da nun dieser Friedrich das allgemeine Landrecht anfertigen ließ, so ergibt sich mit Nothwendigkeit: „Gerade im allgemeinen Landrecht findet sich der Geist des Protestantismus, folgeweise also auch die eine wesentliche Seite desselben, das Princip der Moralität, mehr ausgebildet als in irgend einem andern Gesetzbuche, namentlich auch mehr als in dem zwar neuern aber auf katholischem Boden erwachsenen österreichischen Gesetzbuch“.

Verlangt jemand noch mehr Geist? Er lese unter

IV. „die allgemeine Charakteristik des römischen Rechts und der neuern Gesetzbücher“, insbesondere deren Schluß:

„das allgemeine Landrecht ist in seinen Grundzügen ein wahrhaft deutsches, ein wahrhaft preussisches Gesetzbuch“.

„Als ein wahrhaft deutsches Gesetzbuch beurkundet es sich namentlich durch die in ihm enthaltene, der Auffassung des deutschen Rechts entsprechende Lehre von den dinglichen Rechten, und als ein wahrhaft preussisches durch die dem protestantischen Geist entsprechende Lehre von der Wirkung des guten und bösen Glaubens“.

Das österreichische Gesetzbuch . . . schließt sich nach seinem Inhalt im Wesentlichen dem allgemeinen Landrecht an. Als Gesetzbuch für die deutschen Erbländer der Monarchie enthält es namentlich die deutsche Auffassung bezüglich des dinglichen Rechts, und gegen das allgemeine Landrecht tritt es vornehmlich nur dadurch in Gegensatz, daß es ein Gesetzbuch der österreichischen, also einer wesentlich katholischen Monarchie ist. Denn“

— so spricht der Geist —

„darauf beruht es, daß der gute und böse Glaube in ihm nicht zu einer so umfassenden Wirksamkeit kommt, wie im allgemeinen Landrecht“!

„Omne, quod non ex fide, peccatum est“, sagt der Apostel Paulus, und nach ihm der heilige Augustinus. Dieser aber war bekanntlich unter den Kirchenvätern wie jener unter den Aposteln der Liebling Luthers, in dessen Lehre die „sola fides“ einen wichtigen Platz einnimmt. Und Friedrich der Große war der weltliche Luther. Was natürlicher als daß in dessen Gesetzbuch die fides nach der weltlichen Seite erst recht zur Geltung gekommen? Zwar hat schon Papst Innocenz der Dritte, der einigermaßen im Ruf des Ultramontanismus steht, von jenem Satz in weltlicher Beziehung Gebrauch gemacht (cap. 20. X. de praescript. 2. 26. cap. 13. X. de rest. spol. 2. 13.), und ein Recht,

das absque mortali peccato non potest observari, für verwerflich erklärt. Aber was hindert anzunehmen, daß jener Papst, sich selbst unbewußt, in diesem Punkt nur ein Vorbote der Reformation gewesen? Zwar hat in neuester Zeit ein Oesterreicher (Unger, über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für Sachsen, S. 115 fg.) gegen den protestantischen Gesetzverfasser das canonische Erforderniß fortdauernden guten Glaubens bei der Ersetzung in Schutz genommen. Aber Sachsen ist ja nicht „der vorzugsweise protestantische Staat“; sein Herrscher ist ein Katholik; wie leicht könnte dieser hier eine bedenkliche Herrschaft über das protestantische Bewußtsein ausgeübt haben? Und hat nicht eben ein katholischer Mitarbeiter dieser kritischen Ueberschau (I. S. 379.), den Standpunkt unvollkommener Herrschaft des moralischen Principis behauptend, den genannten Schriftsteller zu widerlegen versucht? Daß auch der Gesetzverfasser für das überwiegend protestantische Großherzogthum Hessen diesem Princip nicht vollaus huldigt, kann vollends nicht verschlagen; denn dieser arbeitet sichtbar unter starkem Einfluß der moralisch unvollkommenern romanischen Gesetzgebung! Diese Umstände können also nicht irre machen an der These:

daß das moralische Princip erst in dem vorzugsweise protestantischen Staat zur vollen Geltung gekommen, somit erst im preussischen Landrecht „der gute und der böse Glaube“ zur umfassendsten Wirksamkeit gelangt ist.

Wahrlich, wär's nicht so verdammt gescheit,

Man wär' versucht, es herzlich dumm zu nennen.

Das allgemeine preussische Landrecht ist ein Werk, von dem man ungeachtet seiner anerkannten Mängel nur mit großer Achtung sprechen darf; es ist ein Erzeugniß deutschen beharrlichen Fleißes und gründlicher Rechtskunde; eine kolossale Geistesarbeit, wir erkennen es mit unserm Collegen gern an, ist darin niedergelegt, und diese Gesetzgebung, der erste umfassende Versuch dieser Art in Deutschland, bleibt immer eine große That, würdig eines großen Königs. Aber mit solchen Phrasen, wie die oben gerügten, macht man in den Augen der Kundigen, wenn nicht das Werk, so doch sich selbst lächerlich. Es ist auch wahr: die Verfasser des Landrechts zeigen durchgängig ein redliches Streben, der Unredlichkeit entgegenzutreten und den Forderungen der Billigkeit („des wirklichen Rechts“) zu entsprechen; es ist darin auch häufiger als in einem andern neuen Gesetzbuch von gutem und bösem Glauben die Rede. Aber dieses kommt zum Theil daher, daß es überhaupt, und nicht immer glücklich, mehr casuistisch ins Einzelne eingeht, zum Theil daher, daß

es mehr als das gemeine Recht mit dem bloßen Besitzerwerb besondere rechtliche Wirkungen verknüpft, die es dann freilich durch guten Glauben bedingt. In allen wichtigen Beziehungen hat es den Anforderungen des Sittengesetzes, so weit sich's im Rechte gebührt, wesentlich nicht mehr entsprochen, als sie in der Theorie des gemeinen Rechts schon vor ihm sich geltend gemacht hatten, und in manchen Beziehungen zeigt sich im canonischen Recht der Gesichtspunkt des Sündhaften noch übermächtiger über die juristischen Rücksichten als dort. Wenn z. B. das Landrecht die Verjährung von Schuldforderungen durch das unredliche Bewußtsein der noch fortdauernden Existenz derselben ausschließt, so ist dieß nichts anderes als die vernünftiger Weise allein mögliche Construction des Rechtsfalles, welcher auf Grund des canonischen Rechts in der Theorie des gemeinen Rechts lange Zeit fast allgemein anerkannt war, daß auch zur Verjährung der Schuldklagen bona fides erforderlich sei. Wenn übrigens andere Gesetzbücher in solchen Punkten abweichen, so liegt darin nicht sofort ein Verkennen des Sittlichen, sondern es kann auf rechtspolitischen Erwägungen beruhen, die auch guten Grund haben, und zu weit gehendes Bestreben, durch das Recht den Forderungen der Sittlichkeit zu genügen, kann, wie löblich die Absicht sei, dem Erfolg nach doch eben so zweckwidrig sich erweisen als das übermäßige Bestreben der preußischen Gerichtsordnung, überall das materielle Recht zu schützen, längst für zweckwidrig erkannt worden ist.

Eine Wirksamkeit des moralischen Princips erkennt unser Verfasser (I. S. 193) unter andern auch darin, daß nach Erfüllung eines wegen Mangels der Form nichtigen Vertrags derjenige, welcher bei dem Vertrag beharren will, als Empfänger in gutem Glauben, der wortbrüchige als Empfänger in bösem Glauben behandelt werden soll: bei welcher Gelegenheit der Verfasser dem römischen Recht mit Unrecht das Unrecht aufbürdet, daß es wegen Wichtigkeit des Geschäfts eine Rückforderung des Geleisteten überall nicht gewähre. Hier möchte man aber fragen, wohin denn das moralische Princip gerathen sei, wenn das Landrecht gestattet, den Vertrag (über 50 Rthlr.) zu brechen, weil er nicht schriftlich abgeschlossen worden, obwohl man eingesteht, ihn mündlich geschlossen zu haben? Da scheint der romanische Gesetzgeber moralischer zu sein, indem er zwar den Beweis durch Zeugen ausschließt, aber den eingestandenenen mündlichen Vertrag zu erfüllen nöthigt, des Oesterreichers zu geschweigen, der eine so weit greifende Formbestimmung gar nicht aufstellt. Dagegen könnte man vollends ernstlichem Zweifel an der Herrschaft des moralischen Princips in den legislativen Conceptionen des großen Urhebers der preußischen

Gesetzgebung Raum geben, wenn man sich erinnert, wie er durch ein Edict vom Jahr 1770 schriftliche Errichtung der Verträge über 50 Athlr. unter so strenger Androhung der Nichtigkeit vorschrieb, daß nach einseitiger Erfüllung des mündlichen Vertrags, bei Verweigerung der Gegenleistung, nicht einmal eine persönliche Klage auf Rückerstattung des Geleisteten, sondern nur die Eigenthumsklage, und auch diese bei beweglichen Sachen nur gegen den Empfänger selbst binnen sechs Monaten stattfinden, gezahltes Geld überall nicht zurückgefordert, der Miether ohne Ersatz des vorausbezahlten Miethzinses sollte verdrängt werden oder umgekehrt, ohne für die verflossene Miethnutzung etwas zu zahlen, wieder abziehen können u. s. w. Erst nach elf Jahren, in Folge lebhafter Beschwerden von Unterthanen und Gerichten, fand sich der Gesetzgeber bewogen, dieses zu mildern, und im wesentlichen so zu bestimmen, wie es im Landrecht näher ausgeführt ist (Ulrich's Arch. für preuß. Recht I. S. 135 fg.).* Das ist doch ein Beweis, daß auch Friedrich der Große rechtspolitischen Erwägungen, die nicht von ängstlich moralischen Rücksichten geleitet waren, im Privatrecht bedeutenden Einfluß einzuräumen fähig war.

Doch wir wollen dem Verfasser seinen guten Glauben nicht rauben. Aber auch in dem, was er von der Deutschetit des Landrechts, namentlich im Gegensatz gegen den Code Napoleon sagt, ist einiges schief und schielend. Vor allem ist für das heutige Frankreich nicht wahr, was der Verfasser voraussetzt, daß das Recht der romanischen Nationen sich enger an das römische Recht angeschlossen habe, als das Recht unseres rein germanisch gebliebenen deutschen Vaterlandes, insbesondere jener nördlichen Mark desselben, deren Boden das Landrecht entsprossen ist. Nur von den südlichen Provinzen Frankreichs kann das gesagt werden. In den nordfranzösischen Landen hat bekanntlich das römische Recht niemals eine so durchgreifende Herrschaft erlangt, als es in dem eigentlichen Deutschland, in Berlin selbst, der Fall war, und gegenwärtig noch in einem Winkel des preußischen Staates an der Ostsee der Fall ist. Dort galten bekanntlich Gewohnheitsrechte (coutumes), die, nur nach und nach in Schrift gefaßt, ihrem Ursprung nach wesentlich in germanischem Rechtsboden wurzelten, und ehe die große Revolution eine Masse von Rechtsverhältnissen mittelalterig-germanischen Ursprungs mit einem Male weggeschwemmt, hatte das Recht jener Lande im Ganzen ein weit germanischeres Ansehen als das der Marken unseres Vaterlandes. Weiter aber ist bekannt, daß, abgesehen von dem sogenannten droit révolutionnaire, das Recht von Nordfrankreich, vor allem die coutume de Paris

* Vgl. unten Nr. 6.

einen überwiegenden Einfluß bei der Abfassung des Code Napoléon ausgeübt hat. Nur das Obligationenrecht, mit Ausnahme des darin untergebrachten *contrat de mariage*, ist wesentlich römisch, weil in diesem Theil des Rechts auch dort schon früher das römische Recht als *raison écrite* ausgedehnte Herrschaft gewonnen hatte. Die Verfasser des Code haben sich's darin ziemlich bequem gemacht, indem sie größtentheils aus Pothier, zum Theil, namentlich in Betreff der Form und des Beweises der Verträge, aus älteren Ordonnanzen abschrieben. Aber eben das Obligationenrecht ist bekanntlich auch der Theil des römischen Rechts, welcher, obwohl durch den nicht germanischen, sondern mittelalterig-europäischen Grundsatz der Klagbarkeit formloser Verträge wesentlich modificirt, am entschiedensten auch im deutschen Recht und in neuern deutschen Gesetzgebungen Eingang gefunden hat, wovon nur das preussische Recht durch das weitgreifende Gebot schriftlicher Abfassung der Verträge bedeutend, und zwar nicht zu Gunsten des moralischen Princips, abgewichen ist.

Was die dinglichen Rechte betrifft, so sind es hauptsächlich drei Punkte, welche hier näher zu betrachten sind:

1) Die Uebertragung des Eigenthums im allgemeinen. Darin weicht das französische Recht bekanntlich am weitesten vom römischen Recht ab, indem es nicht Uebergabe der Sache dazu erfordert, sondern den Veräußerungsvertrag dazu als genügend gelten läßt.

2) Die *Vindication* beweglicher Sachen. In dieser Beziehung hat wiederum der Code Napoléon gerade den deutschrechtlichen Grundsatz bis zur äußersten Consequenz getrieben, in dem bekannten Satz: *En fait des meubles la possession vaut titre*. Das preussische Recht huldigt darin nicht etwa einem festen germanischen Rechtsprincip, sondern sucht nur nach freier Erwägung und von Klugheitsrückichten geleitet durch einige Beschränkungen der römischen Eigenthumstheorie den Anforderungen des heutigen Rechtsverkehrs zu entsprechen (vgl. kritische Ueberschau I. S. 379 fg.).

3) Der Erwerb des Eigenthums und so auch anderer dinglicher Rechte an Grundstücken, insbesondere das Erforderniß der Eintragung desselben in öffentliche Bücher. Das letzte wird im österreichischen Gesetzbuch (§. 425. 431.) klar und bestimmt aufgestellt. Auch für das preussische Recht wird es von unserm Verfasser (I. S. 423.) gleicherweise behauptet. Er führt jedoch selbst an, daß dieses wenigstens Jahre lang nicht die Ansicht des preussischen Justizministeriums war, daß auch selbst neuere Verordnungen nicht damit übereinstimmen; er bezeichnet und bedauert dieß als „eine Consequenz des in unser Recht eindringenden Romanismus“.

Und das Justizministerium hatte Recht: so behaupten wir, ohne den Vorwurf des eingefleischtesten Romanismus zu scheuen. Wenn das allgemeine Landrecht (I. 10. §. 7.) sagt:

„Der im Hypothekenbuch eingetragene Besizer wird in allen mit einem Dritten über das Grundstück geschlossenen Verhandlungen als der Eigenthümer angesehen“,

und §. 8.

„Wer mit einem solchen eingetragenen Besizer in dergleichen Verhandlungen sich einläßt, dessen Befugnisse kann so wenig der eingetragene Eigenthümer, als der, dessen Recht nur von diesem sich herschreibt, anfechten“;

sodann §. 9.

„Vielmehr bleiben dem nicht eingetragenen Eigenthümer wegen des ihm daraus entstehenden Nachtheils seine Rechte zur Schadloshaltung nur gegen den eingetragenen Besizer nach gesetzlichen Bestimmungen vorbehalten“;

so ist nach allen Gesetzen der Logik unbestreitbar, daß es auch solche Eigenthümer, die nicht eingetragen sind, voraussetzt, also den Erwerb des Eigenthums ohne Eintrag nicht ausschließt. Auch ist es positiv falsch, wenn der Verfasser (S. 426.) sagt, der nicht eingetragene Erwerb sei nach dem Landrecht „ohne alle Wirkung in Beziehung auf Dritte“. Nicht überhaupt „in Beziehung auf Dritte“ ist jener Erwerb unwirksam, sondern nur in Beziehung auf diejenigen, welche durch Verhandlung mit dem eingetragenen Besizer ein Recht erworben haben. Folge davon ist, daß jeder Erwerber das erworbene Eigenthum verliert, wenn ein Dritter kraft der Einräumung des eingetragenen Besizers als Eigenthümer eingetragen wird, und daß er ebenso andere von jenem eingeräumte dingliche Rechte anerkennen muß; aber erworben hatte er das Eigenthum. Und auch jene Wirkung tritt nicht ein, wenn der Dritte das Recht des nicht eingetragenen Eigenthümers kannte; denn alsdann macht sich (nach unserem Verf. I. S. 459.) das moralische Princip gegen ihn geltend. Ob es an sich angemessen sei, dem Eintrag in das öffentliche Buch nur diese beschränkte Bedeutung beizulegen, darüber kann man streiten; unbestreitbar aber ist es, daß das wirklich die Theorie des allgemeinen Landrechts ist; und daß sich für deren Rechtfertigung auch innere Gründe anführen lassen, die nicht ohneweiters durch den Vorwurf des Romanismus zu beseitigen sind, ist in der krit. Ueberschau I. S. 369. schon berührt worden.*

* Vgl. auch unten Nr. 5.

Nach französischem Recht ist nun allerdings der Erwerb der dinglichen Rechte an Grundstücken oder dessen volle Wirksamkeit in keiner Weise durch Eintragung in ein öffentliches Buch bedingt; es bildet darin einen entschiedenen Gegensatz gegen die beiden deutschen Gesetzgebungen. Vor der Revolution aber war dieß nach mehreren nordfranzösischen Provincialrechten (in den sogenannten pays de nantissement) allerdings der Fall, so bestimmt und ausgebildet, wie nur nach wenigen damals geltenden deutschen Particularrechten, und in dem Hypothekengesetz vom Jahr 1798 wurde es als allgemeines Recht für ganz Frankreich festgesetzt. Auch in dem Entwurf des Code civil war eine solche Bestimmung aufgenommen, in ihrer Fassung unbefriedigend, ihrer Tendenz nach wesentlich übereinstimmend mit dem Grundsatz des allgemeinen Landrechts. Für Schenkung von Immobilien ist sie auch im Code civil (Art. 939 fg.) beibehalten, im allgemeinen aber wurde sie bei der Berathung des spätern Titels „von den Hypotheken“ verworfen und dafür nur der Art. 2182. beliebt, wornach die Transcription des Erwerbactis kein besseres Recht gibt als dem Erwerber auch ohne sie zustand, und dieser auch gegen später erst von dem frühern (eingetragenen) Eigenthümer dritten Personen eingeräumte Rechte geschützt ist, wenn er nur seinen Erwerb durch eine Urkunde mit sicherem (früherem) Datum zu belegen vermag. Wer in den betreffenden Verhandlungen nachliest, wird sich überzeugen, daß es nur nüchtern praktische Bedenken gegen die Zweckmäßigkeit jener Bestimmung, zum Theil veranlaßt durch deren unbefriedigende Redaction, waren, welche die Verwerfung derselben bewirkt haben. Es dem im Code Napoléon überhaupt vorherrschenden romanischen Geist zu imputiren, ist ein leeres Gerede. Man thäte überhaupt besser, mit diesen Volksgeistern im Recht etwas weniger Spuk zu treiben. Das ganze Hypothekenwesen in seiner heutigen Gestalt, mitsammt seinem Einfluß auf die dinglichen Rechte, kann man nur halb wahr als ein Erzeugniß germanischen Geistes bezeichnen. Unsere guten Vorfahren haben sich nicht so viel mit der Schrift abgegeben, noch derselben einen so entscheidenden Einfluß auf ihre wichtigsten Vermögensverhältnisse beigemessen. Zwar ist es richtig, daß sich die Verbuchung des Grundbesizes an die altdeutsche gerichtliche Auffassung anknüpft, und gerade in ältern französischen Rechten ist es erkennbar, wie mit der sogenannten investitura allodialis die Führung von Grundbüchern in Verbindung trat. Aber es ist vielleicht keine zu gewagte Vermuthung, daß die letzten ursprünglich einen historischen Anknüpfungspunkt in der römischen Steuerverfassung und den damit in Verbindung stehenden Grundbesitzregistern (capitastra) hatten, eine

Institution, die namentlich in Gallien genau ausgeführt war. Und andererseits ist die neuere Gestaltung des Hypothekenwesens, insbesondere auch des preußischen, mit seiner vorherrschenden Tendenz auf Herstellung einer realen Sicherheit für Kapitalsforderungen, keine specifisch germanische aus eigenthümlich germanischer Auffassung des dinglichen Rechts hervorgegangene Rechtsinstitution, sondern eben eine moderne Einrichtung, ein Product verständiger Erwägung der Anforderungen und Bedürfnisse unseres heutigen Rechtslebens.

Nach dem Bisherigen können wir dem vorliegenden Buch nicht nachrühmen, daß es seinem Titel entspreche und die Aufgabe, die sich der Verfasser setzt, erfülle. Gleichwohl wollen wir ihm damit nicht allen Werth absprechen. Es ist eine fleißige Zusammenstellung des Inhalts der verglichenen Gesetzgebungen, in einer freilich nicht sehr übersichtlichen systematischen Ordnung. Die Einrichtung des Buches ist die, daß es in einzelnen §§. die Grundsätze des Landrechts aufstellt, und dazu in einleitenden und nachfolgenden Anmerkungen die entsprechenden Sätze des römischen Rechts und der andern Gesetzgebungen herbeizieht und sämmtlich kritisch bespricht, nicht selten auch mit geschichtlichen Andeutungen zu beleuchten sucht. Obwohl uns darin manche offenbare Fehlgriffe aufgestoßen sind, so zeigt sich doch in diesem Detail der Verfasser als einen kenntnißreichen und scharfsinnigen Juristen, der auch gegen Mängel der Gesetzgebung, welcher er huldigt, nicht blind ist; wir können ihm nicht das Prädicat eines tüchtigen und gründlich gebildeten Rechtskenners versagen, der gewiß seinen Platz in einem Richtercollegium sehr gut ausfüllt. Aber der Zauberstab, womit man den Geist einer Gesetzgebung an das helle Tageslicht hervorzutreten zwingt, steht ihm nicht zu Gebot, und um erfolgreich in die Verhandlung solcher allgemeinen Fragen der Zeit einzugreifen, muß er sich vor allem erst des Hegel-Preußenthums entledigen, das ihm noch, wie ein Spuk aus fast verklungenen Zeiten, solche allgemeine geisterhafte Phrasen einbläst, wie wir sie zu Anfang dieser Anzeige dem Leser zum Besten gegeben haben.

5.

Grundzüge der preussischen Hypothekarverfassung.*

Die vorliegende (unten * bezeichnete) Schrift ist zwar nur von geringem Umfang, betrifft aber einen Gegenstand von solcher Wichtigkeit, und vertheidigt in Ansehung desselben eine von der in der preussischen Jurisprudenz bisher herrschenden Ansicht so wesentlich abweichende Meinung, daß Referent von derselben gern Veranlassung nimmt, die darin behandelte Frage einer ausführlichen Erörterung zu unterziehen.

Die Wichtigkeit des Grundeigenthums, das selbst in unserer geschäftsbewegten Zeit doch immer die Hauptgrundlage des Volksvermögens bildet, macht es wünschenswerth, daß der Erwerb desselben durch eine gewisse Deffentlichkeit sicher gestellt werde. Diesen Zweck erfüllten zu ihrer Zeit beim römischen Volke die quirilitischen Uebertragungsformen, Mancipatio und In iure cessio, beide gleichsam eine Auflassung, jene vor einer Repräsentation der Volksgemeinde, diese vor Gericht. Aber nach der Erweiterung des römischen Staatsgebiets verloren sie von selbst diese Bedeutung größtentheils, und als eigenthümlich römische Formen vermochten sie sich gegenüber dem Einfluß des *ius gentium* und bei der überwiegenden Wichtigkeit des Provincial-Grundbesitzes, auf den sie keine Anwendung fanden, nicht zu behaupten, und so wurde es im neueren römischen Recht Regel, daß das Eigenthum an Grundstücken überall eben so wohl wie an beweglichen Sachen durch bloße Uebergabe des Besitzes (Tradition) mit vollkommener Wirksamkeit übertragen werde. Im germanischen Rechte aber finden wir jene altrömische Deffentlichkeit der Uebertragung des Grundeigenthums in anderer zwar, aber doch nahe verwandter Form wieder. Die Uebertragung geschah durch feierliche Erklärung im Gericht (gerichtliche Auflassung, Sala oder Salung) oder mindestens vor freien Zeugen, die man auch hier wohl als Vertreter der Volksgemeinde ansehen mag. Im mittleren deutschen Recht war das erste der allgemeine Gebrauch; echtes (freies) Eigen von Grundstücken mußte im freien Volksgericht (Ehteding) aufgelassen werden; nach dem Sachsenspiegel „ane echte Ding ne mut nieman sin egen geven“. Mit der gerichtlichen Auflassung nun pflegte man bald eine schriftliche Beurkundung zu verbinden; später aber wurde es an vielen Orten

* Recension der Schrift: Die Grundzüge der preussischen Hypothekarverfassung und deren Umsturz durch die neuere Rechtswissenschaft. Von Otto Plathner, Königl. preuß. Appellationsgerichtsrath. Breslau 1856., in der Krit. Ueberschau V. S. 91—116. (1857).

gebräuchlich, die Eigenthumsänderungen in Grund- oder Lagerbüchern einzutragen, welche den ganzen Grundbesitzstand je eines Bezirkes evident zu halten bestimmt waren; und diese Eintragung betrachtete man nun wohl als die hauptsächlichste und entscheidende Form der Eigenthumsübertragung. Es fehlte jedoch noch meistens sowohl an einer diesem Zweck vollständig entsprechenden Ausbildung jener Einrichtung als an genauer Entwicklung der darauf bezüglichen Rechtsgrundsätze, besonders in Ansehung der Folgen unterlassener Auflassung oder Eintragung, als das römische Recht in Deutschland Eingang fand. Nunmehr wurde es gemeinrechtliche Theorie, daß das Eigenthum an Grundstücken wie an beweglichen Sachen durch Besitzübergabe übertragen werde. Aber dieser gemeinrechtlichen Theorie gegenüber erhielten oder bildeten sich an vielen Orten particularrechtlich abweichende Grundsätze und Einrichtungen, welche mehr oder weniger dem ältern deutschen Recht verwandt waren oder daran wieder anknüpften, freilich mit vielfachen Abweichungen, die zum Theil aus mißverständlicher Auffassung hervorgingen (Beseler, deutsches Privatrecht II. §. 88. 89.). Ein praktisches Bedürfnis besonders dringender Natur forderte indessen die Gesetzgebung gebieterisch auf, mit entscheidenden Maßnahmen einzugreifen. Es war dieß die Nothwendigkeit, dem Realcredit eine gesicherte Grundlage zu geben. In dieser Beziehung nun macht die preussische Hypothekenordnung vom Jahr 1783 Epoche, und hat einer Reihe von andern deutschen Gesetzen mehr oder weniger zum Vorbild und zur Nachahmung gebietet. Indem dieselbe dem Gläubiger volle Sicherheit gewähren wollte, daß er der Hypothek, welche von dem im öffentlichen Buche eingetragenen Eigenthümer bestellt und mit dessen Bewilligung ebenfalls eingetragen wurde, vertrauen könne, führte sie natürlicherweise auch Bestimmungen herbei, welche auf das Eigenthumsverhältniß selbst einwirkten und wenigstens die volle Wirkung der Eigenthumsübertragung ebenfalls durch die Eintragung in das öffentliche Buch bedingten.

Die Gesetzgebung kann in dieser Absicht zwei Wege einschlagen, welche beide, wenn auch in verschiedener Weise, zu dem vorgesezten Ziele hinführen. Der eine Weg ist, einfach zu bestimmen: die Uebertragung des Eigenthums von Grundstücken kann nur durch den Eintrag in das öffentliche Buch bewirkt werden, oder noch allgemeiner: zum Erwerb dieses Eigenthums ist überall solcher Eintrag erforderlich, und Eigenthümer eines Grundstücks ist nur derjenige, welcher als solcher eingetragen ist. Dieß scheint der ebenste und sicherste Weg zum Ziele zu sein. Aber man wäre in großem Irrthum befangen, wenn man

glaubte, mit dieser einfachen Bestimmung allein auszureichen und alle Fragen und Schwierigkeiten gelöst zu haben. Es fragt sich nämlich: was ist denn nun Rechtsens, wenn der Eigenthümer in der Absicht der Eigenthumsübertragung aus rechtmäßigem Grunde einem andern das Grundstück vollständig übergeben hat und nur die Eintragung nicht vollzogen ist? Die Consequenz ergibt: Eigenthümer bleibt immer noch der eingetragene Tradent; der noch nicht eingetragene neue Besitzer ist nicht Eigenthümer, und kann also auch keinem Andern Eigenthum übertragen. Aber für einen redlichen Besitzer muß man ihn doch gelten lassen, obgleich er weiß oder wissen mußte, daß er nicht Eigenthümer ist. Besitzt er doch mit dem Willen des Eigenthümers. Und kann wohl dem Tradenten gegen ihn eine wirksame Vindication eingeräumt werden? Gewiß nicht: wenigstens wäre es ganz zuwider der Billigkeit, welche den römischen Prätor bestimmte, gegen die Vindication des Eigenthümers, welcher eine *res mancipi* durch bloße Tradition veräußert hatte, die *exceptio rei venditae et traditae* zu gewähren. Wenn nun ferner ein Dritter unberechtigt in den Besitz des Grundstücks gekommen ist, so kann man nicht zweifelhaft sein, dem Erwerber gegen diesen auch eine wirksame dingliche Klage zu geben, wenngleich er noch nicht Eigenthum erworben hatte. Es läßt sich eine solche Klage in doppelter Weise construiren. Sein Auctor ist ihm zwar nicht verpflichtet, die bereits übergebene Sache ihm wieder zu verschaffen; wohl aber kann man ihn verpflichtet halten, soferne nämlich der Tradition überhaupt ein verpflichtendes Veräußerungsgeschäft vorausging, ihm ohne eigenen Nachtheil das Mittel zu gewähren, sich die Sache selbst wieder zu verschaffen. Ein solches Mittel wäre die *Cession* der Eigenthumsklage, die dem Tradenten als noch eingetragenen Eigenthümer eigentlich allein noch zusteht. Und so läge es nun, nach Analogie bekannter Rechtsfälle, nahe, jenem auch sofort eine *utilis rei vindicatio* einzuräumen, welcher der Dritte den Einwand, daß der Kläger wegen mangelnder Eintragung noch nicht Eigenthümer geworden sei, nicht mit Erfolg entgegensetzen könnte. Aber ein anderer Ausweg liegt noch näher. Man gibt dem redlichen Besitzer ohnehin eine wirksame dingliche Klage gegen jeden dritten minderberechtigten Besitzer, die römischrechtliche *Publiciana in rem actio*. Als minderberechtigt ist aber unbedenklich auch derjenige anzusehen, der zwar auch redlicher Weise, aber nicht, wie der Kläger, vom wahren Eigenthümer seinen Erwerb ableitet, ja selbst derjenige, dem zwar auch, wie dem Kläger, derselbe wahre Eigenthümer, aber später als diesem den Besitz übertragen hat (Vgl. L. 9. §. 4. D. de Publ. act. L. 31. §. 2. D. de

actio emti.), vorausgesetzt nur, daß jener noch nicht durch rechtmäßig erlangte Eintragung vollkommenes Eigenthum gewonnen hat. Daß ferner auch gegen den Auctor selbst und dessen Erben die Klage mit Erfolg stattfinden, wenn diese wieder in den Besitz gekommen sind, wird ebenfalls ohne Anstand zugegeben werden, nach Analogie des römischen Rechts, welches die exceptio dominii gegen die Publiciana actio in einem ähnlichen Falle durch replicatio rei venditae et traditae ausschloß; und zwar hat dieß bezüglich der Erben selbst dann kein Bedenken, wenn sie etwa schon die Eintragung auf ihren Namen erwirkt haben, weil sie als universelle Rechtsnachfolger die aus den obligatorischen Verhältnissen des Erblassers sich ergebenden Einwendungen auch gegen sich müssen gelten lassen. So lange also niemand als Singularsuccessor des ohne Eintrag veräußernden Eigenthümers das Eigenthum durch rechtmäßige Eintragung erworben hat, befindet sich der Erwerber bezüglich des Grundstücks in einer durch Exceptio und dingliche Klage nach allen Seiten, gleich dem Eigenthümer geschützten Lage; er hat das Grundstück in bonis, nach dem Ausdruck der L. 52. D. de acquir. rer. dom.: „Rem in bonis nostris habere intelligimus quoties possidentes exceptionem aut amittentes ad recuperandam rem actionem habemus“. Consequent ist es sodann in demselben Umfange, wie die Vindication, auch eine (Publiciana) negatoria actio zu Gunsten jenes Erwerbers zuzulassen. Und endlich ist es einem bekannten Rechtsgrundsatz gemäß nicht zu bezweifeln, daß derselbe sein so beschaffenes Recht auch auf einen Rechtsnachfolger übertragen könne. So kommt man also selbst nach einer Gesetzgebung, welche den Eigenthumserwerb an Grundstücken schlechthin von der Eintragung in ein öffentliches Buch, oder was dem ähnlich ist, abhängig macht, gewissermaßen unvermeidlich zur Anerkennung eines sogenannten natürlichen Eigenthums, welches dem bonitarischen Eigenthum der Römer ganz nahe verwandt ist. Wenn sich diese in der österreichischen Jurisprudenz noch nicht durchgearbeitet hat, so liegt dieß theils an der Mangelhaftigkeit der betreffenden gesetzlichen Bestimmungen (namentlich des §. 321. vgl. mit §. 372. 1467—1470.), theils an der Unvollkommenheit der wissenschaftlichen Bearbeitung selbst, welche sich bisher meist nur auf Erläuterung der einzelnen §§. des Gesetzbuches beschränkte, ohne die Rechtsverhältnisse selbst im Ganzen nach ihrer inneren lebendigen Gestaltung zu erfassen. Jene Paragrafen geben einer den Wortlaut bloß nach Regeln der Logik zerlegenden Interpretation allerdings einigen Anhalt für die Meinung, daß ohne Intabulation überall nicht einmal ein juristischer Besitz an Grundstücken anzuerkennen sei, demnach auch

Erkennung und publicianische Klage nicht stattfinden: eine Meinung, welche dann freilich mit den Anforderungen des praktischen Lebens in grellem Widerspruch gerathen muß, und das Gesetz materiell in noch höherem Grade als mangelhaft erscheinen läßt. Wenn aber, wie es den Anschein hat (Stubenrauch I. S. 645 fg.), die Ansicht, welche im Gegensatz des bürgerlichen Besitzes auch einen Naturalbesitz als Besitz im rechtlichen Sinne anerkennt, die Oberhand behauptet, so muß diese in consequenter Entwicklung auch zur Anerkennung des obengezeichneten Naturaleigenthums führen. Im sächsischen Recht war bisher der Gegensatz von bürgerlichem und natürlichem Eigenthum klar anerkannt; und es ist keineswegs eine Verbesserung, wenn der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für Sachsen denselben ausdrücklich ausgemerzt hat. Vielmehr setzt er sich dadurch, wie schon anderwärts nachgewiesen ist (Krit. Ueberschau I. S. 369 fg.), nicht nur mit dem Leben, sondern auch mit sich selbst in Widerspruch, und eigentlich ist es nur eine Selbsttäuschung, wenn er das sogenannte natürliche Eigenthum völlig zu Grabe getragen zu haben glaubt.

Es fragt sich nun noch, wie die Wirkung der Eintragung und deren Unterlassung dritten Personen gegenüber zu bestimmen sei? Soll das öffentliche Buch seinen Zweck erfüllen, so muß allerdings derjenige, welcher mit dem als Eigenthümer noch eingetragenen im Vertrauen auf jenes sich in ein Erwerbsgeschäft eingelassen hat, dem nicht eingetragenen Erwerber gegenüber gesichert sein, und hier ist es, wo sich das bürgerliche (oder bürgerliche) Eigenthum als das mächtigere Recht gegenüber dem oben entwickelten natürlichen Eigenthum bewähren muß. So ist es denn auch im österreichischen Recht und dem ihm nachgebildeten sächsischen Entwurf, wie schon im bisherigen sächsischen Recht, anerkannt. Aber dabei entsteht noch die Frage, welchen Einfluß das Wissen des später eingetragenen um den früheren (natürlichen) Erwerb des Andern auf die Wirksamkeit seines Rechts ausübe? Der sächsische Entwurf (§. 349.) entzieht ihm die Wirksamkeit gegen den Andern, wenn jener bei Abschluß des Geschäfts „schon kannte oder vermuthen mußte, daß einem Andern aus einem früheren Titel ein Recht auf die Sache zustehe“. Und dieses entspricht auch gewiß der Billigkeit, wenngleich gegen die Fassung des §. und Motive dazu etwas einzuwenden ist (Wächter über den Entwurf S. 70. Anm. 39.). Jener §. ist freilich auch materiell getadelt worden, als auf einer Ansicht beruhend, „welche nur einen falschen Schein der Sittlichkeit für sich hat“ (Unger über denselben Entwurf S. 198.). Er geht allerdings weit, indem er dasselbe Princip, sowohl in Beziehung auf den früher erlangten Besitz bei beweglichen

Sachen, als in Beziehung auf den zuerst erwirkten Eintrag bei unbeweglichen Sachen, überall anwendet, wo nur ein dem Erwerber bekannter obligatorischer Anspruch des Anderen auf Uebertragung des Eigenthums vorher begründet war. Daß im ersten Fall der erste Besitzerwerber das Eigenthum erlangte, ist nach römischem Recht nicht zu bezweifeln (L. 31. §. 2. D. de act. emti.). Darüber, ob der spätere Erwerber der Vindication desselben etwa die *doli exceptio* entgegensetzen könne, spricht sich dasselbe nicht aus. Es kann aber der Fall wohl so beschaffen sein, daß man nach allgemeinen Grundsätzen kein Bedenken dagegen haben möchte. Gesezt, der Verkäufer einer Sache, nachdem er den Kaufpreis eingezogen hat, läßt sich mit einem Andern, der davon wohl unterrichtet ist, in einen neuen Handel ein und übergibt diesem sofort gegen abermaligen Empfang des Kaufpreises den Besitz der Sache, nur um den ersten Käufer um sein Geld zu betrügen, so daß dieser, bei Zahlungsunfähigkeit des Verkäufers, das leere Nachsehen hat. Gewiß macht sich hier auch der zweite Käufer eines *Dolus* gegen den ersten schuldig, und es ist wohl kein falscher Schein der Sittlichkeit, der den Richter bewegt, deßhalb *doli exceptio* gegen dessen Vindication zu gewähren; und diese *Exceptio* könnte man nach L. 4. §. 29. 31. D. de *doli mali except.* auch gegen den *Successor ex causa lucrativa* zu gestatten sich wohl berechtigt halten. In dieser Erwägung mag sich nun das Gesetz wohl bestimmt finden, als Regel aufzustellen, daß der des bereits begründeten Rechtsanspruches eines Andern kundige spätere Käufer oder sonstige Singularsuccessor das erworbene Eigenthum gegen jenen nicht geltend machen könne, wenn gleich es bedenklich scheint, dieß so weit auszudehnen, daß selbst das bloße Vermuthen-Müssen dieselbe Folge haben soll. Erscheint demnach eine solche Bestimmung schon für diesen Fall nicht absolut verwerflich, so sprechen noch stärkere Gründe dafür in Beziehung auf den Fall, wenn in Folge eines gültigen Veräußerungsgeschäfts bereits auch der Besitz des Grundstücks übergeben ist, und nur noch die Eintragung zur vollen Erwerbung des Eigenthums fehlte. Wer dessen kundig mit dem Eigenthümer sich in ein Erwerbgeschäft eingelassen hat und nunmehr sich beeilt, dem Besitzer in der Eintragung seines Erwerbactes zuvorzukommen, den trifft mit Recht der Vorwurf, daß er doloserweise das bereits halb erworbene Recht (ein natürliches Eigenthum) eines Andern zu vereiteln getrachtet habe, und mit gutem Grund kann das Gesetz deßhalb seinem nach strengem Recht gültigen Erwerbe die Wirkung gegen den Betrogenen versagen, nicht um einem falschen Schein der Sittlichkeit nachzugehen, sondern um nicht das wahre Recht der strengen Consequenz einer formellen äußeren

Einrichtung zu opfern; wenn es dieß nicht thut, so kann das Motiv dafür nicht in Rücksichten des materiellen Rechts, ja nicht einmal im Interesse der Sicherheit der öffentlichen Bücher gesucht werden, da diese nicht wesentlich gefährdet wird, wenn das Vertrauen auf dieselben demjenigen, der den wahren Sachverhalt kennt und deren formelle Bedeutung nur zu einem unrechtlichen Gewinn benutzen will, nicht hilft; es kann nur etwa durch die politische Erwägung gerechtfertigt werden, daß auf solche Weise jedermann zur Beschleunigung der Anmeldung gedrängt und so die Sache selbst auf Kosten des wahren Rechts vereinfacht werde. Nicht unwahrscheinlich ist es, daß auch bei den Römern zu einer Zeit, wo die Mancipatio noch den Zweck der Publicität des Erwerbactes in gewissem Grad erfüllte, die *exceptio rei venditae et traditae* oder *exceptio doli* zuerst nur gegen den Veräußerer selbst und dessen Erben, dann vielleicht nur gegen den in bösem Glauben befindlichen Singularsuccessor, und zuletzt erst gegen jeden Singularsuccessor, auch denjenigen, der von der formlosen Veräußerung der *res mancipi* keine Kunde hatte, zugelassen und so erst allmählig das bonitarische Eigenthum vollendet wurde, wenn gleich ich mich dafür nicht auf den zufälligen Umstand berufen möchte, daß die Stelle, welche jener *Exceptio* jene weiteste Ausdehnung gibt (L. 3. D. de *exceptio rei vend.*), von einem der spätesten Juristen, Hermogenianus, herrührt. Nimmt man dieß an, so hätte es eine Zeit gegeben, in welcher die römische Eigenthumslehre bezüglich der *res mancipi* die vollkommenste Parallele des Systems des sächsischen Entwurfes bezüglich des Eigenthumserwerbs an Grundstücken darbot. Das österreichische Gesetzbuch enthält über den fraglichen Punkt keine Bestimmung. Der §. 430. spricht in Ansehung beweglicher Sachen nur die Regel des römischen Rechts aus, und der §. 440. macht davon eine ganz consequente Anwendung in Ansehung des Grundeigenthums, bei dem die Einverleibung an die Stelle der Tradition tritt. Eine Beschränkung der Wirkung beider wegen bösen Glaubens könnte man also auch nur aus allgemeinen Grundsätzen herzuleiten oder etwa als indirect im Gesetzbuch anerkannt zu begründen versuchen. Dieser Versuch ist wirklich gemacht worden, hat jedoch entschiedenen Widerspruch gefunden (Stubenrauch zu §. 430. des bürgerlichen Gesetzbuchs). Wenn aber unter anderem entgegnet wird, daß nicht immer arglistig zu Werke gehe, wem die frühere Veräußerung der Sache an einen Andern bekannt war, da er z. B. guten Grund haben konnte zu vermuthen, daß dieser von seinem Recht die Uebergabe (beziehungsweise die Einverleibung) zu fordern abgegangen sei, so liegt darin die Anerkennung, daß denn doch eine Arglist dabei

obwalten könne, die arg genug wäre, um die fragliche Folge damit zu verbinden; und namentlich bei dem Erwerb unbeweglicher Güter, wenn man weiß, daß der Andere deren Besitz schon erhalten hat und noch behauptet, wird der Vorwurf der Unredlichkeit auch durch jene Vermuthung nicht leicht abzuwehren sein. Wenn ferner nach §. 1500. des Gesetzbuchs das aus der Ersitzung erworbene Recht nur demjenigen nicht zum Nachtheil gereichen soll, welcher im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher noch vor der Einverleibung desselben eine Sache oder ein Recht an sich gebracht hat, so liegt darin allerdings deutlich genug angezeigt, daß derjenige, welcher das eressene Recht kannte, als er das Erwerbgeschäft einging, gegen den Ersitzenden sich nicht auf die früher erlangte Einverleibung berufen könne; nicht sein Vertrauen auf die öffentlichen Bücher, nur das Vertrauen auf seine Klugheit ist getäuscht. Nun befindet sich aber derjenige, welcher eine Sache eressent hat, bevor er die Einverleibung erwirkt, in derselben Lage wie derjenige, welchem der eingetragene Eigenthümer zufolge eines rechtmäßigen Veräußerungsgeschäfts tradirt hat. Wie jener, so dieser kann die Einverleibung fordern, und dadurch das Eigenthum erlangen; bis dahin hat jener wie dieser noch nicht Eigenthum; die Ersitzung hat ihm nur den noch fehlenden Titel zu dessen Erlangung gebracht, kraft dessen er gegen den bisher eingetragenen Eigenthümer freilich auch geschützt ist; sein Besitz hat durch die Ersitzung den Charakter des natürlichen Eigenthums erhalten. Wenn nun nach §. 1500. gegen dieses nicht ankommen kann, wer nicht im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher, sondern in Kenntniß des Rechtes des Andern die Sache an sich gebracht hat, so scheint es consequent dasselbe auch für den Fall zu behaupten, wenn jemand sofort durch Erwerb vom wahren Eigenthümer in jenes Verhältniß versetzt worden ist, ohne erst der Ersitzung zu bedürfen. Wie man aber auch über diesen Punkt des österr. Rechts denken möge, so viel steht fest, daß eine Berücksichtigung des guten Glaubens, wie sie der §. 349. des sächsischen Entwurfs enthält, mit dem Hauptgrundsatz dieser Gesetzbücher über Erwerb des Grundeigenthums wohl vereinbar und in gewissem Umfang gerechtfertigt ist, und daß sich auch in Folge dessen ein Rechtsverhältniß zur Sache ergeben kann, das, alle materiellen Vortheile des Eigenthums gewährend, selbst gegen Singularsuccessoren des eingetragenen Eigenthümers gesichert ist, so lange bis ein neuer Erwerber in gutem Glauben die Eintragung rechtmäßig erlangt hat. Freilich kann sich die Gesetzgebung auch auf den kategorischen Imperativ, der schlechtthin die Eintragung fordert, beschränken, die Veräußerung und Besitzübergabe ohne diese für nichtig

und völlig wirkungslos erklären. Aber wie wenig solche Imperative im Leben sich bewähren, darüber fehlt es nicht an Erfahrungen.

Der zweite Weg, den die Gesetzgebung einschlagen kann, ist dem Anschein nach der gerade entgegengesetzte. Als Regel wird festgehalten, daß das Eigenthum an Grundstücken, wie an beweglichen Sachen, durch die Uebergabe (*traditio ex iusta causa*) erworben werde. Aber um das Vertrauen auf die öffentlichen Bücher nicht zu täuschen, wird diesem Eigenthumserwerb gegenüber denjenigen Personen, welche in gutem Glauben von dem darin noch als Eigenthümer Eingetragenen das Eigenthum oder sonst ein Recht an der Sache sich übertragen und durch Eintragung sichern ließen, die Wirkung versagt. So wie also dort der Eingetragene wahrer Eigenthümer des Grundstücks ist, sein Eigenthum aber unter gewissen Umständen gegen solche Personen, welche nicht eingetragen sind, nicht geltend gemacht werden kann, so wird hier der Eigenthumserwerb an die *Traditio* geknüpft, wirkt aber unter Umständen nicht gegen solche Personen, welche als Eigenthümer eingetragen sind. Man kann nur hier das Eigenthum, wenn es durch den Eintrag nach allen Seiten vollkommen gesichert ist, füglich vollkommenes bürgerliches Eigenthum nennen, wodurch sich der Gegensatz des natürlichen Eigenthums von selbst ergibt, sowie andrerseits oben das Recht desjenigen, der noch nicht wahrer Eigenthümer geworden, aber doch einen eigenthumsähnlichen Besitz erworben hat, nicht unpassend als natürliches Eigenthum bezeichnet wurde, wodurch sich sofort der Gegensatz des bürgerlichen Eigenthums ergibt. Und so findet sich denn, daß beide Theorien, trotz des entgegengesetzten Ausgangspunktes, einander in der Mitte begegnen. Darin kann uns auch die Bemerkung nicht beirren, daß ein Recht an der Sache, das nicht unbedingt gegen alle wirke und geltend gemacht werden könne, doch nicht wohl als Eigenthum, ein dingliches Recht, aufgefaßt werden könne. Denn etwas ähnliches findet sich auch beim Eigenthum beweglicher Sachen, wo die Gesetzgebung, wie es heutzutage mehr oder weniger der Fall ist, die *Vindication* derselben beschränkt. Wie z. B. nach §. 367. des österreichischen Gesetzbuchs der Eigenthümer einer beweglichen Sache seines Eigenthums verlustig wird, wenn ein Anderer dieselbe redlich in einer Versteigerung erkauft, so verliert man nach obiger Theorie das durch *Tradition* des wahren Eigenthümers erworbene natürliche Eigenthum eines Grundstücks, wenn ein Anderer als *Singularsuccessor* des ersten rechtmäßig die Eintragung im öffentlichen Buche erlangt. Fragt man aber, welche der beiden juristischen Constructionen des fraglichen Verhältnisses den Vorzug verdiene, so

empfehlte sich unseres Erachtens, insbesondere wenn auch der gute Glaube in obenangedeuteter Weise berücksichtigt wird, die zweite als die einfachere und natürlichere; umsomehr, als sich in der Lehre vom Eigenthum an beweglichen Sachen, wie eben bemerkt wurde, eine Parallele dafür findet. Es fragt sich aber dabei noch, ob die Uebergabe des Besitzes als allgemeines Erforderniß der Eigenthumsübertragung auch bei Grundstücken festzuhalten, und demgemäß zu den Voraussetzungen des Erwerbs vollkommenen Eigenthums durch Eintragung zu rechnen sei, oder ob zufolge eines Erwerbgeschäfts mit dem noch als Eigenthümer Eingetragenen durch wirkliche Eintragung das Eigenthum auch dann erworben sein solle, wenn der (natürliche) Besitz nicht übertragen worden ist, also auch dann, wenn der eingetragene Auctor das Grundstück bereits einem Andern in Besitz übergeben hat? Im Interesse der Sicherheit der öffentlichen Bücher und des Grundeigenthums ist wohl das letzte vorzuziehen, umsomehr als es dem modernen Geschäftsverkehr geläufig ist, auch die Besitzübergabe in Abwesenheit der Sache bloß durch Rechtsact zu vollziehen, woraus sich im französischen Recht der Grundsatz, daß der Eigenthumserwerb sofort durch den Vertrag vollendet werde, entwickelt hat, und welchem gemäß der §. 441. des österreichischen Gesetzbuchs positiv ausspricht, daß der neue Eigenthümer sofort in den rechtmäßigen Besitz trete, sobald die Urkunde über das Eigenthumsrecht in das öffentliche Buch eingetragen ist.

Welche Theorie stellt nun das preußische Recht auf?

Von der Eigenthumserwerbung durch Uebertragung handelt das allgemeine Landrecht (Thl. II. Tit. 10.) unter der Rubrik „von der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums“. Hier ist nach den Marginalrubriken die Rede: I. „von der mittelbaren Erwerbung überhaupt“, II. „von der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums der Grundstücke insonderheit“, III. „von der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums an beweglichen Sachen insonderheit“, worauf wieder zwei gemeinschaftliche §§. 24. 25. den Schluß des Titels bilden. Soll nicht die Verfasser des Landrechts der Vorwurf einer durchaus unlogischen Anordnung treffen — was der Ausleger nur im äußersten Falle zugeben darf — so ist anzunehmen, daß die §§. 1—5. unter I. sowohl auf den Erwerb von Grundstücken als den von beweglichen Sachen sich beziehen. Nun erklärt §. 1., daß die mittelbare Erwerbung des Eigenthums einer Sache außer dem Erwerbstitel die wirkliche Uebergabe erfordere, und §. 3., daß der neue Besitzer das Eigenthum der Sache durch die Uebergabe der Regel nach nur dann erwerbe, wenn der vorige, von welchem der Besitz auf ihn erledigt

worden, selbst Eigenthümer gewesen ist (zu der Zeit nämlich, als er die Uebergabe vollzog). Somit ist vorerst anzunehmen: auch das Eigenthum von Grundstücken wird durch Uebergabe erworben, wenn der Uebergabende der wahre Eigenthümer war. Nur soweit die nun folgenden speciellen Bestimmungen damit unvereinbar sind, darf und muß man diesen Satz aufgeben oder beschränken. Der §. 6. verordnet nun, daß, wer über ein Grundstück vor Gericht Verfügungen treffen wolle, sein darauf erlangtes Eigenthumsrecht dem Richter der belegenen Sache nachweisen, und im Hypothekenbuch vermerken lassen solle. Dieß setzt unverkennbar voraus, daß jemand das Eigenthum erlangt haben könne, bevor dasselbe eingetragen ist; das erlangte Eigenthum soll er eintragen lassen; wie es erlangt sein könne, ist aus §. 1. und 3. zu entnehmen: durch Uebergabe. Wollte man etwa einwenden: dieß beziehe sich nur auf den Eigenthümer, der es zur Zeit der Publication des Landrechts war; wer es seitdem erworben, dessen Auctor habe zuvor sein Eigenthum vermerken lassen müssen, weil dieß zur gerichtlichen Verhandlung vorausgesetzt wird; so wäre zu entgegnen, daß nach §. 15. eine gerichtliche Verhandlung zum Veräußerungsgeschäft nicht erforderlich, auch die Aufnahme durch einen Justizcommissär genügend sei, also immerhin noch seit Publication des Landrechts ein Eigenthümer, ohne eingetragen zu sein, veräußern konnte. Zudem wird ja nach §. 6 zur gerichtlichen Veräußerungshandlung nur der Eintrag des Veräußernden vorausgesetzt; der neue Erwerber erlangt dadurch, wenn die Uebergabe hinzukommt, nach §. 1—3. das Eigenthumsrecht ohne Eintragung, und bedarf dieser nur, um auch seinerseits wieder gerichtliche Verfügung darüber treffen zu können. Damit stimmt auch der §. 12. überein. Er schreibt vor, daß jeder neue Erwerber sein Besitzrecht in das Hypothekenbuch eintragen zu lassen habe (eine Zwangsvorschrift, welche übrigens durch Gesetz vom 31. October 1831 aufgehoben ist). Er setzt also ebenfalls voraus, daß jemand das Eigenthum neu erwerben könne ohne Eintragung (fragt man wie? so ist nach §§. 1—3. zu antworten: durch Uebergabe). Daß der §. „das Besitzrecht“ nennt, verschlägt nichts; denn darunter ist das Recht zum Besitze (das *ius possidendi*, nicht das *ius possessionis*) zu verstehen, und steht dieser Ausdruck mit der im Hypothekenwesen hergebrachten Bezeichnung „Besitztitelberichtigung“ in Verbindung; unter dem „neuen Erwerber“ ist der Eigenthümererwerber verstanden. So weit thun also die speciellen Bestimmungen dem obigen Satze über Erwerb durch Uebergabe noch keinen Abbruch, bestätigen vielmehr denselben. Jedoch der §. 7. erklärt: „der in das Hypothekenbuch eingetragene Besitzer wird in

allen mit einem Dritten über das Grundstück geschlossenen Verhandlungen als der wahre Eigenthümer desselben angesehen“. Allein in bestimmten Beziehungen als der wahre Eigenthümer angesehen werden, und der wahre Eigenthümer sein, ist nicht einerlei. Nimmt man auch den §. 7. im weitesten Umfange und bezieht ihn daher auch auf Eigenthums-erwerbgeschäfte, so ergibt sich doch aus dem ganzen Zusammenhange der folgenden §§., daß die Verfasser des Landrechts die Möglichkeit voraussetzen: der Eingetragene sei wirklich nicht der wahre Eigenthümer; es könne ein Anderer als er das Eigenthum erlangt haben. Nach §. 10. soll derjenige, welcher mit dem Eingetragenen, wissend, daß dieser nicht der wahre Eigenthümer ist, Verhandlungen schließt, daraus kein Recht gegen den wahren Eigenthümer erwerben. Hat aber mit jenem, nachdem er eingetragen ist, wiederum ein Dritter in gutem Glauben Verhandlungen geschlossen, so muß jener in dieser Verhandlung nach §. 7. als der wahre Eigenthümer angesehen werden, und doch ist er nach §. 10. unzweifelhaft nicht der wahre Eigenthümer. Dasselbe wird schon durch die Ausdrucksweise der §§. 8—11. bestätigt. Wenn §. 8. sagt: wer mit dem eingetragenen Besitzer Verhandlungen schließt, dessen Befugnisse könne der nicht eingetragene Eigenthümer nicht anfechten; wenn §. 9. „dem nicht eingetragenen Eigenthümer“ deshalb einen Entschädigungsanspruch „gegen den eingetragenen Besitzer“ zuspricht; wenn §. 10. demjenigen, der weiß, „daß der eingetragene Besitzer nicht wahrer Eigenthümer sei“, die aus §. 7. sonst sich ergebenden Rechte abspricht: so muß man entweder der Fassung dieser §§. einen überflüssigen Mangel an Logik aufbürden, oder man muß anerkennen, daß die Verfasser ein Eigenthum an Grundstücken auch ohne Eintragung im Hypothekenbuche als möglich voraussetzen, dessen Erwerbart denn keine andere als die in den allgemeinen §§. 1—5. bestimmte sein kann. Mit anderen Worten: die Regel, daß Eigenthum durch Uebergabe erworben wird, ist durch die folgenden §§. 6—12. nicht aufgehoben, sondern nur einer Beschränkung unterworfen, vermöge welcher das bloß durch Uebergabe erworbene Eigenthum als ein in gewisser Beziehung unvollkommenes sich darstellt, solange es nicht durch Eintragung ins Hypothekenbuch gesichert ist.

Es fragt sich nun, wie weit diese Beschränkung sich erstreckt? Die Beantwortung dieser Frage hängt vor allem von der Auslegung der §§. 7—9. ab. Der §. 7. spricht von Verhandlungen über das Grundstück mit einem Dritten: welcherlei Verhandlungen sind da gemeint? Bestellung von Hypotheken gewiß; aber auch Einräumung von anderen dinglichen

Rechten? aber auch Rechtsgeschäfte, welche die Veräußerung des Eigenthums selbst bezwecken? Die Worte stehen nicht entgegen; im Gegentheil, man müßte sie einschränkend erklären, wenn diese Fälle ausgeschlossen sein sollten. Zu einer solchen einschränkenden Erklärung liegt aber in dem Zweck und Zusammenhang des Gesetzes keine Nöthigung vor; im Gegentheil, diesem entspricht die den vollen Wortsinne festhaltende Erklärung. Denn Zweck der Gesetzgebung ist ohne Zweifel Beförderung der Gewißheit des Grundeigenthums, Befestigung des Glaubens des Hypothekenbuchs. Damit stimmt es vollkommen überein, wenn auch in Verhandlungen über das Eigenthum der eingetragene Besizer als der Eigenthümer angesehen wird, und der Dritte, der sich darin einläßt, somit nach §. 8—9. vertrauen darf, daß die rechtliche Wirkung dieser Verhandlungen nicht aus dem Grunde, weil der eingetragene Besizer nicht Eigenthümer sei, von einem Andern angefochten werden könne. Dieß wird bestätigt durch §. 18., nach welchem unter verschiedenen Personen, die einen Erwerbstitel erhalten haben, diejenige, deren Titel von dem im Hypothekenbuche eingetragenen Eigenthümer herrührt, den übrigen vorgehen soll. Versteht man unter dem „eingetragenen Eigenthümer“ den im Hypothekenbuche als Eigenthümer Eingetragenen, so erkennt dieser §., welcher dem §. 21. über bewegliche Sachen correspondirt, geradezu an, daß der Eingetragene auch rücksichtlich dieses Erwerbgeschäfts zu Gunsten des (in gutem Glauben) Erwerbenden als der wahre Eigenthümer angesehen werde. Versteht man aber darunter den wahren Eigenthümer, der zugleich im Hypothekenbuch eingetragen ist, so ergibt der Zusammenhang mit dem Vorhergehenden nach ungezwungener Auslegung doch die Folgerung, daß nun auch derjenige, welcher von dem Eingetragenen (obwohl nicht wahren Eigenthümer) seinen Erwerbstitel durch ein Geschäft mit diesem erworben hat, denselben Vorrang in Anspruch nehmen könne, als ob dieser der wahre Eigenthümer wäre; dieser wird nach §. 7. als der wahre Eigenthümer angesehen, und jener Vorrang ist eine Befugniß, welche nach §. 8. so wenig der nicht eingetragene Eigenthümer, als der, dessen Recht nur von diesem sich herschreibt, geschweige denn ein Anderer, dessen Erwerbstitel von einem nichteingetragenen Nichteigenthümer herrührt, anfechten kann. Also, wir nehmen an: auch in den den Erwerb des Eigenthums betreffenden Verhandlungen mit einem Dritten wird der eingetragene Besizer nach §. 7. als der wahre Eigenthümer angesehen, und treten sodann die in §. 8—9. bestimmten Folgen zu Gunsten des Dritten ein. Daraus ergibt sich weiter: durch Uebergabe des Besitzes (nach §. 1.) von Seiten des eingetragenen Besitzers

erwirbt der Dritte (ungeachtet des §. 3.) in der That das Eigenthum des Grundstücks, wornach sich von selbst versteht, daß der bisherige wahre Eigenthümer dasselbe verliert und nur nach §. 9. gegen den bisher eingetragenen Besitzer Schadloshaltung in Anspruch nehmen kann.

Aber, so fragt sich weiter, bedarf es für den Dritten der Uebergabe, damit er Eigenthümer werde? Nach §. 1. sollte man diese Frage bejahen zu müssen glauben; denn dieser §. erfordert allgemein zur mittelbaren Erwerbung des Eigenthums die wirkliche Uebergabe der Sache, und unter II. wird nirgend geradezu ausgesprochen, daß davon bezüglich der Grundstücke eine Ausnahme stattfindet. Wäre die Absicht der Gesetzgeber eine andere, so könnten sie von dem Vorwurfe ungenauer und unklarer Redaction nicht freigesprochen werden. Und dennoch müssen wir die Frage verneinen. Das Eigenthum erwirbt jener auch ohne Uebergabe durch die bloße Eintragung. Dieß ergibt sich aus §. 19., welcher festsetzt, daß unter mehreren, welche ihren Titel insgesammt von dem eingetragenen Eigenthümer haben, demjenigen der Vorzug gebühre, der seinen Titel zuerst in das Hypothekenbuch hat eintragen lassen. „Es gebührt ihm der Vorzug“ — das kann nicht heißen, er könne die Eintragung (nach dem Ausdruck des §. 20.) „vorzüglich fordern“, denn eingetragen ist er ja schon; es kann nur dahin gedeutet werden, daß er kraft der zuerst erlangten Eintragung in Ansehung des Rechts an der Sache den übrigen vorgehe, d. h. daß er Eigenthümer geworden sei. Man könnte zwar noch einwenden wollen: um die Eintragung zu erlangen, müsse die wirkliche Uebergabe vorausgegangen sein, weil ohne diese nach §. 1. Eigenthum nicht erworben werden könne. Allein dann müßte man in den §§. 18—20. unter Titel einen Titel, welchem die Uebergabe hinzugetreten ist, Titel und Uebergabe, verstehen, während sonst überall, und namentlich in den vorhergehenden und nachfolgenden §§. der Titel, als Erwerbgrund, von der Uebergabe und der Eintragung unterschieden und beiden entgegengesetzt wird. In §. 19. ist von Besitz und Uebergabe, worauf bei beweglichen Sachen in dem entsprechenden §. 23. das entscheidende Gewicht gelegt wird, durchaus keine Rede. Man kann auch die Uebergabe nicht als eine selbstverständliche Voraussetzung der Eintragung in denselben hineininterpretiren. Ist nämlich das Grundstück von dem eingetragenen Eigenthümer nur Einem übergeben, so würde diesem ja auch ohne Eintragung vor den übrigen der Vorzug gebühren, so lange keiner von diesen die Eintragung erlangt hat; und dieß wäre nicht möglich, weil keinem von diesen übergeben ist. Für diesen Fall hätte es also keinen Sinn, daß der Vorzug erst durch die Eintragung

erlangt werden soll. Der §. 19. könnte also nur auf den Fall bezogen werden, wenn der eingetragene Eigenthümer mehreren nach einander einen vollständigen Titel gewährt und auch den Besitz übergeben hätte, unter welchen alsdann derjenige, welcher zuerst die Eintragung erlangt hat, den Vorzug haben sollte, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt seines Titels und Besitzerwerbs. Das ist aber gewiß, der Fassung des §. gegenüber, eine gewaltsam einschränkende Auslegung, die um so bedenklicher erscheint, als es unbegreiflich wäre, warum nicht die Verfasser des Landrechts, wie in §. 23. bezüglich beweglicher Sachen, auch hier vorerst mit der Uebergabe allein die fragliche Wirkung verbunden, und dem alsdann nur die Beschränkung hinzugefügt hätten, daß unter mehreren, denen nach einander tradirt worden, der zuerst eingetragene den Vorzug behaupte, während im gleichen Falle bei beweglichen Sachen wie nach römischem Recht, obwohl es der §. 23. nicht ausdrücklich sagt, ohne Zweifel derjenige, dem zuerst übergeben ist, den andern vorgeht. Muß nun hiernach zugegeben werden, daß die Eintragung auch ohne vorausgegangene Uebergabe stattfinden kann und jenen Vorzug gewährt, so ergibt sich, da §. 19. keine Ausnahme macht, daß dem neueingetragenen selbst derjenige weichen muß, welchem der eingetragene bisherige Eigenthümer schon vorher das Grundstück übergeben hat, obwohl dieser nach §. 1. Eigenthümer geworden ist; und dieses zwar nicht nur, wenn jener seinen Erwerbstitel schon vor der Uebergabe, sondern auch, wenn er ihn erst nach derselben von dem eingetragenen Eigenthümer erhalten hat, obwohl dieser im letzten Fall nicht mehr wahrer Eigenthümer war. Denn, wenn man auch hier wieder unter „dem im Hypothekenbuch eingetragenen Eigenthümer“ zunächst den wahren Eigenthümer, der eingetragen ist, versteht, so macht sich doch auch hier wiederum die Regel des §. 7. geltend, daß der als Eigenthümer Eingetragene in Verhandlungen mit einem Dritten für den wahren Eigenthümer angesehen werde. Bestätigt wird die hier ausgeführte Ansicht noch durch ein *argumentum a contrario* aus §. 24. Denn, wenn hier bestimmt wird, daß derjenige, welcher weiß, daß sein Auctor nicht wahrer Eigenthümer ist, weder durch Eintragung noch durch Uebergabe ein Eigenthumsrecht erlangen könne, so muß man schließen, daß wer jenes nicht weiß, „durch Eintragung“ allerdings Eigenthum erlangen könne. Man könnte zwar dies Argument als unzulässig anfechten, weil ja durch Uebergabe das Eigenthum beweglicher Sachen auch dem Redlichen nicht erworben werde, es sei denn vom wahren Eigenthümer; also, wenn das Argument in Betreff der Uebergabe zu einem falschen Resultat führe, dasselbe auch in

Betreff der Eintragung nichts beweisen könne. Allein es genügt schon, daß überhaupt durch Uebergabe auch von Seiten des Nichteigenthümers Eigenthum erworben werden kann, und das ist nach §. 7. und 8. wirklich der Fall; und unverkennbar wird jedenfalls in §. 24. die Eintragung als eine überhaupt mögliche Erwerbart des Eigenthums neben die Uebergabe gestellt.

Das Landrecht nimmt übrigens in den besprochenen Verhältnissen, wie beiläufig schon berührt wurde, in ausgedehntestem Maße auf den guten und bösen Glauben Rücksicht. Wer weiß, daß der eingetragene Besitzer nicht wahrer Eigenthümer ist, der kann nach §. 10. gegen den nicht eingetragenen Eigenthümer und diejenigen, welche von diesem ein Recht herleiten, aus den Verhandlungen mit dem ersten kein Recht erwerben (§. 7.); kann nach §. 24. auch durch Eintragung, mit oder ohne Uebergabe, ein Eigenthumsrecht nicht erlangen; also auch dann nicht, wenn er weiß, daß der eingetragene bisherige wahre Eigenthümer sein Eigenthum bereits durch Uebergabe an einen Andern veräußert hat, obwohl dieser die Eintragung noch nicht erwirkt hat. Ja es verordnet auch §. 25. übereinstimmend mit §. 349. des sächsischen Entwurfs, daß, wer nur den früher entstandenen Titel eines Andern kennt, die früher erhaltene Eintragung oder Uebergabe zu dessen Nachtheil nicht vorschützen könne, und geht sogar noch über jenen Entwurf hinaus, indem es diese Folge nicht bloß mit dem Wissen „bei Abschluß des Geschäfts“, sondern auch mit dem Wissen „zur Zeit der Eintragung oder Uebergabe“ verbindet. Das letzte ist meines Erachtens durchaus verwerflich. Es liegt darin eine übertriebene Berücksichtigung der Billigkeit oder Sittlichkeit, die eben in ihrer Uebertreibung zu greller Unbilligkeit führen kann. Denn unbillig ist es gewiß, demjenigen, der in gutem Glauben mit dem im Hypothekenbuche noch eingetragenen wahren Eigenthümer etwa einen Kauf geschlossen und vielleicht den Kaufpreis sofort erlegt hat, deshalb, weil er nachher erst den früher entstandenen Titel des Andern kennen lernt, das Recht abzuspochen, das er durch seine größere Vigilanz zu erhalten und zu sichern gedachte.

Wir haben bisher nur das Landrecht nach seinem Zusammenhange aus sich selbst zu erklären versucht, und haben darin, abgesehen von dem zuletzt getadelten Punkte, das System gefunden, das wir oben als das zweite mögliche charakterisirt haben, obwohl wir gestehen müssen, daß dasselbe nicht in der wünschenswerthen Klarheit und Sicherheit darin ausgebildet ist. Wie verhält sich nun dazu die preussische Rechtswissenschaft und Praxis? Wie verhält sich dazu die in der Ueberschrift

angeführte Schrift, welche uns zu dieser ganzen Erörterung den nächsten Anstoß gegeben hat?

Die letzte belehrt uns, daß die vom Justizministerium selbst gutgeheißene Praxis von der obigen Ausführung in wesentlichen Punkten abweicht. Sie nimmt nämlich an: 1) daß Eigenthum an Grundstücken nur durch die (Natural-)Uebergabe, nicht durch die Besitztiterberichtigung erworben werde, und betrachtet demnach 2) den Nachweis der Uebergabe als ein Erforderniß der Besitztiterberichtigung. Sie interpretirt 3) den §. 7. I. 10. des allg. Landrechts beschränkend, indem sie ihn nur auf solche Verhandlungen bezieht, die außer der Eigenthumserwerbung liegen, und spricht den §§. 7. und 8. für die Erwerbung des Eigenthums alle Bedeutung ab, was denn ebenso auch von §. 55. Tit. 2. der Hypothekenordnung gelten muß. Sie gibt ferner consequent auch demjenigen, welcher seinen von dem eingetragenen Eigenthümer erlangten Titel zuerst hat eintragen lassen, ohne daß ihm übergeben worden ist, nicht nach §. 20. ein Recht auf die Sache gegen denjenigen, dem der Eigenthümer zuerst das Grundstück übergeben hat, indem sie in §. 19. wie in §. 20. einen nach dieser Theorie eintragungsfähigen Titel voraussetzt, d. i. einen Titel, dem die Uebergabe hinzugetreten ist. Eine weitere Consequenz davon ist, daß, wenn ein Grundeigenthümer einen Theil des Grundstücks durch Uebergabe veräußert hat, ohne Vormerk im Hypothekenbuche, alsdann aber das Grundstück im Ganzen an einen Dritten veräußert und denselben eintragen läßt, dieser jenen vorher veräußerten Theil, obwohl er nach dem Hypothekenbuche noch zum Grundstücke gehörte, nicht in Anspruch nehmen kann. Nur in Ansehung der Rechte der Hypothekgläubiger hat diese Praxis den Satz des §. 7. I. 10. und den entsprechenden unbeschränkt lautenden §. 92. Tit. 2. der Hypothekenordnung: „derjenige, für welchen solchergestalt der titulus possessionis auf ein Grundstück berichtigt worden, ist für den wahren und alleinigen Eigenthümer desselben anzusehen“, festgehalten, was freilich unausweichlich geboten war durch §. 410. I. 20. des Landrechts: „Jede gegen den eingetragenen Besitzer erfolgte Hypothekenbestellung behält ihre Kraft, wenn sich gleich in der Folge findet, daß dieser Besitzer nicht der wahre Eigenthümer gewesen sei“.

Gegen diese „neuere Rechtswissenschaft“ tritt nun der Verfasser obiger Abhandlung als Gegner in die Schranken. Nachdem er dieselbe schon in drei Schriften vergeblich bekämpft¹, versucht er es noch einmal

¹ Jur. Wochenschrift für 1847. S. 450 fg. Geist des preuß. Privatrechts I. S. 417 fg. Monatsschrift für preussisches Recht und dessen Praxis I. S. 449 fg. Von diesen Schriften ist mir nur die

durch diese neue Ausführung, obwohl ihm selbst die Autorität des höchsten Gerichtshofes gegenüber steht, deren Geltung zu brechen. Es handelt sich um nichts geringes. Der Verf. macht der neueren Rechtswissenschaft den Vorwurf, daß sie, durch romanistische Vorstellungen irre geleitet, die „Hypothekenverfassung in ihren Grundfesten erschüttert und in ein Rechtsinstitut, dessen Endzweck Beseitigung jeden Zweifels über Eigenthums- und Realverhältnisse ist, unauflösliche Widersprüche und Zweifel hineingetragen, die Eigenthums- und Realverhältnisse in eine unerträgliche Verwirrung gebracht und eine Anzahl von Streitigkeiten und Processen hervorgerufen habe“ (S. 7. 8.). Dem abzuhelpen wäre unläugbar ein erhebliches Verdienst. Der Verfasser versucht es, sich dieses zu erwerben. Er geht aus von dem Princip des unbedingten Glaubens des Hypothekenbuchs, aus welchem er zwei Hauptsätze ableitet: 1) „der Inhalt des Hypothekenbuchs muß mit der wirklichen Lage der Dinge in Uebereinstimmung stehen“; 2) „Einzig und allein der Inhalt des Hypothekenbuchs entscheidet darüber, wer Eigenthümer eines Grundstücks ist, und wem ein Realrecht daran zusteht“. Aus dem letzten Satze wird gefolgert: a) „Nur der eingetragene Eigenthümer ist als Eigenthümer anzuerkennen, er hat alle Rechte des Eigenthümers“ und b) „Nur durch Eintragung wird dingliches, namentlich hypothekarisches, Recht an einem Grundstück erworben“; — „die Eintragung (und nur diese) ist der juristische Act des Eigenthumsüberganges“. Zur Begründung dieser Sätze geht der Verf. vorerst auf die Hypothekenordnung zurück. Gewißheit des Eigenthums unbeweglicher Güter bezweckend, so sagt er, habe diese die Besitztittelberichtigung vorgeschrieben, und erfordere zu dieser außer einem formell und materiell giltigen Titel die Einwilligung des eingetragenen Eigenthümers (welches letzte Erforderniß unter dem Einfluß der romanistischen Jurisprudenz späterhin leider aufgehoben sei),

zweite zur Hand, die ich in der Krit. Ueberschau II. S. 466. recensirt habe. Seine Gegnerschaft bezeichnet der Verf. daselbst S. 425. anders als in der vorliegenden Abhandlung. Während er dort sagt, das Justizministerium habe jahrelang gegen die widerstrebenden Gerichte den Satz, daß der Besitzer wirklicher Eigenthümer sei, nicht der eingetragene Eigenthümer, durchzusetzen versucht, heißt es hier S. 7.: Die neuere Rechtswissenschaft erachte den Naturaleigenthümer für den wahren Eigenthümer, und der höchste Gerichtshof bezeichne die Ansicht, daß der eingetragene Eigenthümer in jeder Beziehung als der wahre und alleinige Eigenthümer anzuerkennen sei, als eine „mit dem Rechtsbewußtsein und dem wahren Recht in unausslößlichem Widerspruch stehende“; und S. 22. bemerkt der Verf., es habe zwar ein Senat des Obertribunals den eingetragenen Eigenthümer in jeder Beziehung als allein berechtigten anerkannt, das Plenum des Gerichtshofes aber diese Ansicht verworfen; und als einen jahrelang vom Justizministerium gegen die widerstrebenden Gerichte verfochtenen, vom Obertribunal verworfenen Satz fügt er hier S. 24. nur den Satz an: daß, wenn ein Grundeigenthümer einen Theil seines Grundeigenthums, ohne Vormerk im Hypothekenbuche, durch Uebergabe veräußert habe, und demnächst der eingetragene Eigenthümer das Grundstück verpfände, ohne jenen Theil auszunehmen, an diesem der Gläubiger ein Hypothekenrecht nicht erwerbe.

nicht aber den Nachweis der geschehenen Uebergabe (Naturaltradition). Zwar könnte man nach der Einleitung zur Hypothekenordnung (als welche bezüglich der Erfordernisse giltiger Erlangung, Uebertragung und Aufhebung des Eigenthums auf das künftige Gesetzbuch, bis zu dessen Erlassung aber auf das bestehende Recht verweise), sagen: daß jene die Frage, ob zur Erlangung des Eigenthums an Grundstücken Tradition erforderlich sei, nicht entschieden habe. Daß aber bei Abfassung der Hypothekenordnung an dieses Erforderniß nicht gedacht worden sei, gehe nicht nur aus der Anführung der (deutschrechtlichen) Uebertragungsarten in Tit. 2. §. 63. 66., sondern auf das bestimmteste aus einem Rescript von 1784 hervor, worin Carmer auf betreffende Anfrage antwortete: „Ist nicht abzusehen, wozu es des Nachweises der Actualpossession bedürfe, da auch ohne diese das dominium civile übergehen könne“; die wirkliche Einräumung des Naturalbesitzes „könne ebensowohl vor als nach der Berichtigung des tituli possessionis geschehen“. Dazu nun enthalte die Hypothekenordnung noch die beiden wichtigen Sätze: daß der gehörig Eingetragene für den wahren und alleinigen Eigenthümer anzusehen sei (Tit. 2. §. 92), und: daß derselbe legitimirt sei, „über dieses Grundstück Dispositiones beim Hypothekenbuch vorzunehmen.“ (Tit. 2. §. 55.) Indessen gibt der Verf. doch zu, daß die Hypothekenordnung (§. 94.) noch den Fall als möglich setze, es könne jemand vorhanden sein, welchem auf das Eigenthum des Gutes ein besseres Recht zustehet als dem neuen Acquirenten oder demjenigen, von welchem das Gut auf ihn gelangt ist, daß sie also auch die Möglichkeit der Anfechtung jener Dispositionen nicht ausschließen, und somit den Grundsatz von dem unbedingten Glauben des Hypothekenbuches noch nicht in seiner ganzen Consequenz und Strenge enthalten habe (S. 14). Allein diese Unvollkommenheit sei beseitigt durch das allgemeine Landrecht; dieses habe jenen Grundsatz in seiner ganzen Consequenz und Strenge ausdrücklich anerkannt. Den Beweis dafür findet der Verf. in den oben erklärten §§. 7—9., 18—23. I. 10. §. 410. I. 20. verglichen mit §. 125. I. 11. (wo die gerichtliche Zuschreibung ohne vorgängige Uebergabe als möglich vorausgesetzt wird), §. 199. 200. I. 17. §. 731. I. 18. (wo die Besitztittelberichtigung als Moment des Eigenthumsüberganges anerkannt werde), und §. 255—257. II. 16. (wo die Anwendung der Vorschriften von Thl. I. Tit. 10. auf Bergwerkseigenthum vorkommt). Zur Bestätigung aber der Richtigkeit dieser Auffassung führt er ein Rescript vom 26. Mai 1804 an, welches ausspreche: daß die Umschreibung des tituli possessionis erfolgen könne, wiewgleich von der Uebergabe nichts

constire, sodann: daß, wenn bei Veräußerungsverträgen über Immobilien in die Umschreibung des Besitztittels von dem Verkäufer gewilligt, aber dabei nicht erklärt worden, daß die Uebergabe an den Acquirenten bereits erfolgt sei oder für geschehen angenommen werde, alsdann mit der Eintragung des tituli possessionis für den neuen Acquirenten ohne weitere Einschränkung mit der Wirkung verfahren werden dürfe, daß er als vollständiger Eigenthümer zu anderweiten Dispositionen über die Substanz des Grundstücks für berechtigt anzunehmen. Dieses Rescript, wie ein damit übereinstimmendes vom 5. Mai 1794, gebe die Ansicht der Redactoren des Landrechts oder wenigstens die um die Zeit der Redaction des Landrechts herrschende Ansicht zu erkennen, von welcher erst die spätere preussische Rechtswissenschaft und Praxis abgegangen sei.

Es leuchtet von selbst ein, daß die in der vorliegenden Schrift vertretene Ansicht in ihren wesentlichen Resultaten mit der oben von uns gegebenen Erklärung des Landrechts übereinstimmt und diese zum Theil noch mehr bestärkt. An einem andern Orte (Krit. Ueberschau II. S. 463 fg.) habe ich zwar die vom Verf. angefochtene Ansicht des Justizministeriums gegen denselben in Schutz genommen. Allein es geschah dieses, weil nach den dort gegebenen Andeutungen einerseits die ganze Tragweite jener Ansicht nicht zu erkennen war, andererseits die Ansicht des Verfassers zu weit zu greifen schien. Es hatte nämlich den Anschein als ob der Verf. ein wahres Eigenthum an Grundstücken ohne Eintragung überall nicht gelten lassen wolle. In der obigen Abhandlung dagegen erkennt er wiederholt ein sogenanntes Naturaleigenthum in Folge der bloßen Uebergabe ausdrücklich an, erklärt auch (S. 31.) die allgemeine Fassung des §. 1. I. 10. daraus, daß durch Uebergabe wenigstens sogenanntes Naturaleigenthum übertragen werde, und nur den Erwerb des sogenannten Civileigenthums, eines vollkommen geschützten und allseitig wirksamen Eigenthums an Grundstücken, macht er von der Eintragung abhängig. Mit dieser Beschränkung oder nähern Erklärung kann ich nun in der Hauptsache auf die Seite des Verf. treten, ohne mit den a. a. D. S. 464. angedeuteten Grundsätzen in Widerspruch zu gerathen. Indessen leidet auch die jetzige Ausführung des Verf. noch an einem dreifachen Mangel, welchem wohl hauptsächlich die bisherige Erfolglosigkeit seiner Polemik gegen die bestehende Praxis zuzuschreiben ist. Vorerst nämlich erkennt er nicht den ganzen Gehalt des von ihm sogenannten Naturaleigenthums, oder gibt dieß wenigstens nicht zu erkennen. Er spricht diesem (S. 32.) ausdrücklich und allgemein „im Verhältniß zu dritten Personen“ alle Bedeutung ab, scheint also dasselbe

in der That auf die Bedeutung eines bloß persönlichen Rechtsanspruchs gegen denjenigen, von welchem der Erwerbstitel sich herleitet, herabdrücken zu wollen. Dieß ist unrichtig. Der Erwerber durch Uebergabe ist wahrer Eigenthümer, er hat ein dingliches Recht, wirksam gegen alle, sowohl gegen dritte Personen als gegen den Autor selbst, nur mit Ausnahme derjenigen, welche in gutem Glauben mit dem als Eigenthümer Eingetragenen über das Grundstück Verhandlungen geschlossen haben; er hat daher auch gegen alle die vindication des Grundstücks, und ist der einzige wahre Eigenthümer, solange nicht ein Dritter mit dem Eingetragenen ein das Eigenthum betreffendes Erwerbsgeschäft in gutem Glauben abgeschlossen hat. Mit diesem ersten Fehlgriff hängt ein zweiter zusammen. Der Verf. stellt als absolutes Princip an die Spitze: unbedingter Glaube des Hypothekenbuchs; und leitet daraus als nächsten Folgesatz ab: der im Hypothekenbuch Eingetragene ist der einzige wahre Eigenthümer des Grundstücks; „er hat alle Rechte des Eigenthümers, also sowohl das Recht über das Grundstück zu verfügen, als das Recht, die aus der Verletzung des Eigenthums folgenden Ansprüche zu verfolgen“ (S. 5. 6.). Auch dieß ist unrichtig. Zwar nehme auch ich mit dem Verf. an, daß die Gesetzgebung das Princip des unbedingten Glaubens des Hypothekenbuchs consequent und in allen Beziehungen festgehalten haben wolle; aber nur in dem Sinne, daß das Vertrauen auf die Richtigkeit seines Inhalts nicht getäuscht werden solle, daß daher gegenüber demjenigen, welcher in diesem Vertrauen (in gutem Glauben) mit dem Eingetragenen sich in Verhandlungen eingelassen hat, die materielle Unwahrheit des Inhalts nicht geltend gemacht werden könne, nicht in dem Sinne, daß dieser Inhalt in jeder Beziehung ohneweiters als wahr gelte. Daher ist der Eingetragene, der das Grundstück bereits durch Uebergabe veräußert hat, nicht mehr Eigenthümer; er hat nicht mehr das Recht der vindication gegen Dritte; das Fundament der vindication wird nicht ohneweiters durch das Hypothekenbuch bewiesen; vielmehr kann nicht nur der neue (noch nicht eingetragene) Erwerber, sondern selbst jeder Dritte ihm entgegenhalten, daß er aus jenem Grunde nicht mehr Eigenthümer sei; denn die vindication fällt nicht unter den Begriff der mit einem Dritten geschlossenen Verhandlungen des §. 7. I. 10., und nur, wenn in Folge der vindication der Dritte in gutem Glauben Verhandlungen mit dem Eingetragenen vorgenommen, z. B. demselben die *litis aestimatio* gezahlt hat, kann er sich auf §. 7. 8. berufen. Jener hat ferner nicht das Recht über das Grundstück zu verfügen, z. B. Andern das Eigenthum oder andere Rechte daran

einzuräumen; vielmehr begehrt er ein Unrecht, wenn er das thut, einen Eingriff in das bereits erworbene Recht desjenigen, dem er das Eigenthum bereits durch Uebergabe veräußert hatte; nur der Dritte, welcher im Vertrauen auf das Hypothekenbuch ein Recht an dem Grundstück sich hat einräumen lassen, hat nun nach §§. 7. 8. die Möglichkeit, dieses auch gegen den (Natural-) Eigenthümer als vollkommen wohl erworbenes geltend zu machen. Die Verkennung dieser Sätze hängt wieder zusammen mit dem dritten Hauptfehler der vorliegenden Ausführung, der darin besteht, daß der Verf. überhaupt den Standpunkt nicht richtig erfaßt, von welchem das Landrecht in der ganzen Lehre ausgeht. Dieser ist nämlich der des materiell wahren Rechts, dessen Erforschung und Handhabung auch sonst die Gesetzgebung Friedrichs sich angelegen sein ließ, und dessen Wirksamkeit nur das Landrecht hier in Rücksicht auf den Glauben des Hypothekenbuchs beschränkt, beziehungsweise ausschließt. Dem Landrecht ist nicht der Eingetragene als solcher der wahre Eigenthümer, sondern derjenige, welchem nach materiellem Recht das Eigenthum zukommt, und so namentlich derjenige, welchem der Eigenthümer auf Grund eines rechtsgiltigen Titels das Grundstück übergeben hat. So lange dieser noch nicht im Hypothekenbuch eingetragen worden, kann er zwar nicht vor Gericht Verfügungen über das Grundstück treffen, und ist er nicht gesichert dagegen, daß ein Dritter durch Verhandlungen mit dem Eingetragenen Rechte, z. B. Hypotheken, an der Sache erwerbe, ja selbst ihm das Eigenthum entziehe. Bis dahin aber ist er wahrer und der einzige wahre Eigenthümer². Indem der Verf. diesen Stand- oder Ausgangspunkt und den entsprechenden Sprachgebrauch des Landrechts nicht beachtet, kommt er zu Sätzen, welche mit dem Ausdruck der betreffenden §§. des Landrechts in handgreiflichem Widerspruch zu stehen scheinen.

Ungeachtet der gerügten Fehlgriffe aber kann der Bemühung des Verf. ein wesentliches Verdienst nicht abgesprochen werden, wenn anders nicht mit ihm auch der Verf. dieses Artikels im Irrthum befangen ist, so weit er nach Obigem in den Resultaten mit jenem übereinstimmt. Dieses aussprechen zu können, freut mich um so mehr, als ich mich wohl auch zu den Romanisten zu zählen habe, dem Romanismus aber vom Verf. die Verkehrung des preußischen Rechts schuld gegeben wird. Meines Bedünkens ist übrigens dieser mit scharfer Betonung oft wiederholte

² Durch eine Vormerkung im Hypothekenbuche kann übrigens jener Gefahr vorgebeugt werden; in diesem Fall ist es dann vollends ersichtlich, wie der Erwerber allseitig gesichertes Eigenthum hat, obwohl er noch nicht eigentlich als Eigenthümer eingetragen ist.

Vorwurf so wenig begründet, als der Empfehlung der vom Verf. verfochtenen Theorie förderlich; es haftet daran ein Geschmack von oberflächlichem Raisonnement, das mit den banalen Benennungen „romanistisch“ oder „germanistisch“ Argumente ersetzen zu können vermeint. Der nichts weniger als specifisch römische, vielmehr von den Römern selbst aus dem allgemeinen Rechte (*jus gentium*) entlehnte Satz: „*traditionibus dominia rerum transferuntur*“, ist ein so einfacher, das Rechtssystem im Ganzen so wenig beherrschender und bedingender Satz, daß derjenige ein schwacher Romanist, weil ein schwacher Jurist, sein muß, der sich durch besondere Liebhaberei an demselben heirren läßt, die Natur und Bedeutung einer durch neueres Recht ausgebildeten anderweitigen Erwerbart von Grundstücken richtig aufzufassen. Der Anlaß zu der jetzt in Preußen vorherrschenden Theorie und Praxis liegt vielmehr in der Unklarheit und Mangelhaftigkeit der betreffenden Bestimmungen des Landrechts. Diese ist es, welche dem Zweifel Raum gelassen hat, ob der §. 7. I. 10. auch auf Verfügungen über das Eigenthum zu beziehen sei, ob die Uebergabe zu den Voraussetzungen der Besitztittelberichtigung gehöre, ob daher die bloße Eintragung im Stande sei, das einem Andern durch Uebergabe bereits erworbene (natürliche) Eigenthum diesem zu entziehen. Daher huldigen jener Theorie auch solche Rechtsgelehrte, denen eine Befangenheit in romanistischen Anschauungen gewiß nicht nachzusagen ist und auf die dieser Vorwurf keinen Eindruck machen kann, z. B. Klein, Bornemann, Beseler, und es würden den romanistischen Verf. dieses Artikels nicht in Verwunderung setzen, wenn ein Germanist als Gegner gegen obige Ausführung auftreten sollte. So wie jetzt die Sache in Preußen steht, nachdem durch zwei Rescripte die vorgängige Uebergabe für ein Erforderniß der Besitztittelberichtigung erklärt, nachdem durch Cabinetsordre die Nothwendigkeit der Einwilligung des Veräußerers zur Besitztittelberichtigung aufgehoben, nachdem durch mehrere Präjudicien des obersten Gerichtshofes eine von der oben ausgeführten wesentlich abweichende Ansicht bestätigt worden ist, möchte eine Zurückführung der preussischen Praxis auf denjenigen Standpunkt, den wir als den ursprünglichen des Landrechts nachgewiesen zu haben glauben, ohne Einwirken der gesetzgebenden Gewalt kaum zu erwarten stehen.*

* So wird auch noch in Förster's preuß. Privatrecht I. S. 119. fg. (1865) III. S. 163. fg. (1865) Plathner's Theorie verworfen; seitdem aber ist durch Gesetzgebung das fragliche Rechtsverhältniß neu geordnet. Vgl. Dernburg, preuß. Privatrecht I. §. 190. fg. §. 240—243.

6.

Ueber schriftliche Abfassung der Verträge nach preussischem Landrecht.*

§. 1.

Wenn das positive Recht die Beobachtung gewisser Formen zur Giltigkeit der Verträge erfordert, so kann dabei zunächst die Absicht zum Grunde liegen, dadurch nur ein sicheres und deutliches Zeichen der entschiedenen Willenseinigung der Contrahenten zu gewinnen. Da es nämlich oft schwierig ist zu erkennen, ob ein Rechtsgeschäft wirklich zum Abschluß gediehen und volle Uebereinstimmung des Willens vorhanden gewesen sei, indem gar leicht einleitende Vorschläge und Unterhandlungen mit wirklichem Abschluß des Vertrags, oder auch bloß zufällige Anträge und Versprechungen, wobei an rechtliche Erzwingbarkeit des Versprochenen nicht gedacht wird, mit vollkommen bindenden Verträgen verwechselt, und dadurch Irrungen sowohl der Betheiligten als anderer gegenwärtiger Personen, die nachher etwa als Zeugen auftreten, herbeigeführt werden können, so kann es allerdings wünschenswerth erscheinen, eine bestimmte Form zu haben, deren Beobachtung über die Absicht der Parteien, sich rechtsgiltig zu verbinden, keinen Zweifel läßt, indem sie unmittelbar daran erinnert, daß das Geschäft nun als vollkommen abgeschlossenes anzusehen sei und rechtlichen Zwang zur Erfüllung der eingegangenen Verpflichtung begründe. Eine solche Bedeutung hatte im römischen Recht die *Stipulatio*, und vollkommen wahr ist von einem ausgezeichneten Rechtsgelehrten bemerkt worden, daß eine solche im Volk hergebrachte Verpflichtungsform sehr heilsam sein könne¹. Man kann nun aber durch Festsetzung einer bestimmten Form der Verträge, wie bei andern Rechtsgeschäften, namentlich letzten Willensordnungen, weiter auch den Zweck erreichen wollen, daß für den Fall eines Rechtsstreites ein sicheres Beweismittel über die Abschließung und den Inhalt des Vertrags erzielt werde, wodurch denn um so mehr unbegründeten und verwickelten Rechtsstreitigkeiten vorgebeugt werden könnte. Zu diesem Zweck scheint sich besonders schriftliche Abfassung der Verträge zu empfehlen, wodurch der oft unzuverlässige Zeugenbeweis umgangen werden kann. Mit den beiden erwähnten Vortheilen solcher Formen verbindet sich zugleich auch der, daß die Contrahenten dadurch zu reiferer Ueber-

* Im neuen Archiv für preussisches Recht und Verfahren von Ulrich, Sommer und Boele, Jahrg. I. S. 132—173. (1834).

¹ Gasse in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissensch. I. S. 27—29.

legung bei Eingehung von Rechtsgeschäften angeregt werden; eine Rücksicht, welche jedoch im Allgemeinen weniger von Bedeutung sein möchte, obgleich sie allerdings bei Verträgen gewisser Art oder über gewisse Gegenstände den Gesetzgeber zu besonderen Vorschriften bewegen kann². Wenn aber aus den angegebenen Rücksichten gewisse Formen der Verträge einerseits zweckmäßig befunden werden, so ist dagegen andererseits darauf zu achten, daß nicht durch zu strenge oder beschränkende Formvorschriften der rechtliche Verkehr auf unangemessene Weise beschwert und das im Volke lebende Rechtsgefühl ohne Noth verletzt werde. Von diesen Gesichtspunkten ausgehend erlauben wir uns im Folgenden einige bescheidene Bemerkungen über die Vorschriften, welche das preussische Recht rücksichtlich der Form der Verträge aufstellt.

§. 2.

Das allgemeine Landrecht³ erklärt, abgesehen von mehreren besondern Vorschriften in Betreff gewisser Arten von Verträgen oder der Verträge über gewisse Gegenstände, schriftliche Errichtung mit wenigen Ausnahmen allgemein für nothwendig bei allen Verträgen, deren Gegenstand sich über 50 Thlr. Silbercourant beläuft, wornach denn auch gemäß §. 128. auf mündliche Nebenabreden bei schriftlichen Verträgen über solchen Werth durchaus keine Rücksicht zu nehmen ist⁴. Diese Vorschrift ist hervorgegangen aus einer Verordnung Friedrichs des Großen, vom 8. Februar 1770⁵, welche mit Beziehung auf die allgemeinen Gründe, aus denen gewisse Formen der Verträge wünschenswerth erscheinen⁶, bestimmte: daß künftig nicht nur Kauf-, Mieth- und Pachtcontracte über Immobilien, wie schon das erneuerte Stempeledict vom 13. Mai 1766 §. 2. bei Strafe der Nullität vorgeschrieben hatte⁷, sondern überhaupt

² Z. B. bei Schenkungen, Bürgschaften.

³ Th. I. Tit. 5. §. 131 flg.

⁴ Die Verträge, welche ohne Rücksicht auf den Werth ihres Gegenstandes bloß schriftlich errichtet werden können, so wie diejenigen, welche, auch wenn ihr Gegenstand den Werth von 50 Thlr. übersteigt, keiner schriftlichen Abfassung bedürfen, sind zusammengestellt in Wielik's Commentar I. S. 587. 588. und Bornemann von Rechtsgeschäften S. 241 flg. der ersten Ausgabe, und S. 245 flg. der zweiten Ausgabe.

⁵ Nov. Corp. Const. March. Bd. IV. S. 6670 flg. Rabe, Sammlung Preussischer Gesetze. I. Bd. 4. Abth. S. 1 flg.

⁶ „Nachdem Wir seit dem Antritt Unserer Regierung die schleunige und gerechte Entscheidung der Prozesse eines Unserer hauptsächlichsten Augenmerke sein lassen, die Erfahrung aber zeigt, daß dieser Unserer Absicht in den aus Kontrakten und Verträgen entstehenden Processen eine nicht geringe Hinderniß dadurch in den Weg gelegt wird, daß die Kontrahenten darüber entweder gar nichts schriftliches verfassen, oder neben den schriftlich verfaßten Kontrakten noch mündliche Verabredungen treffen, über deren Wirklichkeit und Verbindlichkeit nachher gestritten und Beweis durch Zeugen geführt wird, die Zeugen aber gemeinlich weder die vorhergegangenen Unterhandlungen von dem Kontrakt selbst zu unterscheiden, noch sich der dabei vorgefallenen Worte genau zu erinnern wissen; So haben Wir u. s. w.“

⁷ Nov. Corp. Const. Bd. IV. S. 404. Die Einleitung unseres Gesetzes bezieht sich auch noch auf eine Verordnung Friedrich Wilhelms I. vom 5. März 1718, wodurch die schriftliche und gerichtliche Vollziehung der Kontrakte auf dem platten Lande im Fürstenthume Halberstadt verfügt worden.

alle Geschäfte über mehr als 50 Thlr. Werth, dergleichen die Nebenberedungen solcher Geschäfte, schriftlich errichtet werden, widrigenfalls weder Klage noch Einwendung begründen sollten, wenn sie auch durch Eid oder Arrha (die der Geber einbüßen sollte) oder durch Conventionalstrafe bestärkt worden, oder die Parteien ausdrücklich übereingekommen wären, daß einstweilen, bis man zu schriftlicher Errichtung Zeit finde, der mündliche Vertrag bindend sein solle. Ausnahmen machte das Gesetz nur beim depositum miserabile, dem receptum der Gastwirth, Fuhrleute und Schiffer, bei Verträgen der Kaufleute und solcher Personen, die paraphirte Handlungsbücher führten, über Gegenstände des Handlungsgeschäfts (jedoch sollten gegen Nichtkaufleute die Handlungsbücher nur auf sechs Monate lang die Stelle der schriftlichen Contracte vertreten), und bei Verträgen, die mit Fremden im Auslande über bewegliche Sachen oder auch zwischen preussischen Unterthanen im Auslande über auswärts belegene unbewegliche Sachen geschlossen wurden. Abgesehen von diesen Fällen sollte nun auch die Erfüllung des mündlichen Vertrags von der einen Seite durchaus keine rechtliche Folge haben, und bei Verweigerung der Gegenleistung nicht nur keine Klage aus dem Contract, sondern auch nicht einmal eine persönliche Klage auf Zurückerstattung des Gegebenen (condictio sine causa oder ob causam dati) begründen; nur allein die Eigenthumsklage sollte demjenigen, der eine Sache zur Erfüllung des Vertrags gegeben hätte, zustehen, und auch diese bei beweglichen Sachen nur binnen sechs Monaten und nur gegen den Empfänger selbst, nicht gegen den dritten Besizer, wenn der Empfänger die Sache inzwischen veräußert hatte. Gezahlte Gelder konnten nach ausdrücklicher Erklärung des Gesetzes nicht zurückgefordert, und ein dem Erfüllenden wegen gegenseitiger Erfüllung bestelltes Unterpfand konnte unentgeltlich zurückgenommen, der Miether oder Pächter ohne Ersatz des bereits vorausbezahlten Mieth- oder Pachtzinses jederzeit zur Wiederabtretung der Wohnung oder des Gutes, mit den darin noch vorhandenen Früchten, gezwungen werden, wie auch andererseits wegen der verslossenen Miethe oder Pacht keinerlei Anforderung gemacht werden konnte. Nur die von beiden Seiten völlig erfüllten Verträge sollten, unter dem Vorwande des fehlenden schriftlichen Contracts, nicht wieder zerrissen werden. (§. 6 vergl. §. 4. Nr. IV. des Gesetzes.)

Diese Bestimmungen, welche mit durchgreifender rücksichtsloser Strenge zu schriftlicher Errichtung der Verträge zwingen sollten, standen in zu grellem Widerspruche mit den herrschenden Rechtsansichten, als daß sie sich auf die Dauer hätten erhalten können; wir haben daran

ein beachtungswerthes Beispiel, wie wenig willkürliche den im Leben herrschenden Rechtsglauben verletzende Ideen des Gesetzgebers sich Eingang verschaffen mögen. Dieß Gesetz erregte laute Klagen der Unterthanen und vielfache Beschwerden der Gerichte, welche dasselbe insbesondere den Grundsätzen der neuen Proceßordnung nicht angemessen finden wollten. Dieß veranlaßte denn ein Rescript vom 10. März 1781⁸, welches von dem Edict wesentlich abweichend erklärte: nur so lange res integra sei, solle es bei der wörtlichen Vorschrift des Edicts und dem bisherigen Verfahren, wornach die aus einem mündlichen Vertrage über mehr als 50 Thlr. klagende Partei ohne weitere Untersuchung a limine judicii abgewiesen worden, auch fernerhin sein Bewenden haben; wer aber einem solchen Vertrage bereits ganz oder zum Theil Genüge geleistet habe, der sei berechtigt zu verlangen, daß der Gegentheil entweder den Contract schriftlich mit ihm errichte und solchergestalt perficire, oder daß er ihm das in Rücksicht des Contracts gegebene oder geleistete restituire oder ihn deswegen schadlos halte. Denn der Verweigerung der gegenseitigen Erfüllung und der Zurückerstattung des Empfangenen werde meistens ein dolus und die Intention, sich mit dem Schaden des andern zu bereichern, zum Grunde liegen; beidem aber könne niemals ein Gesetz zur Schutzwehr dienen. Nach diesem Rescript war es denn consequent, daß auch die Rückforderung beweglicher Sachen nicht mehr auf die Frist von sechs Monaten beschränkt, sondern binnen der gewöhnlichen Verjährungszeit gestattet wurde, wie durch die Gesetzcommission unterm 12. Febr. 1788 entschieden worden ist⁹.

§. 3.

So hatte also eine kurze Erfahrung die Nothwendigkeit einer Milderung des Edicts von 1770 bewiesen, und nur mit bedeutenden Modificationen, wie es schon in der Einleitung zu dem eben erwähnten Rescript angedeutet war, wurden die Bestimmungen desselben in den Entwurf zum allgemeinen Gesetzbuche, und in das allgemeine Landrecht aufgenommen. Auch nach diesem ist freilich in den gesetzlich bestimmten Fällen die schriftliche Abfassung des Vertrags Bedingung der Giltigkeit oder Verbindlichkeit desselben, so daß man die vollkommen abgeschlossene mündliche Verabredung nach ihrem ganzen Inhalt eingestehen kann, ohne deswegen daran gebunden zu sein. Man könnte etwa die Richtigkeit dieser Behauptung mit Beziehung auf Tit. 5. §. 185. bestreiten wollen; denn nach diesem §. kann „derjenige, welcher sich schriftlich oder zum Protokoll

⁸ Nov. Corp. Const. VII. S. 3299.

⁹ Meins Annalen II. S. 293.

zu einem mündlich geschlossenen Vertrage bekannt hat, so weit als die Verabredungen aus diesem Anerkenntnisse erhellen, den Mangel der schriftlichen Abfassung nicht vorschützen“; und darnach könnte man glauben, daß auch derjenige, welcher im Proceße zu Protokoll des Instruents den mündlichen Vertrag in allen Theilen eingeräumt (sich zu demselben „bekannt“) hat, immer zur Erfüllung desselben angehalten werden könne. Allein der Ausdruck „Anerkenntniß“, und der ganze Zusammenhang der angeführten Stelle zeigt deutlich, daß daselbst nur von nachfolgender, schriftlicher oder protokollarischer Genehmigung oder Bestätigung des mündlichen Vertrages die Rede ist, eine solche ist aber ganz verschieden von dem zu Protokoll gegebenen Geständniß, mündlich einen Vertrag abgeschlossen zu haben, indem mit diesem Geständniß zugleich die Weigerung, den wegen Mangels der gesetzlichen Form ungiltigen Vertrag anzuerkennen, verbunden sein kann¹⁰. Eben so wenig kann unsere obige Behauptung durch die Berufung auf A. L. R. Th. I. Tit. 3. §§. 40., 41.¹¹ und A. G. D. Th. II. Tit. 1. §. 11., welche auf jene §§. verweist, wankend gemacht werden. Denn diese allgemeinen Sätze können gegen die specielleren und sehr bestimmten in Tit. 5. §§. 109., 110. und 116. des L. R.¹² nicht in Betracht kommen; um so weniger, da sowohl der ganze innere Zusammenhang der landrechtlichen Bestimmungen über die Folgen der Vernachlässigung schriftlicher Abfassung der Verträge, als auch die Vergleichung mit dem Edict von 1770 und dem §. 2. des Stempeledicts von 1766 auf das deutlichste ergibt, daß die Giltigkeit oder Verbindlichkeit des Vertrags durch die schriftliche Abfassung bedingt sein soll¹³. Und so heißt es auch im Th. I. Tit. 14. §. 10. des A. L. R. in Beziehung auf die Ausnahme beim Verwahrungsvertrage: „zur Gültigkeit dieses Geschäfts bedarf es keines schriftlichen Contracts“, und wenn daselbst sofort hinzugefügt wird: „sondern es sind auch andere Beweismittel von dem, was vorgegangen, hinreichend“, so möchte dieß wohl nicht ganz untadelig sein, in so fern dabei eine Verwechslung von Ungiltigkeit und Unbeweisbarkeit des Geschäfts zum Grunde zu liegen scheint; aber es kann doch nur als gelegentliche

¹⁰ Vgl. Siaweri's Materialien zur Erklärung der preuß. Landesgesetze VI. S. 10. und Vielitz I. S. 586. 587.

¹¹ §. 40. „Aus Verabstimmung der gesetzlichen Form einer Handlung folgt die Nichtigkeit derselben nur alsdann, wenn das Gesetz die Beobachtung dieser Form zur Gültigkeit der Handlung ausdrücklich erfordert“. §. 41. „Im zweifelhaften Falle wird vermutet, daß die Form einer Handlung nur zur mehreren Gewißheit und Beglaubigung derselben vorgeschrieben worden“.

¹² §. 109. „Zur Gültigkeit eines Vertrags gehört außer der wechselseitigen Einwilligung auch die Beobachtung der in den Gesetzen vorgeschriebenen Form“. §. 116. „Verträge, welche vermöge des Gesetzes schriftlich geschlossen werden sollen, erhalten ihre Gültigkeit erst durch die Unterschrift“.

¹³ Vgl. Vielitz a. a. O. Simon's und Strampff's Rechtsprüche der preuß. Gerichtshöfe I. S. 166.

Hindeutung darauf betrachtet werden, daß die Gesetze über schriftliche Errichtung der Verträge hauptsächlich den Zweck im Auge haben, sichere Beweismittel eingegangener Rechtsgeschäfte zu erzielen; keineswegs läßt sich daraus schließen, daß die Schrift sonst nur des Beweises wegen, nicht zur Giltigkeit des Geschäfts erfordert werde. Zu den andern Beweismitteln kann ja übrigens auch das Geständniß gerechnet werden, obgleich man wohl richtiger das gerichtliche Geständniß in dem betreffenden Prozesse weniger als Beweismittel, denn als eine den Beweis entbehrlich machende Einräumung betrachtet¹⁴.

Ohngeachtet dieser Gründe, welche mir entscheidend für die obige Meinung zu sprechen scheinen, scheint indessen die entgegengesetzte Ansicht von Bornemann in seinem Werke von Rechtsgeschäften (1. Aufl. S. 263 fg., 2. Aufl. S. 267 fg.) vertheidigt zu werden, einer Schrift, welche sich in der Literatur des preußischen Rechts auf eine sehr vortheilhafte Weise auszeichnet, weshalb eine genauere Beachtung der hierher gehörigen Erörterung derselben billig erwartet wird. Der Verfasser geht von der Ansicht aus, der Zweck der vorgeschriebenen schriftlichen Abfassung der Verträge sei ausgesprochenermaßen der, daß dadurch der Beweis durch Zeugen und Eidesantrag habe verdrängt und die Entscheidung von Streitigkeiten erleichtert werden sollen; es sei aber anzunehmen, daß eine gesetzliche Bestimmung keinen weiteren Umfang habe erhalten sollen, als der ihr zum Grunde liegende Zweck es mit sich bringe. Daraus nun leitet er die Regel ab: daß die Existenz eines schriftlichen Vertrages gleichgiltig sein müsse, wenn auch ohne denselben die Verabredung der Parteien auf andere Weise als durch Zeugenbeweis, Eidesantrag oder künstliche Beweisführung evident gemacht werden kann, oder es unter den obwaltenden Umständen gar keines Beweises über die erfolgte Abrede bedarf. Allein wenn wir auch gern zugeben, daß die von dem Verf. angenommene Beschränkung nach dem Zwecke des Gesetzes vernünftig sei, so können wir dieselbe doch nur gelten lassen, wenn sie nach den dispositiven Worten des Gesetzes zulässig ist. Es könnte der Gesetzgeber auch sehr wohl die Absicht gehabt haben, eben dadurch, daß er den nicht schriftlich abgefaßten Vertrag für nichtig erklärte, zu bewirken, daß Jedermann vorkommenden Falls diese Ver-

¹⁴ Vgl. A. G. D. Th. I. Tit. 10. §. 82. — Auch im Edikt von 1770 wird der Fall eines förmlichen Zugeständnisses des mündlichen Vertrags nicht besonders berücksichtigt: in §§. 2. 7. 9. ist im Gegensatz des schriftlichen Kontrakts nur von Beweis durch Zeugen und Eidesantrag die Rede. Dennoch ist nach §. 2. der bloß mündliche Kontrakt „als nicht geschlossen“ anzusehen, und nach dem Rescript von 1781 der Kläger a limine judicii abzuweisen. Eben so heißt es in dem Rescript vom 14. Januar 1771 (N. C. C. V. S. 18.) einmal, der Kontrakt erhalte durch die Unterschrift der Kontrahenten „seine Beweiskraft“, und dann wieder, er sei „nicht eher verbindlich, als bis u. s. w.“

tragsform beobachte, weil ihm ohne sie selbst das Eingeständniß der mündlichen Verabredung von Seiten des andern Contrahenten nichts helfen würde. — Und diese Absicht scheint mir aus dem §. 2. des Stempeledicts von 1766 und aus dem ganzen Zusammenhange des Edicts von 1770 deutlich genug hervorzuleuchten; auch stimmt damit die von Bornemann angezogene Stelle aus dem Unterricht über die Gesetze für die Einwohner der preussischen Staaten (von Suarez und Gofler, 1793, S. 99.) vollkommen überein, indem sie sagt: „damit bei Schließung der Verträge alle Uebereilungen und Mißverständniß desto gewisser verhütet und zu Zweifeln, Streitigkeiten und Processen über die eigentliche Meinung und Verabredung der contrahirenden Theile desto weniger Anlaß gegeben werde, haben die Gesetze die Gültigkeit der Contracte an eine äußere Form gebunden“.

Aber der Verf. findet im Landrechte verschiedene Vorschriften, in denen es anerkannt und vorausgesetzt werde, daß die Redactoren desselben wirklich von den obigen Grundsätzen ausgegangen seien. Dahin rechnet er zuerst §. 146. h. t. Aber dieser §. kann mit der Ansicht, daß die verbindliche Kraft des Vertrages von der schriftlichen Form abhängt, sehr wohl bestehen. Denn diese behauptet nur, daß der bloß mündlich geschlossene Vertrag keine gültige Obligatio wirke; nicht aber, daß die freiwillige Erfüllung des Geschäftes nichtig und unwirksam sei. Wenn die Contrahenten schriftliche Abfassung des Vertrages verabredet haben, so ist, wie der Verf. zugibt, sowohl nach preussischem als nach römischem Recht die verbindliche Kraft des Vertrags durch die schriftliche Abfassung bedingt; dennoch möchte ich nicht behaupten, weder nach römischem noch nach preussischem Recht, daß in solchem Falle das Geschäft noch angefochten werden könne, nachdem es, ohne schriftlich vollzogen zu sein, von beiden Theilen vollständig erfüllt worden ist¹⁵. Ein anderes Argument für seine Ansicht nimmt Bornemann aus §. 117. vergl. mit §. 116. h. t. Da nämlich in §. 116. sowohl von den vermöge des Gesetzes als von den vermöge der Abrede der Parteien schriftlich zu errichtenden Verträgen die Rede sei, so müßte man, meint er, annehmen, daß in §. 117. für die letztern etwas singuläres habe bestimmt werden sollen. Außerdem führe aber auch der in diesem §. vorkommende Gegensatz der bloß des Beweises wegen, und der Behufs der verbindlichen

¹⁵ Justinian's Bestimmung geht nur dahin: ut nulli liceat — — vel a scheda conscripta — — vel ab ipso mundo, quod necdum est impletum vel absolutum, aliquod jus sibi ex eodem contractu — — vindicare: adeo ut nec illud in hujusmodi venditionibus liceat dicere, quod pretio statuto necessitas venditori imponatur, vel contractum venditionis perficere vel id quo emptoris interest ei persolvere.

Kraft des Vertrags erforderlichen Form darauf, daß es Fälle geben müsse, in welchen die Form nur des Beweises wegen vorgeschrieben worden, und da es nun außer der verabredeten nur noch die gesetzlich vorgeschriebene Form gebe, so bleibe für diese der Satz stehen, daß bloß der Beweis von ihr abhängt. Diese Argumentation aber scheint mir verfehlt; ich möchte gerade im Gegentheil behaupten, daß der §. 117. die von uns oben angenommene Erklärung des §. 116. unterstütze. In den vorhergehenden §§. war nur von der gesetzlichen Form die Rede gewesen. Nun wird im §. 116 die gesetzlich vorgeschriebene und die verabredete schriftliche Abfassung der Verträge nebeneinander gestellt, und beiden die gleiche Bedeutung, nämlich, daß sie die Gültigkeit des Vertrags bedingen, beigelegt. Von der gesetzlich vorgeschriebenen gilt dieß allgemein. Aber wenn die Parteien die schriftliche Abfassung verabreden haben, so könnte dieß auch wohl bloß des Beweises wegen geschehen sein. Daher wird zu näherer Erklärung der §. 117. eingeschaltet, worin die gesetzliche Vermuthung ausgesprochen wird, daß nach solcher Verabredung nicht bloß der Beweis, sondern auch die verbindliche Kraft des Vertrags (das ist eben die Gültigkeit desselben) von der schriftlichen Form abhängen solle. Es wird also hier kein Gegensatz zwischen gesetzlich und vertragsmäßig nothwendiger schriftlicher Abfassung gemacht, sondern nur zwischen der bloß des Beweises wegen und der Behufs der Gültigkeit des Vertrags verabredeten schriftlichen Abfassung desselben¹⁶. Endlich beruft sich Bornemann auch noch auf Thl. 1. Tit. 3. §§. 40, 41., welche wir schon abgewiesen haben. Uebrigens finden sich an andern Orten bei Bornemann selbst Aeußerungen, aus denen hervorzugehen scheint, daß er in der That doch von unserer Ansicht nicht abweicht. So sagt er (S. 254. 1. Aufl., S. 259. 2. Aufl.) bei Erklärung des §. 185. im Tit. 5., in dem bloßen Eingeständniß eines mündlichen Vertrages liege noch keine Uebernahme der noch nicht vorhandenen Verbindlichkeit aus dem Vertrage, und S. 270. 1. Aufl., S. 274. 2. Aufl. bemerkt er: da der mündliche Vertrag ohne hinzutretende besondere Nebenumstände gar keine verbindliche Kraft habe, so sei vor der von beiden Seiten erfolgten Erfüllung ein Vertragsverhältniß zwischen den Contrahenten gar nicht vorhanden. Ist es des Verf. Meinung, daß

¹⁶ Beiläufig bemerke ich noch dieses: Bornemann (1. Aufl. S. 241. 2. Aufl. S. 245.) sagt, da bei schriftlichen Verträgen überhaupt keine mündlichen Nebenabreden gelten, also auch nicht die Abrede, daß der Vertrag bloß um des Beweises willen abgeschlossen werden sollen, so müsse auch diese Abrede, sobald eine Schrift vorhanden sei, entweder aus dieser selbst oder einem andern Scripto erhellen. Aber sobald eine Schrift vorhanden ist, so ist ja die Abrede erfüllt, und es ist von keinem Interesse mehr, die Existenz derselben zu beweisen, es mag nun der Beweis über die Gültigkeit des Vertrags von der schriftlichen Abfassung abhängig gemacht sein.

ein mündlicher Vertrag nur durch die beiderseits erfolgte vollständige Erfüllung zu Recht beständig werde, und daß der Beweis eines vermögengesetzlicher Anordnung schriftlich zu errichtenden Vertrags auf keine andere Art, als durch die Schrift (auch nicht durch das gerichtliche Eingeständniß) geführt werden dürfe¹⁷, so besteht im Wesentlichen keine Differenz zwischen unseren Ansichten über die Bedeutung der Vorschrift schriftlicher Abfassung der Verträge; aber ich kann dann die Art der Ausführung auf S. 237. 1. Aufl., S. 241. 2. Aufl. nicht angemessen und die dort aufgestellten Regeln nicht richtig finden.

§. 4.

Nach der bisherigen Erörterung ist es also keinem Zweifel unterworfen, daß nach dem A. L. R. aus einem mündlichen Vertrage, der nach dem Gesetze hätte schriftlich abgefaßt werden sollen, in keinem Falle eine Klage entsteht, so lange noch von keinem der Contrahenten etwas zur Erfüllung des Vertrages geschehen ist. So weit hat das Landrecht die Bestimmung des früheren Edicts beibehalten. Sind aber die verabredeten Leistungen von dem einen oder andern Contrahenten ganz oder zum Theil erfüllt worden, so soll zwar auch dann nach dem Willen des Gesetzes der mündliche Vertrag in der Regel nicht wirksam werden, so daß eine Klage auf Erfüllung der Gegenleistung nicht statt findet; allein es soll doch auch derjenige, welcher, dem mündlichen Versprechen getreu, erfüllt hat, keinen Schaden erleiden, und der andere Contrahent nicht ohne Entgeltung den Vortheil der empfangenen Leistung behalten. Dieß ist im Allgemeinen die Absicht, welche den §§. 156—163. h. t. zum Grunde liegt, wie dieselbe auch schon in dem oben erwähnten Rescript von 1781 ausgesprochen worden. Doch betrachten wir diese §§. etwas näher.

Sie unterscheiden zwei Hauptfälle: wenn Sachen, und wenn Handlungen Gegenstand des Vertrags, und von der einen Seite geleistet worden sind. Waren Sachen Gegenstand des Versprechens auf der einen Seite, und der andere Contrahent hat die Erfüllung dieses Versprechens, ganz oder zum Theil angenommen, also die versprochenen Sachen erhalten, so ist dieser verpflichtet, entweder den Vertrag auch seinerseits zu erfüllen, oder das Erhaltene zurückzugeben oder zu vergüten, wobei man ihm zwischen der Rückgabe und der Vergütung keineswegs die Wahl zugestehen, sondern die letzte ihm nur so weit gestatten kann, als ihm die erste nicht mehr möglich ist, oder der andere Theil sich die

¹⁷ S. Bornemann I. c. S. 284. 1. Aufl., S. 289. 2. Aufl. Daß übrigens das Letzte auch nicht ganz richtig sei, geht hervor aus A. L. R. §. 169. 170. h. t.

bloße Vergütung gefallen lassen will. Eine andere Frage aber ist es, ob denn der Empfänger nicht zwischen der Erfüllung der versprochenen Gegenleistung und der Rückgabe oder Vergütung des Empfangenen allein die Wahl habe, so daß gegen ihn nur alternativ auf das eine oder das andere die Klage angestellt werden könnte? oder ob andererseits auch dem Geber freistehe, von dem Vertrage wieder abzugehen und Zurückerstattung des Gegebenen zu fordern, wenn auch der Empfänger den mündlichen Vertrag halten will. Betrachtet man die §§. 156. 157. für sich, so scheint es klar, daß nur dem Empfänger die Wahl zustehet. Vergleicht man aber den §. 161., so wird dieß wieder zweifelhaft. „Hat der, welcher den mündlichen Vertrag nicht erfüllen will, dem andern Contrahenten auf Rechnung desselben etwas gegeben, so kann er dasselbe — ebenfalls zurückfordern“. Daß diese Stelle bloß auf den Fall zu beziehen sei, wenn der Geber nur zum Theil erfüllt hat und nicht vollständig erfüllen will, geht aus derselben keineswegs klar und deutlich hervor. Aus den Worten „auf Rechnung“ läßt es sich nicht entnehmen, da diese in §. 157. *ibid.* und in Th. 2. Tit. 2. §. 115. 122. des Entw. zum allg. Gesetzb. in einer Verbindung gebraucht werden, nach welcher sie zugleich auf den Fall vollständiger Erfüllung bezogen werden, und in §. 164. des Landrechts h. t. sogar die Worte „auf Abschlag“ auch auf diesen Fall mit zu beziehen sind. Eben so wenig scheint mir das Wort „Etwas“ entscheidend zu sein, indem unter diesem Etwas eben so wohl das Objekt des Versprechens als ein Theil desselben verstanden werden kann und z. B. in §. 164. verstanden werden muß¹⁸. Durch strenge Erklärung des Wortes „erfüllen“ in §. 161. könnte man etwa die beschränkende Auslegung dieses §. begründen, weil derjenige, welcher „nicht erfüllen will“, nicht schon vollständig erfüllt haben könne; man kann aber diese Worte auch wohl in dem Sinne verstehen, daß er den Vertrag nicht halten, das in Beziehung auf denselben Geschehene als ungiltig behandeln will; denn auch der erfüllt in der That nicht, welcher von dem Recht, eine geschene Leistung zurückzunehmen, Gebrauch macht. Und für diese weitere Erklärung scheint der Umstand zu sprechen, daß in Rücksicht des Empfängers die §§. 156. 157. gänzliche und theilweise Erfüllung nicht unterscheiden, während doch, wenn die entgegengesetzte Meinung richtig wäre, die dem Empfänger gestattete Wahl im Fall theilweiser Erfüllung eine

¹⁸ „Ist einem oder dem andern Theil auf Abschlag des mündlichen Versprechens etwas bezahlt worden, so muß der, welcher zurücktritt, vom Tage der empfangenen Zahlung laubübliche Zinsen entrichten“. Hierunter muß doch auch der Fall subsumirt werden, wenn in der geleisteten Zahlung die vollständige Erfüllung von der einen Seite enthalten war, z. B. wenn der Käufer den ganzen Kaufpreis bezahlt hat und der Verkäufer nun zurücktritt. Vgl. §. 148. h. t. und Tit. 16. §. 200.

andere und beschränktere wäre, wie in dem andern Falle¹⁹. Hiernach würde das Resultat der §§. 156—164. dieses sein, daß, so lange der Vertrag noch nicht von beiden Seiten vollständig erfüllt worden, beide Theile von demselben wieder abgehen und das Empfangene zurückgebend, das Gegebene zurückfordern könnten²⁰. Und dieser Satz würde auch in dem Zusammenhange der landrechtlichen Bestimmungen nichts Anstößiges haben, indem es nicht unbillig scheint, daß auch der Geber seinerseits an den Vertrag nicht gebunden sei, so lange der Empfänger von demselben willkürlich zurücktreten kann²¹. Dennoch bin ich geneigter, der Meinung beizutreten, welche auch Siewert²², Grävell²³ und Bielitz²⁴ vertheidigen, daß derjenige, welcher vollständig erfüllt hat, nicht berechtigt sei, anstatt der Erfüllung des Gegenversprechens das Geleistete zurückzufordern. Diese Meinung wird vorerst durch die geschichtliche Entwicklung der fraglichen Rechtsfäge unterstützt. Das Edict von 1770 hatte demjenigen, welcher den mündlichen Vertrag in gutem Vertrauen erfüllt hatte, gegen die Unredlichkeit des andern Contrahenten keinen andern Schutz gelassen, als den einer noch dazu beschränkten Eigenthumsklage. Erst das Rescript von 1781 suchte der hieraus hervorgehenden Unbilligkeit zu begegnen. Diese aber bestand nur darin, daß der andere Theil das Empfangene behalten und doch sein Versprechen nicht erfüllen wollte. Nur diese Unredlichkeit sollte nicht geduldet werden; der Empfänger sollte entweder auch erfüllen, oder das Empfangene restituiren, resp. dafür schadlos halten. Hier war also deutlich dem Geber nur eine alternative Forderung ohne Wahlrecht eingeräumt. Es ist nun gewiß nicht wahrscheinlich, daß der Entw. zum Gesetzb. und das Landrecht darin weiter gegangen sei und dem Geber auch unbedingt das Recht des Rücktritts gegeben habe, ohne dieses auf das Bestimmteste und Deutlichste auszudrücken. Dieß ist aber so wenig geschehen, daß vielmehr, wie wir gesehen haben, die §§. 156. und 157. für sich betrachtet entschieden für das Gegentheil sprechen, und der §. 161. wenigstens sehr den Anschein hat, als beziehe er sich nur auf den Fall nicht

¹⁹ So auch im Entw. l. c. §. 116. „Wenn — auf Erfüllung eines Kontrakts nicht geklagt werden kann, so muß dennoch das, was auf Rechnung desselben geliefert worden, zurückgegeben werden“ (wobei keine Unterscheidung zwischen vollständiger und theilweiser Erfüllung), und dem §. 118. „Ist er selbst (der Geber) derjenige, welcher den mündlichen Kontrakt nicht erfüllen will“ u. s. w.

²⁰ Diese Ansicht vertheidigt auch Bornemann l. c. §. 279. 280.

²¹ Von diesem Gesichtspunkte aus ließe sich auch allenfalls das unbedingte jus poenitendi bei den römischen Innominationkontrakten rechtfertigen, so lange das jus civile noch nicht die praescriptis verbis actiones auf Erfüllung ausgebildet hatte.

²² Materialien II. S. 138.

²³ Generaltheorie der Verträge S. 159.

²⁴ Comment. I. S. 606.

vollständig geleisteter Erfüllung. Außerdem wird die obige Behauptung auch durch die Vergleichung mit Th. I. Tit. 16. §§. 176., 178., 184. unterstützt, nach welchen die Zurückforderung einer selbst irrtümlich geleisteten Zahlung nicht gestattet wird, wenn eine moralische Verbindlichkeit dazu vorhanden ist, und insbesondere auch, wenn bloß wegen Mangels der gesetzlichen Form die Gültigkeit des der Zahlung zum Grunde liegenden Geschäfts angefochten wird; eine moralische Verbindlichkeit zur Erfüllung des mündlichen Vertrags ist aber immer vorhanden, sofern der Gegentheil die Erfüllung des Gegenversprechens nicht verweigert, und nur diese Verweigerung ist es also, was die Zurückforderung des Gegebenen begründet. Entscheidend ist freilich diese Argumentation nicht, weil §. 177. eodem in Rücksicht der Rückforderung der aus mündlichen Verträgen geleisteten Zahlungen ausdrücklich auf die besondern Bestimmungen darüber verweist. Allein es spricht sich doch in dem citirten §. eine Ansicht des Gesetzgebers aus, welche einer die Rückforderung beschränkenden Erklärung günstig ist²⁵. Ist es nun richtig, daß der §. 161. nur auf den Fall abschläglicher Zahlung sich beziehe, daß aber, wer vollständig erfüllt hat, nicht zurückfordern kann, sofern auch der andere Contrahent zu erfüllen bereit ist, so sind hier noch zwei Punkte in nähere Betrachtung zu ziehen. Erstens nämlich wird zwar in der Regel die Verweigerung der vollständigen Erfüllung von Seiten desjenigen, welcher bereits mit der Erfüllung den Anfang gemacht hatte, die Folge haben, daß nun auch der andere Theil, obgleich sonst zur Erfüllung bereit, nicht erfüllen will, und somit das ganze Geschäft zurückgeht, und für diesen Fall war der §. 161. mit der in §. 162. hinzugefügten nähern Bestimmung vernünftig und gewissermaßen unentbehrlich. Allein es ist möglich, daß der Empfänger mit der bereits empfangenen unvollständigen Leistung zufrieden, seinerseits den Vertrag erfüllen will, ohne vollständige Erfüllung von der Gegenseite zu verlangen, weil ihm die Verzichtleistung auf diese weniger ungelegen ist, als die Rückgabe des Empfangenen, wenn z. B. die Waare (Wolle etc.) sehr abgeschlagen ist, so daß schon das Behalten des Empfangenen gewinnreicher ist, als das Gegentheil. Hier wäre es nun offenbar consequent, diesem Verlangen statt zu geben; es wäre absurd, dem Empfänger des Theils zu versagen, was dem Empfänger des Ganzen gestattet ist: das Recht

²⁵ Hiernach hätten wir hier gerade das Gegentheil von dem nach der gewöhnlichen Meinung bei den römischen Innominatkontrakten geltenden Rechte, nach welchem bis zur gegenseitigen Erfüllung der Geber zwischen der *condictio ob causam dati* auf Rückgabe und der *actio praescriptis verbis* auf Erfüllung die Wahl hatte. Indessen ist es noch zweifelhaft, ob das *jus poenitendi* unbedingt statt hatte. Vgl. G. Haffe in Rheim. Mus. für Jurispr. VI. S. 49 flg.

sich durch Erfüllung des Gegenversprechens von der Rückgabe des Empfangenen zu befreien. Man darf wohl auf den Grund dieses Schlusses a majori ad minus und der §. 176., 178., 184. citt. den §. 161. restringirend erklären, indem erst dadurch Harmonie in die betreffenden Bestimmungen gebracht wird. Doch wäre eine ausdrückliche gesetzliche Erklärung darüber wünschenswerth. Von selbst ergäbe sich hieraus ferner noch, daß, wenn der eine Contrahent vollständig, der andere zum Theil erfüllt hat, der letzte den Vertrag nicht mehr rückgängig machen kann, wenn der erste auf vollständige Erfüllung Verzicht leistet.

Ein anderer Punkt, der hier noch zu berücksichtigen wäre, ist dieser: Wenn derjenige, welcher vollständig erfüllt hat, nicht vom Vertrage abgehen kann, so müßte ihm doch zu seiner Sicherheit jederzeit gestattet sein, entweder nachträgliche schriftliche Abfassung des mündlichen Vertrags oder Rückgabe des Geleisteten zu fordern. Denn wenn etwa die Erfüllung des Gegenversprechens vertragsmäßig erst später erfolgen soll, so kann die Klage auf Rückgabe oder Erfüllung nicht vor diesem Zeitpunkte angestellt werden, indem erst dann von einer Weigerung der Erfüllung die Rede sein kann, es würde also der Geber so lange in der Ungewißheit bleiben, was ihm zu Theil werde, und während dieser Zeit könnte ihm auch die künftige Rückforderung des Gegebenen durch mancherlei Umstände leicht gefährdet und erschwert werden. Das Rescript von 1781 hatte diesen Fall vorgesehen, indem es den Geber für berechtigt erklärte, entweder Perfection des Contracts durch nachträgliche schriftliche Abfassung oder Rückgabe des Empfangenen zu fordern. Auch würde ich nach dem Landrecht unbedenklich diese Klage gestatten, indem die Weigerung nachträglicher schriftlicher Abfassung des Vertrags, dessen Erfüllung erst späterhin erfolgen soll, schon eine Unredlichkeit enthält, welche die moralische Verbindlichkeit, dem Empfänger das geleistete zu lassen, aufhebt; aber in einem Gesetzbuch, welches mit solcher Aengstlichkeit die Veranlassungen zur Anwendung freier Interpretation des Richters abzuwehren sucht, wie das preussische Landrecht, müßte man nach dem entwickelten Zusammenhang wohl eine ausdrückliche Bestimmung hierüber erwarten.

Die Art der Zurückerstattung des Empfangenen ist übrigens nach Verschiedenheit der Fälle in den §§. 158—164. klar genug näher bestimmt²⁶. Es liegt dabei die Absicht zum Grunde, den, welcher den Vertrag zu halten bereit ist, wegen des bereits geleisteten vollkommen

²⁶ Vgl. Bielitz ad h. l. und Bornemann S. 271 flg. der 1. Aufl. S. 275 flg. der 2. Aufl.

schadlos zu halten oder in den vorigen Stand wieder einzusetzen; demjenigen aber, welcher durch seine Weigerung zu erfüllen das Geschäft rückgängig macht, nur die dem andern Contrahenten durch seine Leistungen zu Theil gewordene Bereicherung ohne alle Beschwerde desselben wieder zu verschaffen.

Nach diesen Grundsätzen nun versteht sich von selbst, was in Th. I. Tit. 11. §. 727. noch ausdrücklich bestimmt ist, daß man durch den bloßen Empfang des Darlehns auch ohne schriftlichen Vertrag zur Rückgabe verpflichtet werde. Eben so ist ihnen angemessen die Bestimmung in Tit. 5. §. 144. und Tit. 14. §. 10., wodurch die im Edict und selbst noch im Entw. l. c. §. 109. auf depositum miserabile beschränkte Ausnahme auf jeden Verwahrungsvertrag ausgedehnt wird, obgleich diese Bestimmung sich nicht von selbst unmittelbar aus jenen Grundsätzen ergibt, weil der Empfang der aufzubewahrenden Sache in keiner Weise als Erfüllung anzusehen, und die bloße Pflicht der Rückgabe noch nicht mit der vollen Verbindlichkeit zur Verwahrung identisch ist. Nach dem Edict von 1770 entstand aus dem gewöhnlichen depositum einer Sache von mehr als 50 Thaler Werth ohne schriftlichen Vertrag gar keine Verbindlichkeit, die Sache aufzubewahren und unverletzt zurückzugeben, sondern allein die Eigenthumsklage gegen den Deposititar konnte dem Verwahrenenden helfen. Gleich dem Darlehn und Depositum muß auch pignus und commodatum immer ohne schriftlichen Vertrag die Verbindlichkeit zur Rückgabe begründen²⁷.

§. 5.

In dem zweiten Hauptfall, wenn der mündliche Vertrag Handlungen im Hauptgegenstande gehabt hat, stellen die §§. 165—167. folgende Regeln auf: Sind die Handlungen sämmtlich geleistet worden, so soll die Vergütung nach der mündlichen Abrede erfolgen; sind sie nur zum Theil geleistet und der Verpflichtete will nicht vollständig erfüllen, so kann der Berechtigte von der mündlich verabredeten Vergütung so viel abziehen, als nothwendig ist, sich die noch rückständigen Leistungen zu verschaffen, und wenn endlich der Berechtigte die Leistung der rückständigen Handlungen nicht annehmen will, so soll der Werth der geleisteten nach den Gesetzen ausgemittelt und vergütet werden. Diese Bestimmungen lassen aber mancherlei Zweifeln Raum. Sehr zweifelhaft ist es gleich der Sinn der ersten Bestimmung (§. 165.). Soll hier nach der andere Contrahent zur Erfüllung jeder versprochenen Gegenleistung angehalten werden? oder was ist unter der Vergütung zu ver-

²⁷ Thl. 1. Tit. 20. §§. 94. 159. Tit. 21. §§. 229 flg.

stehen? Nach der Regel des §. 156. (wo die Worte „das Erhaltene zurückzugeben oder zu vergüten“, auch auf geleistete Handlungen bezogen werden könnten), und nach Analogie der näheren Bestimmungen dieser Regel in Beziehung auf Sachen, müßte auch dann, wenn alle Handlungen geleistet sind, dem Empfänger noch freistehen, die Erfüllung seinerseits zu verweigern, und nur den Werth der ihm geleisteten Handlungen zu ersetzen²⁸. Indessen soll auch für eine Sache, wenn sie nicht in natura restituirt werden kann, nach §. 159. zunächst der mündlich verabredete Werth ersetzt werden. Darnach hätte denn auch in Beziehung auf Sachen das Gesetz bestimmen können, daß deren Vergütung nach der mündlichen Abrede erfolgen soll. Aber dort ist die Bestimmung auf den Fall beschränkt, wenn ein bestimmter Geldwerth verabredet ist, es sei nun, daß dieser die eigentliche Gegenleistung ausmachen sollte, oder nur für den Fall der Nichterfüllung als Gegenstand der Vergütung voraus bestimmt war. Es fragt sich also, ob auch in §. 165. nur an solchen Fall gedacht sei, oder ob darin dem Empfänger der sämmtlichen versprochenen Handlungen schlechthin die Erfüllung der Gegenleistung aufgelegt werde? Das letzte könnte darin seinen Grund haben, daß ein bestimmter Geldwerth geleisteter Handlungen oft schwer, oft gar nicht auszumitteln ist, und daher der Werth derselben in jedem einzelnen Fall in die Erfüllung der versprochenen Gegenleistung gesetzt werden soll²⁹. So ist auch im Entw. zum allgem. Gesetzb. l. c. §. 122. deutlich ausgesprochen worden: „Ist auf Rechnung eines mündlichen Contracts eine Handlung geleistet worden, so muß auch der Contract auf der andern Seite erfüllet werden“. Allein wie die betreffenden Bestimmungen im Landrecht vor uns liegen, ist die Sache viel zweifelhafter, und gerade um so mehr, weil darin der §. 122. cit. des Entw. absichtlich verändert worden ist. Es hat allerdings sehr den Anschein, wie Siewert annimmt³⁰, als habe hierbei der Verf. nur den Fall vor Augen gehabt, wenn auf der einen Seite Handlungen als Hauptgegenstand des Vertrags, auf der andern als Vergütung dafür Geld versprochen worden. Darauf scheint der Ausdruck Vergütung zu deuten,

²⁸ Siewert's Materialien l. c. S. 141. „denn die dritte Alternative (sic) zurückgeben, ist bei Handlungen nicht oft möglich“. Sie ist nie möglich, indem das Wiederleisten eines facere nie ein eigentliches Zurückgeben ist.

²⁹ Eine gleiche Ansicht liegt zum Grunde, wenn römische Juristen bei der praescriptis verbis actio das Interesse des Klägers wegen Erfüllung eines versprochenen facere wenigstens so hoch schätzen, als er selbst seinerseits für dieses Versprechen aufgeopfert hat: Paul. in L. 5. §. ult. D. de praescript. verb. ubi de faciendo ab utroque convenit — necessario sequitur, ut ejus fiat condemnatio, quanti interest mea servum habere quem manumisi.

³⁰ Materialien l. c. S. 144. besonders wegen der Ausdrücke Verpflichteter und Berechtigter.

wie er in manchen andern Stellen des Landrechts genommen wird, besonders aber der Inhalt des §. 166., welcher bei theilweiser Erfüllung das Recht gibt, von der versprochenen Vergütung etwas abzuziehen, was sich doch nur schwer oder gar nicht denken läßt, wenn die versprochene Gegenleistung in Sachen (die nicht bloß nach der Quantität gemessen werden) oder in Handlungen besteht. Dann aber schiene das Gesetz aller Bestimmung für den Fall zu ermangeln, wenn Sachen gegen Handlungen, oder Handlungen gegen Handlungen, oder eins und das andere gegen einander versprochen wären. Z. B. es unterrichtet Jemand einen Andern unentgeltlich in einem Gewerbe, einer Kunst oder Wissenschaft, und dieser verspricht dagegen, nachher die erlernte Fertigkeit während einer gewissen Zeit unentgeltlich zum Vortheil oder im Dienste des Lehrers auszuüben, weigert sich aber nach Beendigung der Unterrichtsjahre sein Versprechen zu erfüllen. Soll nun der Wortbrüchige etwa mit Beziehung auf §. 168., weil das Gesetz keine Bestimmung darüber enthalte, zu gar keiner Vergütung angehalten werden? oder soll man ihn nach der Consequenz des §. 156. und der Analogie des §. 160. zu Vergütung des gesetzlich zu ermittelnden Werthes des Unterrichts schuldig halten? oder soll gegen ihn nach §. 165., indem man Vergütung nach der mündlichen Abrede für gleichbedeutend mit der Erfüllung des Gegenversprechens nimmt, die Klage auf Erfüllung gestattet werden? So viel ist gewiß, daß nur eine der beiden letzten Alternativen mit dem Geiste des Landrechts verträglich ist, als welches unbillige Verkürzung des einen Theils und unredlichen Vortheil des andern durchaus nicht begünstigen will. Grävell und Bielitz nehmen die letzte an, und allerdings kann auch wohl der Ausdruck Vergütung auf jede Gegenleistung bezogen werden; der Gesetzgeber könnte ihn hier dem bestimmteren Erfüllung vorgezogen haben, weil er den Gesichtspunkt festhalten wollte, daß die Gegenleistung bloß als Vergütung der früher geleisteten Handlungen, nicht vermöge einer Wirksamkeit des mündlichen Versprechens an sich gefordert werden könne. Leider aber bleibt darnach immer eine Lücke für den Fall des §. 166. Denn die Bestimmung dieses §. ist, wie auch Bielitz einräumt³¹, durchaus unanwendbar, wenn die Handlung von keinem andern geleistet werden kann, oder die Leistung und Gegenleistung in einer Unterlassung besteht. Am meisten befriedigend und consequent scheint mir daher die Annahme, daß §. 165.

³¹ Daß der §. sehr gewinne, wenn man mit Bielitz zu dem Worte abziehen hinzusetzt und innehalten, setze ich nicht ein. Es ist klar, daß auch darnach die Anwendung des §. immer ihre Schwierigkeiten hat, wenn z. B. eine untheilbare Sache als Vergütung für die Handlungen versprochen ist.

und 166. nur von dem Fall, wenn eine Geldvergütung versprochen worden, zu verstehen, in allen andern Fällen aber der Grundsatz des §. 155. 156. consequent anzuwenden sei, wie dieß von Bornemann S. 282. der 1. Aufl., S. 286. der 2. Aufl. fg. sehr überzeugend dargethan wird. Man wird also nach dem Geiste des Landrechts in diesen Fällen dem einen Contrahenten nicht das Interesse, welches er bei Erfüllung der versprochenen Handlungen hat, zusprechen können, sondern nur darauf bedacht sein müssen, daß derjenige, der zur Auflösung des Geschäfts nicht die Veranlassung gibt, wegen seiner Leistungen durchaus schadlos gehalten wird; der andere aber, welcher nicht vollständig erfüllen will, nur so viel vergütet bekommt, als jenem die ihm geleisteten Handlungen werth sind.

§. 6.

Bedenklich ist es übrigens bei der Zweifelhaftigkeit der berührten Rechtsfragen, daß in §. 168. das Landrecht noch die Bestimmung folgen läßt: „Uebrigens finden aus einem bloß mündlichen Vertrage, wegen der von dem einen oder andern Theile verweigerten Erfüllung, keine Forderungen von Entschädigungen oder Interesse statt“. Nach unserer Meinung zwar hat dieser §. keine andere Bedeutung, als daß außer der in den vorhergehenden §§. normirten Zurücknahme oder angemessenen Vergütung des Geleisteten keine Forderungen von Entschädigung, z. B. wegen erlittener Nachtheile durch Handlungen, die man etwa im Vertrauen auf den mündlichen Vertrag, bei ausbleibender Erfüllung desselben zu seinem Schaden, unternommen hat, oder wegen entgangenen Gewinns u. s. w. zugelassen werden sollen. Wie leicht aber bei der Unklarheit und Mangelhaftigkeit der vorhergehenden Bestimmungen der §. 168. selbst zur Abweisung offenbar billiger Forderungen veranlassen kann, dafür will ich aus meiner Erfahrung ein Beispiel anführen, das auffallend genug ist. Ein Meister hatte mit einer Mutter mündlich den Vertrag geschlossen, daß ihr Sohn drei Jahre lang ohne Lohn bei ihm eintreten, dafür aber weder Lehr- noch Kostgeld zahlen sollte. Schon nach Ablauf eines Jahres aber, noch vor Beendigung der gewöhnlichen Lehrzeit, nahm die Mutter den Sohn wieder weg. Der Meister klagte daher auf eine Entschädigungssumme für Beköstigung und Lehrgeld des Lehrlings, welche nicht 50 Thlr. betrug; er wurde aber unter Berufung auf §. 168. cit. mit jedem Anspruche auf Vergütung abgewiesen, weil der Vertrag nicht schriftlich errichtet worden sei, die Beköstigung aber auf drei Jahre berechnet mit Inbegriff des Lehrgeldes (was zusammen genommen als die mündlich versprochene Leistung des einen Contrahenten

angesehen wurde) die Summe von 50 Thlr. übersteige. Gewiß war diese Entscheidung dem Geiste des Landrechts zuwider. Auch scheint sie mir selbst nach ängstlich buchstäblicher Auslegung inconsequent; denn wenn die Leistung des einen Theils in dem Unterricht und der dreijährigen Beköstigung bestand, und nun der andere Theil schon nach Ablauf eines Jahres den Vertrag ferner zu erfüllen sich weigerte, so konnte unbedenklich der §. 167. zur Anwendung gebracht werden, wonach derjenige, welcher die Leistung der noch rückständigen Handlungen nicht annehmen will, den Werth der geleisteten vergüten soll. Aber es läßt sich nach diesem Beispiel denken, wie oft billige Forderungen von strengen oder ängstlichen oder trägen Richtern abgewiesen werden mögen, wo der anzuwendende gesetzliche Grundsatz weniger klar vorliegt.

§. 7.

Ist der mündliche Vertrag von beiden Seiten vollständig erfüllt, so kann das solchergestalt abgemachte Geschäft unter dem Vorwande des fehlenden schriftlichen Contracts auf keine Weise mehr angefochten und rückgängig gemacht werden³². Dieß ergibt sich mit Nothwendigkeit aus den bisher erörterten Bestimmungen, und es kann dagegen auch das Wörtchen sogleich in dem §. 146. h. t. kein Bedenken erregen. Die Fassung dieses §. erklärt sich daraus, daß an diesem Orte (§§. 144 u. fg.) von den Verträgen die Rede ist, welche einer schriftlichen Abfassung nicht bedürfen: worunter nach dem Vorgange des Edicts §. 4. auch diejenigen genannt werden, welche sofort bei der Abschließung von beiden Theilen erfüllt werden, weil diese in keinem Zeitpunkte wegen Mangels der Form ungiltig sind. Die Verfasser des Landrechts haben es aber nach den weitem Bestimmungen für überflüssig gehalten, noch besonders auszusprechen, daß auch die späterhin von beiden Theilen vollständig erfüllten Verträge nicht mehr angefochten werden können³³; wie dieses im Edict §. 6. a. C. noch bestimmt ausgesprochen wird, und dort auch wohl geschehen mußte. Doch würde ich es angemessener finden, dem §. 146. mit Weglassung des Wörtchens sogleich seinen Platz hinter dem §. 164. oder 168. anzuweisen, indem darnach das, was er in seiner jetzigen

³² „Wenn ein Vertrag über bewegliche Sachen von beiden Theilen sogleich erfüllt wird, so kann zur Anfechtung eines solchergestalt abgemachten Geschäfts der Mangel eines schriftlichen Vertrags nicht vorgeschützt werden.“

³³ Dieß gibt denn auch rückwärts noch ein Argument für die Richtigkeit der oben S. 191. fg. vertheidigten Meinung. Bornemann S. 270. (274.) begründet die allgemeinere Anwendung des §. 146. so: Da der bloß mündlich geschlossene Vertrag noch gar keine verbindliche Kraft habe, also bis zu der beiderseitigen Erfüllung ein Vertragsverhältniß zwischen den Contractanten noch gar nicht vorhanden sei, so sei jeder mündlich abgeschlossene und demnächst beiderseitig erfüllte Vertrag als ein solcher zu betrachten, welcher mit dem Abschlusse sogleich erfüllt und abgemacht sei.

Stellung und Fassung ausfragt, auch nach der strengsten Interpretation sich ganz von selbst ergäbe. Daß der §. bloß von beweglichen Sachen spricht, erklärt sich einfach durch die Vergleichung von Tit. 5. §. 135. Tit. 10. §. 15—20. Tit. 21. §§. 233., 269., 402., 406³⁴.

Aus dem Obigen ergibt sich endlich von selbst, daß einseitige Versprechungen durch die Erfüllung immer unwiderruflich werden und auch die theilweise Erfüllung eines einseitigen Versprechens nicht zurückgenommen werden kann. Entsayungen und Verzichtleistungen über 50 Thlr. erfordern aber immer schriftliche Urkunde, weil von Seiten des Entsayenden der Vertrag nicht eher erfüllt ist, als bis ihm das entsagte Recht nicht mehr zusteht, also bis er demselben auf rechtsgiltige Art, d. i. schriftlich, entsagt hat³⁵.

§. 8.

Die bisherige Erörterung hat ergeben, daß in den betreffenden §§. des allgemeinen Landrechts, wenn dessen Bestimmungen im Wesentlichen beibehalten werden sollen, theils zur Vollständigkeit, theils zur Deutlichkeit noch manches zu wünschen bleibt. Vielleicht wäre es hier, wie in manchen andern Stellen des Landrechts, für Verbesserung zu achten, wenn es sich auf Feststellung eines allgemeinen sicher leitenden und erschöpfenden Grundsatzes über die Folgen vernachlässigter schriftlicher Errichtung der Verträge beschränkte, und dessen consequente Ausführung der Wissenschaft und Praxis überließe.

Aber vielleicht sind wesentlichere Veränderungen in den Vorschriften des preussischen Landrechts über die Form der Verträge wünschenswerth. Ich habe nichts dagegen zu erinnern, daß man bei einzelnen Arten der Verträge oder bei Verträgen über gewisse Gegenstände schriftliche Abfassung selbst unter dem Präjudiz völliger Nichtigkeit erfordere, wie wir denn dafür in den meisten Gesetzgebungen Beispiele finden. Aber ich gestehe, daß ich eine Verordnung, wodurch in so großer Ausdehnung, wie im preussischen Rechte der Fall ist, die Giltigkeit der Verträge von schriftlicher Errichtung derselben abhängig gemacht wird, nicht für zweckmäßig erkennen kann, und eine Abänderung des preussischen Rechts in diesem Punkte mir eine bedeutende Verbesserung zu sein schiene. Die Bestimmungen desselben erreichen nur unvollkommen den Zweck, auf den sie gerichtet sind, und geben selbst häufig zu verwickelten Prozessen Veranlassung; denn die Entschädigungsprozesse wegen Auflösung eines zum

³⁴ Vgl. Bornemann S. 289. 290. (293—295.)

³⁵ Tit. 5. §. 134. Tit. 16. §. 387. Vgl. Fülleborn in Simon's und v. Strampf's Zeitschrift I. S. 50 ff.

Theil erfüllten Geschäfts gehören oft zu den verwickeltesten; es könnte aber jener Zweck wohl eben so sicher auf andere Weise erreicht werden, ohne daß es einer den Verkehr so sehr beschränkenden und die Begriffe von Treu und Glauben verlegenden Vorschrift bedürfte. Es scheint mir in der That das preussische Recht über Verträge in mancher Beziehung dem praktischen Lebensverkehr weniger zu entsprechen, als die Theorie des reinen römischen Rechts mit ihrem Grundsatz: *ex pacto non nasci actionem*. Man bedenke nur, daß (abgesehen von den Realcontracten) bei den vier wichtigsten und häufigsten obligatorischen Rechtsgeschäften (*emptio venditio, locatio conductio, mandatam, societas*) Stipulation nicht erforderlich war, um Klagbarkeit derselben zu begründen, und daß bei anderen zweiseitigen Verträgen (*do, facio, ut des, facias*) die Erfüllung der vertragsmäßigen Leistung von der einen Seite das Recht gab, auch von der andern Seite Erfüllung der Gegenleistung zu fordern. Das preussische Recht dagegen beschränkt zwar die Vorschrift der besondern Form auf Verträge über Gegenstände von gewissem Werthe, bei welchem man freilich schon eher verlangen und erwarten kann, daß die Contrahenten auch eine umständlichere sichernde Form nicht vernachlässigen; aber es fordert auch diese Form bei Verträgen jeder Art, sofern ihr Gegenstand den Werth von 50 Thlr. übersteigt, und darnach möchte wohl die Vorschrift des preussischen Rechts auf eine bei weitem größere Zahl der wirklich vorkommenden Verträge sich erstrecken, als die Nothwendigkeit der Stipulation nach römischem Rechte. Ferner war die römische Stipulation eine so einfache und bei allen persönlich abgeschlossenen Rechtsgeschäften so leicht zu beobachtende, an die gegenseitigen Willenserklärungen über den einzugehenden Vertrag so leicht sich anknüpfende Handlung, daß sie fast nur als der wirkliche Abschluß des Geschäfts erschien, und daß man da, wo diese Form als Volksgebrauch hergebracht war, im Fall der Nichtbeobachtung derselben füglich annehmen konnte, entweder daß noch gar kein giltiger Vertrag zu Stande gekommen sei, oder wenigstens daß der Versprechende sich nicht der Gefahr, durch richterlichen Zwang zur Erfüllung angehalten zu werden, habe aussetzen wollen³⁶. Es konnte hierbei auch nicht im Geringsten als Zeichen des Mißtrauens in die Redlichkeit des andern angesehen werden, wenn man am Ende einer Vertragsverhandlung die solenne Frage stellte: *Spondes?* eben so wenig, als wenn wir einen Vertrag

³⁶ Darin freilich war die Stipulation sehr beschränkend, daß sie immer persönliche Gegenwart der Contrahenten voraussetzte, während schriftliche Verträge auch unter Abwesenden möglich sind, und namentlich nach allgem. Landrechte § 142. h. t. die geführte Korrespondenz die Stelle des schriftlichen Vertrages vertritt.

mit den gewöhnlichen Redensarten schließen: „Also es ist ein Wort?“ und ähnliche, oder wenn wir uns ein Versprechen nach deutscher Sitte durch Handschlag bekräftigen lassen. Schriftliche Abfassung dagegen ist in vielen Fällen nicht ohne Beschwerde sofort mit der Abschließung des Vertrags zu verbinden, und häufig, namentlich wenn der Vertrag augenblickliche Erfüllung von der einen Seite erheischt, wo die Mittel und die Zeit zu schriftlichem Vertrage fehlen, gar nicht möglich; und diese Fälle sind durch die gesetzlichen Ausnahmen keineswegs hinreichend vorgesehen. Und auch unter Umständen, unter denen die Form leicht zu beobachten wäre, wird sie dennoch, wie eine fünfzigjährige Erfahrung gelehrt hat, in sehr vielen Fällen, besonders auf dem Lande, nicht beobachtet, und zwar oft gerade dann nicht, wenn die Contrahenten im besten klarsten Einverständniß mit einander sind.

Bei Rechtsgeschäften, deren Erfolg erst nach geraumer Zeit eintreten oder auf längere Zeit sich erstrecken soll, sehen sich die Contrahenten wohl vor, um Irrungen unter sich selbst oder ihren Successoren vorzubeugen. Soll aber einem Vertrage schon bald die Erfüllung folgen, so vermeidet man leicht einander vertrauend eine umständliche Form und scheut sich auch wohl ein Mißtrauen gegen den andern dadurch an den Tag zu legen, daß man sich sofort des Beweismittels gegen ihn versichern will. So wird denn durch diese Vorschrift häufig der Redliche, der sich an sein Versprechen gebunden hält, betrogen und um so leichter, als ihm selbst die Erfüllung von seiner Seite noch kein Recht auf gegenseitige Erfüllung, sondern nur auf nicht selten schwierig zu ermittelnde Entschädigung gibt³⁷. Endlich kann aber auch gerade die Beschränkung der gesetzlichen Vorschrift auf Verträge über eine gewisse Summe von nachtheiligen Folgen sein; denn wie oft ist es nicht sofort einleuchtend, daß der Gegenstand des Vertrags den Werth von 50 Thlr. übersteige? wie leicht kann dieß, wenn Sachen oder Handlungen oder Beides zusammen Gegenstand des Vertrags sind, übersehen werden³⁸ und können daher die Contrahenten glauben mit einem mündlichen Vertrage auszureichen, wo sich nachher ergibt, daß sie hätten schriftlich contrahiren sollen?

Diese Uebelstände nun würden größtentheils vermieden und dennoch der Zweck des Gesetzes eben so gut erreicht werden, wenn das Landrecht

³⁷ Aus solchen Gründen hat auch wohl Justinian es vermieden, anstatt der Stipulation die schriftliche Abfassung der Verträge zur Bedingung ihrer Gültigkeit zu machen, obgleich er in mehreren Stellen großes Gewicht auf schriftliche Urkunden legt, und dem Zeugenbeweise sehr abhold ist. L. 48. Cod. de testibus. und L. 14. Cod. de contrah. stipulat. vgl. Nov. 73. — Marejoll in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß III. S. 274 flg.

³⁸ Vgl. z. B. den oben S. 204. erwähnten Fall.

nicht die Gültigkeit des Vertrags, sondern nur den Beweis desselben durch schriftliche Abfassung bedingt hätte. Daß der Beklagte den vollkommen abgeschlossenen mündlichen Vertrag eingestehen und dennoch Erfüllung desselben verweigern kann, ist ein gehässiges dem allgemeinen Rechtsgefühl, das man eher pflegen als untergraben soll, anstößiges Recht; es scheint dadurch die Wortbrüchigkeit gewissermaßen legalisirt, denn das Gesetz berechtigt ja, den Vertrag nicht zu halten. Für den einzelnen Fall ist hier offenbar kein Grund vorhanden, den Vertrag nicht zu achten; denn eine größere Gewißheit über die Abschließung und den Inhalt des Vertrags, wie durch Zugeständniß des Verpflichteten, kann man durch den Urkundenbeweis nicht erlangen, der vielmehr, wie Justinian in nov. 74. richtig bemerkt, auch oft seine Bedenkllichkeiten und Schwierigkeiten hat. Will man aber durch die allgemeine Bestimmung dahin wirken, daß die Verträge so viel möglich schriftlich errichtet werden, so wird die Bestimmung, daß nur Beweis durch schriftliche Urkunde zugelassen werde, eben so wirksam sein. Man achte also den Vertrag, welcher durch Zugeständniß der Contrahenten vollkommen klar vorliegt; um aber im einzelnen Falle unsichere Beweise auszuschließen und im Allgemeinen schriftliche Errichtung der Verträge zu befördern, bestimme das Gesetz, daß, wofern ihr Gegenstand einen gewissen Werth übersteige, der Zeugenbeweis ausgeschlossen³⁹, oder noch strenger, daß außer dem gerichtlichen Zugeständniß des Verpflichteten kein anderer Beweis, als durch schriftliche Urkunde über den Vertrag, zugelassen werde. So empfehlen sich also als zweckmäßiger die Bestimmungen des französischen Civilgesetzbuches art. 1341 u. fg., in welchen im Wesentlichen die Grundsätze älterer Ordonnanzen von 1566 und 1667, nur mit einzelnen Modifikationen, aufgenommen sind⁴⁰. Der Code schließt nämlich bei allen Forderungen aus Verträgen⁴¹, deren Gegenstand die Summe oder den Werth von 150 Fr. übersteigt, den Zeugenbeweis völlig aus, oder fordert wenigstens als Grundlage des Beweises eine schriftliche Urkunde, un commencement de preuve par écrit (d. i. tout acte par écrit, qui est émané de celui, contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué. art. 1347); ausgenommen, wenn es dem Gläubiger nicht möglich war, sich ein Dokument über die contrahirte Schuldforderung

³⁹ Diesen auszuschließen wird in dem Rescript vom 14. Januar 1771 und in der Einleitung zum Edict von 1770 selbst als der Hauptzweck dieses Gesetzes angegeben.

⁴⁰ Vgl. vorzüglich Touillier droit civil français tom. IX. p. 15 seq.

⁴¹ Bei Obligationen, qui naissent des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits, findet die Regel nicht statt. art. 1348.

falsches Zeugniß in Schaden gebracht werden. Und hatte doch das ältere deutsche Recht den Grundsatz, daß man nur durch Zugeständniß eines Vertrages überwiesen werden, durch seinen Eidswur aber die Existenz desselben unwiderleglich abläugnen konnte, wenn er nicht gerichtlich abgeschlossen war; in welchem Falle das Längnen des Beklagten durch das Zeugniß des Gerichts überwogen wurde.

7.

Ueber systematische Darstellung des österreichischen Privatrechts.

a) Anzeige des Systems des allgemeinen österreichischen Privatrechts von Dr. Joseph Unger. Erster Band. Leipzig 1855. *

Die Gerichtszeitung will sich nicht darauf beschränken, dem weiten Kreise ihrer Leser durch Mittheilung merkwürdiger Rechtsfälle und lehrreicher Erfahrungen aus dem Gebiete der gerichtlichen Praxis nützlich zu sein; sie macht es sich auch zur Pflicht, dieselben auf die Strebungen der Zeit in der Rechtswissenschaft hinzuweisen, auf hervorragende Leistungen in wissenschaftlicher Bearbeitung namentlich unseres österreichischen Rechts aufmerksam zu machen und über deren allgemeine Bedeutung oder einzelne richtigere Ergebnisse aufzuklären, hoffend, damit dem Bedürfniß einer großen Anzahl von Praktikern entgegenzukommen, die nicht bloß maschinenmäßig den täglichen Anforderungen des Dienstes nothdürftig zu entsprechen sich begnügen, sondern auch von den Fortschritten der Wissenschaft wenigstens übersichtliche Kunde sich erhalten möchten, aber nicht in der Lage sind, darin sich selbst genauer orientiren und viel Zeit darauf verwenden zu können. Von dieser Absicht geleitet, darf die Gerichtszeitung nicht unterlassen, das in der Ueberschrift angegebene Werk zu besprechen, von dem man ohne Uebertreibung sagen kann, daß es, in gleichem Geiste wie es begonnen, fortgesetzt, in der Literaturgeschichte des österreichischen bürgerlichen Rechts Epoche machen werde.

Nachdem das bürgerliche Gesetzbuch im Jahre 1811 publicirt worden, war es natürlich, daß man vor Allem einer möglichst erschöpfenden und ins Einzelne eingehenden exegetischen Bearbeitung desselben sich zuwandte, dessen Paragraphen nach ihrem Context und ihrer Reihenfolge ausführ-

* Zu der österreichischen Gerichtszeitung Jahrg. 1856. Nr. 55.

licher zu erläutern und deren Inhalt mit seinen Consequenzen für die praktische Anwendung auseinander zu setzen beflissen war. Das ist denn bekanntlich in reichlichem Maße geschehen. Dabei lag aber die Gefahr nahe, das Gesetzbuch als ein wesentlich neues Product zu betrachten, das nunmehr selbständig lediglich aus sich selbst zu erklären sei, was zur Vernachlässigung des Studiums der materiellen historischen Grundlagen der Gesetzgebung, des Bodens, aus dem sie hervorgegangen, führen konnte, obwohl es selbst einfacher Verstandesreflexion einleuchten sollte, daß dieses für gründliche Erkenntniß des Erzeugnisses von eingreifender Wichtigkeit sein müsse. Damit verband sich die andere Gefahr, daß man bei der den einzelnen Paragraphen folgenden Auslegung zu sehr in den Fesseln des Gesetzeswortes befangen blieb, und vorherrschend einer nur an diesen haftenden Interpretation huldigte, die leicht wohl gar bis zur Silbenstecherei übertrieben wird, mit Beeinträchtigung des zu gründlicher Rechtserkenntniß durchaus erforderlichen Bestrebens, aus dem inneren Zusammenhange des ganzen Systems und der einzelnen Rechtsinstitute heraus, die Lehren des Privatrechtes wissenschaftlich zu construiren. Daß diese Gefahren in der neueren österreichischen Jurisprudenz nicht ganz vermieden worden, ist eine gewiß nicht ohne Grund ziemlich verbreitete Meinung, wie sehr auch das Verdienst jener Bearbeitungen anerkannt, ja sogar dem Versuch, einmal das Gesetzbuch ganz aus sich selbst, so zu sagen: voraussetzungslos, zu erklären, wenn er sich nur nicht für erschöpfend halten wollte, eine gewisse wissenschaftliche Berechtigung zuerkannt werden mag.

Das Gesetzbuch ist in einer Zeit entstanden, in der noch die Ansicht vorherrschte, daß die eigentliche Erzeugerin alles Rechts die Gesetzgebung sei, nur Wenigen noch der Blick für die Auffassung der dem Rechtsleben selbst und den Verhältnissen innewohnenden organischen Gestaltungskraft geöffnet war, in welcher auch noch der Glaube an ein abstraktes sogenanntes Naturrecht von dessen Gehalt und Fruchtbarkeit heutzutage nicht Viele mehr sich große Vorstellungen machen, die Geister beherrschte. Das Gesetzbuch selbst verweist auf dieses Naturrecht als eine Hauptquelle für Gewinnung der etwa nothwendigen Ergänzungen seines Inhalts, obwohl selbst das oberste Princip dieses vermeintlichen Normalrechts streitig war, und, um einen sichern Anhaltspunkt daran zu haben, nothwendig gewesen wäre, daß durch Autorität der Staatsgewalt irgend einem bestimmten System des Naturrechts, der Natur der Sache und dem Wesen der Wissenschaft zuwider, entscheidendes Ansehen beigelegt werde. Auf die Erforschung des bisher geltenden Rechts aber

legte man damals für die Zukunft so wenig Gewicht, daß man dem römischen und gemeinen Rechte nur transitorisch und lediglich aus dem Grunde, weil noch eine Zeit lang nach dem bisherigen Recht zu beurtheilende Fälle vorkommen könnten, eine kümmerliche Pflege zuwenden zu müssen glaubte, alsdann aber dasselbe als unbrauchbar und verwirrend aus dem Rechtsunterricht gänzlich verbannen zu können hoffte. Erwägt man noch dazu den Einfluß einerseits einer gewissen patriotischen Vorliebe, mit welcher sehr Viele das Werk umfaßten, die auch an sich löblich und gerechtfertigt war, da es sich ja wirklich um ein neu-erworbenes Gut von hoher Bedeutung handelte, die aber leicht auch mit einer übermäßigen Empfindlichkeit selbst gegen begründeten Tadel sich paart; andererseits eines bei Manchen, in seltsamem Contrast gegen den Cultus des Naturrechts obwaltenden falschen oder übertriebenen Respekts vor der gesetzgebenden Gewalt, als ob deren höchste Autorität gefährdet würde durch offene wissenschaftlich begründete Darlegung der Mängel und Lücken eines Werkes, das doch wesentlich nur ein von jener genehmigtes Erzeugniß der wissenschaftlichen Thätigkeit einzelner Rechtsgelehrten ist, von dem vernünftiger Weise niemals erwartet oder prädicirt werden kann, daß es, durchaus vollkommen, über die Kritik der Wissenschaft erhaben sei: so ist es sehr begreiflich, daß die literarische Bearbeitung des österreichischen Civilrechts seit Erlassung des bürgerlichen Gesetzbuchs höheren Anforderungen der Wissenschaft und folglich auch des Lebens nicht in erwünschtem Maße entsprechend gefunden wird. Diese kann überall nur gedeihen, wenn sie mit freier Unbefangenheit an ihren Gegenstand herantritt und in der Entwicklung und Darlegung ihrer Ergebnisse durch keine andere Rücksicht als das Interesse der Wahrheit beschränkt und gebunden ist; sie konnte nach der Natur dieses Gegenstandes nicht anders recht fruchtbringend werden, als durch sorgfältige Anknüpfung an das Recht und die Rechtsdoctrin, welche zur Zeit der Entstehung des Gesetzbuches in Geltung waren. Wenn dieß überhaupt von jeder neuen Gesetzgebung gilt, so findet es ganz besonders auf das österreichische Gesetzbuch Anwendung.

Mit klugem Vorbedacht beschränkt sich dieses meistens nur auf die Grundzüge und Hauptbestimmungen der Privatrechtslehren; es ist oft sogar über die Maßen kurz gefaßt; über Manches läßt es eine Bestimmung ganz vermissen. Sein Inhalt ist aber im Ganzen nicht neu; die Verfasser haben aus der Mitte der Jurisprudenz, in deren Besitz sie sich befanden, heraus gearbeitet und größtentheils deren Grundsätze nur in neuer Gesetzesform eingekleidet; und Niemand wird behaupten, daß der

Ausdruck immer vollkommen gelungen sei, wie es denn bekanntlich eine schwere Kunst ist, gesetzgeberischen Gedanken stets den vollkommen entsprechenden Ausdruck zu verleihen. Wie sollte nun jener Inhalt gehörig erfaßt und entwickelt werden können, ohne auf diese Quelle zurückzugehen? Hätten die ersten Commentatoren nicht, wenn auch unbewußt, mit einem Capital von Rechtskenntniß, das sie zur Erklärung des Gesetzbuches schon mitbrachten oder selbst bei dessen Ausarbeitung verwendet hatten, operirt, so würde diese gewiß äußerst dürftig ausgefallen sein. Aber es war immerhin ein Fehler, daß man nicht bewußt und grundsächlich den Zusammenhang mit der gemeinrechtlichen Jurisprudenz pflegte, ein Fehler, welcher zur Folge hatte, daß die außerordentlichen Fortschritte, welche jene in diesem Jahrhundert gemacht hat, für das österreichische Recht lange Zeit fast völlig unbemerkt und ohne Einfluß blieben, und die österreichische Rechtswissenschaft dann ihrerseits auch hinter jenem Aufschwung zurückblieb.

Seit geraumer Zeit ist nun allerdings darin eine langsam aber stetig fortschreitende Wendung zum Besseren bemerkbar geworden. Aber im Ganzen blieb doch die frühere exegetische commentirende Methode, trotzdem, daß man selbst das System des Gesetzbuchs in seiner Grundlage als unbefriedigend erkannte, die herrschende. Und wenn man den Zustand der wissenschaftlichen Ausbildung des österreichischen Civilrechts im Ganzen überblickt, so wird man nicht läugnen können, daß sie z. B. mit dem Reichthum der neueren französischen Rechtsliteratur nicht den Vergleich aushält, daß sie auch hinter der wissenschaftlichen Bearbeitung des preußischen Landrechts und selbst des Particularrechts mancher kleineren deutschen Länder beträchtlich zurückstand. Und den Grund davon erkennt man leicht darin, daß die letzteren, auf der Grundlage des gemeinen Rechts bauend und die Resultate der erfolgreichen neuen Bearbeitung des römischen und deutschen Rechts sich aneignend, mit größerer wissenschaftlicher Freiheit ihren Gegenstand ergreifen und beherrschen und auch eine unabhängige Kritik über denselben zu üben keine Scheu tragen.

Es war daher eine That der Wissenschaft, die man kraft einer Art von Nothwendigkeit von der Gegenwart fordern und erwarten konnte, daß endlich in gleichem Geiste auch eine Bearbeitung des österreichischen bürgerlichen Rechts unternommen werde. Eine solche That ist es, deren Beginn wir in dem oben bezeichneten Buche mit freudiger Anerkennung begrüßen.

Nicht von einem bloßen Umgießen des Stoffes in eine andere Form

ist hier die Rede, sondern von einer selbständigen Darstellung des geltenden Rechts in wissenschaftlichem Geiste, die eben deshalb auch für die Praxis fruchtbringend zu werden nicht verfehlen kann. Die Aufgabe, die sich der Verfasser vorgesetzt, ist groß; die Bedingungen glücklicher Lösung nicht gering. Es gehört dazu eine hingebende Liebe zur Sache und ein frischer Muth, fern von eitler Streit- und Tadelsucht, aber auch dem eignen Urtheil vertrauend und den Kampf nicht scheuend; es gehört dazu eine gründliche Kenntniß der Literatur, sowohl des römischen und deutschen, als insbesondere des österreichischen Rechts, und eine einsichtige und geschickte Verwendung derselben, die Gabe klarer und folgerichtig entwickelnder Darstellung. Alles dieses hat der Verfasser in einem bei einem noch so jungen Gelehrten in der That staunenswerthen Grade bewährt, und es ist nur zu wünschen, daß er mit gleich beharrlichem und erfolgreichem Fleiße das Werk fortführen könne.

Der Verfasser hat diejenige systematische Ordnung adoptirt, welche jetzt in der Darstellung des Pandektenrechts und des deutschen Privatrechts von den Meisten befolgt wird, und die er §. 24. zu rechtfertigen sucht. Hiernach gruppiren sich die einzelnen Lehren des Privatrechts in folgende Haupttheile: 1) das Sachenrecht, die Gesamtheit der Rechtsinstitute, welche sich auf Sachen (im engern und eigentlichen Sinn) beziehen, daher die Lehre von den Sachenrechten im subjectiven Sinn, d. i. den dinglichen Rechten; 2) das Forderungen- oder Obligationenrecht, welches sich auf die bezüglich des Austausches der äußern Güter entstehenden Rechtsverhältnisse unter bestimmten Personen bezieht, daher die Lehre von den Forderungen oder Forderungsrechten im subjectiven Sinne, von den Schuldverhältnissen — diese beiden Theile machen zusammen das allgemeine Vermögensrecht aus; — 3) das Familienrecht oder die Lehre von den Familienverhältnissen, mit Beachtung zugleich der an diese sich anknüpfenden besonderen Gestaltungen vermögensrechtlicher Verhältnisse; und 4) das Erbrecht, ein „successives Vermögensrecht“, die Gesamtheit der auf das Vermögen eines Verstorbenen sich beziehenden Rechtsinstitute. Der Darstellung dieser besonderen Rechtslehren geht aber ein sogenannter allgemeiner Theil voraus, welcher in sechs Abtheilungen zerfällt: 1) das objective Privatrecht, 2) die Lehre von den Personen, 3) die Lehre von den Sachen, 4) die Lehre vom subjectiven Recht, 5) die Lehre von der Entstehung und Endigung der Rechtsverhältnisse und 6) die Lehre vom Schutze der Rechtsverhältnisse. Dieser allgemeine Theil wird zwei Bände ausfüllen; der vorliegende erste Band enthält die vier ersten Abtheilungen desselben, in 14 Capiteln. Die

Methode der Darstellung ist die, daß der Verfasser zunächst die allgemeinen Begriffe und leitenden Gesichtspunkte einer Lehre feststellt, die gemeinrechtliche Doctrin, nach Bedürfniß und nach dem Maße ihrer Wichtigkeit für das Verständniß oder die Würdigung des österreichischen Rechts mehr oder minder ausführlich, und zwar, wo etwas darauf ankommt, mit sorgfältiger Unterscheidung der beiden Hauptelemente des gemeinen Rechts, des römischen und germanischen, und ebenso mit dogmengeschichtlicher Hervorhebung und kritischer Würdigung der zur Zeit der Entstehung des bürgerlichen Gesetzbuchs vorherrschenden Ansichten und Rechtsauffassungen darlegt, sodann daran anknüpfend die Bestimmung des österreichischen Rechts entwickelt und mit bestimmten Resultaten für das geltende Recht abschließt. Dabei ist die Literatur des gemeinen, wie des österreichischen Rechts in einer ebenso maßvollen als umfassenden Weise benützt. Es ist nicht ein prunkender Flitterstaat von literarischen Citaten, dem wir hier begegnen. Man erkennt es deutlich, daß der Verfasser gründlich und umsichtig in die Literatur sich hineingearbeitet hat und dieselbe mit selbständigem Urtheil beherrscht. Er bietet dem Leser meistens eine genügende Zeichnung des gegenwärtigen Standes einer Lehre, um ihn in den Stand zu setzen, die Resultate, welche daraus abgeleitet werden, selbst zu prüfen. So ist das Buch zugleich eine Bereicherung der allgemeinen deutschen Rechtswissenschaft, ebenso wie z. B. Wächter's ausgezeichnetes Handbuch des württemberg'schen Privatrechts und wird so wenig wie dieses in künftigen Bearbeitungen des gemeinen deutschen Rechts ignorirt werden können. Was aber seinen Werth als Bearbeitung des österreichischen Rechts betrifft, so können wir nur dem schon kund gewordenen Urtheil des eben genannten berühmten Rechtsgelehrten beipflichten, daß jedes Partikularrecht sich freuen dürfte, eine so tüchtige Bearbeitung zu erfahren, und glauben, daß kein österreichischer Jurist, der auf den Namen eines wissenschaftlich gebildeten Anspruch macht, dasselbe unbeachtet lassen darf. Ob etwa manche einzelne Resultate mit mehr oder weniger Grund und Erfolg angefochten werden mögen, das kann in diesem allgemeinen Urtheil keine Aenderung bewirken. In manchen Punkten wird vielleicht der Verfasser selbst später als sein Gegner auftreten. Welchen Gewinn aber dasselbe auch für die unmittelbare Anwendung des Rechts biete, das behalten wir uns vor, beispielsweise an einigen einzelnen Erörterungen desselben zu zeigen.

b) Anzeige von Unger's System, zweiter Band. Leipzig 1859. *

Der erste Band dieses Werkes wurde in der Gerichtszeitung vom J. 1855, Nr. 55, als eine sehr bedeutende Erscheinung in der Literatur des österreichischen bürgerlichen Rechts mit freudiger Anerkennung begrüßt. In dem vorliegenden zweiten Bande erscheint nun dasselbe bis zu einem wichtigen Abschnitt fortgeführt, indem darin der allgemeine Theil zum Abschluß gebracht ist. Die Gerichtszeitung will nicht unterlassen, auch diesem noch eine besondere Besprechung zu widmen, wenn gleich dieß nicht mehr nothwendig ist, um die Aufmerksamkeit ihres Leserkreises auf das Werk hinzulenken. Wie vorausgesagt, hat sein wissenschaftlicher Gehalt ihm ohnehin schon überall Beachtung verschafft. Freilich hat es ihm auch nicht an Anfechtungen gefehlt.

Wir wollen nur daran erinnern, wie ein scharfsinniger praktischer Jurist die Aufgabe selbst, die sich der Verfasser gestellt, als eine verfehlt angefochten hat. Berger, in seinen kritischen Beiträgen, bezeichnete diese als „eine sowohl nicht mehr als auch noch nicht zeitgemäße, dem gegenwärtigen Standpunkte der Rechtswissenschaft nicht entsprechende“. Zwar ist Berger nichts weniger als ein Bewunderer der „bisherigen specifisch-österreichischen Jurisprudenz“; er sagt von dieser vielmehr, daß sie, sich selbst überlassen, auf einem auch sonst sandigen wissenschaftlichen Boden verkümmert sei, und nach seiner Ansicht „hatte der österreichische Jurist in naiver Harmlosigkeit seine Sache auf nichts gestellt“. Seine Tendenz geht auf eine Kritik, die eine vollständige Neugestaltung des österreichischen bürgerlichen Rechts und seiner Wissenschaft vorbereiten würde; er will vor Allem „eine kritische Reduction der österreichischen Rechtswissenschaft auf deutsche“: er stimmt also in so weit vollkommen mit Unger überein, welcher in der Vorrede sagt: „es müssen nach allen Seiten hin die Schranken aufgehoben werden, welche bisher die so überaus schädliche Abtrennung unserer Rechtswissenschaft von der gemeinrechtlichen Bearbeitung des Rechts zur Folge hatten; die Schleusen müssen geöffnet werden, um den reichen Stoff deutscher Wissenschaft auf die brach liegenden Fluren der österreichischen Jurisprudenz zu leiten“; daher es fast komisch war, wenn solche, die Unger's Buch als eine Art von Attentat gegen den ruhigen Besitzstand des Selbstgenügens ansahen, an dieser Anfechtung desselben ihre Freude hatten. Aber Berger will eben, anstatt des bisherigen „gläubigen Commentars“, zunächst nur Kritik, kritischen Commentar oder kritische Monographien, keine

* In der österreichischen Gerichtszeitung Jahrg. 1860. Nr. 19.

systematische Darstellung, die nach dem Stande unseres Rechts in befriedigender Weise kaum möglich sei und doch auch wieder einen kritischen Charakter an sich tragen müßte, der Aufgabe der Kritik aber nur unvollkommen genügen könnte. Und gewiß, ein eindringlicher kritischer Commentar des bürgerlichen Gesetzbuches wäre eine sehr zeitgemäße, dankenswerthe Arbeit, eine Arbeit auch von erheblichem legislativem Werthe als Vorbereitung einer durchgreifenden Neubearbeitung des Gesetzbuches, die auf die Dauer doch unvermeidlich werden wird; ebenso unzweifelhaft könnte der Wissenschaft und Fortbildung des österreichischen Rechts ein unschätzbare Dienst geleistet werden durch gründliche, mit kritischem Geiste verfaßte Monographien über einzelne wichtige Lehren, z. B. über Besitz, über dingliche Rechte, oder über das Grundbuchsweisen in seiner civilrechtlichen Bedeutung, über Verjährung u. s. w. Allein deshalb ist nicht minder wünschenswerth der Versuch einer systematischen Darstellung des Rechtes, wie es noch auf lange Zeit hin ohne Zweifel das geltende Recht in Oesterreich sein wird, die dieses in seinen Wurzeln zu erfassen und so weit möglich mit den Resultaten der heutigen Rechtswissenschaft zu befruchten, mit ihrer Fackel zu beleuchten strebt. Sie muß, indem sie keinen Theil unberührt läßt, am vollständigsten, und als systematische Durcharbeitung am wirksamsten den Stoff des Gesetzbuchs gleichsam mit Sauerteig durchdringen und dessen Lücken und Incongruenzen ans Licht stellen, und dadurch auch jenem von Berger erstrebten Ziele wirksam vorarbeiten; sie vermag auch am ersten ein jüngeres Geschlecht von Juristen heranzubilden, die von den jetzt zur Pflicht gemachten gemeinrechtlichen Studien einen wahrhaften Gewinn an juristischer Befähigung ziehen, und sie ist zugleich schon durch ihren Umfang die schwierigere und darum auch dankenswerthere Arbeit, dankenswerth um so mehr, als sich deren Unternehmer von vornherein mit Resignation waffnen muß, daß er nach manchen Seiten hin Anstoß erregen werde, daß er auch in Einzelheiten hin und wieder fehlgreifen oder zu gegründeten Anfechtungen Anlaß geben werde, die leicht dazu dienen können, auf das Ganze einen Schatten zu werfen.

Fragen wir nun, wie der Verfasser bisher seiner Aufgabe entiprochen, so hat sich wohl jetzt schon bewährt, was vor drei Jahren gesagt wurde, daß vielleicht in manchen Punkten der Verfasser selbst als sein Gegner auftreten werde; er hat z. B. seine Theorie über Gesellschaften mit collectiver Personeneinheit, obwohl sie bereits bei Andern Anerkennung gefunden hat, selbst wieder aufgegeben (vgl. die Münchener kritische Ueberschau VI. 9.). Aber wir stehen auch nicht an, im U-

gemeinen den Auspruch zu wiederholen, daß das Werk in gleichem Geiste, wie es begonnen, fortgesetzt, in der Literaturgeschichte des österreichischen bürgerlichen Rechts Epoche machen werde. Ja, wir wagen dieß schon von den erschienenen beiden Bänden zu sagen, wenn auch die Vollendung des Ganzen in gleicher Weise, die nach dem Umfange des Gegenstandes jedenfalls noch geraume Zeit auf sich wird warten lassen, unterbleiben sollte. Es ist dadurch einmal der Anstoß gegeben und der Grund gelegt zu einer solchen Behandlung des österreichischen Privatrechts und vielleicht ist es sogar wünschenswerth, daß der Verfasser selbst jetzt vorerst es unternehme, was in kürzerer Frist möglich, das ganze System in compendiöserer Gestalt zu entwerfen, ehe er zur Vollendung dieses ausführlichen Handbuchs schreitet.

Der Verfasser hat mit seltenem Fleiß und ins Einzelne eingehender Sorgfalt die neuere gemeinrechtliche Literatur der von ihm behandelten Lehren benutzt; die literarischen Nachweisungen sind, so hat man schon von anderer Seite ihm nachgerühmt, „von einer Vollständigkeit, die kaum etwas zu wünschen übrig läßt.“ Daß sich dabei auch in seiner eigenen Darstellung manche Reminiscenzen aus den benutzten Werken Anderer erkennen lassen, mag ihm um so weniger zum Vorwurf gereichen, als er durch die genauesten Anführungen es Jedermann leicht macht, sie zu entdecken. Im Ganzen aber zeigt sich überall eine Sorgfalt der Durcharbeitung und eine Selbständigkeit der Forschung und des Urtheils, die den juristischen Beruf des Verfassers unzweifelhaft bekundet. Vielleicht möchte Mancher, der die zahl- und umfangreichen Anmerkungen unter dem gedrängteren Texte überblickt, ihm den Vorwurf machen, es sei weniger, wie es sich nennt, ein System des österreichischen Privatrechts, als ein gemeinrechtliches Handbuch, in welchem nur vergleichend und kritisirend auch auf das österreichische Recht Rücksicht genommen werde. Aber dieser Vorwurf könnte nur oberflächlicher Anschauung oder abwehrender Bequemlichkeit entstammen. Der Text des Buches enthält wesentlich Grundsätze des österreichischen Rechts, oder die der Verfasser als solche erkennt, sei es in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht oder im Gegensatz gegen dasselbe. Dabei ist sehr zu berücksichtigen, daß dieß der erste Versuch einer solchen Darlegung der allgemeinen Lehren des Privatrechts in der österreichischen Rechtsliteratur ist, daß diese gegenüber dem Systeme und dem allgemeinen Charakter des bürgerlichen Gesetzbuches ihre besondern Schwierigkeiten hatte und der Natur der Sache nach auf dem Boden der allgemeinen Rechtswissenschaft basiren mußte. Mit Umsicht aber zieht der Verfasser Einzelsätze

des Gesetzbuches aus allen Theilen desselben herbei, um seine allgemeinen Grundsätze zu belegen oder sie dadurch zu beleuchten, und gibt dadurch zugleich Zeugniß davon, in welchem Maße er mit dessen Inhalt vertraut ist. Wenn dabei die Bearbeitung des gemeinen Rechts „so sorgfältig und so einsichtig“ genannt werden kann, „daß Niemand, der sich mit der Pflege des gemeinen Rechts beschäftigt, sie wird übersehen dürfen“, und „so ausführlich, daß es dem Verfasser kaum zu verdenken gewesen wäre, wenn er sein Buch als Lehrbuch des österreichischen und gemeinen Rechts bezeichnet hätte“, so könnte das nur, wer noch auf einem bald überwundenen Standpunkte festgebannt steht, dem Werke als einen Mangel vorwerfen, während die Einsichtigen sich freuen werden, die Worte zu lesen, mit welchen ein rüstiger Bearbeiter des gemeinen Rechts seine kurze Anzeige in der Münchener Vierteljahrsschrift I. S. 440 schließt: „In einer Zeit, wo der Gegensatz zwischen Oesterreich und Deutschland so sehr, mit Recht oder Unrecht, betont wird, ist eine Erscheinung wie die vorliegende, doppelt erfreulich. Wenn auf allen andern Gebieten der österreichische Geist sich dem deutschen Geiste eben so rückhaltlos hingäbe, empfangend von ihm und seinerseits zurückgebend, glaubt man, daß dann noch Jemand ein Deutschland ohne Oesterreich wollen würde?“

Was oben von der Schwierigkeit des sogenannten allgemeinen Theils gesagt wurde, gilt in ganz besonderem Maße von dem Inhalte des vorliegenden zweiten Bandes. Nachdem nämlich der erste Band in vier Abtheilungen 1) das objective Privatrecht, 2) die Lehre von den Personen und 3) die von den Sachen, sodann 4) das subjective Privatrecht abgehandelt hatte, beschäftigt sich der zweite Band 5) mit der Lehre von der Entstehung und Endigung der Rechtsverhältnisse (S. 1—322.) und 6) mit dem Schutz der Rechtsverhältnisse (322—698.). Die fünfte Abtheilung enthält die Kap. XV—XX., nämlich 15. von der Entstehung und Endigung der Rechtsverhältnisse im Allgemeinen, 16. von den Handlungen im Allgemeinen, 17. insbesondere von den Rechtsgeschäften, 18. insbesondere von unerlaubten Handlungen, 19. von der Zeit in ihrer Beziehung auf Entstehung und Endigung der Rechtsverhältnisse, 20. von der Entstehung und Endigung der Privilegien. Die sechste Abtheilung bringt dann noch drei Kapitel, nämlich 21. „Der Rechtsschutz im Allgemeinen,“ 22. „Der eigenmächtige Rechtsschutz“ (Selbsthilfe), 23. „Der gerichtliche Rechtsschutz,“ worauf ein Anhang, über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (S. 692—698), den Band und damit den allgemeinen Theil abschließt. Es sind, wie man sieht, höchst wichtige

Dinge, welche hier mit eingehender Ausführlichkeit und Gründlichkeit erörtert werden; im Fortschreiten des Werkes scheint auch der Takt und die Sicherheit der Darstellung fortzuschreiten, und eine ansehnliche Reihe von Fragen auch des österreichischen Rechts ist es, über welche der Verfasser vom Boden des gemeinen Rechts ausgehend helleres Licht verbreitet, für welche er neue Gesichtspunkte aufstellt, berichtigende oder doch sehr beachtenswerthe Ansichten vorbringt, wenn man auch nicht überall dem Verfasser beipflichten wird. Ich hebe aus der fünften Abtheilung nur z. B. hervor die Lehre von der Bedingung und Befristung, von der Schenkung, von unerlaubten Handlungen und von der Zeit, worin auch die allgemeine Lehre von der Verjährung inbegriffen ist. Als besonders verdienstlich ist aber die sechste Abtheilung hervorzuheben; sie würde allein für sich schon eine sehr werthvolle Bereicherung der österr. Rechtsliteratur ausmachen. Bekanntlich hat die Lehre von der gerichtlichen Geltendmachung der Rechte und deren Einfluß auf diese selbst gemeinrechtlich seit drei Decennien zahlreiche und treffliche Bearbeitungen erfahren. In der österr. Jurisprudenz lag dieses Feld noch eigentlich brach. Seine Bearbeitung aber ist wegen der überall eingreifenden Complication mit der Theorie des Civilprocesses besonders schwierig, daher der Versuch derselben schon als erster besonders dankenswerth. Der Verf. aber hat auch hier in umfassender Weise und mit selbständigem Urtheil die betreffende civilistische und processualische Literatur durchgearbeitet, darauf gestützt sichere Resultate für die Praxis zu erzielen gestrebt und eine sowohl für das österreichische wie für das gemeine Recht fruchtbringende Darstellung der schwierigen Lehre geliefert. Um sich davon zu überzeugen, braucht man nur die Untersuchung über die Rechtskraft des Urtheils (§. 132.) mit Aufmerksamkeit durchzulesen; sie verdient auch nach den trefflichen Arbeiten Anderer, namentlich Savigny's, mit deren Resultaten der Verfasser in wesentlichen Punkten in Opposition tritt, alle Beachtung. Eben so sind z. B. §. 116. über die Nativität der Klage, §. 119—122. über die Verjährung der Klagen, §. 128. über den Beweis und §. 129. über Rechtsvermuthungen, reich an theoretisch und praktisch wichtigen Bemerkungen. In Einzelheiten einzugehen versage ich mir an diesem Orte um so mehr, als, wie ich höre, der Redaction schon eine Reihe von Aufsätzen dieser Tendenz von einem des österreichischen Rechts kundigern Gelehrten zu Gebote steht. Ueber Manches mag es immerhin noch einen scharfen Kampf abgeben, scharf um so mehr, als auch der Verfasser seine Meinungen, den Tadel selbst über das Gesetzbuch, mit Schärfe und Entschiedenheit auszusprechen keinen Anstand

nimmt. Aber die Ueberzeugung will ich zum Schluß noch ausdrücken: es ist ein Werk beharrlichen Fleißes und gründlichen Studiums, das uns vorliegt; ignoriren kann es nur ignorante Bequemlichkeit; wer es angreifen will, muß die Bequemlichkeit ab- und eine gute Rüstung anlegen; wer glaubt, es geringschätzig aburtheilen zu können, wird — sich selbst richten.

c) Anzeige von Unger's System, sechster Band (Erbrecht).*

Im ersten Band dieser Zeitschrift, S. 437 fg., wurden die beiden ersten Bände von Unger's System des österreichischen Privatrechts freudig begrüßt, und der Theilnahme und Beachtung auch der außer-österreichischen Juristen empfohlen. Es geziemt sich wohl, auch von dem vorliegenden Schluß dieses Systems in derselben Zeitschrift Kunde zu geben, wenn gleich der Name des Verfassers in der deutschen Rechtswissenschaft bereits einen so guten Klang hat, daß ein neues Erzeugniß seiner rastlosen Arbeitskraft der Beachtung auch der gemeinrechtlichen Juristen nicht erst empfohlen zu werden braucht. Ich sagte: Schluß des Systems; leider kann ich nicht sagen: Vollendung desselben, die freilich, nach der Art wie die beiden ersten den allgemeinen Theil enthaltenden Bände angelegt sind, jetzt schon dem gelehrten Publikum darzubieten eine ganz außerordentliche literarische That sein würde. Der Verf. hat sich durch besondere Rücksichten bestimmen lassen, von den besondern Lehren des allgemeinen Privatrechts zuerst das letzte Hauptstück, das Erbrecht, in Angriff zu nehmen, und so erscheint dieses österreichische Erbrecht mit dem einen Titel als selbständiges Buch, mit dem andern aber als letzter Theil des Systems, dadurch zugleich den Vorsatz des Verf. ankündigend, und gewissermaßen eine literarische Verpflichtung begründend, auch die zur Ausfüllung der Lücke erforderlichen drei Bände (das Sachenrecht, Obligationenrecht und Familienrecht) nachzubringen, und so das ganze System zu vollenden. Was aber in jener kurzen Anzeige von dem allgemeinen Theil gerühmt worden, das kann vollständig und noch in erhöhtem Maße auch von diesem Erbrecht gesagt werden. Wie schon der zweite Band des allgemeinen Theils einen erheblichen Fortschritt in der Darstellung und Bewältigung des massenhaften Stoffes verglichen mit dem ersten erkennen läßt, so ist dasselbe auch wieder bei diesem dritten (sechsten) Bande der Fall. Selbständigkeit der Forschung, Schärfe des Urtheils, Reichhaltigkeit der literarischen Nachweisungen wie der Quellen-

* In der Münchener kritischen Vierteljahrsschrift VII. S. 128—130. (1865.)

belege zeichnen auch diesen Band aus. Die Darstellung aber ist mehr compendiarisch zusammengefaßt, dabei bündiger, prägnanter und übersichtlicher in ihren Resultaten als in den ersten beiden Bänden. Zum Theil ist dieses bewirkt durch eine Aenderung in der äußern Einrichtung des Buches. Nach dem Vorgange meines Lehrbuchs der Pandekten stellt der Verf. jetzt unter den Text der §§. nur einfache Quellencitate und läßt dann durch Zahlen bezeichnete Anmerkungen dem Texte der einzelnen §§. nachfolgen. So hat man in diesem die Grundsätze in gedrängter Fassung, bestimmt und klar vor Augen, und dazu theils im Texte selbst in Parenthese die Belegstellen aus dem bürgerlichen Gesetzbuch, theils in Noten unter dem Texte andere Belegstellen, und zwar sehr vollständig auch die Parallelstellen aus dem römischen Recht zur Hand. Dann aber bieten die Anmerkungen ein reiches Material dar, um alle einzelnen einer weiteren Erörterung oder tiefern Begründung bedürftigen Sätze des §. prüfend noch einmal durchzustudieren. Diese Anmerkungen machen den weitaus größeren Theil des Buches aus, und eben darin findet man, wo nur irgend das in dieser Lehre bekanntlich vielfach und wesentlich abweichende österreichische Recht dazu Anlaß gibt, eine so ausgiebige Berücksichtigung des gemeinen Rechts und seiner Literatur, so manchen beachtenswerthen Beitrag zur Theorie desselben, daß Niemand, der fortan über das gemeine Erbrecht schreiben will, das Buch unbeachtet lassen darf. Ich will nur beispielsweise auf die ersten §§. (1—7.), über Wesen und Voraussetzungen der Erbfolge, auf §. 16. von der Bedingung der Erbeinsetzung (2 Seiten Text und 26 Anm. S. 68—81.), auf §. 26. von Erbverträgen (S. 114—123.), auf §. 40—42. von der rechtlichen Stellung des Erben (S. 165—185.), auf §. 67—76. von den einzelnen Arten der Vermächtnisse (S. 289—321.), und namentlich noch auf §. 77. von Schenkungen auf den Todesfall (S. 322—333.) aufmerksam machen. Auf das Einzelne einzugehen ist meine Absicht nicht. Aber das will ich noch hervorheben, daß auch dieses Buch, wie die beiden ersten Bände, zugleich eine intensive Kritik des bürgerlichen Gesetzbuchs und dabei unter Bezugnahme auf andere neuere Gesetzgebungen und Entwürfe vielfache legislativ beachtenswerthe Andeutungen enthält. Ein Kritiker der beiden ersten Bände des Systems hat seiner Zeit die systematische Bearbeitung des österreichischen Privatrechts als eine verfrühte Unternehmung bezeichnet, weil zunächst eine kritische Beleuchtung des Gesetzbuches durch Monographien noth thue. Meines Erachtens aber hat der Verf. glänzend dargethan, daß gerade in der systematischen Darstellung des Ganzen eine treffende Kritik mit Erfolg geübt werden kann.

Was die Anordnung des Buches betrifft, so zerfällt es in drei Abschnitte: 1) die gemeine Erbfolge, 2) die besondere Erbfolge (§. 88. in den Nachlaß von Geistlichen, §. 89. in gewisse Güter), 3) der erblose Nachlaß. Der erste Abschnitt aber theilt sich in drei Capitel: 1) die Gesamtnachfolge (§. 1—53. S. 6—250.), 2) die Einzelnachfolge (§. 54—77. S. 250—333.), 3) die Erbfolge gegen eine letzte Willensordnung (§. 78—87. S. 333—378.). In dem ersten Capitel ist mit Recht neben der gemeinen Substitution (§. 19.) auch die fideicommissarische Substitution (das Universal-fideicommiss, §. 20., 48.) abgehandelt, da beide nach österreichischem Recht wesentlich Erbeinsetzungen sind, und mehrfach in Beziehung zu einander stehen. Im dritten Capitel aber wird 1) das Pflichttheilsrecht der Kinder und Eltern (§. 79—86.), und 2) das Erbrecht der aus Irrthum übergangenen Kinder (§. 87.) dargestellt. Eine Anfechtung des Testaments wegen Präterition bei der Erbeinsetzung kennt das österreichische Recht nicht, es sei denn ein Kind aus Irrthum übergangen; sonst gibt dasselbe nur einen Pflichttheilsanspruch den Kindern, beziehungsweise den Eltern.

8.

Ueber die österreichische Verlassenschaftsabhandlung.*

Der für die wissenschaftliche Belebung der Rechtslehre in Oesterreich eifrig thätige Verfasser hat in dieser Schrift, die aus einer Reihe von Artikeln der österreichischen Gerichtszeitung sich zusammengefügt hat, einen Gegenstand von eminent praktischer Natur und Bedeutung in Angriff genommen. Bietet dieser auch nur ein sehr geringes wissenschaftliches Interesse — die Wissenschaft des Rechts möchte kaum etwas dagegen einzutenden haben, wenn er ihr ganz fremd wäre — so hat er doch im Rechtsleben eine nur zu große Bedeutung gewonnen, indem er wie ein Alp drückend auf ihm lastet. Und beschäftigt sich auch die Schrift zunächst nur mit einem specifisch österreichischen Institut, so ist sie doch nicht ohne allgemeineres Interesse; denn auch anderwärts ist die Particulargesetzgebung wohl auf ähnlichen Irrwegen wie die österreichische gewandelt. Freilich ist wohl keine andere, wie diese, so lange und so consequent bis zur äußersten Grenze der Verkehrtheit auf der einmal

* Anzeige von Unger's Schrift: Die Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich. Ein Votum für deren Aufhebung. Wien 1862. — In der Münchener krit. Vierteljahrsschr. IV. S. 443—446. (1862.)

betretenen Bahn fortgeschritten; aber sie bietet eben deswegen auch ein Beispiel heilsamer Abschreckung dar, wohin es führt, wenn die Gesetzgebung, der Natur der Privatverhältnisse zuwider, dem Gange der Bevormundung und fürsorglichen Ueberwachung auch der Privatinteressen zu sehr sich hingibt. Der Verf. gibt uns, nachdem er zuvor einen Blick auf das gemeine Recht, die preussische und französische Gesetzgebung in fraglicher Beziehung geworfen, eine ausführliche Geschichte des Instituts der Verlassenschaftsverhandlung in Oesterreich; eine in gleichem Maße dankenswerthe Arbeit, als sie für den Verfasser mühevoll und an sich unerquidlich war. Noch bis ins 17. Jahrhundert war auch in Oesterreich die außergerichtliche Ergreifung des Nachlassbesizes die Regel; richterliche Hülfe zur Erlangung desselben, der sogenannte gerichtliche Einsatz in den Nachlaß, fand nur auf Begehren der Erben statt, als eine Maßregel von provisorischer Bedeutung, ohne Präjudiz für die definitive Entscheidung über das Erbrecht. Seitdem aber hat die Gesetzgebung mehr und mehr die Sache umgekehrt, die Regulirung der Erbverhältnisse principaliter in die Hand der Gerichte gelegt und die Erben mehr und mehr in den Banden ängstlicher obrigkeitlicher Bevormundung eingengt. Sie ging wohl zunächst von dem an sich löblichen Bestreben aus, Unrecht und Verwirrung abzuwehren: aber darin sich selbst überbietend gelangte sie allmählig dahin, gänzlich vergessend des Satzes: „*vigilantibus jura sunt scripta*“, eine überaus lästige, die wichtigsten Privatinteressen oft schwer beeinträchtigende und doch jenem Zweck wenig entsprechende Behandlung der Erbschaftsfälle zur Regel zu machen. Weil nun die Verlassenschaftsverhandlung ein den Gerichten *ex officio* zukommendes und der Lage wegen auch pecuniär wichtiges Geschäft war, so konnte es sogar sich begeben, daß wegen eines Competenzstreits mehrerer Gerichte eine ganz streitlose Erbschaft lange Zeit der Erledigung harren und die Betheiligten sich in Geduld üben mußten, bevor sie zur Verfügung über das Ihrige gelangten.

Außer der Rücksicht auf Rechtsicherheit griff übrigens auch noch ein anderes Moment, das finanzielle Interesse wegen der Erbschaftsabgaben, bestimmend ein. In neuerer Zeit hat nun zwar die Gesetzgebung selbst wieder rückwärts lenkend angefangen, die ärgsten Auswüchse jener ihrer unfruchtbaren Superfötation zu beschneiden. Aber auch so, wie gegenwärtig noch „die gerichtliche Einantwortung der Erbschaften“ mit dem, was darum und daran hängt, in Oesterreich besteht, ist sie ein verwerfliches, sach- und zweckwidriges Institut, belastend mit unnützen Geschäften die Gerichte, mit unnützem Papier deren

Registraturen, beschwerend mit unnützen Kosten, hemmend und vielfach beschädigend die betheiligten Privatpersonen, um vielleicht in einem Falle unter hundert ein Unrecht zu verhüten, vollends nicht mehr entsprechend der heutigen Richtung der Zeit, die das Gericht so viel möglich auf den Richterberuf beschränkt, von Administrativgeschäften befreit sehen will, die Jedem in seinem Kreise, seiner Selbstthätigkeit vertrauend, möglichst freie Bewegung gewährt wissen will. Alles dieses wird in der vorliegenden Schrift überzeugend nachgewiesen und werden dann schließlich die Grundzüge angedeutet, nach welchen zunächst mit Vermeidung eines plötzlichen Sprunges der Gesetzgebung, die Sache für die Zukunft zu ordnen sein möchte. Es würde zu weit führen, wenn wir diese im Detail besprechen wollten; wir beschränken uns darauf, sie als sehr beachtenswerth zu bezeichnen, wenn man nicht, wie der Verf. S. 192. vor allem empfehlen möchte, den Muth fassen mag, das Institut der Verlassenschaftsverhandlung sofort gänzlich aufzuheben und „zu dem Zustand zurückzukehren, wie er unter den Römern, diesem königlichen Volke von Juristen, wie er vordem schon in Oesterreich bestand, und zur Zeit fast in allen civilisirten Staaten Europa's besteht.“ Referent stimmt dem Verf. vollkommen bei, wenn dieser weiter sagt: „Man bringe auch auf diesem Gebiete den Grundsatz des modernen Staatsrechts, daß jeder für sich selbst zu sorgen und sein Recht durch eigenes Dazuthun zu wahren habe, zu voller Geltung und gebe die letzten Reste obrigkeitlicher Bevormundung und staatlicher Einmischung in Privatangelegenheiten auf“, wobei jedoch eine Fürsorge für wahrhaft schutzbedürftige Personen, so wie die Möglichkeit provisorischen Schutzes des wahrscheinlichen Erbrechts vorbehalten wird. Aber der Verf. zweifelt, daß solchergestalt, „was hundert Jahre Zeit gehabt sich festzusetzen“, „leicht in einem Tage bei Seite geschafft“ werde; darum macht er Vorschläge, die „den Uebergang zu einer besseren Zukunft bedächtig anzubahnen“ geeignet scheinen. Unseres Erachtens aber ist hier die Bedächtigkeit nicht hinreichend motivirt; das Privatinteresse ist ein mächtiger Sporn für die Meisten, Acht zu haben, wenn ihm Gefährde droht, und einige durch eigene Nachlässigkeit verschuldete Verluste werden bald bei Vielen die Vigilantia hervorrufen, die das Gesetz verlangt. Wer sich nicht scheut, in politischen Verhältnissen von der strengsten bureaukratischen Ueberwachung zur freien Selbstregierung überzugehen, braucht wahrlich in privatrechtlichen Angelegenheiten vor einem solchen Sprung nicht zurückzuscheuen.

9.

Ueber den Besitz nach österreichischem Recht.*

Die wichtige Lehre, deren classische Bearbeitung durch Savigny den Beginn einer überaus fruchtbaren Periode der gemeinrechtlichen civilistischen Literatur bezeichnet, hat der Verfasser vorgenannten Buches aus dem Gebiete des österreichischen bürgerlichen Rechtes sich zum Gegenstande einer Monographie erkoren, nicht etwa von der Hoffnung erfüllt, damit eine literarische That zu verrichten, die jener Savigny's parallel zu stellen wäre, vielmehr bescheiden bekennend, daß er der Oeffentlichkeit nicht ohne Zagen das Buch übergebe, das er nur als Schüler der durch einen Andern (durch Unger's System) für die gründlichere wissenschaftliche Bearbeitung des österreichischen Privatrechts gebrochenen Bahn folgend ausgearbeitet hat. Nach diesem seinem Vorbilde hat er die Lehre vom Besitz mit stetiger Anknüpfung an die gemeinrechtliche Jurisprudenz und unter Berücksichtigung anderer neuerer Gesetzgebungen nach österreichischem Recht darzustellen gesucht, mit so viel Fleiß und Umsicht, daß ihm die Kritik wohl ein ermunterndes „Macte virtute esto“ zuzurufen mag, und diese Zeitschrift nicht füglich unterlassen darf, ihre Leser auf diese Monographie, als zugleich in die Literatur des gemeinen Rechts eingreifend, aufmerksam zu machen. In 36 §§., die mit inhaltreichen Anmerkungen versehen sind, entwickelt sie den Begriff und die rechtliche Natur nebst den Rechtswirkungen, dann den Gegenstand, den Erwerb und Verlust des Sachbesitzes und des Rechtsbesitzes, und in Ansehung aller der zahlreichen Fragen, die uns die neueste Ausgabe des Savigny'schen Werkes (die übrigens der Verfasser erst bei der Correctur benutzen konnte) bequem vor Augen legt, findet man darin mehr oder minder eingehende Bemerkungen und Andeutungen. Referent begegnete darin in den wichtigsten Punkten einer mit der seinigen übereinstimmenden Ansicht. So namentlich auch in der Auffassung des Besitzwillens und in der Art, wie der Verf. den Sachbesitz als Eigenthumsbesitz dem Rechtsbesitz gegenüberstellt, sowie in der Ansicht, daß dem Emphyteuta nur Rechtsbesitz zukomme, die Referent eine Zeitlang fast allein vertheidigte, seither aber auch Rudorff, Brinz, Windscheid u. A. gebilligt haben. Dem entsprechend erkennt der Verf. auch in dem Besitz des sogenannten

* Recension der Schrift: Der Besitz nach österreichischem Recht mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts, des preussischen, französischen und sächsischen Gesetzbuchs. Von Dr. Anton Randa. Leipzig 1865. — In der Münchener Vierteljahrsschrift VII. S. 378—393. (1866).

Nutzeigenthums, welches ihm nur ein Recht an fremder Sache ist, consequent nur Rechtsbesitz, obwohl (§. 1. Anm. 30.) zugebend, daß nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, wie das Nutzeigenthum analog dem Eigenthumsrechte, so auch der Erwerb des Besitzes desselben analog dem Erwerbe des Sachbesitzes zu beurtheilen sei. Es wird aber Niemand erwarten, daß Referent in Ansehung aller der einzelnen Punkte, die in einem Buche über den Besitz nach heutigem Recht zur Erörterung kommen müssen, mit dem Verfasser übereinstimme und nicht manches darin zu beanstanden finde. Eine in das Einzelne eingehende Besprechung des Buches würde wohl das Maß der nur beabsichtigten kurzen Anzeige weit überschreiten. Es genüge, im Allgemeinen die Anerkennung auszusprechen, daß der Verfasser die vorkommenden Fragen mit Geschick und umsichtiger Benützung der Quellen und Literatur behandelt, und sein Buch auch manche Beiträge zur römisch-rechtlichen Besitztheorie enthält.

Im Ganzen ergibt die Darstellung des Verfassers, daß das österreichische Recht in dieser Lehre an das richtig verstandene Römische Recht sich anschließt und sich nur durch einzelne Singularitäten davon unterscheidet, so weit im Römischen Recht schon Besitz an Sachen und Rechten anerkannt ist. Der Rechtsbesitz aber kommt allerdings in weiterer Ausdehnung vor, als nach Römischem Recht. Darüber enthält Randa's Buch eine ausführliche Untersuchung in §. 24. (S. 235—269.), und nur darüber erlaubt sich Referent eine näher eingehende Erörterung.

Der Verfasser stellt vor allem den Satz auf, daß da, wo überhaupt kein Recht möglich ist, auch die Möglichkeit eines Rechtsbesitzes ausgeschlossen sei. Aus diesem Grunde läugnet er den Besitz an sogenannten Personenrechten i. e. S. (Zustandsrechten), weil diese gar nicht Rechte, sondern nur Voraussetzungen von Rechten oder gewissen rechtlichen Folgen seien, persönliche Zustände. Allein insofern diese Zustände Rechtszustände, rechtlich begründete und anerkannte und rechtlich wirksame Zustände sind, kann doch die Möglichkeit einer analogen Anwendung des Besitzbegriffes in Beziehung auf dieselben nicht verkannt werden. Man braucht nur den Besitz überhaupt, als das thatsächliche einem (möglichen, wenn auch nicht wirklichen) rechtlichen entsprechende Verhältniß, als den thatsächlichen Zustand, der einem möglichen Rechtszustand entspricht, aufzufassen. Man nehme z. B. die Persönlichkeit (Rechtsfähigkeit) oder, wo die Sklaverei besteht, die Freiheit. Wenn gleich diese nicht als ein eigenes Privatrecht (Recht an der eigenen Person) aufgefaßt wird, sondern nur als Voraussetzung von Privatrechten, so ist doch klar, daß man sie eben so wohl, wie die dem Eigenthums-

recht entsprechende Herrschaft über eine Sache, als bloß thatsächlich bestehende, ohne Rücksicht darauf, ob sie auch rechtlich begründet sei, denken kann. Es ist ferner einleuchtend, daß das Recht auch schon diesem thatsächlichen Zustand als solchem einen Schutz gegen eigenmächtige Störung gewähren, auch mit dessen Fortdauer die Wirkung verbinden kann, daß der thatsächlich Freie rechtlich frei werde. So kann man also sehr wohl von einem Besitz der Freiheit reden und in der That spricht auch das römische Recht (Cod. VII. 22.) von *possessio libertatis*, und verbindet mit deren langjähriger Dauer jene rechtliche Wirkung. Indessen bemerkt der Verfasser S. 237. Anm. 3. mit Recht, daß die Frage, ob es einen Besitz der Persönlichkeit gebe, nach heutigem Recht, weil jeder Mensch rechtsfähig ist, kein praktisches Interesse habe. Aber nach Analogie der *possessio libertatis* vom Besitz des Staatsbürgerrechts, oder der Corporationseigenschaft, des Adels u. dgl. zu reden, wäre wenigstens nicht absurd. Ueber Besitz der Mündigkeit, Volljährigkeit u. dergl. wird man nicht streiten.

Auch bezüglich der Familienverhältnisse stellt der Verfasser die Möglichkeit des Besitzes in Abrede, aber aus anderem Grunde — denn die Existenz von Familienrechten läugnet er nicht, und gibt selbst zu, daß sich ein Zustand factischer Ausübung derselben denken lasse; diesen soll man nur nicht Besitz nennen dürfen — „weil §. 311. des b. Gesetzb. Besitz an Familienrechten nicht anerkennt“ (S. 237. Anm. 6.). Er tabelt darum mit Unger Syst. II. S. 267. die österr. Schriftsteller, welche in §. 1458. des b. Gesetzb. einen Besitzeschutz von Familienrechten (der Rechte eines Ehegatten, eines Vaters, eines Kindes) finden, weil darnach „denjenigen, welche dergleichen Rechte redlicher Weise ausüben, die schuldlose Unwissenheit zur einstweiligen Behauptung und Ausübung ihrer vermeinten Rechte zu Statten kommt“, obwohl er mit Brunß gegen Savigny im canonischen Rechte einen Besitz von Familienrechten anerkannt findet. Dieser Tadel scheint mir unbegründet. In der That ist ja doch der Schutz, den §. 1458. gewährt, nichts anderes, als Schutz in Behauptung eines thatsächlichen Verhältnisses als eines rechtlichen: auf wie lange? ob einstweilig oder ohne Zeitbegrenzung? das ändert im Begriffe nichts; er dauert eben so lange, bis gegen die rechtliche Existenz entschieden ist. Auch daß hier „die Redlichkeit und schuldlose Unwissenheit des Ausübenden Bedingung des einstweiligen Schutzes ist“ (S. 239.), steht nicht entgegen. Wenn auch in Ansehung der Sachenrechte Besitzeschutz nur dem Redlichen verliehen wäre, so würde das den Begriff des Besitzes an sich nicht aufheben oder ändern, nur den

Umfang des juristischen (rechtlichen Schutzes genießenden) Besitzes einschränken. Es wäre also nach österreichischem Recht eben so wohl zulässig von Besitz in Ansehung von Familienverhältnissen zu reden, wie der Code Napoléon von possession d'état d'un époux und de filiation spricht, obwohl auch nach französischem Recht dafür nicht die vermögensrechtlichen Besitzklagen (actions possessoires) als anwendbar angesehen werden. Aber das ist freilich richtig und unbestreitbar, daß der Besitzstand bei Familienverhältnissen nicht Besitz im Sinne des §. 311. ist, als welcher von körperlichen und unkörperlichen Sachen, die ein Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind, spricht, und daß das ganze Hauptstück „vom Besitze“ (II. 1. des b. Gesetzb.) auf jenen sich überall nicht bezieht.

Wie weit erstreckt sich nun jener §. 311? Das ist die Frage. „Alle körperlichen und unkörperlichen Sachen, sagt er, welche ein Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind, können in Besitz genommen werden“. Unkörperliche Sachen sind nach §. 292. „z. B. das Recht zu jagen, zu fischen, und alle andern Rechte“. Also: alle Rechte, die ein Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind, sowohl persönliche Sachenrechte (d. i. Forderungsrechte: §. 307.) als dingliche Sachenrechte (d. i. das Recht des Besitzes, des Eigenthums, des Pfandes, der Dienstbarkeit und des Erbrechts: §. 308.), können in Besitz genommen werden: das sagt nach buchstäblicher Interpretation der §. 311. des b. Gesetzb. Was aber das Gesetzb. auch sagen mag, das Widersinnige kann es doch nicht wahr, das Unmögliche nicht möglich machen. Und widersinnig ist es, Besitz eines Rechtes zu behaupten, das, wenn es wirklich begründet wäre, durch eben die Thatsache, durch welche der Besitz erworben werden soll, zerstört sein würde; widersinnig ist es z. B. zu sagen: wer zehn Gulden als (vermeintliches) Darlehen zurückempfangen, der habe eine Darlehensforderung im Besitz, die, wenn sie wirklich bestand, eben durch jene Zahlung vernichtet ist. Der §. 311. muß also eingeschränkt werden. Es muß vorausgesetzt werden, daß sich ein thatächlich behaupteter Zustand als fortbestehend denken lasse, der einem ebenfalls als noch bestehend zu denkenden Rechtszustande entspreche. „Die Continuität des Rechtes ist also Bedingung seiner Besitzfähigkeit“ sagt der Verf. S. 240. und davon ausgehend, untersucht er, welche Rechte Gegenstand des Rechtsbesitzes sein können? Diese Frage ist nun 1) in Ansehung der Servituten unzweifelhaft zu bejahen. Dagegen 2) am Faustpfandrechte läugnet der Verfasser die Möglichkeit des Besitzes durchaus (daß er nur das Faustpfandrecht nennt, erklärt sich von selbst aus der eigenthüm-

lichen Natur der heutigen Hypothek). Diese Frage ist aber eine sehr streitige; Autoritäten des österreichischen Rechts stehen auf beiden Seiten, unter den Lebenden namentlich Unger (Syst. I. §. 61. Anm. 81. II. §. 104. Anm. 54. 55. und in der Kritik des ersten sächsischen Entw. S. 101 ff.) auf der Seite des Verfassers, dagegen Harum (in Haimersl's Mag. XIII. S. 31 ff.) auf Seite der Gegner, zu welchen auch das Wiener Oberlandesgericht gehört (Glaser's und Unger's Sammlung von Entscheidg. II. Nr. 732). Ich trete den letzten bei. Als Hauptgrund gegen die Annahme eines Pfandrechtsbesitzes wird geltend gemacht, daß der wesentliche Inhalt des Pfandrechts an beweglichen wie an unbeweglichen Sachen in der Befugniß zur Veräußerung der Sache bestehe, diese aber, also die Ausübung des Inhalts des Pfandrechts an beweglichen wie an unbeweglichen Sachen in der Befugniß zur Veräußerung der Sache bestehe, diese aber, also die Ausübung des Inhalts des Pfandrechts, in Einem Acte sich vollziehe, somit eine wiederholte Ausübung des Pfandrechts, also auch Besitz desselben nicht möglich sei. Allein die Befugniß zur Veräußerung ist nicht die einzige Befugniß des Faustpfandgläubigers; unzweifelhaft hat er auch das Recht, die Sache bis zu seiner Befriedigung zu seiner Sicherheit in Verwahrung zu behalten. Nach Dernburg's Untersuchungen haben die Römer lange Zeit ein Pignus gehabt, ohne daß die Einräumung des Verkaufsrechts als wesentliches oder selbstverständliches Moment damit verbunden war, und es stand nichts im Wege, daß auch schon in diesem Stadium der Entwicklung der Pfandrechtslehre eine actio in rem zum Schutze des Pignus gegen Jedermann gewährt und dasselbe zu einem dinglichen Rechte ausgestaltet werden konnte. Zudem nun der Gläubiger eben als Pfandgläubiger eine Sache in Verwahrung hat, übt er in Wahrheit ein Pfandrecht aus; es liegt darin ein dem Faustpfandrechte thatsächlich entsprechendes fort-dauerndes Verhältniß eben so wohl, als in dem Sachbesitz ein dem Eigenthum, in der Inhabung der Sache kraft wirklichen oder angeblichen Nießbrauchs ein dem Nießbrauchsrechte entsprechendes Verhältniß erkannt wird. Es liegt darin eine Ausübung des Pfandrechts, wie der Sachbesitz eine Ausübung des Eigenthums ist, nach Windscheid's vom Verfasser S. 9. Anm. 10 a) gebilligter Ausdrucksweise. Die Ausübung des Rechts, d. h. die ganze volle Ausübung aller in demselben enthaltenen Befugnisse bis zur äußersten Grenze, ist überall nicht Voraussetzung weder des Rechts- noch des Sachbesitzes; man könnte dann zu dem Unsinn kommen, zu sagen, Eigenthumsbesitz sei nicht erworben, bevor nicht die Sache vernichtet worden; denn das sei das Aeußerste der

Befugnisse des Eigenthümers; oder man müßte die Vorstellung, daß der Besitz factische Ausübung des Eigenthums sei, ganz aufgeben und der Polemik gegen Böcking, welcher doch der Verfasser S. 9. Anm. 10. zustimmt, entsagen. Wer als Usufructuar nur utitur, nicht fruitur, ist nach L. 20. D. 7. 4. doch im Besitz des Ususfructus, obwohl er nicht das ganze ius utendi fruendi ausübt. Wer als Pfandgläubiger die Sache in seiner Verwahrung hält, ist im Besitz des Pfandrechts, weil er eine Befugniß des Pfandrechts, obwohl noch nicht die äußerste, ausübt. Und man vergleiche nun vollends den Fall des antichretischen Pfandrechts. Meines Erachtens ist man hiernach nicht genöthigt und darum auch nicht berechtigt, das Pfandrecht von der Anwendung des §. 311. des b. Gesetzb. auszuschließen. Das um so weniger, als das Gesetzb. §. 1369. ausdrücklich des Pfandbesizes erwähnt. Man hat diesen §. damit beseitigen wollen, daß „Pfandbesitz“ hier nur so viel bedeute als „Besitz der Pfandsache“; aber nach §. 309. ist der Pfandbesitzer nur Inhaber, nicht Besitzer der verpfändeten Sache. Randa sagt daher, „Pfandbesitz“ bedeutet in §. 1369. das Pfandrecht; denn das 6. Hauptstück, worauf §. 1369. Bezug nimmt, spreche nicht von Rechtswirkungen des bloßen Besitzes der Pfandsache, sondern von Rechten und Verbindlichkeiten des Pfandnehmers und Pfandgebers. Aber die §§. jenes Hauptstücks kommen großentheils im Verhältniß der Pfandcontrahenten zu einander auch dann zur Anwendung, wenn nicht, oder ohne Frage darnach, ob durch die Verpfändung auch ein Pfandrecht begründet worden, ob z. B. der Verpfänder auch Eigenthümer gewesen sei, und die Gesetzverfasser mögen sich darum mit Vorbedacht des Wortes „Pfandbesitz“ bedient haben. Ein anderer §. des Gesetzb. (§. 1483.) wird von beiden Parteien ins Feld geführt. Randa führt ihn S. 243. im Text als Beweis dafür an, daß eine Ersizung am Pfandrecht nicht möglich sei, gibt aber in der Anm. 16. daselbst zu, daß der §. auch eine andere Auffassung zulasse und daher in dieser Frage besser außer Acht gelassen werde. Der §. 1483. sagt: „So lange der Gläubiger das Pfand in Händen hat, kann ihm die unterlassene Ausübung des Pfandrechts nicht eingewendet und das Pfandrecht nicht verjährt werden“. Wie man den Satz auch verstehe, schlecht gefaßt ist er jedenfalls. „Die unterlassene Ausübung einwenden“ heißt „einwenden, daß die Ausübung unterlassen sei“. Wird die Zulässigkeit dieser Einwendung in einem Falle verneint, so kann dieß geschehen, weil die Ausübung nicht unterlassen ist, oder obgleich dieselbe unterlassen ist. Beide Auslegungen sind möglich. Wenn aber auch die letzte als die allein richtige angenommen wird, so

muß man sich fragen: warum denn hier die Unterlassung der Ausübung nicht die Verjährung zur Folge habe, und die Antwort ist: weil doch immer eine Ausübung des Pfandrechts in der Verwahrung vorlag; die (volle äußerste) Ausübung des Pfandrechts, die das Recht nothwendig vernichtet hätte, hat zwar nicht stattgefunden, aber doch immerhin eine Ausübung, die das Pfandrecht fortbestehen läßt und als noch (wirklich oder vermeintlich) bestehendes thatsächlich erscheinen läßt. Einen Beweis gegen den Pfandrechtsbesitz gibt §. 1483. jedenfalls nicht. Eine Dame, die nicht mehr zu Hof geht, hat einen Juwelienschmuck Jahre lang unbesehen in wohlverwahrtem Schrein verschlossen a) als Eigenthümerin oder b) als Nugnießerin oder c) als Pfandgläubigerin. Ist es der Natur der Sache wohl zuwider, ihr im Falle c) Pfandrechtsbesitz beizulegen, wie im Falle a) Eigenthumsbesitz, im Falle b) Nießbrauchbesitz? Längnet man jenen nach österreichischem Recht, so ergibt sich für dieses eine bedenkliche Lücke. Denn es kennt nur Sach- (d. i. Eigenthums-) und Rechtsbesitz; der abgeleitete juristische Besitz, den das römische Recht dem Pfandgläubiger zuschreibt, ist ihm fremd. Das ist nicht zu beklagen, wenn es Pfandrechtsbesitz anerkennt; wenn nicht, so ist es ein Mangel. Ich halte mit Bruns und Rudorff dafür, daß jener sogenannte abgeleitete Besitz auch dem römischen Rechte fremd sein würde, wenn einerseits das Pignus als ein civiles dingliches Recht und andererseits die Idee des Rechtsbesitzes schon ausgebildet gewesen wäre, als man jenem den possessorischen Schutz durch die Interdicte verlieh.

„Eine alte schwierige Controverse“ besteht darüber, inwiefern 3) an obligatorischen Rechten ein Besitz möglich sei? Der Verfasser unterzieht sich der Erörterung derselben S. 253—266., nach Voraussendung einer rechtsgeschichtlichen Ausführung über die Ausdehnung, welche dem Besitzbegriffe überhaupt im canonischen und deutschen und so auch im ältern österreichischen Rechte gegeben worden sei. Keine Schwierigkeit machen ihm die Reallasten und Bannrechte, die er unter die obligatorischen Rechtsverhältnisse einreicht. Mag über deren Natur auch gestritten werden: daß an ihnen Besitz möglich sei, darüber ist Theorie und Praxis einig. Der Meinungsstreit beginnt wieder in Ansehung solcher obligatorischen Rechte, die nicht an Grund und Boden geknüpft sind. Der Verfasser bekämpft die Meinung derjenigen, welche an diesen allgemein und principiell Besitz für unmöglich erklären. Bei der allgemeinen Fassung des §. 311. des b. Gesetzb. sieht er nur das als entscheidend an, ob sich eine fortgesetzte Ausübung des Rechtes denken lasse, und führt zur Unterstützung seiner Ansicht als bemerkenswerth eine Aeußerung des Referenten

an (krit. Ueberschau I. S. 358.), worin gesagt war: nur darauf komme es an, daß sich bei einem Rechtsverhältnisse eine bestimmte thatsächliche Manifestation als etwas dauerndes denken lasse, ohne daß dadurch das Recht selbst, wenn es existirte, ein Ende hätte. So nimmt er denn keinen Anstand, „einen Besitz nicht bloß an Rechten auf gewisse wiederkehrende Leistungen bestimmter Art, z. B. Renten, sondern auch an dem Benützungrechte aus dem Pacht- und Miethvertrage und aus dem Commodat zu behaupten“ (S. 265.).

Ich halte den Standpunkt des Verfassers für richtig. Nur wo sie der Natur der Sache nach unmöglich, ist die Anwendung des §. 311. auszuschließen. Unmöglich aber ist es nicht, die thatsächliche Behauptung eines Pacht- oder Miethverhältnisses als Besitz des aus solchem Contract fließenden Rechts aufzufassen. Man kann nicht sagen, daß das Züricher Gesetzbuch mit seinem Pacht- und Miethbesitz ein juristisches Unding geschaffen habe. Unzweifelhaft hat der Miether ein Recht auf die Gewährung des Gebrauchs der Sache; hat er diesen wirklich angetreten, so übt er sein Miethsrecht aus; es steht nichts im Wege, zu sagen, er habe dieses Recht, eine unförperliche Sache im Sinne des §. 311., in Besitz genommen. Worin läge aber der wesentliche Unterschied zwischen dem Benützungrechte des Pächters und des Usfructuars oder auch des Emphyteuta, der ja eine Art von Pächter ist, daß man hier Besitz für möglich, dort für begriffsmäßig unmöglich erklären müßte.“ — Eben so müssen wir auch an einem Rentenrecht Besitz als möglich anerkennen, ohne Unterschied, ob die Rente auf Grund und Boden radicirt sei oder nicht. Man darf nicht einwenden, der Rentgläubiger habe kein anderes Recht als die einzelnen Forderungen auf die jeweilig fällig werdenden Renten. Mag man aus diesem Grunde immerhin den Einwendungen, welche Demelius (Unterf. S. 200 ff.) gegen die in der gemeinrechtlichen Praxis recipirte Regel über Verjährung von Rentforderungen (Arndts' Pand. §. 107. Anm. 3.) erhebt, vom Standpunkt des gemeinen Rechts Gewicht beilegen (vgl. Unger's Erbr. §. 74. Anm. 3.): das österreichische bürgerliche Gesetzbuch hat entschieden der Anschauung Folge gegeben, daß das Recht auf die Rente überhaupt (das Gesamtrecht) von der Forderung der einzelnen fällig gewordenen Renten zu unterscheiden sei, indem es nach §. 1480. Forderungen von rückständigen Renten und andern wiederkehrenden Leistungen in drei Jahren erlöschen läßt, und hinzusetzt: „Das Recht selbst wird durch einen Nichtgebrauch von dreißig Jahren verjährt“. Und diese Bestimmung ist eben so praktisch angemessen wie jene Anschauung nahe liegt. Darnach aber erscheint die Empfangnahme

jeder fälligen Rente als eine Ausübung jenes Gesamtrechts, ein Gebrauch desselben, wie arg. a contrario aus §. 1480. hervorgeht, oder wenn man „das Recht selbst“ nicht gelten lassen will, kann man auch sagen: das Rechtsverhältniß, aus dem sich die Forderungen auf die einzelnen Renten ergeben, wenn es wirklich besteht, manifestirt sich thatsächlich durch die Einforderung und Empfangnahme jeder fälligen Rente. Das ist der Besitz der Rentenforderung. Warum es in dieser Beziehung einen Unterschied machen sollte, ob die Rente eine radicirte sei, ist nicht einzusehen; der §. 1480. spricht auch von Renten ohne Unterschied.

Ich gehe noch einen Schritt weiter als der Verfasser und behaupte, daß auch bezüglich verzinslicher kündbarer Capitalien Besitz nicht undenkbar und darum auch nach österreichischem Recht (§. 311.) anzuerkennen sei. Der Verfasser (S. 266. Anm. 52.) macht es dem preussischen Landrecht als eine irrige Anwendung des Besitzbegriffes zum Vorwurf, daß es (I. 7. §. 192; I. 11. §. 839.) solchen Besitz anerkenne. Warum? Er findet einen wesentlichen Unterschied zwischen dem Rentenrecht und dem Recht aus dem verzinslichen Darlehen darin, daß jenes nur in dem Rechte auf die einzelnen wiederkehrenden Leistungen bestehe, nicht wesentlich davon verschieden nur deren Einheit bilde, daher durch den Empfang der einzelnen Rente ausgeübt werde, dieses hingegen nicht durch die Erhebung der Zinsen, sondern durch die Empfangnahme der Darlehenssumme ausgeübt und dadurch zugleich verzehrt werde, indem durch die Erhebung der Interessen nur ein besonderes accessorisches Recht, das obligatorische Recht auf Entgelt für die Benützung des Capitals, ausgeübt werde, den einzelnen Zinsobligationen aber kein einheitliches, stofflich-gleichartiges Recht entspreche. Ich finde diese Argumentation nicht consequent und stichhaltig. Zinsen gibt es nicht ohne ein Capital. Wer Darlehenszinsen erhebt, übt dadurch allerdings ein Recht aus dem Darlehen aus, ein Recht, das ohne Darlehensrecht nicht bestehen kann und aus dem (verzinslichen) Darlehen sich ergibt. Zwischen der unkündbaren Rente und dem verzinslichen Darlehen ist in dieser Beziehung kein wesentlicher Unterschied. Kann man das Recht auf jene im Ganzen als ein einheitliches auffassen, das durch die Empfangnahme der einzelnen Rente ausgeübt werde, so ist die gleiche Auffassung auch bei dem verzinslichen Darlehen möglich. Hier wie dort hat der Gläubiger ein Recht auf den fälligen Zins, so lange nicht das Capital, hier die Darlehenssumme, dort etwa der Kaufpreis der Rente (z. B. des in München noch sehr praktischen Ewiggeldes), zurückgezahlt wird; in jedem Zinsempfang liegt gleicherweise eine Ausübung jenes Rechts; ein Unterschied besteht

nur darin, daß in dem einen Falle der Gläubiger durch Kündigung auch wider Willen des Schuldners die Rückzahlung des Capitals erwirken und damit die Endigung des ganzen Rechtsverhältnisses herbeiführen kann, in dem anderen nicht. Aber darum übt er nicht weniger ein Recht aus dem Darlehen aus, indem er Zinsen eincaßirt, und Ausübung aller in einem Rechtsverhältniß enthaltenen Befugnisse ist überall zum Besitze nicht erforderlich. Dabei muß man sich freilich von der durch die römische Contractstheorie bedingten Vorstellung lossagen, welche die obligatio re contracta auf Rückzahlung des Kapitals und die verborum obligatio auf Zinszahlung streng auseinanderhielt. Das heutige verzinsliche Darlehen ist vielmehr, wie schon mehrere bemerkt haben, nahe verwandt der locatio conductio rei, eine Capitalmiethe, woraus die doppelte Verpflichtung entspringt, das erhaltene Capital dereinst zurückzuzahlen und bis dahin als Entgelt für dessen Benützung Zinsen zu entrichten. Der unkündbare Rentenkauf kann einer locatio in perpetuum verglichen werden. Der einzelne Zinsempfang stellt sich in dem einen wie in dem andern Falle als eine Ausübung des Rechts aus jenem Schuldverhältniß dar. So nennt auch der §. 1480. Zinsen und Renten neben einander, und wenn er „das Recht selbst“ im Gegensatz gegen die Einzelleistungen durch dreißigjährigen Nichtgebrauch verjähren läßt, so ist darunter in Anwendung auf das Darlehen nicht bloß die Capitalforderung, sondern auch das Recht auf künftige Zinsen verstanden, und wird zugleich darin ausgesprochen, daß der Empfang von Zinsen vor Ablauf von dreißig Jahren ein Gebrauch „des Rechts selbst“ sei, der dessen Verjährung hindert.

Der Verfasser bespricht ferner noch die Frage: 4) ob an Realrechten, auch soweit sie nicht unter die bisher besprochenen Kategorien fallen, und 5) ob am Erbrechte Besitz möglich sei? Die erste bejaht er, meines Erachtens mit Recht; die letzte verneint er, meines Erachtens mit Unrecht.

Das Erbrecht (buchstäblich, sonderbar genug, „das Recht . . . des Erbrechts“) wird in §. 308. des bürg. Gesetzb. als eines der dinglichen Rechte angeführt. Ob dieß richtig sei, darauf kommt es hier nicht an; es ist jedenfalls eine unkörperliche Sache im Sinn des §. 311; es ist auch eine unkörperliche Sache, die einen Gegenstand des rechtlichen Verkehrs bildet, denn nach §. 1278 ff. kann die Erbschaft, und zwar auch die erst angefallene, noch nicht angetretene Erbschaft verkauft werden. Daher sind die Gründe, aus welchen Zielonacki die Unzulässigkeit eines Besitzes der Erbschaft behauptet, jedenfalls unzutreffend; mit Recht nennt sie der Verfasser S. 269. Anm. 59. überhaupt „merkwürdig“. Aber

auch des Verfassers Gründe für seine Verneinung sind unhaltbar. Es kommt nur darauf an, ob Besitz des Erbrechts im Sinne des §. 308. und 311. denkbar ist; dann muß er auch anerkannt werden. Was ist also das Erbrecht im Sinne des bürgerlichen Gesetzbuchs? und ist eine thatfächliche fortdauernde Ausübung oder Behauptung desselben denkbar? Das ist die entscheidende Frage.

Das bürgerliche Gesetzbuch nennt in §. 532. das Erbrecht „das ausschließende Recht, die ganze Verlassenschaft oder einen in Beziehung auf das Ganze bestimmten Theil (z. B. die Hälfte, ein Dritttheil) in Besitz zu nehmen“. Nimmt man diese Erklärung wörtlich, so kann freilich die Möglichkeit eines Besitzes des Erbrechts bestritten werden. Dann kann nur die Verlassenschaft in Besitz genommen werden, und die Verlassenschaft ist nach §. 531. kein Recht, sondern nur der Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeit eines Verstorbenen. Das Erbrecht, als das Recht die Verlassenschaft in Besitz zu nehmen, hat ein Ende, wenn die Verlassenschaft in Besitz genommen ist. Allein daß der §. 532. nur eine der unglücklichen Definitionen enthalte, deren sich leider mehrere im Gesetzbuch finden, daran zweifelt auch der Verfasser nicht (Anm. 58.), indem er auf die trefflichen Bemerkungen Unger's (Erbr. §. 2.) verweist. Mit Recht verwirft er daselbst auch Winivarter's Ansicht, der das Erbrecht als das Recht, Erbe zu werden, auffaßt und deshalb Besitz desselben läugnet, weil eine fortgesetzte Ausübung dieses Rechts allerdings nicht denkbar ist. Er billigt vielmehr Unger's Auffassung, welche das Erbrecht als „das Recht Erbe zu sein“, als „das statusähnliche absolute Recht der Nachfolgschaft (Recht zu der Erbfolge, Recht auf die Erbschaft)“, charakterisirt, als „ein Gesamtrecht, die Summe aller dem Erben als solchem zu stehenden Rechte und aufliegenden Verpflichtungen“, den „Inbegriff der einzelnen Consequenzen des Erbeins“, und das Erbrecht in diesem Sinne als dasjenige anerkennt, das in §. 308. (nach Unger's Ansicht mit Unrecht) als ein dingliches Recht aufgeführt wird.

Wie man nun die Anwendbarkeit des Besitzbegriffes auf das Erbrecht in diesem Sinne verkennen könne, das vermag ich nicht einzusehen. Unbegreiflich ist es mir vollends, wie der Verfasser dieselbe in Abrede stellen kann, der doch das Rentenrecht als ein Gesamtrecht auffaßt, das durch die Empfangnahme der einzelnen Renten fortgesetzt ausgeübt werde. Warum denn erkennt er nicht eben so in jeder einzelnen Ausübung der Rechte, die dem Erben als solchem zustehen, eine Ausübung des Erbrechts als des Gesamtrechts? Dieses ist doch ein Gesamtrecht, das als solches für sich durch eine besondere Gesamtklage, die Erb-

schastsklage, mit der absoluten Intentio: hereditatem actoris esse geltend gemacht werden kann, während für das Rentenrecht im Ganzen eine solche Klage nicht gegeben ist, nur als Präjudicialklage auf Anerkennung etwa construirt werden kann. Und wenn das Erbrecht ein statusähnliches Recht, die Erbrechtsklage eine Präjudicialklage ist (Unger Erbr. §. 50.), so kann von Besitz des Erbrechts eben so wohl, als, wie oben nachgewiesen wurde, von Besitz eines Status, von hereditatis possessio eben so wohl wie von libertatis possessio gesprochen werden. Jede pro herede gestio ist in Wahrheit eine thatsächliche Ausübung des Erbrechts und der Erbschaftsbesitz nichts anderes als Erbrechtsbesitz, ein thatsächliches Abbild des Erbesseins. So stellt er sich vollends da recht in die Augen fallend dar, wo eine gerichtliche Einantwortung der Erbschaft stattgefunden hat. Nach der Natur der Sache steht also auch nichts im Wege, diesem thatsächlichen Verhältniß als solchem rechtlichen Schutz (Besitzschutz) zu verleihen und mit dessen fortgesetzter Behauptung die Wirkung der Ersetzung des Erbrechts zu verbinden. Wenn das nach römischem Recht auch nicht der Fall war: nach dem bürgerlichen Gesetzbuch (§. 308. 311.) muß es angenommen werden, weil es möglich ist.

Indem ich hiernach dem Rechtsbesitz eine weitere Ausdehnung gebe als der Verfasser, will ich nicht gesagt haben, daß ich das an sich vortrefflich finde. Wenn es sich de lege ferenda handelte, würde ich vielmehr, wie der Verfasser S. 265. eine weite Ausdehnung des Rechtsbesitzes scheuen, und insbesondere den §. 311. des b. Gesetzb. an sich und in Verbindung mit §. 308., wornach man sogar zu einem Besitz des Besitzrechts kommen könnte, zu preisen, dazu verspüre ich nicht die mindeste Neigung in mir. Meines Erachtens ist das ganze Hauptstück „vom Besitze“ ein Fehler. Die allgemeinen Bestimmungen desselben in Verbindung mit dem ebenfalls unzweckmäßig combinirten allgemeinen letzten Hauptstück des Gesetzbuchs „von der Verjährung und Ersetzung“ sind die Quelle der Begriffsverwirrungen, Zweifel und Streitigkeiten, die in dieser Lehre herrschen. Diese würden leichter vermieden worden sein, wenn man nur in Beziehung zum Eigenthum vom Besitz der Sache und dessen Rechtswirkungen gehandelt hätte, wenn man dann weiter bei jeder anderen Classe von Rechten, bei den Dienstbarkeiten, dem Pfandrechte, dem Erbrechte, bei einzelnen obligatorischen Verhältnissen, insbesondere solchen, bei denen ein Inhaben der Sache in Betracht kommt, genau erwogen und bestimmt hätte, ob ein Analogon des Sachbesitzes dabei anzuerkennen und welche Wirkung damit zu verbinden sei. Damit wird auch der Verfasser einverstanden

sein. Derselbe scheint zwar (S. 30. Anm. 17.) die Anordnung, welche ich in meinem Lehrbuch der Pandekten befolgt habe, nicht ganz zu billigen. Aber das ist nur scheinbar. Er billigt sie in der That, indem er der Ansicht von Brunß S. 487. beistimmt, nach welcher da, wo im System der Begriff des subjectiven Rechts im Allgemeinen bestimmt wird, auch der ihm correspondirende Begriff des Besitzes im Allgemeinen zu bestimmen, im Einzelnen dann jedesmal bei jedem einzelnen Rechte das ihm entsprechende Besitzverhältniß anzuführen ist. Wird juristischer Besitz nur in dem Umfang angenommen, wie im römischen Recht, so genügt im Allgemeinen eine Begriffsbestimmung, wie sie jenes Lehrbuch §. 129. gibt; wird dem Besitz ein weiterer Umfang gegeben, so mag im Allgemeinen bei der Lehre vom Rechte überhaupt oder dessen Ausübung die Bemerkung genügen, daß sich bei manchen, nicht bei allen, Rechten ein Verhältniß thatsächlicher Ausübung denken lasse, dem als solchem schon eine gewisse rechtliche Wirkung zukomme, die genauere Ausführung aber zweckmäßig den besondern Lehren zugewiesen werden. In einem Gesetzbuch aber sind solche Allgemeinheiten überhaupt nicht am Plage.

Hätten die Verfasser des Gesetzbuchs jene Methode befolgt, so würde wohl auch ein Unstern fern gehalten worden sein, der verwirrend auf die Besitzlehre im österreichischen Recht eingewirkt hat. Wo öffentliche Bücher eingeführt sind, da wird, so bestimmt §. 321., „der rechtmäßige Besitz eines dinglichen Rechts auf unbewegliche Sachen nur durch die ordentliche Eintragung in diese öffentlichen Bücher erlangt“ und steht nach §. 322. „das Besitzrecht ausschließlich demjenigen zu, welcher als Besitzer derselben (der unbeweglichen Sache) eingeschrieben ist.“ Und in Beziehung darauf bestimmt weiterhin §. 350.: „der Besitz derjenigen Rechte und unbeweglichen Sachen, welche einen Gegenstand der öffentlichen Bücher ausmachen, erlischt, wenn sie aus den landtäflichen, Stadt- oder Grundbüchern gelöscht oder wenn sie auf den Namen eines Andern eingetragen werden“. Aus diesen §§. hat sich das Gespenst des sogenannten Tabularbesitzes, bürgerlichen oder bürgerlichen Besitzes, entwickelt, das in der österreichischen Besitztheorie unheimlich umgeht, nun aber hoffentlich bald seine Ruhe findet. Der Verfasser führt darüber in §. 5. die Ansicht aus: dieser sogenannte Tabularbesitz sei nichts als die Thatsache der bürgerlichen Verschreibung eines Rechts für Jemanden, der factische Zustand des Eingetragenseins eines Rechts, womit allerdings gewisse eigenthümliche Wirkungen, unter anderm auch eine eigene Art der Erftzung, verbunden seien, begrifflich ganz verschieden von dem juristischen Sachbesitze, ganz verschieden von diesem auch in Ansehung

des Erwerbes und Verlustes, sowie der Rechtswirkungen und namentlich gerade der einzigen wesentlichen Wirkung jedes juristischen Besitzes, des selbständigen Schutzes gegen eigenmächtige Störung und Entziehung durch die Besitzklagen nicht theilhaftig, als welche allein dem sogen. natürlichen Besitzer auch gegen den sogen. Tabularbesitzer zustehen. Ich halte diese Ansicht für richtig und nur durch sie „die Lösung des so vielbesprochenen Räthfels des Tabularbesitzes“ (Unger, Syst. II. §. 104. Anm. 108.) und die Klarstellung der österreichischen Besitztheorie für möglich. Zu verwundern ist aber, daß der Verfasser S. 39. Anm. 3. diese Auffassung als eine ganz neue erst von ihm versuchte, von der bisherigen wesentlich verschiedene hinstellt, wobei er sich gegen den Vorwurf der Neuerungsucht verwahrt und die Praktiker bittet, diesen Versuch nicht von vornherein mit ungünstigem Auge zu betrachten. Ihrem Kern und wesentlichen Gehalt nach ist ja diese Auffassung schon von Unger a. a. D., auf den der Verfasser nur sehr nebenbei mit der Parenthese (vgl. auch Unger II. 284. Note 109.) verweist, so klar und bestimmt ausgesprochen worden, daß es nur einer Entwicklung dieses Kerns bedurfte, die Unger gewiß in seinen Vorlesungen selbst auch schon gegeben hat, ehe Randa an die Bearbeitung der Besitzlehre dachte, so daß man wohl jenen, nicht diesen, als den wahren Geisterbanner oder Oedipus bezeichnen muß. In jedem Falle aber ist das Gesetzbuch nicht von dem Vorwurfe einer mangelhaften und bedenklichen Redaction in dieser Lehre zu reinigen.

Wien, den 21. Februar 1866.

10.

Ueber Vererbung der Bürgerschaftsverbindlichkeit.*

In einem übrigens interessanten Aufsage dieser Zeitschrift** (Bd. III. S. 173 fg.) hat vor Kurzem Dr. Tomasek eine Erklärung des oben bezeichneten Paragraphen gegeben, welche ich für unrichtig halte, und welcher alsbald entgegenzutreten mir auch deshalb insbesondere, weil ich in deren Begründung eine bedenkliche Verwendung rechtshistorischer Forschung zu erkennen glaube, nicht unwichtig scheint. Der §. 1367. lautet:

* 265. zu §. 1367. des österr. b. Gesetzb. in Gaimerl's Vierteljahrsschr. VI. S. 145—161. (1860.)

— Andere Aufsätze, die speciell auch auf das österreichische Recht Bezug haben, sind im ersten Bande unter Nr. 17. 19. 28. 33., im zweiten Bande unter Nr. 53. aufgenommen.

** d. i. Gaimerl's Vierteljahrsschrift f. Rechtsw.

„Ist der Bürgschaftsvertrag weder durch eine Hypothek, noch durch ein Faustpfand befestigt, so erlischt er binnen drei Jahren nach dem Tode des Bürgen, wenn der Gläubiger in der Zwischenzeit unterlassen hat, von dem Erben die verfallene Schuld gerichtlich oder außergerichtlich einzumahnen“.

Anderer schon haben es hervorgehoben, daß wir in dieser Bestimmung eine Nachwirkung des deutschrechtlichen, auch in österreichischen Partikularrechten bis zur Publication des bürgerlichen Gesetzbuches noch anerkannten Grundsatzes der Unvererblichkeit der Bürgschaftsverbindlichkeit zu erkennen haben. Tomaschek dagegen findet darin zunächst eben diesen Grundsatz selbst anerkannt, die Regel nämlich: „Die Bürgschaft stirbt mit dem Bürgen“.* Von dieser Regel soll denn das Gesetzbuch nur zwei Ausnahmen machen: 1) wenn der Bürge dem Gläubiger das Pfandrecht auf seine bewegliche oder unbewegliche Sache eingeräumt hatte; 2) wenn die Schuld zur Zeit des Todes des Bürgen bereits (gerichtlich oder außergerichtlich) eingemahnt oder doch wenigstens verfallen war. Doch soll auch in diesem zweiten Falle noch die Begünstigung für den Erben eintreten, daß die auf ihn vererbte Verbindlichkeit erlischt, wenn nicht er als Erbe des Bürgen binnen drei Jahren vom Gläubiger gemahnt wird. — Wäre dieß wirklich die Meinung der Gesetzverfasser, so könnten sie nicht dem Vorwurf einer ganz ungewöhnlichen Nachlässigkeit, ja Verkehrtheit in der Fassung des Gesetzes entgegen. Denn was könnte verkehrter sein, als eine sehr wichtige Regel gar nicht bestimmt und geradezu auszusprechen, sondern sie nur aus einer Ausnahmsbestimmung errathen zu lassen, und zwar aus einer Bestimmung, welche, wie man meines Erachtens kühn behaupten darf, keinen Menschen in der Welt, der von der früher partikularrechtlich bestandenen Regel keine Kunde hatte, auf dieselbe geführt haben würde? Ein vorsichtiger Gesetzverfasser möchte jenen Gedanken etwa so ausgedrückt haben:

„Ist der Bürgschaftsvertrag weder durch eine Hypothek noch durch ein Faustpfand befestigt, so erlischt er durch den Tod des Bürgen. Wenn jedoch die Schuld schon zu dessen Todeszeit verfallen war und binnen drei Jahren nach dem Tode des Bürgen gegen den Erben eingemahnt wird, so kann auch der Letzte noch aus dem Bürgschaftsvertrag belangt werden“.

Der §. 1367. dagegen, wie er lautet, läßt den Bürgschaftsvertrag nicht durch den Tod, sondern erst nach dem Tode des Bürgen „binnen drei Jahren“ erlöschen, wenn „in der Zwischenzeit“ die Schuld nicht

* Es ist wohl ein lapsus calami, wenn Seite 180. steht „mit dem Erben“; vgl. S. 178.

eingemahnt worden ist. Wie kann man darin die Regel erkennen, daß dennoch durch den Tod des Bürgen die Bürgschaft erlösche?

Wir erfahren nun zwar, daß diese Regel früher in Böhmen und Mähren galt. Aber dem steht gegenüber, daß das gemeine Recht unbeschränkte Vererblichkeit der Bürgschaftsverbindlichkeit anerkannte, daß die beiden großen Gesetzgebungen, welche dem österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche vorangingen, die französische und preussische, denselben Grundsatz festgehalten hatten, daß auch schon ein von unserem Verfasser S. 178. angeführtes Gutachten des böhmischen Appellationsgerichtes vom Jahre 1641 die in böhmischen Stadtrechten anerkannte Unvererblichkeit der Bürgschaftsverbindlichkeit als den allgemeinen Rechten zuwider und dem Gläubiger zum Nachtheil gereichend getabelt und auf Abänderung dieses Rechtsfages angetragen hatte. Die Verfasser des bürgerlichen Gesetzbuches, denen vermuthlich auch dieses Gutachten nicht unbekannt war, mußten sich demnach vollkommen klar darüber sein, ob sie jenen Grundsatz der Unvererblichkeit in dasselbe aufnehmen oder dem gemeinen Rechte und den beiden vorangegangenen neuen Gesetzgebungen sich anschließen wollten. Entschieden sie sich für das erste, so verlangte dieß einen klaren und bestimmten Ausdruck. Dessen bedurfte es um so mehr, als der §. 548. die Regel aufstellt: „Verbindlichkeiten, die der Erblasser aus seinem Vermögen zu leisten gehabt hätte, übernimmt sein Erbe“, und der §. 918. denselben Grundsatz noch einmal in besonderer Beziehung auf Vertragsverbindlichkeit bestätigt, indem er sagt: „Alle aus Verträgen entstehenden Rechte und Pflichten gehen auf die Erben über, wenn sie anders nicht bloß auf persönlichen Verhältnissen und Fähigkeiten beruhen“. Unzweifelhaft ist die Bürgschaftsverbindlichkeit eine solche, deren Erfüllung aus dem Vermögen des Erblassers, der sie eingegangen, zu leisten war, und keine solche, welche bloß auf persönlichen Verhältnissen und Fähigkeiten beruhte. Zwar will der Verfasser gerade in diesen Worten des §. 918. einen Geist des Gesetzbuchs erkennen, welcher der deutschrechtlichen Unvererblichkeit der Bürgschaft hulldige. Aber das ist wahrlich eine kühne Geisterbeschwörung; denn gewiß muß er selbst zugeben, daß der §. 918. ohne den mindesten Widerspruch vollkommen eben so lauten könnte, wenn auch der §. 1367. ganz unbedingt die passive wie active Vererbung der Bürgschaft ausdrücklich anerkannte, wie es der §. 334. des preussischen Landrechts Th. II. Tit. 14. thut, obwohl dieses in Th. I. Tit. V. §§. 415. 416. wesentlich übereinstimmend mit §. 918. des bürgerlichen Gesetzbuches ausgesprochen hatte: „Die Rechte und Pflichten aus Verträgen werden durch den Tod des

einen oder anderen Contrahenten nicht geändert, sondern gehen auf die Erben über“; — „War jedoch der Gegenstand des Vertrags eine Handlung, bei welcher es auf besondere Fähigkeiten und Verhältnisse des Verpflichteten ankam, und dieser ist vor der Erfüllung gestorben, so ist der Vertrag selbst für aufgehoben zu achten“ — Aussprüche, welche die Verfasser unseres Gesetzbuchs bei Abfassung des angeführten Paragraphen zuverlässig vor Augen gehabt haben. Gewiß, wer es auch wußte, daß nach deutschem Recht die Bürgschaft als höchstpersönlich betrachtet wurde und daher unvererblich war — und dieses Wissen durften die Gesetzverfasser keineswegs bei den Lesern des Gesetzbuchs voraussetzen —, wer aber vollends zugleich wußte, daß nach gemeinem Recht und andern neuen Gesetzgebungen das Gegentheil gelte, konnte aus den angeführten Worten des §. 918. nicht im Mindesten auch nur ahnen, daß nach der Meinung der Verfasser die Pflicht aus dem Bürgschaftsvertrage nicht auf die Erben übergehen solle. Wenn also dieß ihre Meinung war, so mußte sie bestimmt und geradezu ausgedrückt werden. Da konnte das bloße „Nichtdesavouiren“ des partikularrechtlichen Grundsatzes unmöglich genügend gehalten werden, und es wäre meines Erachtens hier die Reticenz einer der größten Redactionsfehler gewesen, welche man irgend dem Gesetzbuche zum Vorwurf zu machen Ursache haben mag. Wenn der Verfasser sich außerdem noch darauf beruft (S. 182.), daß das Bürgschaftsversprechen (d. h. das angenommene, also der Bürgschaftsvertrag), so lange wenigstens die Schuld nicht verfallen ist und der Gläubiger sie vom Bürgen nicht einmahnt, eine große Aehnlichkeit mit einem noch nicht angenommenen Versprechen habe, das nach §. 918. ebenfalls nicht auf die Erben übergeht, so kann ich dagegen nur bemerken, daß mein juristischer Verstand zwischen diesen beiden Fällen nicht mehr Aehnlichkeit zu entdecken vermag, als zwischen einem Huhn und einem Ei, aus dem vielleicht einmal ein Huhn hervorgehen kann.

Jedoch, wir dürfen nicht verschweigen, daß Tomaschek die berührten Gründe nur als unterstützende Argumente, als bloße *adminicula* benutzt. Betrachten wir uns also sein Hauptargument. Es ist dieses:

Der §. 1367. sagt: der Bürgschaftsvertrag solle binnen drei Jahren nach dem Tode des Bürgen erlöschen, wenn der Gläubiger in der Zwischenzeit nicht von dem Erben die verfallene Schuld einmahnt. „In der gedrängten Sprache, so sagt nun Tomaschek, welche das österreichische Gesetzbuch charakterisirt, liegt zugleich eine dringende Aufforderung, die Bedeutung der einzelnen Worte schwerer zu wägen, als es in anderen Gesetzbüchern erlaubt ist. Man darf daher wohl mit Recht

annehmen, daß auch in der gedrängten Fassung dieses Paragraphen das Wort verfallene nicht in einem Sinne zu nehmen sei, in welchem es sich von selbst verstanden hätte, und daher seine ausdrückliche Aufnahme überflüssig gewesen wäre“.

Dagegen ist vorerst zu erinnern: Zugegeben, daß das Wort hier überflüssig wäre, so ist es doch nur ein sehr kleiner Fehler in der Redaction, einmal ein überflüssiges Wörtchen mit aufzunehmen; es wäre ein Leichtes, solcher Fehler noch mehrere in dem Gesetzbuche nachzuweisen, und dieß wäre ein ungleich vollkommneres Werk, als es wirklich ist, wenn ihm keine anderen Redactionsfehler vorzuwerfen wären. Ein sehr grober Fehler aber wäre es, wenn das Gesetzbuch dasjenige, was es positiv hätte sagen sollen, nicht gesagt, sondern nur aus Worten, worin unseres Wissens diesen Sinn bisher Niemand gefunden hat, hätte erathen lassen. Es ist also gewiß ein Mißbrauch jener in der Gedrängtheit seines Stils liegenden „dringenden Aufforderung“, gegen welchen der Verfasser selber warnt, wenn man dem Gesetze eine Deutung gibt, wornach man den Gesetzverfassern, indem man sie gegen den kleinern Vorwurf schützt, den größern zuwälzt.

„Wenn aber, so fährt unser Gegner fort, der §. 1367. ausdrücklich von der Einmahnung einer verfallenen Schuld spricht, so kann er nur auf eine schon vor dem Tode des Bürgen verfallene Schuld hinweisen“. So kommt er zu seinem Hauptsatze, worin eben die Regel, daß die Bürgschaft mit dem Bürgen sterbe, noch erhalten sein soll: die Bürgschaft für eine zur Zeit des Todes des Bürgen noch nicht verfallene Schuld erlischt durch den Tod des Bürgen sofort; nur, wenn dieselbe zu dieser Zeit schon verfallen war, soll die Ausnahme von der Regel eintreten, daß der Bürgschaftsvertrag erst in drei Jahren erlischt, wenn der Erbe in der Zwischenzeit nicht vom Gläubiger eingemahnt ist, während er, wenn dieß geschehen, ohne diese Zeitbeschränkung in der Person des Erben, wie in der des Erblassers der Fall gewesen wäre, fort dauert. Demnach läge der Redactionsfehler — und ein hinreichend grober — darin, daß vor dem Worte: verfallen nicht die Wörtchen vor dem Tode ausdrücklich eingefügt worden sind; diese Worte sollen als stillschweigend hinzugedachte von dem Interpreten hineingelegt werden. Und welchen Satz gewinnen wir auf diese Weise?

„Der Bürgschaftsvertrag erlischt binnen drei Jahren nach dem Tode des Bürgen, wenn der Gläubiger in der Zwischenzeit unterlassen hat, von dem Erben die vor dem Tode des Bürgen verfallene Schuld einzumahnen“.

Was ist darnach Rechtens, wenn der Gläubiger unterlassen hat, die nicht vor dem Tode des Bürgen verfallene Schuld gegen den Erben einzumahnen? Nach einfacher Anwendung des *argumentum a contrario* werden wir antworten müssen: dann erlischt der Bürgschaftsvertrag eben nicht binnen drei Jahren nach dem Tode des Bürgen. Das kann zwar auch Tomaschef noch allenfalls zugeben. Aber dann muß er sagen: der Bürgschaftsvertrag erlischt in diesem Falle nicht binnen drei Jahren nach dem Tode des Bürgen; er ist eben schon durch den Tod des Bürgen erloschen; und fragen wir nun, wo denn das letzte ausgesprochen sei, so wird er antworten, es sei stillschweigend in dem Gesetze vorausgesetzt und ausgesprochen. Also: Zuerst haben die Gesetzgeber es unterlassen, bei dem Wörtchen verfallene die sehr wesentliche Zeitbestimmung: „vor dem Tode des Bürgen“, auszudrücken; wir kommen ihnen gütig zu Hilfe, und denken sie hinzu. Nun ergibt sich, daß sie auch unterlassen haben, die Hauptfache, ihre Regel nämlich auszudrücken; sie überlassen es einem, wie die Erfahrung zeigt, nicht gar häufig anzutreffenden divinatorischen Interpretationstalent, auch diese noch aus ihrem sibyllinischen Spruch herauszulesen oder — hineinzulegen. Wahrlich, wenn sie viele solche Kunststücke in dem Gesetzbuche gemacht hätten, so hätte dieses verdient — binnen drei Jahren nach ihrem Tode zu erlöschen. Glücklicher Weise verhält es sich nicht so, und finden wir in diesem neuen Erklärungsversuch nur ein Beispiel, wie sich wohl auch einmal ein tüchtiger Forscher durch einen rechtsgeschichtlichen Griff kann hinreißen lassen, das Goethe'sche Motto zu bewahrheiten:

„Im Auslegen seid munter,
Legt Ihr nicht aus, so legt nur unter“.

Herr Dr. Tomaschef hat uns in seiner Bearbeitung des Iglauer Stadtrechts einen sehr dankens- und beachtenswerthen Beitrag zur Kunde des deutschen Rechts, insbesondere in Oesterreich, gegeben, und sich dadurch als kundigen und gewissenhaften Forscher in diesem Gebiete bewährt. Ich fühle mich um so mehr gedrungen, diese Anerkennung dem jüngern Gelehrten hier auszusprechen, je rückhaltloser ich oben in der Widerlegung einer einzelnen Ansicht desselben meiner Feder freien Lauf gelassen habe. Auch bin ich gewiß nicht der Letzte unter denen, die den Werth einer solchen Arbeit zu schätzen wissen und der Ueberzeugung leben, daß eine fortwährende Befruchtung durch gründliche historische Forschung und sorgfältige Beachtung der gemeinrechtlichen Jurisprudenz und ihrer Quellen ein Bedürfniß für die österreichische Rechtswissenschaft ist, um sie in ebenbürtiger Stellung neben der Jurisprudenz anderer

Länder zu sehen; die es als eine aus mangelhafter juristischer Vorbildung hervorgehende Beschränktheit bemitleiden, wenn selbst tüchtige Praktiker ihren Blick nicht über den engen Zaun eines Gesetzbuches zu erheben vermögen und eine fast ängstliche Scheu davor an den Tag legen, daß man aus den ihrer formellen Gültigkeit entkleideten aber dennoch unvergänglichen Quellen wissenschaftlicher Rechtskenntniß schöpfe. Aber ich halte es dabei für sehr wichtig und nothwendig, sich dem zu erklärenden und anzuwendenden Gesetzbuche gegenüber volle Unbefangeneheit zu bewahren, sich nicht durch eine Art von Vorliebe für historisch erkannte Rechtswahrheiten beherrschen zu lassen und nicht gegen die erste Regel der Gesetzesauslegung zu verstoßen, die fordert, daß man dasselbe in seiner Eigenheit auffasse und so weit möglich aus ihm selbst erkläre. Und insbesondere halte ich es nicht für unnöthig, vor einer gewissen Uebertreibung historischer Rechtsauffassung zu warnen, die geneigt ist, mit vorgefaßter Meinung einem Satz schon deßhalb den Vorzug zu geben, weil er früher gegolten, vergessend, daß der Gesetzgeber doch auch seine eigenen neuen Gedanken haben und nach freier Erwägung mit unabhängigem Willen geltend machen kann. In unserm Falle hat derselbe offenbar sich die Frage: Vererblichkeit oder Unvererblichkeit der Bürgschaft? vorgelegt und dann einen Mittelweg eingeschlagen; er hat die deutschrechtliche Unvererblichkeit derselben stillschweigend verworfen, die Fortdauer der Verbindlichkeit gegen den Erben aber beschränkt. Und dieß hat er geglaubt deutlich genug auszusprechen, daß es der Ausleger im Gesetzbuch selbst finde, ohne zu ahnen, daß derselbe einen aus andern Quellen geschöpften entgegengesetzten Gedanken in dasselbe wieder hineinlegen könne.

Daß wir uns über diese Abwehr der Reminiscenz eines verklungenen deutschrechtlichen Grundsatzes nicht zu grämen Ursache haben, beweist schon das obenerwähnte Gutachten des böhmischen Appellationsgerichts, und läßt sich leicht an einigen Beispielen zeigen. Jemand verbürgt sich für ein auf Jahresfrist oder auf Kündigung zu gebendes Darlehen, oder für einen Jahresmiethzins; er stirbt alsbald nach Auszahlung des Darlehns oder Antritt der Miethe; nach Tomaschek's Ansicht haftet sein Erbe nicht, und der Gläubiger, der nur auf jene Bürgschaft vertrauend dem ihm unbekanntem Schuldner geliehen oder vermiethet hat, mag sehen, ob er zu seinem Gelde kommt; unserm Rechtsbewußtsein entspricht das gewiß nicht. Oder, um den Fall spitziger zu gestalten: Es verpflichtet sich Jemand zu einer Leistung, die gerade am Todestage des Bürgen oder nach demselben zu erfüllen ist, also vor diesem gar nicht verfallen kann, wie dann?

Ich muß mich aber noch einmal zu der Abhandlung von Tomaschek zurückwenden. Dieser bemerkt (S. 183.), daß der §. 1367. des bürgerlichen Gesetzbuches beinahe wörtlich gleichlautend in den sächsischen Entwurf (§. 886.) übergegangen sei, nur daß die Worte „oder außergerichtlich“ und das Beiwort „verfallene“ vor dem Hauptworte „Schuld“ ausgefallen sind. Das letzte findet er „bezeichnend genug“, und meint, mit dieser scheinbar unbedeutenden Abänderung stelle sich jener Entwurf auf einen von dem österreichischen Gesetzbuche principiell verschiedenen Standpunkt, auf den des römischen oder gemeinen deutschen Rechts, da in Sachsen die ältere Ansicht von der persönlichen Natur der Bürgschaft schon längst erstickt gewesen sei. Aber auch diese Bemerkung ist ungegründet. Der sächsische Entwurf hatte, wie die Motive (S. 186.) zeigen, gar nicht die Absicht, von dem österreichischen Gesetzbuche abzuweichen, abgesehen davon, daß er zur Abwendung der Präclusion durchaus gerichtliche Mahnung verlangt. Die Verfasser desselben verstanden den §. 1367. offenbar, eben so wie Stubenrauch, dahin, daß, wenn die Schuld erst nach dem Tode des Bürgen fällig wird, die dreijährige Frist erst vom Verfallstage an zu rechnen sei. Dieß aber wollten sie deutlicher aussprechen, und setzten daher den Nachsatz hinzu: „Die dreijährige Frist ist von dem Tage nach dem Tode des Bürgen, wenn die Schuld aber erst später verfällt, vom Tage nach dem Verfalle an zu rechnen“. Sollte nun dieser Nachsatz noch folgen, so war es natürlich kaum erträglich, in dem ersten Satze noch ausdrücklich zu sagen: „wenn der Gläubiger unterlassen hat, den Erben wegen der verfallenen Schuld zu mahnen“, während in dem bürgerlichen Gesetzbuche „die verfallene Schuld“, wenn man auch das Beiwort für bedeutungslos und überflüssig ansieht, doch keinen gar so großen Anstoß erregen kann.

Aber ist denn dieses Beiwort, wenn man nicht mit unserm Verfasser hinzudenkt „vor dem Tode des Bürgen“, wirklich so nichtsagend und überflüssig? Keineswegs, wie mir scheint. Er deutet in der That dasjenige an, was der sächsische Entwurf in dem Nachsatze bestimmter ausspricht, daß die Erlöschung des Bürgschaftsvertrages nach dem Tode des Bürgen durch den Ablauf von drei Jahren nur dann eintreten soll, wenn der Gläubiger die verfallene Schuld gegen den Erben einzumahnen so lange versäumt hat, also nicht eintritt, wenn und so lange die Schuld eben noch nicht verfallen ist. Es kommt hierbei vorerst darauf an, wie man die Worte „binnen drei Jahren nach dem Tode des Bürgen“ versteht. Binnen drei Jahren heißt nichts Anderes, als „durch den Ablauf von drei Jahren“. Zwar ist dieß nicht ganz sprachrichtig. Aber

nicht nur ist es im Leben sehr gebräuchlich, das Wörtchen binnen in diesem Sinne zu setzen, sondern es kommt auch im bürgerlichen Gesetzbuche öfter in demselben Sinne vor, z. B. §§. 1457. 1494., vergl. mit §. 1467., und das ist auch genau genommen nicht unrichtiger als „in drei Jahren“ z. B. in §. 1480., oder „nach dreißig Jahren“ in §. 1468. u. a. Die Worte „binnen drei Jahren“ kann man nun mit den folgenden „nach dem Tode des Bürgen“ enge verbinden, so daß dadurch ein Zeitraum mit bestimmtem Anfangs- und Endpunkt bezeichnet wird, beginnend vom Tode des Bürgen an, vollendet durch den Ablauf der drei Jahre. Verstehet man die Worte in diesem Sinne, so sagt der §. 1367. dem Buchstaben nach: der Bürgschaftsvertrag erlischt durch den Ablauf von drei Jahren vom Tode des Bürgen an gerechnet, wenn der Gläubiger unterlassen hat, die verfallene Schuld gegen den Erben einzumahnen. Wie nun, wenn die Schuld erst nach dem Tode des Bürgen innerhalb jener drei Jahre fällig wird? Eine Antwort gibt es noch: die Bürgschaft erlischt immer noch durch den Ablauf jener drei Jahre, wenn der Gläubiger in der Zwischenzeit von der Fälligkeit der Schuld bis zum Ablaufe des noch übrigen Restes jener drei Jahre die Mahnung veräußert hat. Aber was für eine Antwort! Wenn nun die Schuld erst am vorletzten Tage jener Zeitfrist fällig wird, so erlischt die Bürgschaft, falls nicht der Gläubiger noch an dem einen übrigen Tage den Erben mahnt. Und wenn die Schuld am Ende der drei Jahre immer noch nicht verfallen ist? Dann, müßte man sagen, erlischt der Bürgschaftsvertrag gar nicht durch den Ablauf von drei Jahren; denn die Bedingung, unter welcher das Gesetz daran diese Wirkung knüpft: „wenn der Gläubiger in der Zwischenzeit unterlassen hat, die verfallene Schuld einzumahnen“, ist nicht eingetreten und kann nicht eintreten. Sagte das Gesetz: „der Bürgschaftsvertrag erlischt binnen drei Jahren, es sei denn, daß der Gläubiger in dieser Zeit die verfallene Schuld eingemahnt hat“, so ergäbe die Logik freilich den Schluß: daß in Ansehung der bis dahin noch nicht verfallenen Schuld die Bürgschaft jedenfalls durch Ablauf der drei Jahre erlösche; denn nun könnte die Ausnahme von der Regel nicht mehr Statt haben. Da aber das Gesetz seiner Fassung nach das Erlöschen von einem Unterlassen, das in Ansehung der noch nicht verfallenen Schuld nicht möglich ist, abhängig macht, so ergibt sich mit gleicher logischer Nothwendigkeit, daß nun das Erlöschen nicht stattfindet. Das wäre nun freilich eine schöne Rechtsbescheerung. Das Ergebnis ist so verkehrt, daß man jedenfalls berechtigt wäre, anzunehmen, entweder, daß der Gesetzgeber sich nicht genau ausgedrückt, oder daß er an den

möglichen Fall, daß die Schuld erst nach dem Tode des Bürgen oder gar erst nach oder kurz vor Ablauf der drei Jahre fällig werde, gar nicht gedacht habe. Im letzten Falle dürfte man füglich weiter schließen, nach Analogie der bei der Verjährung geltenden Grundsätze, daß die dreijährige Frist erst von dem Verfallstage an zu rechnen sei. Befriedigender aber wäre es offenbar, wenn man nachweisen könnte, daß bei Annahme einer kleinen Ungenauigkeit in der Construction des Satzes eben dieses im Gesetze sich ausgesprochen finde, und das scheint mir nicht unmöglich. Es ist nämlich nicht nothwendig, die Worte „binnen drei Jahren“ und „nach dem Tode des Bürgen“ in so enger Verbindung aufzufassen, wie oben geschehen; sie können füglich auch getrennt und so verstanden werden: die Bürgschaft erlischt „binnen drei Jahren“, nach dem Tode des Bürgen (nicht: vom Tode des Bürgen an), wenn der Gläubiger die verfallene Schuld so lange, also natürlich die erst nach dem Tode des Bürgen verfallene Schuld so lange von der Verfallzeit an, gegen den Erben einzumahnen unterlassen hat. Allerdings ist nicht zu leugnen, daß der Gesetzgeber, um diesen Gedanken auszudrücken, mit einfacher Umstellung der Worte genauer gesprochen hätte, und hätte sagen sollen: „nach dem Tode des Bürgen binnen drei Jahren, wenn u. s. w.“ So sagt auch der sächsische Entwurf §. 886 wirklich, obwohl er nur „dem Vorgange des österreichischen Gesetzbuchs“ zu folgen glaubte. Aber man wird, denk' ich, zugeben, daß der Vorwurf dieser Ungenauigkeit der Rede bei weitem nicht so schwer wiegt, als der Vorwurf der Gedankenlosigkeit, welcher die Verfasser nach der andern Auffassung, oder der Unvollständigkeit im Ausdruck und der Gedankenlosigkeit, welcher sie nach Tomaschek's Erklärung treffen müßte. Mir, der ich als Mitglied einer Gesetzcommission in mehreren hundert Sitzungen an der Berathung über den Entwurf eines Straf- und eines Handelsgesetzbuches Theil genommen habe, ist es leicht, mir vorzustellen, wie etwa jene Unvollkommenheit der Fassung entstanden sein möge. Vielleicht war der §. 1367. zuerst ohne das Beiwort „verfallene“ vor „Schuld“ vorgelegt worden, indem der Verfasser wirklich an den Fall erst nach dem Tode des Bürgen eintretender Fälligkeit nicht gedacht hatte. Nun machte ein Commissionsmitglied die Einwendung: dem Gläubiger könne es aber doch nicht zum Präjudiz gereichen, wenn er die noch nicht verfallene Schuld gegen den Erben des Bürgen nicht eingemahnt hatte. Dieß leuchtete ein, und vielleicht bemerkte ein oder anderer ausdrücklich, das verstehe sich von selbst, daß die Frist nicht vor der Fälligkeit der Schuld zu laufen anfangen könne. Man fand es aber doch angemessen, um darauf hinzuweisen, nachträglich noch das Wörtchen „verfallene“ ein-

zufügen, und bemerkte nur nicht, daß nun auch eine Umstellung der oben besprochenen Worte stattfinden sollte. Das Resultat unserer Ausführung ist also, übereinstimmend mit dem §. 886. des sächsischen Entwurfs, dieses: „Der Bürgschaftsvertrag erlischt nach dem Tode des Bürgen durch den Ablauf von drei Jahren, wenn der Gläubiger den Erben nicht in der Zwischenzeit gemahnt hat; die dreijährige Frist beginnt vom Tode des Bürgen an, wenn die Schuld zu dieser Zeit schon fällig war, von der Zeit der Fälligkeit an, wenn diese erst nach dem Tode des Bürgen eintritt“. Damit stimmt auch Stubenrauch III. S. 595. überein. Aber in einer Beziehung muß ich meine Polemik auch gegen diesen kehren. Stubenrauch betrachtet die fragliche Erlöschung der Bürgschaft als einen Fall der Verjährung und begründet, von diesem Gesichtspunkte ausgehend, den letzten Theil des obigen Satzes damit, daß eine Verjährung nach 1478 überhaupt vor dem Verfall der Schuld nicht zu laufen anfangen könne. Von demselben Gesichtspunkte geht auch Tomaszek (S. 184 fg.) aus. Voraussetzend den oben bekämpften Satz: daß die nicht durch Pfandrecht befestigte Bürgschaft durch den Tod des Bürgen erlösche, wenn die Schuld noch nicht verfallen war, findet er für den entgegengesetzten Fall im §. 1367. nur die Bestimmung: daß die gewöhnliche Verjährung von dreißig Jahren für alle jene Fälle abgekürzt werde, in denen sie noch länger als drei Jahre nach dem Tode des Bürgen zu laufen gehabt hätte. Diese Ansicht scheint mir principiell unrichtig. Der §. 1367. enthält keinen Fall wahrer Verjährung eines Forderungsrechtes. Das Richtige spricht Ellinger in der Anmerkung zu diesem Paragraphen aus: „Es ist dieß eine dem Bürgschaftsvertrage ganz eigenthümliche Erlösungsart“, und ist eben so auch von Andern schon behauptet worden.

Zum Beweise dafür will ich mich nicht darauf berufen, daß der Paragraph nicht von Verjährung spricht; denn die Ausdrucksweise des bürgerlichen Gesetzbuchs ist in dieser Beziehung zu wandelbar, um daraus einen solchen Schluß zu ziehen (vgl. Unger System II. S. 277. Anm. 97.). Bedeutender schon ist es, daß der Paragraph im Hauptstück, das von der Bürgschaft, nicht in dem, das von der Verjährung handelt, seinen Platz erhalten hat. Regelmäßig sind auch die von der Regel des §. 1479. abweichenden Verjährungsfälle, die verschiedenartigsten Rechtsverhältnisse betreffend, insbesondere eine Reihe kürzerer Verjährungen von verschiedenartigen Forderungsrechten, in dem Hauptstück „von der Verjährung“ aufgeführt; es wird nicht ohne Grund sein, daß der §. 1367. unmittelbar an die Bestimmungen über Bürgschaft, deren Schluß er

bildet, angereicht ist. Entscheidend aber ist der positive Ausdruck des Paragraphen. Er sagt nicht: „die Klage“ oder „die Forderung aus der Bürgschaft erlischt in drei Jahren“, sondern: „der Bürgschaftsvertrag erlischt binnen drei Jahren“. Das Gesetz setzt also dem Bürgschaftsvertrage eine gewisse Zeitgrenze seiner juristischen Dauer; das ist nicht Verjährung im eigentlichen Verstande. Nach älterem österr. Rechte erlosch die Bürgschaft durch den Tod des Bürgen. Niemanden wird es einfallen, das Verjährung zu nennen. Das Gesetzbuch hat nun jenes Erlöschen auf einen spätern Zeitpunkt nach dem Tode des Bürgen verlegt. Dadurch ändert sich nicht dessen Charakter, wird es nicht zur Verjährung, wenn man nicht das Wort in einem vagen allgemeinen Sinne nehmen will, wornach es auf alle Fälle paßt, wo der Zeitablauf irgend eine Wirkung auf Rechtsverhältnisse hat. Aber auch dadurch ändert sich dieser Charakter nicht, daß das Gesetz das Erlöschen noch von einer Bedingung abhängig macht, vermöge welcher dem Gläubiger die Möglichkeit gegeben ist, durch seine Thätigkeit das Erlöschen abzuwenden, also den Bürgschaftsvertrag noch über die gesetzlich bestimmte Zeit hinaus wirksam zu erhalten. Wenn das Gesetzbuch gesagt hätte: „Der Bürgschaftsvertrag erlischt durch den Ablauf von drei Jahren nach dem Tode des Bürgen; wenn jedoch gegen den Erben desselben in dieser Zwischenzeit vom Gläubiger die verfallene Schuld eingemahnt ist, so dauert er fort“, so würde man kaum auf den Gedanken verfallen sein, darin eine Verjährung zu finden. Und doch würde diese Fassung wesentlich dasselbe sagen, wie der §. 1367. in der wirklich vorliegenden Fassung. Gerade die vorliegende Bestimmung gibt aber zudem sogar den entscheidenden Beweis, daß der §. 1367. nicht eine eigene Art der Verjährung einführen, oder, nach Tomaschek's Auffassung, die zur Zeit des Todes bereits angefangene Verjährung der Bürgschaftsforderung auf eine kürzere Zeitfrist einschränken wollte.

Nach §. 1497. des bürgerlichen Gesetzbuches wird die Verjährung der Forderungsklage nur unterbrochen durch Anerkennung von Seiten des Schuldners oder durch Anstellung der Klage von Seiten des Gläubigers. Die bloße Mahnung hat diese Wirkung nicht, weder die gerichtliche, (wenn sie nicht mit Anstellung der Klage gleichbedeutend ist), noch die außergerichtliche (vgl. Unger's System II. §. 121.). Der §. 1367. aber legt schon der außergerichtlichen Mahnung die Wirkung bei, daß die Endigung der Bürgschaft durch Ablauf der dreijährigen Frist abgewehrt werde, oder vielmehr er macht das Unterlassen der Mahnung zu einer Bedingung jener Erlöschung. Dieß als eine Unterbrechung der Verjährung aufzufassen, ist durchaus unberechtigt. Daher ist auch

unrichtig, was Stubenrauch III. S. 596. behauptet, daß, nachdem der Erbe des Bürgen einmal gemahnt worden, für die später wieder beginnende Verjährung abermals der Verlauf von drei Jahren genüge. Diese Behauptung ist nur aus der vorgefaßten Meinung, daß hier nichts anderes als eine kürzere Verjährung vorliege, auf welche also übrigens die allgemeinen Bestimmungen Anwendung finden, hervorgegangen; das Gesetz selbst gibt nicht den mindesten Anlaß dazu. Sein Sinn ist vielmehr einfach dieser: Nach dem Tode des Bürgen muß der Gläubiger, um den Bürgschaftsvertrag gegenüber dem Erben aufrecht zu halten, diesen gerichtlich oder außergerichtlich mahnen. Ist dieß geschehen, so ist eben der Bürgschaftsvertrag gegen den Erben, wie er mit dem Erblasser bestand, aufrechterhalten, ohne Zeitbeschränkung; die Gefahr des Erlöschens durch Ablauf der drei Jahre ist für immer abgewehrt. Aber daneben geht die Verjährung der Bürgschaftsklage her, nach den allgemeinen Regeln über Verjährung von Forderungsklagen. Hatte die Verjährung schon bei Lebzeiten des Bürgen begonnen, so läuft sie ungeachtet der innerhalb der drei Jahre geschehenen Mahnung des Erben ununterbrochen fort; denn die Mahnung bewirkt keine Unterbrechung; die Verjährung kann also möglicher Weise schon in ganz kurzer Frist nach der Mahnung vollendet sein. Ist die Verjährung nach dem Tode des Bürgen schon vor der Mahnung vollendet, so ist der Erbe schon dadurch gegen die Klage geschützt, ungeachtet der nachfolgenden Mahnung. Beginnt aber dieselbe erst nach dem Tode des Bürgen, so fällt sie als überflüssig oder vielmehr unmöglich hinweg, wenn nicht der Erbe innerhalb der dreijährigen Frist gemahnt wird, läuft dagegen fort, wenn die Mahnung, und nur diese, rechtzeitig erfolgt.

Aus dem Gesagten ergibt sich von selbst, daß auch die sonstigen allgemeinen Bestimmungen über Verjährung nicht ohneweiters auf den Fall des §. 1367. anzuwenden sind. Wenn es z. B. streitig ist, ob und in wie fern das Privilegium der in Ansehung der Verjährung nach §§. 1472., 1485. begünstigten Personen auch in Ansehung der außerordentlichen kürzern Verjährungsfristen stattfindet (Stubenrauch III. S. 742.), so kann diese Streitfrage unsern Fall nicht berühren. Man könnte einwenden: nach dieser Ansicht würde auch der andere Unterbrechungsfall des §. 1497., die Anerkennung, unberücksichtigt bleiben müssen; es sei aber doch schlechthin unzulässig die Annahme, daß der Erbe des Bürgen, wenn er die auf ihn vererbte Bürgschaftsverbindlichkeit anerkannt habe, aber nicht gemahnt worden sei, dann doch noch auf den Ablauf der dreijährigen Frist zu seinen Gunsten sich berufen könne.

Allein, wenn der Erbe die Bürgschaftsverbindlichkeit in bindender Weise, nicht bloß als eine in der Person seines Erblassers begründete, sondern als seine Verbindlichkeit anerkannt hat, so haftet er nun kraft dieser Anerkennung als Bürge ohne besondere Zeiteinschränkung; unterbrochen wird auch dadurch die dreijährige Erlösungsfrist nicht, sondern diese Erlösung ist nun gänzlich abgewendet, und es tritt nur von Zeit der Anerkennung an die regelmäßige dreißigjährige Verjährung ein. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß nach dem Tode des Erben, in dessen Person die Bürgschaftsverbindlichkeit bereits durch rechtzeitige Mahnung perpetuirt worden war, zu Gunsten der Erben desselben der §. 1367. abermals in Anwendung kommen muß. Wenn dagegen der erste Erbe, ohne gemahnt worden zu sein, gestorben ist, so muß man consequent behaupten, daß die bereits begonnene dreijährige Erlösungsfrist zu Gunsten der Erben desselben fortlaufe.

In dem letzten Theile seines Aufsatzes macht Tomaschek noch den Versuch, auch die Wahl gerade einer dreijährigen Frist durch eine historische Anknüpfung zu erklären. Die rechtshistorischen Daten, die er zu diesem Zwecke beibringt, sind an sich interessant genug. Doch kann ich die Bemerkung nicht unterdrücken, daß mir deren historische Verknüpfung mit unserm §. 1367. sehr problematisch erscheint, und jedenfalls, da es sich nur um eine Zeitbestimmung handelt, bei welcher unvermeidlich eine gewisse Willkürlichkeit des Gesetzgebers den Ausschlag geben muß, nicht von erheblicher Wirksamkeit, um „den Glauben an das Gesetz zu stärken, seinen Zusammenhang mit dem Rechtsfinne zum Bewußtsein zu bringen“, so daß man die Erkenntniß der Uebereinstimmung der Gesetzgebung mit älterem Recht selbst in solchen Einzelheiten sogar als „moralische Er rungenschaft“ nicht gering zu achten hätte. Aber ich will darauf nicht näher eingehen, da es für die Erklärung des praktischen Rechts nicht von Bedeutung ist. Dagegen will ich zum Schluß noch einen Blick auf die Literatur unserer Lehre werfen, die ich absichtlich bisher nicht genauer zu Rathe gezogen habe, um mich in der Unbefangtheit und Selbstständigkeit meines Erklärungsversuches nicht zu stören.

Schon oben wurde angeführt, daß Ellinger zu §. 1367. die darin festgesetzte Endigung der Bürgschaft richtig als eine der Bürgschaft ganz eigenthümliche Erlösungsart bezeichne. Daß er damit diesen Fall von den Fällen der Verjährung ausscheiden wollte, geht aus seiner Anmerkung zu §. 1465. mit aller Bestimmtheit hervor. Ausführlicher war diese Ansicht schon von Winivarter in Pratobevera's Materialien VIII. S. 154. begründet, welcher daher auch in seinem Commentar V. S. 26. 27.

den Ausdruck Verjährung ohne Zweifel absichtlich vermeidet. Winwarter führt nämlich S. 10 fg. die Ansicht aus, daß in allen außer dem 4. Hauptstück des 3. Theils vorkommenden Bestimmungen einer Zeitfrist zur Ausübung eines Rechts keine Ersizung oder Verjährung enthalten sei, wenn gleich die Wirkung einer solchen Bestimmung jener der Ersizung oder Verjährung ganz ähnlich sei, und läßt sich in dieser Ansicht durch den §. 1456. keineswegs beirren. Unter den Gründen führt er auch den an, der von mir ebenfalls geltend gemacht worden ist, daß schon die Ausschließung jener Bestimmungen aus dem Hauptstück von der Verjährung seine Ansicht unterstütze; denn „es ließe sich gar nicht erklären, warum der Verjährung ein eigenes Hauptstück gewidmet worden wäre, und doch außer demselben so viele Bestimmungen über dieselbe vorkämen, wenn man jede Verfügung, durch welche die Ausübung eines Rechts auf eine gewisse Zeit beschränkt wird, als eine Verjährung ansehen wollte“. Und als eine praktische Folge seiner Ansicht hebt er hervor, daß die Bestimmungen über die Verjährung, namentlich was bei derselben in Ansehung der persönlichen Eigenschaften dessen, gegen den verjährt werden soll, in Ansehung der Hemmung der Verjährung u. s. w. gilt, auf jene Fälle nicht angewendet werden darf. In specieller Beziehung auf unsern Fall bemerkt er sodann (S. 154.): das dem Erben des Bürgen eingeräumte Recht der Befreiung von der Verbindlichkeit aus einem unversicherten Bürgschaftsvertrage würde ganz oder größtentheils vereitelt, wenn die Frist nach den persönlichen Verhältnissen des Gläubigers eine Erweiterung erlitte, was dem von Zeiller angeführten Grunde dieser Fristbestimmung durchaus nicht entspräche. Pachmann (Verjährung §. 16.) läßt zwar die Ansicht Winwarter's in ihrer ganzen Ausdehnung nicht gelten; er erkennt auch Verjährungsfälle außer dem Hauptstücke von der Verjährung an und stellt als Regel auf: „Alles, was unter den Begriff der Verjährung fällt, und nichts in sich schließt, das einer ausnahmslosen Verjährungsnorm entgegen ist und eben deßhalb eine heterogene Natur beweist, müsse sofort nach den über die Verjährung geltenden Normen behandelt werden“. Aber in Ansehung unseres Falles stimmt er eben dieser Regel zufolge mit Winwarter überein, behauptend, daß im §. 1367. kein Verjährungsfall enthalten sei, „da es nach den in dem Hauptstücke von der Verjährung enthaltenen Normen ohne Ausnahme wahr ist, daß eine außergerichtliche Einmahnung gegen die Verjährung nicht wirksam ist“; er stützt sich also auf ein Moment, das auch ich oben als den entscheidendsten Beweis für dieselbe Ansicht geltend gemacht habe.

Am schärfsten spricht sich für diese Ansicht Unger aus (System II. §. 104., Anmerk. 79. a. E.). Er sagt: „Im Falle des §. 1367. liegt gerade das Gegentheil einer Verjährung vor; der unversicherte Bürgschaftsvertrag erlischt drei Jahre nach dem Tode des Bürgen, diese Erlöschung kann aber durch Einmahnung des Erben abgewendet werden; es ist also hier nicht ein Fall vorhanden, wo ein zeitlich unbeschränktes Recht wegen Unthätigkeit des Berechtigten verloren geht, sondern ein Fall, wo ein zeitlich begrenztes Recht durch Thätigkeit des Berechtigten über diese zeitliche Grenze hinaus erhalten werden kann“.

Anderer Schriftsteller sprechen dagegen unbedenklich von einer Verjährung auch in unserem Falle. So Zeiller III. S. 40., welcher „die hier festgesetzte kürzere Verjährungsfrist“ im Gegensatz der regelmäßigen „langen Verjährungszeit“ durch die Erwägung motivirt, daß die Erben oft ohne ihr Verschulden von der Verbürgung ihres Vorfahrers gar keine Wissenschaft haben, und daher von den einem Bürgen zustehenden Schuzmitteln und Einwendungen (§§. 1361. 1364. bis 1366.) keinen Gebrauch machen können, und „daß andererseits dem Gläubiger, welcher durch lange Zeit von den Erben des Bürgen die verfallene Schuld nicht eingemahnt hat, wenn nicht Arglist, doch eine große Saumsal zu Schuld komme“ (eine Saumsal, die, nebenbei gesagt, unter Umständen wohl auch viel geringer sein kann, als dreißigjähriges Stillschweigen gegen den ursprünglichen Bürgen selbst). So ferner Nippel VIII. 1. S. 307., welcher es noch als eigenthümliche Besonderheit dieser kürzern Verjährungsfrist hervorhebt, daß sie nicht bloß durch eine ordentliche Klage, sondern auch durch außergerichtliche Mahnung unterbrochen wird; desgleichen, wie schon oben angeführt wurde, Stubenrauch, und, auf welchen dieser sich bezieht, Michel in der österreichischen Gerichtszeitung vom Jahre 1855. Nr. 29. Der Letzte betont es besonders, daß die Mahnung nichts anderes als eine Unterbrechung der kurzen Verjährungsfrist bewirke, die sich nur dadurch von der regelmäßigen Unterbrechung unterscheide, daß sie eben schon Folge der Mahnung, ohne Anstellung der Klage, sei, und sträubt sich gegen die Auffassung der Mahnungsversäumniß als einer Bedingung der Erlöschung des Bürgschaftsvertrags, wornach hier eine ganz eigenthümliche Erlöschungsart vorläge; er bedenkt aber nicht, daß man vorerst den §. 1367. in dem Sinne nehmen muß, welchen er für sich und an dem Platze, wo er steht, nach logischer Zergliederung darbietet, und daß man nicht berechtigt ist, später vorkommende Begriffe und Bestimmungen, die keinen Bezug darauf nehmen, zur Begründung einer von dem Ergebnis seiner Zergliederung abweichenden Erklärung desselben heranzuziehen.

Uebrigens finde ich eine genauer eingehende Erklärung des Paragraphen nirgends. Bei keinem der genannten Schriftsteller aber finde ich auch nur eine Ahnung von Tomaschef's Ansicht. Michel bemerkt zwar, daß Einige darüber Zweifel gehabt zu haben scheinen, ob man nicht die Worte „verfallene Schuld“ auf die schon zur Zeit des Todes des Bürgen verfallene Schuld zu deuten habe, und daher der Paragraph auf den Fall einer erst später verfallenden Schuld überhaupt zu beziehen sei, wofür er namentlich Nippel anführt; aber er meint dieß, wie es scheint, nur in dem Sinne, daß in diesem Falle die Erlöschung der Bürgschaft in Folge dreijähriger Unterlassung der Mahnung gar nicht eintrete, was auch wir oben als das Resultat bloß logischer Erklärung, wenn vor dem Wörtchen „verfallene“ die Worte „vor dem Tode des Bürgen“ supplirt werden, hingestellt haben; und dagegen erklärt er sich mit Recht als einen innerlich verkehrten und der Tendenz des Gesetzes widerstrebenden Satz. Vielmehr nimmt er, wie mehrere Andere, an, daß in diesem Falle die dreijährige Frist von der Verfallzeit an zu laufen beginne. — Möge es uns durch obige Erörterung gelungen sein, nicht nur die neue Meinung Tomaschef's abzuwehren, sondern auch diese Behauptung besser zu begründen und überhaupt zur richtigen Auffassung des §. 1367. beizutragen!

11.

Vortrag über Entwerfung eines bürgerlichen Gesetzbuches für Baiern.*

Die unter dem 10. März d. J. Allerhöchst vollzogene Instruction bezeichnet es als eine vor Ausarbeitung jedes einzelnen Gesetzbuches vorerst zu lösende Aufgabe, die Hauptgrundsätze, welche man dabei zu befolgen habe, festzustellen, und darüber vorläufige Allerhöchste Entscheidung einzuholen.

* Im Jahr 1844 ernannte König Ludwig I. eine Gesetzcommission, bestehend aus vier Mitgliedern, v. Bayer für Civilproceß, v. Kleinschrod für Handelsrecht, v. Ringelmann für Strafrecht und Strafverfahren, und Arndts für bürgerliches Recht, unter dem Vorsitz des Appellationsgerichtspräsidenten Freiherrn v. der Becke. Den einzelnen Mitgliedern war aufgegeben, vorerst über Präliminarfragen bezüglich der jedem aufgetragenen Arbeit Vortrag zu halten und Beschluß der Commission herbeizuführen, worauf dann allerhöchste Entscheidung zu erwarten sei. Demgemäß habe ich im August 1844 den Vortrag gehalten, dem ich als den Anfang meiner legislativen Arbeiten hier einen Platz einzuräumen mir erlaube. Derselbe wurde auch von der Gesetzcommission im Wesentlichen genehmigt, auf deren betreffenden Bericht war aber noch keine Entscheidung erfolgt, als im April 1847 jene Gesetzgebungscommission aufgelöst wurde.

Es fragt sich nun zunächst, welche Punkte sind bei der Abfassung des bürgerlichen Gesetzbuches als solche, die jener vorläufigen Berathung und Entscheidung bedürfen, hervorzuheben?

Ohne die Möglichkeit auszuschließen, daß bei der Bearbeitung der einzelnen Materien noch nachträglich einzelne Punkte als Fundamentalphunkte zur Berathung vorzulegen sein möchten, glaubt Referent vorerst folgende Fragen in Erörterung ziehen zu müssen.

I. Soll das neue bürgerliche Gesetzbuch für die sämmtlichen acht Provinzen des Königreiches, also namentlich auch für die rheinische Pfalz, als allgemeines Recht gelten?

II. In welches Verhältniß soll dasselbe zu den bisher in den einzelnen Kreisen, resp. in den ursprünglich verschiedenen Landestheilen der einzelnen Kreise geltenden, dem bürgerlichen Rechte angehörenden Bestimmungen gestellt werden?

III. An welche, von den vorhandenen, umfassenden Gesetzgebungen soll vorzugsweise als materielle Grundlage die Abfassung des neuen Gesetzbuches sich anschließen?

IV. Welche Ordnung (System) der Materien soll dem neuen Gesetzbuche zum Grunde gelegt werden?

I. Die erste Frage scheint zwar eigentlich schon durch die erwähnte Instruction und die Verordnung vom selben Tage bejahend entschieden zu sein.

Die letzte sagt ausdrücklich, „daß Seine Majestät in Absicht auf Herstellung einer allgemeinen für unser ganzes Königreich gelten sollen- den Civil- und Strafgesetzgebung eine Gesetzcommission zu ernennen sich allergnädigst bewogen gefunden haben“; und die erste schreibt nur vor, daß die Bearbeitung der neuen Gesetzbücher „unbeschadet der in dem pfälzischen Kreise bestehenden Institutionen“ bewerkstelligt werden solle, welche Vorschrift sinnlos sein würde, wenn die neue Gesetzgebung nicht im Ganzen genommen auch auf den pfälzischen Kreis sich erstrecken sollte.

Zudem entspricht auch jene Absicht Seiner Majestät sowohl der betreffenden Verheißung der Verfassungsurkunde Tit. VIII. §. 7., als auch dem in der letzten Ständeversammlung gestellten Antrage.

Und unläugbar wäre es ja auch in mancher Beziehung wünschenswerth, wenn die schöne Rheinprovinz durch vollständigere Gemeinschaft des Rechts mit den übrigen Bestandtheilen des Königreichs inniger verbunden würde.

Gleichwohl aber stehen der Ausdehnung der neuen Gesetzgebung auf die Rheinpfalz so erhebliche Bedenken entgegen, daß die Gesetz-

commission berechtigt und verpflichtet erscheint, auch diese Frage noch erst zu reiflicher Erörterung vorzulegen, um so mehr, als dieser Umstand auf die Bearbeitung des Gesetzbuches unvermeidlich einen so wesentlichen Einfluß ausüben würde, daß man die Frage wohl mit Recht eine Fundamentalfrage nennen möchte.

Obgleich nämlich

1) kein Sachkundiger verkennen kann, daß das französische bürgerliche Gesetzbuch an vielen und erheblichen Mängeln leide, so hat sich doch bis jetzt ein Verlangen nach einer durchgreifenden Umgestaltung der Gesetzgebung in der Rheinischen Pfalz so wenig, wie in den übrigen deutschen Rheinlanden, linker Rheinseite kund gegeben; man darf vielmehr, ohne Gefahr des Irrthums, behaupten, daß eine solche daselbst nur mit Mißtrauen und Widerwillen aufgenommen werden würde, während in den übrigen sieben Kreisen des Königreiches die Mängel der Rechtsverwaltung so drückend fühlbar sind, daß das Bedürfniß einer solchen Umgestaltung schon oft und dringend, ja mitunter wohl in zu starkem Maße ausgesprochen worden ist.

2) Das französische Gesetzbuch gilt zur Zeit noch in allen die Pfalz begrenzenden Ländern, in Frankreich, Rheinpreußen, Rheinheffen und Baden, also in denjenigen Gebieten, mit welchen die Pfälzer natürlich im vielseitigsten, bürgerlichen Verkehre stehen. Aus diesem Grunde aber mögen dieselben mit Recht behaupten, es sei ihnen die Gemeinschaft des bürgerlichen Rechts mit diesen ihren Nachbarn von größerem Werthe, als mit den sieben diesseitigen Provinzen des Königreichs, welche territorial ganz davon getrennt sind, wengleich andererseits auch die staatliche Verbindung mancherfaltige Verhältnisse mit sich bringt, in denen die Verschiedenheit des Rechts unangenehm fühlbar sein muß.

3) Der Inhalt des in der Pfalz geltenden französischen Gesetzbuches weicht in vielen Theilen weit mehr ab von den in den anderen Theilen des Königreichs geltenden bürgerlichen Rechten, als diese unter einander; und da nun doch eine so bedeutende Provinz eben so viel Anspruch hat auf Beachtung des ihr Angewöhnten und Eigenthümlichen, so wird dadurch die Verschmelzung in der Bearbeitung des neuen Gesetzbuches sehr erschwert.

4) Es ist ausgesprochener königlicher Wille, daß die eigenthümlichen Institutionen der Pfalz geschont werden sollen.

Nun ist es vorerst nicht ohne Schwierigkeit, genau zu bestimmen, was unter diesen eigenthümlichen Institutionen zu verstehen sei; dann aber wird wieder daraus eine eigene Schwierigkeit für die Abfassung

des neuen Gesetzbuches, wenn solches auch für die Pfalz gelten soll, sich ergeben, daß das bürgerliche Recht in allen seinen Theilen in mannichfaltigster Berührung mit jenen eigenthümlichen Institutionen steht.

Mit gutem Fug möchte man zu diesen, so weit sie überhaupt für das bürgerliche Recht von Einfluß sind, namentlich folgende zählen:

a) Das bürgerliche Proceßverfahren, nebst der betreffenden Gerichtsverfassung.

Nun ist aber z. B. die ganze Lehre vom Beweise und den Beweismitteln im bürgerlichen Gesetzbuche zu finden (Art. 1315—1369.) und steht im engen Zusammenhange mit den civilrechtlichen Bestimmungen über Rechtsgeschäfte.

Wenn nun der Code Napoléon außer Kraft gesetzt wird, so wird sich für das Proceßrecht eine Lücke ergeben, oder, wenn man in diesem Punkte den Code Napoléon bestehen läßt, so können sich leicht Konflikte mit den in dem neuen Gesetzbuche anerkannten civilrechtlichen Grundsätzen ergeben.

So kommen ferner Bestimmungen über possessoriische Klagen, die von entscheidender Bedeutung für die Theorie des Besitzes sind, im Code de procedure civile vor, (Art. 23—27.) und zwar im wesentlichen Zusammenhange mit der bestehenden Gerichtsordnung; und ähnliche Anstände ließen sich leicht noch mehrere hervorheben.

b) Das ganze Notariatswesen. Wie sehr aber dieses mit dem bürgerlichen Gesetzbuche zusammenhängt, ist leicht ersichtlich, indem die Formen der wichtigsten Rechtsgeschäfte, wie sie der Code Napoléon vorschreibt, darauf beruhen.

Und doch ist nicht zu erwarten, daß das Institut des Notariats auch in den sieben andern Kreisen des Königreiches eingeführt werde.

Es müßte also auch hier wieder besondere Fürsorge getroffen werden, um die betreffenden Bestimmungen des neuen Gesetzbuches mit den Anforderungen dieser eigenthümlichen Institution der Pfalz in Uebereinstimmung zu bringen.

c) Die Civilstandsregister und das damit zusammenhängende Institut der bürgerlichen Ehe.

Die Verschiedenheit in der Anordnung der Civilstandsregister würde zwar an sich keine erheblichen Schwierigkeiten machen; es könnte immerhin ohne Nachtheil in der Pfalz, wie bisher, den weltlichen Beamten, in den dieseitigen Kreisen den Pfarrern die Führung dieser Register überlassen bleiben, da die Letzteren ja in so weit auch der Aufsicht der weltlichen Behörden unterworfen und diesen verantwortlich sind.

Aber die völlige Trennung der weltlichen und der kirchlichen Seite der Ehe, wie sie das französische Recht, und zur Zeit noch am schärfsten das pfälzische Recht statuirt, wird man einerseits gewiß nicht auch in das Recht der übrigen Kreise aufnehmen wollen, und andererseits doch auch nicht wohl aus dem Rechte der Pfalz eliminiren können.

Und diese Behandlung der Ehe greift wieder vielfältig in andere Rechtslehren, vor allem in die Lehre von den ehelichen Vermögensverhältnissen ein.

d) Das Hypothekenwesen.

Bekanntlich ist die Ordnung desselben namentlich für die Lehre von den dinglichen Rechten sehr einflußreich.

Dennoch ist hier darauf nicht viel Gewicht zu legen, weil eine Abänderung des französischen Hypothekenwesens ohnehin als ein dringendes Bedürfnis anerkannt, und dem Vernehmen nach auch schon ein neues Gesetz darüber für die Pfalz in Bearbeitung genommen ist, wodurch das Hypothekenrecht dieser Provinz hoffentlich dem der übrigen Kreise, das im Wesentlichen den billigen Anforderungen genügend entspricht, mehr genähert werden wird.

Abgesehen von den bemerkten Punkten finden sich im französischen Rechte freilich auch sonst noch sehr wichtige Abweichungen von dem Rechte der übrigen Kreise, vorzüglich im Erbrecht.

Indessen sind diese nicht von der Beschaffenheit, daß sie der Annahme eines neuen gemeinschaftlichen Gesetzbuches erhebliche Schwierigkeiten in den Weg legten.

Denn es ist z. B. nicht einzusehen, warum in der Pfalz ein anderes Intestaterbrecht gelten sollte, oder ein anderes Recht der Verträge, als in den andern Theilen des Reiches, und es ist auch nicht anzunehmen, daß die Pfalz an diese Eigenthümlichkeiten sich so sehr attachirt habe, daß sie nicht darin einer Veränderung, wenn sie anders sich als zweckmäßig darstellen sollte, eben so gut sich unterwerfen könnte, als sie früher ihr älteres Recht gegen die Neuerungen des französischen Rechts vertauschen mußte.

Am allerwenigsten aber kann der Umstand Bedenken erregen, daß in der Pfalz gewisse Rechtsinstitute, die in den andern Kreisen noch große Bedeutung haben, gänzlich fehlen, namentlich die Lebensverhältnisse, Fideicommissse, gutherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse.

Denn, wengleich das neue bürgerliche Gesetzbuch darüber nothwendig Bestimmungen enthalten muß, und wengleich eben so nothwendig, nach bekannten königlichen Zusicherungen, der Pfalz die Freiheit

von diesen Verhältnissen erhalten werden muß, so läßt sich dieser Anforderung doch einfach dadurch Genüge leisten, daß die betreffenden Bestimmungen des allgemeinen Gesetzbuches in Beziehung auf die Pfalz kurzweg für unanwendbar erklärt werden.

Nur die Siegelmäßigkeit, die in den sieben diesseitigen Kreisen gilt, wenn sie überhaupt in der neuen Gesetzgebung noch aufrecht erhalten werden soll, könnte hier noch in Betracht kommen, wenn nicht die Schwierigkeiten, welche sie erregt, ohnehin schon mit den unter b) in Betreff des Notariats erhobenen Bedenken zusammenfielen.

Nach allem diesem möchte es wohl noch ernstlicher Prüfung zu unterwerfen sein, ob nicht das neue Gesetzbuch vorerst noch bloß für die sieben diesseitigen Kreise des Königreiches zu entwerfen, und die Herstellung einer völligen Gemeinschaft des Rechts für das ganze Königreich einer weiteren künftigen Entwicklung vorzubehalten sei.*

II. Was die zweite Frage betrifft, so versteht es sich wohl von selbst, daß das neue Gesetzbuch das gemeine Recht des ganzen Königreiches, resp. der sieben älteren Kreise, zu bilden bestimmt sei, mit völliger Aufhebung auch der subsidiarischen Gültigkeit des bisherigen gemeinen deutschen Rechts, welchem fortan nur, wie in Frankreich dem römischen Rechte, eine wissenschaftliche Autorität beizulegen wäre.

Es versteht sich dieses aus dem Grunde von selbst, weil ohnehin schon in bedeutenden Theilen des Reiches Gesetzgebungen bestehen, welche die subsidiäre Gültigkeit des gemeinen Rechtes ausschließen, und es auch nicht nur den lauten Wünschen, sondern in der That gewiß auch den legislativen Anforderungen der Zeit entspricht, bei Aufstellung einer umfassenden neuen Gesetzgebung den bisher in Deutschland geltenden fremden Rechtsquellen, abgesehen von dem Kirchenrechte, die Autorität eines geschriebenen Rechtes ferner nicht mehr zu belassen.

Es kann denn auch kein Zweifel darüber sein, daß die bisher im

* Die Ausdehnung des beabsichtigten bürgerlichen Gesetzbuches auf die Pfalz scheint bei den frühern Entwürfen nicht ernstlich zur Sprache gekommen zu sein. Bei dem Entwurfe von 1811 war natürlich keine Rede davon, weil damals Bayern die Rheinpfalz noch nicht besaß. Aber auch bei dem von 1816, der sich noch enger, wie jener, an den Cod. Max. anschließt, finde ich keine Spur davon. Dagegen finden sich aus späterer Zeit einige Altenstücke darüber, namentlich Gutachten von Gönner und Koch (S. vom 25. Oct. 1836. Koch v. 4. Novbr. 1825.), worin die Schwierigkeiten angedeutet, die Bedingungen auseinandergesetzt und Vorschläge zur Erzielung übereinstimmender Gesetzgebung gemacht werden, die sich zugleich und vorzugsweise auf die Gerichtsverfassung beziehen. Auch lag dem Gönner'schen Entw. die Absicht der Ausdehnung auf die Pfalz zum Grunde. In dem Entwurfe von 1834 (Leonrod) ist aber auch wieder keine Rede von der Pfalz; vielmehr führt der Verfasser in den Motiven S. 7. als Grund, warum er nicht das französ. Civilgesetzbuch zur Grundlage genommen, unter andern das an: daß dasselbe mit der Civilproceßordnung und mit der Gerichtsverfassung ein Ganzes bildet, so daß man entweder Alles annehmen oder Alles verwerfen muß, wobei doch gewiß nicht des Verf. Meinung war, daß der Pfalz die ganze französische Gerichtsverfassung genommen werden solle.

Umfang unseres Königreiches geltenden umfassenden Gesetzgebungen über bürgerliches Recht, namentlich der Codex Maximilianeus, das allgemeine preussische Landrecht, das österreichische bürgerliche Gesetzbuch, und, wenn auch die Pfalz in Betracht kommt, der Code Napoléon, durch das neue Gesetzbuch beseitigt werden müssen, als welches eben an deren Stelle als gemeines Recht zu treten bestimmt ist.

Denn wenn auch der Codex Maximilianeus noch nicht durchaus die subsidiäre Gültigkeit des gemeinen deutschen Rechts ausschließt, so wäre es doch offenbar absurd, ihn in gegenwärtiger Betrachtung den Partikularrechten der übrigen Landestheile, wo noch gemeines Recht besteht, gleichzustellen, und auch nur die Möglichkeit zu statuiren, daß das neue Gesetzbuch als subsidiäres gemeines Recht des Königreiches hinter den Codex Maximilianeus als Partikularrecht der altbayerischen Provinzen gestellt werden könnte.

Außerdem aber lassen sich mehrere Möglichkeiten denken, welche Stellung dem neuen bürgerlichen Rechte zu geben sei.

Dasselbe könnte nämlich

1) bloß als gemeines Recht hingestellt werden, mit Aufrechterhaltung der in den verschiedenen Theilen des Königreiches bisher bestandenen Partikularrechte.

Daraus würde sich folgender Zustand ergeben:

a) In den altbayerischen Landen würde das neue Gesetzbuch ausschließliche Quelle des bürgerlichen Rechtes sein, abgesehen von einzelnen Lokalstatuten, die wenig erheblich sind.

Im Wesentlichen dasselbe Verhältniß würde in den übrigen Landestheilen, wo der Codex Maximilianeus recipirt ist, und in der Pfalz, wenn auch dort das neue Gesetzbuch gelten soll, eintreten.

b) In den ehemals preussischen Landestheilen würde das neue Gesetzbuch an die Stelle des preussischen Landrechts treten, mit Beibehaltung der noch jetzt dort geltenden Partikularrechte; im Amte Medwig aber würde jenes das österreichische bürgerliche Gesetzbuch ersetzen.

c) In den übrigen Gebieten würde das neue Gesetzbuch an die Stelle des gemeinen Rechtes treten, daselbst aber ebenfalls die mannfaltigen dort geltenden Partikularrechte als derogirend dem neuen gemeinen Rechte bestehen bleiben.

Nun ist aber leicht ersichtlich, daß auf diese Weise der Zweck der neuen bürgerlichen Gesetzgebung nicht erreicht, vielmehr der dadurch erzielte Gewinn nur unbedeutend sein würde.

Wir würden anstatt der ausgebildeten, wissenschaftlich so fleißig

durchgearbeiteten Theorie des gemeinen Rechts ein neues gemeines Recht erhalten, dessen wissenschaftliche Pflege erst von der künftigen Thätigkeit der bayerischen Jurisprudenz zu erwarten wäre, und in welchem auch, selbst die möglichste Vollkommenheit des neuen Gesetzbuches vorausgesetzt, nach allgemeiner Erfahrung eine Reihe von Streitfragen mit der Zeit nicht ausbleiben würden.

Das wäre Alles! Die ungeheure Anzahl von Partikularrechten mit ihren großen Mängeln bliebe bestehen; wir behielten dieselbe schwierige und verwickelte Gesetzesstatistik; die Rechtsicherheit würde eher verlieren, als gewinnen.

In der That aber sind bei weitem die meisten Verschiedenheiten der Partikularrechte der Erhaltung gar nicht werth.

Wie hoch man auch die Ansicht von der allmäligen Bildung des Rechts durch das Volksleben und von seinem innigen Zusammenhange mit demselben schätzen mag, so muß sich doch dem unbefangenen Beobachter mit Gewalt die Bemerkung aufdringen, daß eine solche Zersplitterung des Rechts auf die Dauer viel zu nachtheilig wirkt, ja unerträgliche Inconvenienzen mit sich bringt, als daß man eine entschiedene Anhänglichkeit an diesen Zustand im Volke voraussetzen könnte, und daß nicht ein schärferes Einschneiden in das hier und dort geltende Recht, mit seinen nur temporär verletzenden Wirkungen, zweckmäßiger erscheinen sollte.

Bei weitem die meisten Abweichungen der Partikularrechte sind von ganz zufälliger Natur, und nicht im mindesten durch eine innere Verschiedenheit der Verhältnisse und Angewöhnungen des Volkes motivirt.

Ihre Quelle liegt meistens theils in der früher bestandenen Zersplitterung der Territorien und dem daher rührenden verschiedenartigen Einwirken der gesetzgebenden Gewalt, die oft gewaltsam genug in das bestehende Recht eingegriffen hat.

Warum sollte nun nicht in unserer Zeit die Gesetzgebung auf ähnliche Weise eingreifen?

Warum sollte sie sich bemüßiget sehen, einen Zustand fort dauern zu lassen, wonach häufig nicht nur in verschiedenen Theilen desselben kleinen Landgerichts, sondern selbst in verschiedenen Häusern desselben Dorfes, ja sogar in verschiedenen Theilen eines und desselben Hauses verschiedenes Recht gilt?

Verschiedenheiten, die sich unmöglich in das Rechtsbewußtsein des Volkes mit Innigkeit befestigt haben können!

Dabei ist zudem auch das zu bedenken, daß der Inhalt der bedeutenderen Landesordnungen, z. B. des Bamberger, Nürnberger, Mainzer

Landrechts, größtentheils nur gemeines Recht ist, das in Verbindung mit dem eigenthümlich einheimischen Rechte in eigener Fassung dargestellt wird.

Es ist nicht einzusehen, warum bei Einführung eines neuen gemeinen Rechts dort diese gemeinrechtlichen Bestandtheile geschont werden müßten, und doch ist wiederum die Ausscheidung dieser Bestandtheile oft für den ausübenden Juristen nicht ohne Schwierigkeit zu bewerkstelligen, weshalb sich daraus auch anderwärts, wo neue Gesetzgebungen mit Aufrechthaltung der Provinzialrechte eingeführt wurden, wie in Preußen, große Anstände für die Rechtsanwendung erhoben haben.

Man könnte nun, um dieser Schwierigkeit auszuweichen, etwa

2) auf den Ausweg verfallen, daß man alle, für die früher selbständigen Territorien erlassenen allgemeinen Edicte, Landesordnungen und Landrechte aufhobe und an deren Stelle das neue Gesetzbuch setzte, dagegen aber die Lokalstatute und Gewohnheiten, z. B. Stadtrechte, aufrecht hielte, in der Weise, wie das Münchener Stadtrecht neben dem Codex Maximilianus aufrecht erhalten wurde.

Allein dieser Ausweg ist unpraktisch, weil sich zwischen diesen verschiedenen Arten von Partikularrechten keine sichere, materiell bedeutende Grenze ziehen läßt.

Es würde daraus z. B. folgen, daß den sämtlichen ehemaligen Reichsstädten, deren gesetzgebende Gewalt sich nur auf das städtische Gebiet beschränkte und daher der Natur der Sache nach nur ein Lokalrecht hervorbringen konnte, ihr Partikularrecht vollständig erhalten würde, während das Partikularrecht ehemaliger größerer Gebiete, z. B. fürstbischöflicher Territorien, mit allen seinen Eigenthümlichkeiten beseitigt werden würde, wofern nicht etwa innerhalb derselben noch einzelne, dem Landrecht derogirende Lokalstatuten bestanden.

Es würde sich z. B. die Inconsequenz ergeben, daß die Stadt Augsбург oder Nürnberg ihre Statuten, die auch über eheliches Güterrecht Bestimmungen enthalten, behielte, während das darin höchst bedeutende und eigenthümliche Bamberger Landrecht aufhören müßte.*

Will man diese Inconsequenz vermeiden und doch auch die Partikularrechte nicht gänzlich beseitigen, so könnte man

3) den Weg einschlagen, welchen in neuerer Zeit die preussische Gesetzgebung ergriffen hat, nämlich eine materielle Sichtung der Parti-

* Das Nürnberger Stadtrecht hatte übrigens auch Geltung für ein beträchtliches der freien Reichshadt zugehöriges Landgebiet gehabt, das aber seit 1796 durch brandenburgische Revindication größtentheils der Stadt entzogen und der preussischen Gesetzgebung unterworfen worden.

fularrechte vornehmen, und für die verschiedenen Landestheile dasjenige, was der Beachtung und Erhaltung würdig scheint, zusammenstellen und mit genauer topographischer Bestimmung förmlich sanctioniren als künftig noch neben dem neuen allgemeinen Gesetzbuche bestehendes Partikularrecht.

Auf diese Weise könnte man, ohne zu verletzend in das Recht der verschiedenen Landestheile einzugreifen, die hervorgehobenen Uebelstände leicht vermeiden.

Man könnte alle unwesentlichen, mehr zufälligen Differenzen beseitigen; man könnte auch die Topographie der verschiedenen Partikularrechte füglich auf genüendere Weise bestimmen, und den Uebelstand der Rechtsverschiedenheit in denselben Gemeinden und Gerichten möglichst entfernen.

Alein andererseits liegen auch auf diesem Wege höchst bedenkliche Schwierigkeiten. Jene Redaction der Partikularrechte würde für sich allein eine sehr umfangreiche und langwierige legislative Arbeit sein, und Sr. Majestät Regierung würde statt eines bürgerlichen Gesetzbuchs eine ganze Reihe derselben den Ständen des Reiches zur Prüfung vorzulegen haben.

Die Erfahrungen in Preußen, wo man seit Decennien mit den Vorarbeiten auf diesem Wege beschäftigt, und noch zur Zeit weit vom Ziele ist, wo man zudem den Vortheil hat, ein jedes Provinzialgesetzbuch nur den besonderen, bloß mit berathender Stimme versehenen Ständen der Provinz vorlegen zu müssen, können uns nicht zur Ermunterung dienen, diesen Weg einzuschlagen.

Es scheint uns demnach Alles

4) dahin zu drängen, daß dem neuen bürgerlichen Gesetzbuche allgemein auch in Ansehung der bisher bestandenen Partikularrechte derogatorische Kraft beigelegt werde, in der Art, wie sie dem Code Napoléon und dem österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche beigelegt wurde, wobei denn aber in der Abfassung desselben gleichwohl schonende Rücksicht auf jene zu nehmen wäre.

Diese Tendenz hat auch den bisherigen Entwürfen eines bürgerlichen Gesetzbuchs zum Grunde gelegen.*

* In allen bisherigen Entwürfen war das Princip der ausschließlichen Gültigkeit des neuen bürgerlichen Gesetzb. angenommen, höchstens mit der Beschränkung, die ja auch dem Code Nap. nicht fremd ist, daß in einzelnen Punkten ausdrücklich auf Provincial- oder Lokalrechte verwiesen und dieselben für gültig erklärt werden könnten. In dem Entwurfe von 1811 ist auch ausdrücklich verboten, die ehelichen Güterverhältnisse nach einem der bisher geltenden Particularrechte durch Vertrag zu bestimmen. Eben so der Entwurf von Gönner. Das Bedürfnis einer neuen bürgerl. Gesetzgebung wird an verschiedenen Orten, unter andern besonders stark in den Motiven zu dem Entw. v. 1811, hauptsächlich durch die Untheiligkeit des Rechtszustandes und die Nothwendigkeit die Vereinfachung gerechtfertigt; daher auch

Es wird freilich einzelnen Provinzen hart ankommen, ihr besonderes Recht aufzugeben.

Aber man darf erwarten, daß sie im Vertrauen auf die von der Regierung in Gemeinschaft mit den Ständen gepflogene reifliche Erwägung auch gern bereit sein werden, dem allgemeinen Zwecke ihre besonderen Sympathien zum Opfer zu bringen.

Wenn das neue Gesetz der Privatdisposition die erforderliche Freiheit der Bewegung gewährt, und zugleich die bestehenden Rechtsverhältnisse unangetastet läßt, so kann doch ohne Beeinträchtigung der Einheit des Rechts den provinzialrechtlichen Interessen genügende Berücksichtigung zu Theil werden.

Die Verhältnisse, in Ansehung derer die provinzialrechtlichen Eigenthümlichkeiten von größerer Bedeutung erscheinen, und bei denen sich allein eine innigere Anhänglichkeit an das Bestehende voraussetzen läßt, sind nämlich:

a) die ehlichen Güterverhältnisse in Verbindung mit den Bestimmungen über das Erbrecht der Ehegatten und dem Institut der Einkindschaft, das im Codex Maximilianus verboten, in anderen Partikularrechten mit Sorgfalt gehegt ist.

In keinem Theil des Rechts findet sich mehr Mannfaltigkeit, und keiner greift mehr in das Herz des Volkslebens ein.

Indessen sind hier doch hauptsächlich nur die verschiedenen Systeme, Gütergemeinschaft nach ihren verschiedenen Arten, und Dotalrecht zu unterscheiden; die Unterschiede in den einzelnen Systemen sind größtentheils so subtil, daß eine Aenderung darin für dieses oder jenes Gebiet keinen erheblichen Anstand finden möchte.

Aber man kann auch für das ganze Königreich füglich Einheit der Gesetzgebung erzielen, wenn man nach dem Beispiel des französischen Civilgesetzbuches eine gesetzliche Theorie verschiedener Güterrechte der Ehegatten in das Gesetzbuch aufnimmt und dabei den Eheverträgen freien Spielraum läßt, etwa auch, wie es nach einem früheren Entwurfe geschehen sollte, geradezu auf Errichtung von Eheverträgen hinarbeitet.

Es ist ja ohnehin, wenigstens in den Städten, schon jetzt sehr gewöhnlich, Eheverträge zu errichten, und es soll häufig der Fall sein,

jene Strenge gegen die Particularrechte. Diese Ansicht eignet sich auch der Verf. des Entw. von 1816, Hr. v. Arstin, an, in seiner *Rechnenschaft über die Redactionsgrundsätze*. Jedoch weicht dieser Entw. insofern von den andern ab, als er zwar alle Gebietsrechte durch das neue Gesetzbuch verdrängen wollte, nicht aber auch die besondern *Stadt- oder andern Gemeinde-Rechte*, vorausgesetzt, daß sie mit ausdrücklicher oder stillschweigender Bewilligung des Landesherrn bestehen.

daß z. B. in Landestheilen, wo der Codex Maximilianeus gilt, durch Ehevertrag allgemeine Gütergemeinschaft stipulirt wird.

Ebenso wird den Einwohnern derjenigen Landestheile, deren Güterrecht nicht als das regelmässige in das neue Gesetzbuch aufgenommen wird, immer die Möglichkeit bleiben, durch Ehevertrag die Bestimmungen desselben für sich beizubehalten.

Man könnte auch geradezu erlauben, daß Ehegatten vertragsmässig nach dem bisher in ihrer Heimath geltenden Partikularrecht heirathen.

Dies wurde zwar in früheren Entwürfen, wie im Code Napoléon, untersagt, um den Gerichten die Nothwendigkeit, unmittelbar auf die abgeschafften Partikularrechte zurückzugehen, zu ersparen.

Aber es scheint doch, um den Uebergang von dem jetzigen zum neuern Rechte zu erleichtern, unbedenklich, einen solchen Vertrag einstweilen noch zu gestatten, und das Verbot desselben der künftigen Gesetzgebung zu überlassen, wenn dieß sich mit der Zeit als zweckmässig erweisen sollte.

Wahrscheinlich würde doch von dieser gesetzlichen Erlaubniß nur selten Gebrauch gemacht werden, und nur da, wo ein in seinen Einzelheiten vollkommen bestimmtes und ausgebildetes Güterrecht der Ehegatten besteht, das sich besonderer Anhänglichkeit der Bewohner erfreut, und hier wird es bei Einführung des neuen Gesetzbuches einen günstigen Eindruck machen, wenn dasselbe dem angewöhnten Rechte solche schonende Rücksicht angedeihen läßt.

b) Die gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse.

Was diese betrifft, so wird es vorerst gar keine Schwierigkeit machen, und auch gewiß wünschenswerth sein, die Grundsätze, nach welchen erst neu zu begründende Verhältnisse der Art sich zu richten haben, für das ganze Königreich gleichmässig zu bestimmen, besonders wenn auch dabei das Gesetzbuch einen gewissen freien Spielraum läßt, innerhalb dessen sich die verschiedenen Provinzialgewohnheiten geltend machen können.

Etwas Anderes aber ist es mit den schon wirklich bestehenden Rechtsverhältnissen der Art.

In diese kann das neue Gesetzbuch überhaupt nicht anders eingreifen, außer insofern das praktische Bedürfnis eine genauere Bestimmung über unentschiedene oder zweifelhafte Punkte in Betreff derselben erfordert.

Sollte aus politischen oder staatswirthschaftlichen Gründen eine Aenderung in den bestehenden bäuerlichen Verhältnissen beabsichtigt

werden, so würde es räthlicher sein, diese zum Gegenstande eines besonderen Gesetzes zu machen, das füglich noch vor Vollendung des allgemeinen Gesetzbuches zu Stande kommen könnte und worauf dann dieses sich stützen müßte.

Nach Inhalt der, der Gesetzcommission ertheilten Instruction aber, welche ausdrücklich vorschreibt, daß die neuen Gesetzbücher sich an das bestehende Recht anknüpfen sollen, und nach bekanntem Rechtsgrundsätze, wonach die Gesetzgebung einen Eingriff in bestehende Rechtsverhältnisse sich wenigstens nicht ohne Entschädigung der Verlierenden erlauben soll, kann jene es nicht als ihre Aufgabe betrachten, über die in den verschiedenen Landestheilen vorkommenden, bäuerlichen Gutsverhältnisse eigentlich neue Bestimmungen aufzustellen, sondern sie muß sich darauf beschränken, die vorhandenen partikularrechtlichen Normen zu sichten und in befriedigender Fassung aufzunehmen, um für die verschiedenen Gestaltungen jener Verhältnisse die entsprechenden Grundsätze der Beurtheilung darzubieten.

Wenden wir uns nun

III. zu der Frage, welche von den vorhandenen, umfassenden Gesetzgebungen materiell die Grundlage des neuen Gesetzbuches bilden sollte, so scheint zwar auch diese Frage bereits durch die Instruction erledigt zu sein, als welche §. 2. bestimmt, daß dem bürgerlichen Gesetzbuche insbesondere der Codex Maximilianeus als das bestehende Recht des bayerischen Stammlandes zu Grunde gelegt werden solle.

Indessen kann es doch der Sache nur förderlich, und muß insbesondere dem mit der Abfassung des Entwurfes beauftragten Mitgliede der Gesetzcommission erwünscht sein, das Maß der freien Bewegung, welche ihm hierin vergönnt sein soll, genauer bestimmt zu sehen.

In den bisherigen legislativen Vorarbeiten zeigt sich in dieser Beziehung ein großer Wechsel.

Nachdem der Versuch, das französische Civilrecht in deutscher Umarbeitung auf Baiern zu übertragen, aufgegeben war, wurde eine bloße Umarbeitung des Codex Maximilianeus beliebt, und da auch diese nicht zum Ziele führte, so schlossen sich spätere Entwürfe wieder vorzugsweise dem österreichischen allgemeinen Gesetzbuche an.

Aber selbst in jener Umarbeitung des Codex Maximilianeus sahen sich die Verfasser veranlaßt, in höchst wichtigen Lehren, wie im ehelichen Güterrechte, in der Intestaterbfolge, u. a. die bedeutendsten Abweichungen von dem Codex Maximilianeus zu statuiren, und so möchte es wohl überhaupt das angemessenste sein, dem Ermessen der Gesetz-

commission keine ängstliche Schranke zu setzen, sondern ihr zu überlassen, aus dem vorhandenen Material, nach innerer Zweckmäßigkeit, dasjenige auszuwählen, was sich für ein neues allgemeines Gesetzbuch am besten zu eignen scheint.*

Referent glaubt auch nicht zu irren, wenn er dieses für den wahren Sinn des §. 2. der Instruction hält, indem dieselbe auch die Beachtung der jetzt durch die Umbildung so vieler Verhältnisse hervorgerufenen neuen Bedürfnisse und der durch die Erfahrung herausgestellten Mängel, so wie auch der allgemeinen Fortschritte der Rechtswissenschaft und Legislation empfiehlt.

Daß der Codex Maximilianeus vorzüglichem Anspruch auf Beachtung habe, versteht sich freilich von selbst, theils, weil er jetzt schon das größere Gebiet der Geltung hat, theils, weil er bei weitem größtentheils nur gemeines Recht enthält, das auch in anderen Landesheilen als subsidiäres Recht besteht.

Allein es läßt sich doch im Allgemeinen nicht sagen, daß auch das, was Eigenthümliches darin vorkommt, sich zur Ausdehnung auf das ganze Königreich empfehle, und was den gemeinrechtlichen Inhalt desselben angeht, so hat schon der Referent des Gesetzgebungsausschusses in der letzten Ständerversammlung mit Recht bemerkt, daß dieser aus dem wissenschaftlichen Standpunkt der Theorie des gemeinen Rechts, wie sie vor beiläufig hundert Jahren bestand, hervorgegangen ist, welche seitdem in der Ausbildung bedeutend fortgeschritten ist, während das bayerische Recht sich nur einer geringen, wissenschaftlichen Pflege zu erfreuen hatte, daß es daher, bei aller Anerkennung der Vortrefflichkeit der Leistungen des Baron von Kreittmayer für seine Zeit, gerathener

* Nachdem der Plan, den Code Nap. nach Bayern zu verpflanzen, aufgegeben war, wurde eine bloße Revision des Cod. Max. beschloffen; der fragl. Entwurf schloß sich in Ordnung und Fassung möglichst an den Cod. Max. an. Es wurden aber gleichwohl sehr bedeutende materielle Aenderungen darin vorgenommen, z. B. in dem Civilstandsweesen, im Eherecht, insbesondere auch im ehelichen Güterrecht, in der Vormundschaft, in der Intestaterbsfolge u. s. w. Dagegen ging der Entw. v. 1816 wieder mehr auf den Cod. Max. zurück, und möchte nur die durch neuere Gesetze und die heutigen Verhältnisse unumgänglich nothwendig befundenen Aenderungen vornehmen. Weit freier bewegte sich wiederum der unvollendete Entw. von Gönner; vollends aber wurde bei dem von Leonrod die Rücksicht auf den Cod. Max. ganz verlassen und vielmehr geradezu das österr. Gesetzbuch als Hauptgrundlage der neuen Arbeit angenommen. Der Verf. rechtfertigt dieses in den Notizen, in der Einleitung, und bemerkt dabei über das bayerische Landrecht: es sei „keine geschlossene Gesetzgebung, sondern ein Provincialrecht und gilt als solches nur in einigen Kreisen; es ist dem Röm. Recht zu treu geblieben und paßt wenig mehr auf Sitten, Gebräuche, Verkehr, Verfassung und Verhältnisse von heute; der Bau ist zu doctrinell, die Sprache ist unrein; man mußte nicht nur das Lateinische, sondern auch das Deutsche übersetzen; mit einem Worte: das bayer. Landrecht hat sich überlebt. — Was war Bayern 1766? und was ist es jetzt? Von Gleichheit kann keine Rede sein, von Nechlichkeit kaum. Wie viel ist im bayer. Landrecht, das jetzt nicht mehr gilt? und wie viel ist nicht darin, das jetzt gilt? Unter den Gesetzbüchern, welche zur Vergleichung gezogen werden müssen, verdient das bayer. Landrecht einen Ehrenplatz; aber als Grundlage kann es nicht gebraucht werden“.

sein möchte, vielmehr von der Grundlage des gemeinen Rechts, auf welchem das Recht aller Provinzen des Reiches beruht, auszugehen.

Nach möchte es, zur Vermeidung etwaiger Vorurtheile bei der künftigen, ständischen Berathung des Gesetzbuches, worin sich leicht Provinzialeifersucht geltend machen könnte, rätthlicher sein, von einer vorzugsweisen Empfehlung des Codex Maximilianeus als der Hauptgrundlage des neuen Gesetzbuches zu abstrahiren.

Ein Punkt aber muß hier noch besonders hervorgehoben werden, worin sich eine auffallende Divergenz der neueren Gesetzgebungen bemerken läßt.

Es fragt sich, ob das neue Gesetzbuch sich mehr nur auf Feststellung der Principien des bürgerlichen Rechts beschränken, oder in ein casuistisches Detail sich einlassen soll.

Den schärfsten Gegensatz bilden in dieser Beziehung das allgemeine preussische Landrecht und das österreichische bürgerliche Gesetzbuch.

Die Erfahrungen, welche man nach dem ersten gemacht hat, sind entschieden ungünstig.

Gerade das Bestreben des allgemeinen Landrechts, Alles möglichst im Einzelnen zu bestimmen, hat eine große Menge von Streitfragen und vielfache Unsicherheit herbeigeführt, und es ist dadurch am Wenigsten, was man beabsichtigte, erreicht worden, Vereinfachung und Popularisirung des Rechts und Entbehrlichkeit der Rechtsbeistände.

Der Codex Maximilianeus scheint dem Referenten darin eher eine glückliche Mitte zu halten, abgesehen davon, daß er noch zu oft bloß wissenschaftliche Begriffsbestimmungen und Eintheilungen enthält, die mehr in ein Lehrbuch, als in ein Gesetzbuch gehören.

Referent ist der Ansicht, und wünscht für diese seine Meinung vorerst die Billigung sowohl seiner Herrn Collegen, als der allerhöchsten Stelle zu erhalten, daß ein bürgerliches Gesetzbuch zwar in seinen Bestimmungen nach möglichster Vollständigkeit streben, aber nicht so sehr in das Detail der Consequenzen eingehen, als vielmehr nur feste Grundsätze aufstellen, und dabei sich alles desjenigen enthalten solle, was nicht zur gesetzlichen Disposition wesentlich gehört.

Läßt sich das Gesetzbuch darauf ein, rein wissenschaftliche Definitionen und Eintheilungen aufzustellen, so wird dadurch die Freiheit der wissenschaftlichen Bewegung unnöthigerweise und zum Nachtheil der Sache gehemmt, und gesetzlich fixirt, was der wissenschaftlichen Erkenntniß zu überlassen wäre.

Und ein völlig verkehrtes Beginnen würde es nach des Referenten

Ansicht sein, auf Herstellung eines Gesetzbuches auszugehen, das nicht einerseits eben so der weiteren Ausbildung durch wissenschaftliche Jurisprudenz bedürfte, als es andererseits selbst auf der Grundlage der Wissenschaft beruht.

So sehr er es als seine Aufgabe betrachtet, dem Gesetzbuche eine möglichst klare und allgemein verständliche Fassung zu geben, ebenso überzeugt ist er doch zugleich, daß nur dann, wenn einem wissenschaftlich gebildeten Juristenstande die Anwendung desselben anheimfällt, Heil davon zu erwarten ist, und darauf muß er also auch bei der Abfassung desselben schon sich Rechnung machen.

Es kommt nun endlich noch

IV. die Frage über die Anordnung des Gesetzbuches zur Sprache.

Man könnte auch in dieser Beziehung die Instruction vom 10. März d. J. für schlechthin entscheidend halten, weil sie vorschreibt, daß der Codex Maximilianeus die Grundlage des neuen Gesetzbuches bilden solle, und dadurch implicite auch die Ordnung desselben zu approbiren scheint.

Insofern aber diese nicht auch an sich als befriedigend erkannt wird, wäre es wunderlich, bei Entwerfung eines neuen Gesetzbuches sich dennoch ängstlich daran zu binden.

Auch ist dieß bei früheren Entwürfen nicht geschehen.

Nun scheint aber dem Referenten das System des Codex Maximilianeus wirklich bedeutender Verbesserungen, sowohl in der Haupteintheilung, als im Einzelnen, empfänglich zu sein, und so schwer es auch ist, eine vollkommen befriedigende Anordnung aufzustellen, und so wenig Referent geneigt ist, einer der übrigen in Bayern geltenden Gesetzgebungen in dieser Beziehung vor dem Codex Maximilianeus unbedingt den Vorzug zu geben, so glaubt er dennoch, darüber einige Neuerungsverschlüsse machen zu müssen, wobei er von der Ansicht ausgeht, daß zwar auch in Betreff des Systems ein Gesetzbuch nicht nach den Anforderungen einer wissenschaftlichen Darstellung des Rechts zu bemessen sei, doch aber eine der Natur der Sache entsprechende Anordnung dort so gut, wie hier, zum Grunde gelegt werden solle.

Die Haupteintheilung des Codex Maximilianeus schließt sich, wie die des österreichischen Gesetzbuches, dem Institutionensystem, wie es noch jetzt von Manchen aufgefaßt wird, an.

Nur bildet dort das Erbrecht einen besonderen Theil, den dritten, worauf dann das Obligationenrecht als vierter Theil folgt, während das österreichische Gesetzbuch im zweiten Theil das Sachenrecht als gleich-

bedeutend mit Vermögensrecht, also dasjenige, was im Codex Maximilianus den Inhalt der drei letzten Theile ausmacht, abhandelt, und nur im dritten Theil noch von gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte spricht, die aber in der That auch fast ganz die Gegenstände des zweiten Theils betreffen.*

Jene sogen. Institutionenordnung wird aber bei Weitem von den meisten und angesehensten Lehrern des gemeinen Civilrechts für die Darstellung des heutigen Rechts nicht geeignet gefunden, und Referent muß sich nicht nur damit einverstanden erklären, sondern zugleich auch seine Meinung dahin abgeben, daß er im Wesentlichen dieselben Anstände, welche für die Theorie des gemeinen Rechts dagegen erhoben werden, auch der Anwendung derselben Ordnung auf ein bürgerliches Gesetzbuch entgegen zu setzen hätte.

Was nämlich vorerst den ersten Theil des Codex Maximilianus betrifft, so ist es allerdings der Natur der Sache gemäß, daß zuerst von den Personen, als den Subjecten der privatrechtlichen Verhältnisse die Rede ist, und so soll auch nach des Referenten Ansicht die Lehre von dem Genusse der bürgerlichen Rechte und von denjenigen Eigenschaften der Personen, welche dafür von wesentlicher Bedeutung sind, voranstehen.

Er würde auch an sich nichts dagegen haben, wenn sich daran zugleich die Lehre von den Familienverhältnissen, nach ihrer rein persönlichen Bedeutung, anschließen sollte.

Aber offenbar der Natur der Sache und jeder Logik der Anordnung zuwider ist es, wenn hier zugleich von den höchst wichtigen Vermögensverhältnissen, die sich darauf gründen, die Rede ist, ehe noch die Natur und Wirkung und die verschiedenen Arten der Vermögensverhältnisse überhaupt zur Sprache gekommen sind.

So finden sich z. B. die Bestimmungen über die eben so bedeutenden, als schwierigen Vermögensverhältnisse der Ehegatten schon im ersten Theile, obgleich sie bereits alle diejenigen Vermögensrechte, die erst in den folgenden Theilen bestimmt werden, zur Voraussetzung haben.

* Die Entwürfe von 1811 und 1816 befolgten ganz die Ordnung des Cod. Max.; jedoch der erste mit der Ausnahme, daß er die Grundbarkeitsverhältnisse und das Lehen in den zweiten Theil versetzen wollte. Der Entw. von Gönnner weicht schon in dem nicht vollendeten ersten Theile von dem Cod. Max. ab, indem er zuerst die Ehe, dann das Verhältniß zwischen Eltern und Kindern abhandelt. Er behandelt aber bei der Ehe, jedoch in besonderem Capitel, zugleich auch die Vermögensverhältnisse der Ehegatten. Der Entwurf von Leonrod schließt sich in der Hauptsache ganz an das bestehende bair. Gesetzbuch an; nur mit unwesentlichen Abweichungen im Einzelnen; namentlich darin, daß das Sachenrecht im Sinne des bestehenden Gesetzbuches in zwei Theile zerfällt, bürgerliches und persönliches Sachenrecht, und daher das Ganze 4 Theile enthält, von denen die beiden mittleren dem 2. des bñ. Gesetzb. entsprechen. Das eheliche Güterrecht findet sich hiernach im 3. Theile, d. i. im persönlichen Sachenrecht.

Daher ist auch im Code Napoléon, dergleichen im österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche und dem darnach bearbeiteten Entwürfe des Präsidenten von Leonrod, wie nicht minder in dem neuesten Großherzoglich hessischen Entwürfe, das ganze Vermögensrecht der Ehegatten im ersten Theile ausgeschieden und einem späteren Theile vorbehalten.

Diese sind dann aber wieder inconsequent darin, daß sie mit den Bestimmungen über die älterliche Gewalt sofort im ersten Theile auch die vermögensrechtlichen Wirkungen verbinden, und ebenfalls auch die ganze Lehre von der Vormundschaft, mit ihrer vorherrschend vermögensrechtlichen Bedeutung, schon im ersten Theile abhandeln.

Jene Anordnung entspricht auch nicht dem wahren Institutionen-Systeme.

Denn darnach handelt das erste Buch schlechthin nur von den verschiedenen Eintheilungen der Personen nach ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit (*liberi et servi, sui et alieni juris, qui sub tutela vel cura sunt*), so daß darin sogar die Ehe gar nicht als selbständiges Rechtsverhältniß, sondern lediglich als Entstehungsgrund der väterlichen Gewalt, also eines Falles des *alieni juris esse*, vorkommt; und von dem Einflusse dieser Verhältnisse auf das Vermögen ist dann erst an verschiedenen Orten des 2., 3. und 4. Buches die Rede.

Diese Zerspitterung ist aber auch wieder nicht zu billigen, und gewiß ist es angemessener, die vermögensrechtlichen Wirkungen der Familienverhältnisse in Verbindung mit diesen selbst zu bestimmen, abgesehen davon, daß es auch nicht richtig ist, die ganze Lehre von den Vermögensverhältnissen der Ehegatten unter den Gesichtspunkt der obligatorischen Verträge zu stellen, wie es im Code Napoléon und im österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche geschieht.

Will man nun aber eine solche Verbindung, so erscheint es als nothwendig, die Familienverhältnisse erst nach der allgemeinen Bestimmung der Vermögensverhältnisse zur Sprache zu bringen, und im ersten Theile des Gesetzbuches von dem sog. Personenrechte nur dasjenige aufzunehmen, was die Rechtsfähigkeit der Personen betrifft.

Wie aber dieses nur zu den allgemeinen Voraussetzungen der Privatrechte gehört, so kann man diesen ersten Theil sehr wohl auch benützen, um andere, den verschiedenartigen Rechtsverhältnissen gemeinschaftliche, allgemeine Grundsätze darin aufzustellen.

Ein andrer Mangel in dem System des Codex Maximilianeus liegt in der Stellung des Erbrechts, welches den Inhalt des dritten Theiles bildet.

In ähnlicher Stellung kommt dasselbe in den Institutionen vor, als Erwerbung von Sachen per universitatem.

Aber die Erbschaft ist selbst ein wichtiges Rechtsverhältniß, das seine eigenthümliche Stellung im Systeme einnimmt.

Es berührt auch keineswegs bloß Eigenthum und andere dingliche Rechte, sondern ebensogut auch Schuldverhältnisse, und es ist daher nicht einzusehen, warum die Lehre von diesen letzten durch das Erbrecht von den dinglichen Rechten getrennt ist, da doch jene und diese erst das ganze Vermögensrecht ausmachen, auf welches sich gleichmäßig das Erbrecht bezieht.

Daher haben auch die neueren Rechtslehrer fast alle dem Erbrecht eine besondere Stellung nach dem Sachen- und Obligationenrechte gegeben, und Referent kann, was er hier billigt, auch für den Entwurf des Gesetzbuches nicht anders als angemessen finden.

Hiernach würde nun Referent folgende Anordnung in Vorschlag bringen:

Erster Theil oder erstes Buch.

Von den Privatrechten überhaupt.

Zweiter Theil oder zweites Buch.

Vom Eigenthum und den das Eigenthum beschränkenden Rechten.

Dritter Theil oder drittes Buch.

Von den Schuldverhältnissen.

Vierter Theil oder viertes Buch.

Von den Familienverhältnissen.

Fünfter Theil oder fünftes Buch.

Von Erbschaften.

In diesen fünf Theilen ließe sich das ganze bürgerliche Recht zusammenfassen.

Aber es gibt noch gewisse Verhältnisse, welche theils in einer Mischung dinglicher und persönlicher Rechte bestehen, theils durch besondere Eigenthümlichkeiten, die in die verschiedenen Lehren des Privatrechts modificirend eingreifen, ausgezeichnet sind.

Referent rechnet dahin das Lehen, das Recht der adeligen Familienfideicommissen, und das Recht der bäuerlichen Güter.

Er würde auch noch das Handelsrecht dahin rechnen, wenn nicht dieses ohnehin als Gegenstand eines eigenen Gesetzbuches ausgeschieden wäre.

Diese Gegenstände nun möchten wohl zweckmäßig in einem besondern sechsten Theile oder Buche zusammengestellt werden.

Es sprechen dafür ähnliche Motive, wie für die Ausscheidung des Handelsrechts.

Es ist für die Einsicht in die Natur dieser Verhältnisse störend und erschwerend, wenn die Eigenthümlichkeiten derselben hier und dort an zerstreuten Stellen des Gesetzbuches, je nachdem sie diese oder jene Rechtslehre berühren, erwähnt werden sollen, und es kann leicht zu Fehlgriffen führen, wenn man sie, nur eine Seite derselben betrachtend, unter eine der allgemeinen Kategorien stellt, während sie von anderer Seite doch eben so sehr unter eine andere Kategorie fallen.

So z. B. gehört das Lehen an sich zwar zu den dinglichen Rechten; aber es gestaltet sich auf eigenthümliche Weise durch das persönliche Verhältniß des Vasallen zum Lehensherrn, und es ist besonders ausgezeichnet durch die Eigenthümlichkeiten der Lehennachfolge.

Es ist wahrlich nicht zum Gewinn der Sache, wenn man einem logischen Begriff zu Liebe das Lehenverhältniß in die Lehre von den dinglichen Rechten einreicht, und dann die Besonderheiten der lehenrechtlichen Erbsfolge im Erbrecht hervorhebt; weshalb wohl auch im Codex Maximilianeus das Lehenrecht in einem letzten Titel, nach dem Titel „Von der Schmach“, nachhinkt.

So ist es ferner durchaus nicht der Natur der Sache entsprechend, wenn man die ganze Lehre von den Familienfideicommissen ins Erbrecht stellt.

Es hat dieses keinen inneren, systematischen Grund, sondern lediglich den historischen, daß im Erbrecht zuerst von Fideicommissen die Rede gewesen.

Unsere heutigen Familienfideicommissen sind aber Institute von wesentlich anderer Bedeutung als die römischen Fideicommissen.

Und was die bauerlichen Gutsverhältnisse betrifft, so ist es schon von andern bemerkt worden, wie wenig passend der Codex Maximilianeus die Bestimmungen darüber im Obligationenrecht, zwischen der Miethen und Gesellschaft, gestellt hat, wenn gleich dieselben zugleich auch ihre bedeutende obligatorische Seite haben.

Auch wäre es gewiß zweckmäßiger, anderes, was der Cod. Max. Thl. II. tit. 10. und 11. abhandelt, und was sich auch vorzugsweise auf ländlichen Besitz bezieht, im Zusammenhange mit den Bestimmungen über bauerliche Gutsverhältnisse überhaupt aufzunehmen.

Um so mehr erscheint dieses zweckmäßig, als dabei unvermeidlich auf die Verschiedenartigkeit der bauerlichen Gutsverhältnisse in den verschiedenen Landestheilen Rücksicht zu nehmen ist, während die allgemeine

Theorie von den dinglichen Rechten im Ganzen gleichmäßig für das ganze Königreich normirt werden kann.

Es wird demnach den oben angegebenen fünf Büchern noch ein sechstes hinzuzufügen vorgeschlagen, mit der Ueberschrift:

„Von einigen besondern Gutsverhältnissen“,

worin

- 1) vom Lehen,
- 2) von adlichen Gutsbesitzungen,
- 3) von bäuerlichen Gutsverhältnissen

gehandelt werden soll.*

Was übrigens den Inhalt der angegebenen Haupttheile des Gesetzbuches angeht, so glaubt Referent die Untereintheilung der einzelnen Haupttheile nicht schon in diesem Präliminarvortrage genauer bestimmen zu müssen.

* Betreffend die von mir vorgeschlagene Ordnung, so hat sie die Autorität der ersten heutigen Theoretiker des gemeinen Rechtes für sich, und stimmt, was die Ausschreibung des 6. Buches betrifft, im Wesentlichen auch überein mit der Ordnung von Mittermeier's deutschem Privatrecht. — Etwas dem allgemeinen Theil ähnliches enthält schon der Entwurf von Gönner, in der Einleitung, aber freilich sehr unvollständig. Dieselbe handelt wesentlich nicht nur vom Rechte im objectivem Sinne, sondern auch von den Rechten im Allgemeinen, namentlich Ausübung, Collision, Uebertragung und Untergang der Rechte, während dagegen die Rechtsfähigkeit und die Status erst im 1. Cap. des 1. Thls. folgen. — Auch hat einige Aehnlichkeit mit unserem allgemeinen Theile der 3. Theil des öst. Gesetzbuches oder 4. Theil des Leonrod'schen Entwurfes, Tit. 1. von Erhaltung der Rechte und Verbindlichkeiten, Tit. 2. von Befestigung der Rechte und Verbindlichkeiten, worin Bürgschaften und Pfandverträge vorkommen, Tit. 3. von Verwandlung der Rechte und Verbindlichkeiten (Novation, Vergleichung, Compromiß, Cession u. s. w.), Tit. 4. Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten. Tit. 5. Verjährung und Erskigung. — Was die Ausschreibung und den Inhalt des 6. Buches betrifft, so scheint die Erfahrung ihr das Wort zu sprechen, indem der Entw. von 1811 das Lehen und die gutsherrl. bäuerl. Verhältnisse aus dem 4. in den 2. Theil verpflanzte, obwohl doch nicht zu verkennen ist, daß jenen Verhältnissen auch eine bedeutende obligatorische Seite innewohnt. Man könnte aber zweifeln, ob das Civilgesetzbuch auf das Lehen und die adeligen Fideicommissie überhaupt Rücksicht zu nehmen habe, da diese durch die Verfassungsbeilagen befreit sind? — In dieser Beziehung ist zu bemerken: Der Entwurf von 1811 nimmt das Lehen allerdings auf, obwohl doch auch damals schon das Lehenedict bestand; dagegen wird die Fideicommissie betr. die fideicommissarische Substitution als gemeines Recht verboten und nur auf die damalige Verordnung über die Majorate Bezug genommen. In den Motiven zum 3. Theil erklärt sich der Entw. dafür, daß Majoratslehen, Emphyteusis eigentlich in den 2. Theil gehören, bemerkt aber, daß über Majorate zur Zeit ein vollständiger Entwurf nicht vorgelegt worden, weil die betr. Igl. Declaration noch vorliege. Der Entwurf von 1816 erwähnt ein eigenes Hauptstück von Majoraten, verweist aber dabei ebenfalls schlechthin auf die betr. Igl. Edicte, und hat einen Titel über das Lehen gar nicht. Der Leonrod'sche Entwurf verweist überall auf die Verfassungsgeetze.

Was endlich die Ausschreibung der dem Civilproceßgesetzbuch zu überlassenden Gegenstände betrifft, so ist im Uebrigen wohl keine Einwendung zu beforgen. Nur die Prioritätsordnung in den Proceß aufzunehmen, könnte Anstoß erregen. Man hat dieß dem Cod. iud. wie der Preuß. Gerichtsordnung zum Vorturfe gemacht. Auch ist nicht zu läugnen, daß dieß ein civilrechtlicher Gegenstand ist, und die bürgerlichen Entwürfe, mit Ausnahme des von 1816, haben es auch ins Civilgesetzbuch aufgenommen. Gleichwohl stimme ich nicht dafür. Die Priorität im Concurse von dem Gesichtspunkte eines vorzüglichen Anspruchs auf Execution, auf das Vermögen des Gläubigers, kann man auch sehr wohl dem Proceß zuweisen, und für den praktischen Gebrauch ist das gewiß vorzuziehen, weil sich im Concurse Civilrechtliches und Proceßsliches mehr wie irgendwo vermengt und es ganz angemessen scheint, die Normen, welche die Locution bestimmen, hier zugleich mit den reichlichen Proceßvorschriften überflüssig zusammenstellen zu lassen.

Sie bildet keine Fundamentalfrage und wird sich zum Theil auch erst bei der Ausarbeitung, vielleicht gegen den ersten Entwurf des Redacteurs selbst modificiren.

Nur will er in diesem Betreff schon jetzt folgende Bemerkungen dem Obigen noch hinzufügen:

1) Im ersten Theile beabsichtigt man zwar, außer den Bestimmungen über die Personen, gewisse allgemeine Principien des Rechts aufzustellen, wird sich jedoch darin sehr beschränken, von der Ansicht ausgehend, daß es nicht gut sei, vage, allgemeine Grundsätze aufzustellen, die doch erst in concreter Beziehung auf einzelne Rechtsverhältnisse ihre genauere Bestimmung und Begränzung erhalten können.

2) Im zweiten Theile sollen die deutschrechtlichen Reallasten, Zehnten, Frohn- und Scharwerke, nicht vorkommen, obwohl sie gewöhnlich mit den dinglichen Rechten zusammengestellt werden; sie werden dem sechsten Theile, und zwar dem Capitel von bäuerlichen Gutsverhältnissen vorbehalten.

3) Von Unterpfanden handelt der Codex Maximilianens im zweiten Theile, wie auch in den jetzt üblichen Systemen gewöhnlich ist, das Pfandrecht in der Lehre von den dinglichen Rechten abzuhandeln.

Referent hält es für passender, die ganze Lehre von Pfandrechten und Hypotheken dem dritten Theile, dem Obligationenrechte, anzuschließen.

Denn sie haben ja keinen andern Zweck, als den, die Erfüllung von Obligationen zu sichern, und sind wesentlich accessorischer Natur, ihrem Zweck nach mehr verwandt der Bürgschaft, wie man ja auch wohl die Verpfändung als eine reale Bürgschaft zu bezeichnen pflegt.

Daher denn auch im österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche und im Code Napoléon die Stellung dieser Lehre nach gleichem Gesichtspunkte bestimmt ist.

Indessen ist es noch die Frage, ob überhaupt das Hypothekenrecht in das neue Gesetzbuch aufgenommen werden solle, da wir darüber ein eigenes im Ganzen befriedigendes Gesetz haben, das wohl keiner wesentlichen Abänderung unterliegen wird.

Referent ist jedoch der Meinung, daß dieses passender sei, theils um nicht unnöthiger Weise das künftige Civilrecht in formell geschiedene Gesetze zu zersplittern, theils um eine durchgreifende Uebereinstimmung in demselben herzustellen.

4) Im vierten Theile wird man

a) von den Rechten der Familie im weiteren Sinne handeln, dabei von der Verwandtschaft,

- b) von der Ehe, in persönlicher und vermögensrechtlicher Beziehung,
- c) von dem Verhältnisse unter Eltern und Kindern,
- d) von dem Verhältnisse der Dienstboten, welches nach seinem heutigen Charakter nicht passend bloß nach dem hergebrachten Gesichtspunkte des Miethvertrages beurtheilt wird, und
- e) von der Vormundschaft.

Noch werden hier einige Bemerkungen, betreffend das *judicium finium regundorum* gegen das Gesetzbuch über das bürgerliche Verfahren am Plage sein.

Die Gegenstände, worin sich dieses mit dem bürgerlichen Gesetzbuche berührt, sind:

1) die freiwillige Gerichtsbarkeit.

In dieser Beziehung werden wohl dem bürgerlichen Gesetzbuche nur die Vorschriften über die Nothwendigkeit gewisser Formen von Rechtsgeschäften anheimfallen, dem Gesetzbuche über das bürgerliche Verfahren aber Alles, was die Art und Weise der Proceedur und die Bestimmung der dabei mitwirkenden öffentlichen Behörden betrifft.

2) Die Klagen.

Darüber enthält der *Cod. judiciarius* IV. 1—3. einige Bestimmungen, die aber vielmehr dem Civilrecht angehören, namentlich von dem Uebergang auf die Erben und von Erlöschung der Klagen.

Nur das Formelle gehört hier dem Civilproceße an, dem aber auch die Bestimmungen über Zwang zur Klage füglich überlassen werden.

3) Der Beweis.

Hier wird es dem Civilproceßgesetze obliegen, die allgemeinen Grundsätze über Beweislast und Beweismittel aufzustellen, dem bürgerlichen Gesetzbuche aber zu überlassen sein, bei einzelnen Rechtsverhältnissen zu bestimmen, was streitigen Falls zu vermuthen, was zu beweisen sei.

4) Die Wirksamkeit rechtskräftiger Urtheile.

In dieser Beziehung hat sich die Gesetzgebung wohl nur auf die Anerkennung des bekannten allgemeinen Grundsatzes über die Rechtskraft der Urtheile zu beschränken, und davon nur, hier und dort, an geeigneter Stelle Gebrauch zu machen; was aber die Voraussetzungen der Rechtskraft, ferner die Möglichkeit, sowie die Art und Weise der Anfechtung formell rechtskräftig gewordener Urtheile angeht, gehört natürlich dem Civilproceßgesetzbuche an.

5) Vergleich und Compromiß.

Diese kommen im *Codex jud. vor.* Cap. XVII. §. 1. und 2.

Auch mag das Letzte dem Civilproceßgesetzbuche wohl allein überlassen

werden; dagegen ist die Lehre vom Vergleich vorherrschend civilrechtlicher Natur, und daher im bürgerlichen Gesetzbuche zu berücksichtigen.

6) Das *beneficium competentiae*, die *datio in solutum*, *Moratorien* und *Nachlassverträge* werden im *Codex jud. XVIII. §. 10—13.* besprochen, insoferne sie besondere Einreden gegen die *Execution* begründen.

Aber nur *Moratorien* und *Nachlassverträge* durch Beschluß der Mehrheit der Gläubiger, möchten, weil sie den *Concurs* aufhalten oder abwenden, *ex professo* im *Concursproceß* zur Sprache kommen; *datio in solutum* gehört dem *Proceß* nur an, soferne sie erzwungener Weise anstatt der eigentlichen *Execution* eintritt, und die Fälle, in welchen das *beneficium competentiae* statt haben soll, weil es den Anspruch selbst einschränkt, hat wohl eigentlich das *Civilrecht* zu bestimmen.

Auch kann ja das *beneficium comp.* schon früher als in der *Execution*instanz geltend gemacht werden.

7) Die *Vorzugsrechte* der Gläubiger im *Concurs*.

Die Vorschriften darüber enthält der *Codex jud. XX. 1. u. fg.;* zur Zeit aber gilt darüber die *Prioritätsordnung* vom 1. Juni 1822.

Gewiß ist es am passendsten, dieselbe in Zukunft in das Gesetzbuch über den *Proceß*, im Capitel „vom *Concursproceß*“ aufzunehmen, und im bürgerlichen Gesetzbuche davon zu abstrahiren.

Indem nun der unterzeichnete Referent diese Bemerkungen den geehrtesten Herrn Kollegen zur Prüfung vorlegt, erlaubt er sich zum Schlusse noch darauf anzutragen, daß ein Theil der von ihm zu lösenden, schwierigen und umfassenden Aufgabe mit vorerst zu erholender Genehmigung der allerhöchsten Stelle von einem der anderen Herrn, namentlich etwa von dem hochverehrlichen Vorstände der *Gesetzcommission* selbst, übernommen werde.

Referent ist zwar überzeugt, daß *Er. Majestät* in reifer Ueberlegung und aus triftigem Grunde die Entwerfung je eines Gesetzbuches zunächst nur einem Einzigen hat anvertrauen wollen, und Referent glaubt auch demnach den Entwurf der fünf ersten Theile des Gesetzbuches nach oben bezeichnetem Plane allein über sich nehmen zu müssen, um die Einheit und Harmonie des Inhalts wie der *Redaction*, der Absicht *Er. Majestät* gemäß, zu fördern.

Aber der oben angegebene sechste Theil könnte sehr wohl, eben so gut, wie das *Handelsrecht*, einer andern Hand überlassen werden, ohne jenen Zweck zu beeinträchtigen, und es würde dadurch dem Referenten, der ohnehin fürchten muß, der ihm gewordenen Aufgabe nicht voll-

kommen gewachsen zu sein, immer schon eine erhebliche Erleichterung gewährt werden.

München, den 2. August 1844.

12.

Entwürfe bürgerlicher Gesetzbücher für Hessen-Darmstadt und Zürich.*

Die jüngste Vergangenheit hat eine Reihe von Gesetz-Entwürfen über Strafrecht und Strafverfahren zum Vorschein gebracht. Nun scheint auch dem bürgerlichen Rechte eine erfolgreiche gesetzgeberische Thätigkeit zugewendet zu werden. Unter derselben Jahreszahl werden dem Publikum die obengenannten Entwürfe für das Großherzogthum Hessen und für den Kanton Zürich vorgelegt. Hier wie dort hat man angemessen gefunden, was gewiß sehr zu loben ist, die Entwürfe durch den Druck allgemein bekannt zu machen, und dadurch zu öffentlicher Beurtheilung derselben aufgefordert. Sie bieten aber der Wissenschaft interessante Vergleichungspunkte dar. Der eine gehört einer von den größeren Republiken der Schweiz an, deren Gebiet eine Bevölkerung von etwa 230,000 Seelen zählt; der andere ist bestimmt für einen der kleineren deutschen Bundesstaaten, mit monarchisch constitutioneller Verfassung, mit einem Gebiet von beinahe 800,000 Einwohnern. Beide können wir als Produkte der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebungskunst betrachten; denn wenn auch die Schweiz staatsrechtlich von Deutschland getrennt ist, so ist doch der Kanton Zürich der Abstammung und Gesittung nach ein rein deutscher Staat. Die Haupturheber (Redactoren) beider Entwürfe sind Männer, deren Namen in der deutschen Rechtswissenschaft bereits einen guten Klang haben; der Verfasser des einen ist der durch seine verdienstlichen Arbeiten im Gebiete des römischen und deutschen Rechts, neuerdings durch seine Studien über Staat und Kirche wie durch seine ganze politische Wirksamkeit allbekannte Staatsrath Bluntschli; der Verfasser des anderen, Ministerialrath Breidenbach, hat sich den Ruf eines ausgezeichneten Rechtsgelehrten durch seinen Commentar über das neue hessische Strafgesetzbuch begründet. Der bisherige

* In demselben Jahre 1844 erschien 1) ein Entwurf der ersten Abtheilung des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen (116 Seiten) nebst Motiven dazu (338 S.), 2) Erster Entwurf des privatrechtlichen Gesetzbuchs für den Kanton Zürich. Erster Theil: Personen-, Familien- und Erbrecht (207 S.) Die hier folgende Recension der beiden Werke erschien 1845 in Richter's und Schneider's lit. Jahrb. Jahrg. X. S. 128—154. und S. 215—260.

Rechtszustand der beiden Länder, wofür die Entwürfe bestimmt sind, ist aber sehr verschieden. Ueber die Rechtsgeschichte von Zürich hat uns eben Bluntschli ein sehr schätzbares Werk gegeben. Wir sehen darin, wie sich aus Stadt und Landschaft allmählig der jetzige Staat Zürich gebildet hat; wie das Recht, auf ursprünglich deutscher Grundlage, mit mancherlei partikularrechtlichen Verschiedenheiten in den vor und nach erworbenen einzelnen Bestandtheilen der Landschaft, unabhängig von dem gemeinen deutschen Recht und ohne tief eingreifende Einwirkung des römischen Rechts, hauptsächlich als Gewohnheitsrecht sich entwickelte, worauf selbst die Wissenschaft erst in neuerer Zeit einen bedeutendern Einfluß zu üben begonnen hat. Obgleich seit den Stürmen der Revolution auch dort die Gesetzgebung eine große Thätigkeit gezeigt hat, so ist doch das Privatrecht nur theilweise von derselben ergriffen worden und noch jetzt bilden das alte Stadt- und Landrecht, modificirt durch verschiedenartige statutarische Bestimmungen, die Grundlage des geltenden Privatrechts. Die Grundelemente des Rechts sind aber in dem ganzen Gebiete dieselben; der Boden ist bereitet, um eine einheitliche, mit wissenschaftlichem Geiste bearbeitete bürgerliche Gesetzgebung darin zu pflanzen, und es stehen dem keine andere Schwierigkeiten entgegen, als welche überall in der Aufgabe, ein gutes Gesetzbuch zu verfassen, liegen. Anders sind die Verhältnisse in dem Großherzogthum Hessen. Das ganze Gebiet desselben hat als deutsches Reichsland unter der Herrschaft des gemeinen Rechts gestanden, hat also die gesetzliche Autorität des römischen und canonischen Rechts vollkommen anerkannt, was in Zürich nie der Fall war. Wie aber überall in Deutschland, so war auch dort das gemeine Recht durch partikulares vielfach modificirt, und zwar bestand und besteht noch in dieser Beziehung in dem jetzigen Großherzogthum, so wenig umfangreich dessen Gebiet auch ist, eine große Mannfaltigkeit, weil es aus einer Vereinigung vieler Landstücke, die unter der Landeshoheit verschiedener Herren standen, hervorgegangen ist. Es sind nicht weniger als fünf und vierzig Territorien, welche ganz oder theilweise unter der Souveränität des Großherzogs von Hessen vereinigt worden sind, und in den meisten derselben bestanden wenigstens einzelne besondere Verordnungen, die das Privatrecht berühren; in mehrern galten mehr oder weniger ausführliche Landrechte oder Landesordnungen, z. B. das Landrecht der Grafschaft Solms, das Mainzer und Pfälzische Landrecht. (Vgl. Von der Nahmer, Handb. der rhein. Partikularrechte Bd. 1. S. XXVIII. fg. Bd. 3. S. 77. fg.). Diese Partikularrechte gelten nebst dem gemeinen deutschen Rechte in den auf der rechten

Rheinseite gelegenen Landestheilen auch heute noch. Dagegen bildet aber die Provinz Rheinhesen (wie allein der auf der linken Rheinseite belegene Theil des Großherzogthums genannt wird, obwohl die Provinz Starkenburg eben so gut ein Rheinland ist) einen starken Gegensatz, indem daselbst die ganze französische Gesetzgebung bestehen geblieben und nur der Code pénal durch ein neues, für das ganze Land publicirtes Strafgesetzbuch erst in neuester Zeit verdrängt worden ist. Nun ist aber die Absicht der Staatsregierung in Uebereinstimmung mit den Ständen darauf gerichtet, auch eine gemeinsame Civilgesetzgebung für das ganze Großherzogthum zu erzielen, und dazu soll eben der vorliegende Entwurf die Bahn brechen. Es geht daraus hervor, daß die Aufgabe dieses hesischen Entwurfes eine weit schwierigere ist, als die des zürichischen, wenn gleich auch dort die Aufgabe bei weitem nicht so schwierig ist, wie dieselbe Aufgabe für Baiern sein würde. Rheinhesen hängt mit den übrigen Theilen des Großherzogthums unmittelbar zusammen; es ist daher einerseits das Bedürfniß der Gemeinschaftlichkeit des bürgerlichen Rechts dringender und andererseits können die natürlichen Verhältnisse der beiden Landestheile nicht so verschiedenartig sein, um dieser zu große Schwierigkeiten entgegenzusetzen. Dagegen bildet die bayerische Rheinpfalz eine gänzlich abgeschlossene Provinz, rings umgeben von Ländern, worin ebenfalls das französische Civilrecht gilt, und es möchte wohl mit gutem Fug behauptet werden, daß ihr diese Gemeinschaft des Rechts wichtiger sei, als die mit den sieben andern Kreisen des Königreichs, von denen sie, etwa das Frankenland, namentlich Unterfranken und Aschaffenburg, ausgenommen, auch sonst in Rücksicht ihrer Verhältnisse weit mehr sich unterscheidet, wie Rheinhesen von den Provinzen Starkenburg und Oberhesen. Zudem bildet Rheinhesen einen verhältnißmäßig weit größern Theil des ganzen Großherzogthums Hessen, als Rheinbaiern des ganzen Königreichs Baiern, und es ist daher dort eher zulässig, dem in der Rheinprovinz geltenden Civilrechte einen bedeutendern Einfluß auf das neue Gesetzbuch zu gestatten, während hier eher zu fürchten wäre, daß das größere Uebergewicht der übrigen Provinzen des Königreichs auf die Abfassung des neuen Gesetzbuchs einen solchen Einfluß üben werde, daß das gegenwärtige Recht der Pfalz bedeutendere Modificationen erleiden müßte, als den Einwohnern derselben sowohl an sich als auch in Beziehung auf den Rechtsverkehr mit ihren nächsten Nachbarn erwünscht sein möchte. Endlich ist auch die Mannfaltigkeit der in den cisrhenanischen Theilen des Großherzogthums noch geltenden Partikularrechte weder der Zahl noch der praktischen Wichtigkeit nach

so bedeutend, wie in Baiern. Die Hauptmasse der beiden diesseitigen Provinzen von Hessen stand seit Jahrhunderten unter der Landeshoheit des jetzigen großherzoglichen Hauses und war daher derselben Landesgesetzgebung unterworfen; an und zwischen diese hat sich in bunter Mischung eine Reihe von Bruchstücken verschiedener Territorien angesetzt, so daß sich nirgend ein einigermaßen bedeutendes zusammenhängendes Gebiet findet, in welchem dasselbe Particularrecht Geltung hätte; daher denn keines derselben eine sehr bedeutende locale Wichtigkeit hat, während eben die Zerrissenheit das Bedürfniß der Vereinigung dringend fühlbar macht. Dagegen in den sieben diesseits des Rheins belegenen Provinzen des Königreichs Baiern gelten vorerst außer dem gemeinen deutschen Civilrecht die drei vollständigen Civilgesetzgebungen, der Codex Maximilianus, das preußische Landrecht und das österreichische bürgerliche Gesetzbuch, und zudem eine ungeheure Anzahl anderer Particular- und Statutarrechte, von denen mehrere, z. B. das würzburgische, bambergische und nürnbergische Recht ihrem Inhalt nach sehr bedeutend sind. Dabei ist freilich die territoriale Zersplitterung und Zerrissenheit des Rechts, besonders in Franken und Schwaben, so arg, wie man sich's nur vorstellen kann, indem nicht nur in den meisten Landgerichtsbezirken jener Provinzen, sondern auch in sehr vielen, selbst den kleinsten Ortschaften, nach den Hausnummern, verschiedene Rechte gelten; es ist daher auch hier das Bedürfniß der Einigung im Rechte freilich dringend genug, und nur eine falsche historische Ansicht könnte es bedenklich finden, eine bunte Manchfaltigkeit des Rechts anzutasten, die größtentheils durchaus nicht einer innern Verschiedenheit der Verhältnisse, sondern der unnatürlichen Zersplitterung des Landes und der daher rührenden Verschiedenheit der Gesetzgebungen ihre Entstehung verdankt. Über einzelne Particular- und Statutarrechte haben doch auch in Rücksicht des Gebietes, für welches sie gelten, eine große Bedeutung und können mit Recht Anspruch auf schonende Beachtung ihrer Eigenthümlichkeiten machen. Es ist also in Baiern das Werk der Verschmelzung der bisherigen Rechte und der Erzielung einer befriedigenden gemeinschaftlichen Gesetzgebung in jeder Beziehung schwieriger als in Hessen, und während es dort wohl räthlicher sein möchte, vorerst von der Ausdehnung der neuen bürgerlichen Gesetzgebung auf die Pfalz noch abzusehen und nur erst einmal die sieben übrigen Kreise unter einen Hut zu bringen, erscheint es in Hessen ganz natürlich, daß man gerade mit der Rheinprovinz baldmöglichst eine Gemeinschaft des bürgerlichen Rechts herzustellen sucht. Die Gesetzgebung dieses Landes scheint den Beruf zu haben, der Herstellung

einer größern Rechtsgemeinschaft der so lange unter französischer Gesetzgebung gestandenen Rheinlande mit dem übrigen Deutschlande Bahn zu brechen, ohne jenen gewonnenes Gut zu verkümmern; ich sage „mit dem übrigen Deutschland“; denn so sehr es auch den Anschein hat, als ob durch die neuen Particulargesetzgebungen der letzte Rest von Gemeinschaft des bürgerlichen Rechts unter den deutschen Staaten verschwinden müsse, so bin ich gleichwohl überzeugt, daß in Wahrheit (materiell) eine Gemeinschaft durch dieselben befördert und vorbereitet wird, welche den Schatten von Gemeingiltigkeit, den das sogenannte gemeine deutsche Civilrecht noch behauptet, an intensiver Bedeutung überwiegt, theils weil dadurch jedenfalls die übergroße Mannfaltigkeit der Particularrechte bedeutend reducirt wird, theils weil es nicht fehlen kann, daß die neuen Gesetzbücher der einzelnen deutschen Staaten, welche als wesentlich wissenschaftliche Werke aus dem Boden der heutigen deutschen Rechtswissenschaft hervorgehen, eine stärkere Verwandtschaft innerer Uebereinstimmung verbinden wird, als sich in der ununterbrochen aber nur bruchstückweise wirkenden Particulargesetzgebung seit langer Zeit geltend machte.

Der hessische Entwurf wird dem Publikum mit dem Vortrage vorgelegt, durch welchen ihn der Regierungscommissär bei den zur Beachtung desselben gewählten ständischen Ausschüssen einführte. Dieser sucht es zuerst zu rechtfertigen, daß nicht sofort der ganze vollständige Entwurf, sondern nur ein Theil zur Prüfung vorgelegt werde, obgleich die Regierung nicht beabsichtige, die einzelnen Abtheilungen des Gesetzbuches, so wie sie die ständische Zustimmung erhalten haben, stückweise auch alsbald zu promulgiren, vielmehr erst sämmtliche Theile nachher zu einem Ganzen vereinigt nebst dem EinführungsGesetze den Ständen zu definitiver Annahme vorlegen werde. Man könnte dagegen einwenden, daß die Harmonie des Ganzen gefährdet sei, wenn nur einzelne Theile nach einander zur Kenntniß der Stände gebracht werden, und daß sich vorher nicht genau berechnen und erkennen lasse, in wie fern einzelne Bestimmungen der zuerst vorgelegten Theile mit den von den Ständen gebilligten Grundsätzen der spätern Theile in Widerspruch gerathen können, daß aber, wenn aus solchen Gründen eine Abänderung der bereits gebilligten Theile vorbehalten bleibe, die Berathung und Beschlußfassung über diese als etwas lediglich Provisorisches, später nach Belieben Umstößliches erscheine. Allein mit Recht wird dagegen bemerkt, daß eben so gut auch die gleichzeitige Vorlage des gesammten bürgerlichen und peinlichen Processes verlangt werden könne, da im ganzen Gebiete des Rechts wenige Sätze bestehen, die nicht durch Verkettung

der concreten Verhältnisse mit jedem andern beliebigen Sage in Beziehung und Wechselwirkung gebracht zu werden vermöchten. Dagegen sprechen äußere Gründe sehr zu Gunsten der von der Regierung ergriffenen Maßregel der Theilung, indem, abgesehen davon, daß die Vollendung des ganzen Entwurfes noch eine geraume Zeit sich verzögern möchte, auch die ununterbrochene ständische Berathung desselben einen Landtag von solcher Dauer erfordern könnte, daß die Mitglieder desselben vielleicht Jahrelang ihren sonstigen Obliegenheiten entzogen und zum Nachtheil der Berathung am Ende völlig ermüden würden. Uebrigens muß man in dieser Beziehung zu dem Verstande unserer Ständeversammlungen das Vertrauen haben, daß sie in der Berathung neuer umfassender Gesetzbücher mit einer gewissen Resignation und, wenn ich so sagen darf, Bescheidenheit oder Zurückhaltung zu Werke gehen. Ohne dieses ist kein Heil zu hoffen. Die Erfahrung hat es, namentlich auch in Baiern, hinlänglich gezeigt, daß nichts Gescheidtes dabei herauskommen kann, wenn die Stände sich mit deutschstädtischer Redseligkeit auf eine Erörterung des Inhalts und der Fassung des Gesetzbuches im Einzelnen einlassen. Es ist recht und billig, daß sie die Principien, die ihm zum Grunde liegen, ihrer Prüfung unterziehen; wenn sie aber darüber hinausgehen und das Einzelne zu bekritleln und zu bemäkeln anfangen, so kann es fast nur durch einen wunderbaren Zufall geschehen, wenn das Gesetzbuch nicht weit schlechter aus der Berathung hervorgeht als es hineinkam, obgleich vielleicht manche ganz treffende Bemerkungen dabei zum Vorschein gekommen sind. Auch kann man nicht dringend genug die Beherzigung des Erfahrungssages, daß das Beste oft der Feind des Guten sei, empfehlen. Wenn eine Ständeversammlung diesen vor Augen hat, so wird sie, um nicht das Werk einer im Ganzen sehr heilsamen und im Einzelnen nachträglich immer zu verbessernden Gesetzgebung ganz zu vereiteln — da eine vollkommene ja doch nie und nirgend wird zu Stande kommen — nur aus sehr wichtigen Gründen solche Aenderungen der vorgelegten Entwürfe verlangen, von deren Ausführung sie die Annahme des Ganzen abhängig macht, und davon sorgfältig andere Vorschläge unterscheiden, deren Beachtung sie nur der Staatsregierung anheimstellt, ohne diese zur Bedingung der Annahme zu machen oder eigensinnig darauf Gewicht zu legen. Hoffen wir, daß das gute Beispiel, welches in dieser Beziehung bereits früher bei Berathung des Strafgesetzbuches von der hessischen Ständeversammlung, und neuerdings von der badischen bei Berathung des Strafproceßgesetzbuches gegeben worden ist, anderwärts Nachahmung finde.

Der einleitende Vortrag berührt außerdem noch folgende vier Punkte: 1) Die Quellen des Entwurfs, als welche vorzugsweise das in den älteren Provinzen geltende Recht und der Code civil bezeichnet werden, indem sich derselbe nach Uebereinkunft zwischen Regierung und Ständen möglichst an das in den beiden Landestheilen bisher geltende Recht anschließen sollte. „Neues kann nur, Neues muß aber bestimmt werden, wenn die Mangelhaftigkeit des dies- und jenseits Rheins Bestehenden klar vor Augen liegt“. Dagegen ist von selbst klar, daß der Entwurf häufig relativ Neues enthalten müsse, nämlich solche Bestimmungen, die entweder den älteren oder den neueren Landestheilen bisher fremd waren. „So wurden denn System und einzelne Bestimmungen wie des gemeinen Rechts, so des Code civil gebilligt oder verworfen, je nachdem sie die Probe bestanden oder nicht“. — 2) Die Staatsanwaltschaft in Civilsachen. Mit Bezugnahme auf frühere Landtagsbeschlüsse wird bemerkt: „Ueber den hohen Werth, den die Staatsprokuratorur im Gebiete des Strafrechts behauptet, herrscht nur eine Stimme, aber auch was das bürgerliche Recht betrifft, ist sie ganz dazu geeignet, segensreich zu wirken“. Ref. stimmt dieser Aeußerung vollkommen bei. Ist auch die Wirksamkeit der Staatsanwaltschaft in Civilsachen nicht so bedeutend, daß man dieserhalb allein das Institut einführen sollte, so erscheint es doch, wenn einmal wegen ihres höchst wichtigen Berufes in Strassachen die Staatsbehörde eingeführt ist, vollkommen angemessen, derselben auch in bürgerlichen Rechtsachen gewisse Funktionen zu übertragen, welche sonst der officiellen Thätigkeit der Gerichte überlassen bleiben. Es ist eine schöne Idee, daß die Gerichte nur als rechtsprechende Organe des Staates auftreten sollen, daß aber das Interesse des Gesetzes und der öffentlichen Ordnung durch ein besonderes Organ des Staates vor den Gerichten vertreten werde. Uebrigens kommt es auf den Inhalt der privatrechtlichen Gesetze an, wiesern in Ansehung derselben eine mehr oder weniger bedeutende Wirksamkeit der Staatsbehörde stattfinden könne, und jedenfalls muß dabei der Grundsatz leiten, daß weder die Würde und Unabhängigkeit der Gerichte gefährdet noch auch rein privatrechtliches Interesse einer lästigen Bevormundung von Seiten des Staates unterworfen werde. — 3) Die Beschränkung des Gesetzbuches auf das gemeine Recht aller heffischen Unterthanen, ohne Rücksicht des Standes und der Religion. Besondere Rechtsgrundsätze für einzelne Klassen sollen in dem bürgerlichen Gesetzbuch keine Stelle finden, soweit nicht ein allzuenger Zusammenhang mit allgemein-civilrechtlichen Bestimmungen es ausnahmsweise erfordert. Es soll aber auch dasselbe in die besondern

Rechtsverhältnisse einzelner Klassen nicht störend eingreifen. Auch dieses scheint uns ganz zweckmäßig. Nicht nur wird dadurch die Ausdehnung desselben auf die Provinz Rheinhessen, wo jene singulären Rechtsverhältnisse nicht Anwendung finden, erleichtert, sondern es werden dadurch auch die Fragen, in welche ein politisches Element hineinspielt, aus der Berathung über das bürgerliche Gesetzbuch möglichst fern gehalten werden, was nur zum Vortheil derselben gereichen kann. — 4) Das Verhältniß des neuen Gesetzbuches zu den bisherigen verschiedenartigen Rechten, die zur Zeit im Großherzogthum noch Geltung haben. Diese sollen abrogirt werden. Auch Gewohnheitsrecht soll fortan nur noch in solchen Fällen gelten, für welche das neue Gesetzbuch es ausdrücklich als anwendbar erklären wird. Es ist einleuchtend, daß nur auf diese Weise die neue bürgerliche Gesetzgebung ihren Zweck erreichen kann. Dasselbe findet eben so und noch in höherem Grade auf Baiern Anwendung. Weit entfernt, die Rechtssicherheit zu befördern, würde es nur eine unglückselige Verwirrung erzeugen oder die schon bestehende noch mehr steigern, wenn man das neue Gesetzbuch bloß mit subsidiärer Giltigkeit an die Stelle der bestehenden vollständigen Gesetzgebungen (des gemeinen deutschen Rechts und des französischen Civilgesetzbuchs, in Baiern außerdem auch des Codex Maximilianus, des preussischen Landrechts und des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuchs) setzen, daneben aber die mannichfaltigen Particularrechte, welche topographisch bunt durch einander laufen, bestehen lassen wollte. Dadurch ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß in einzelnen Beziehungen ausdrücklich auf Ortsgewohnheiten verwiesen wird, ja, daß auch einzelne statutarrechtliche Institute, deren Erhaltung durch ein wichtiges besonderes Interesse sich empfiehlt und deren Erhebung zu gemeinem Rechte doch nicht angemessen erscheint, speciell aufrecht erhalten werden. Auch versteht sich von selbst, daß mit der Ansicht, die Particularrechte zu beseitigen, in der Abfassung des neuen Gesetzbuches, namentlich bei denjenigen Materien, welche in das Leben und die Gewohnheiten des Volkes so tief eingreifen, wie z. B. das eheliche Güterrecht, eine schonende Rücksicht auf jene dergestalt obwalten muß, daß den bisher bestehenden Verschiedenheiten und Eigenthümlichkeiten möglichst freier Spielraum gestattet werde, wenn gleich das Gesetzbuch eine allgemeine Norm, die im Zweifel zur Anwendung kommen soll, aufstellt.

So viel über die Einleitung zum hessischen Entwurfe. Dem Züricher Entwurf wird nur eine ganz kurze Vorbemerkung zur Begleitung mitgegeben, aus welcher, außer der Bezeichnung des Verfassers, nichts Bemerkenswerthes hervorzuheben ist, als die kantonsbürgerliche

Sparfamkeit, mit welcher allfällige Bemerkungen „in frankirten Briefen“ erbeten werden.

Betrachten wir nun die beiden Entwürfe näher, so stimmen dieselben, was vorerst die allgemeine Form der Redaction betrifft, darin überein, daß sie mit Vermeidung bloß doctrineller Bestimmungen den Charakter eines Gesetzbuches möglichst festzuhalten suchen. Kurzgefaßte Paragraphen enthalten durchgängig nur eigentliche gesetzliche Vorschriften und, indem sie nur auf Herstellung fester Principien ausgehen, vermeiden sie es, in ein casuistisches Detail einzugehen. Sie folgen in dieser Rücksicht, und mit Recht, mehr dem Vorbilde der österreichischen und französischen Gesetzgebung, nicht dem des preussischen Landrechts, in welchem sich zum großen Nachtheil der Klarheit und Consequenz die Principien nicht selten unter den Einzelheiten fast verlieren. Auch in Rücksicht der sprachlichen Fassung sind beide Entwürfe im Ganzen lobenswerth, und wir möchten es dem züricher Entwurfe kaum zum Vorwurfe machen, daß sich darin bisweilen Provinzialismen in Ausdruck oder Satzverbindung bemerken lassen.

Abweichend von einander sind die vorliegenden Entwürfe in Betreff der Ordnung des Stoffes (System). Sie erklären sich zwar beide nicht über das ganze System, das sie zum Grunde legen; aber es läßt sich aus dem Inhalt des ersten Theils einigermaßen darauf schließen, und darin ist schon eine große Verschiedenheit zu erkennen. Der erste Theil des hessischen Entwurfs stimmt in Rücksicht des Stoffes im Ganzen mit dem ersten Buche des französischen Gesetzbuches überein, obwohl in der Folge der Titel etwas abweichend und nicht, wie dieses, mit einer allgemeinen Ueberschrift („von den Personen“) versehen. Er enthält nämlich: Tit. 1. Von der Beurkundung des Personenstandes. (Code Nap. tit. II.). — Tit. 2. Von dem Eherechte. (Code Nap. tit. V. VI.). — Tit. 3. Von dem Elternrechte. (Code Nap. tit. VII—IX.). — Tit. 4. Von dem Vormundschaftsrechte. (Code Nap. tit. X.). — Tit. 5. Von der Curatel. (Code Nap. tit. XI. vergl. tit. IV.). In diesen Titeln ist das ganze Familienrecht enthalten, aber, was namentlich die Ehe betrifft, ohne Rücksicht auf die Vermögensverhältnisse. Vermuthlich sollen nun die letztern auch eine ähnliche Stellung erhalten, wie im Code Napoléon, nämlich in der Lehre von den obligatorischen Verträgen, und es läßt sich daraus schließen, daß auch sonst der vorliegende Entwurf in Rücksicht der Ordnung der Materien mit dem Code Napoléon in einigen Hauptmassen übereinstimmen werde, wenn er auch nicht geradezu das ganze System desselben, nach seinen drei Büchern, adoptiren

sollte. Lassen wir nun dieses System einmal gelten, so müssen wir anerkennen, daß es in diesem ersten Theile auf eine löbliche Weise vereinfacht worden ist, indem mehrere im französischen Gesetzbuche coordinirte Titel unter einem gemeinschaftlichen Titel vereinigt sind, namentlich tit. V. du mariage und tit. VI. du divorce unter dem Titel: Eherecht, tit. VII. de la paternité et de la filiation, tit. VIII. de l'adoption und tit. IX. de la puissance paternelle unter dem Titel: Elternrecht. Der tit. IV. des absens ist unter den Titel von der Curatel untergebracht, was auch, da der Entwurf den Gesichtspunkt einer eigentlichen Todeserklärung, eben so wie der Code, nicht aufstellt und über die Subjecte der Rechte keine allgemeine Bestimmungen aufgenommen hat, angemessener scheint. Der tit. III. du domicile ist ganz ausgefallen, wahrscheinlich weil der Entwurf die Theorie des Code über das gewählte Domicil nicht aufnehmen will, außerdem aber die Bestimmungen über den eigentlichen Wohnort besser dem Civilproceßgesetzbuch überlassen werden mögen. Auffallend aber ist es dem Rec. gewesen, daß auch der erste Titel des französischen Gesetzbuches: de la puissance et de la privation des droits civils ganz weggefallen ist. Freilich konnte der eine Theil desselben: de la privation des droits civils keine Aufnahme finden, indem das Unwesen des bürgerlichen Todes, Gott sei Dank, vernichtet ist und der Genuß der bürgerlichen Rechte in Hessen auch nicht von der Eigenschaft eines hessischen Unterthanen abhängig sein soll. Auch könnte man sagen, die Bestimmung darüber, wer der Privatrechte fähig sei, gehöre eigentlich dem öffentlichen Rechte an. Gleichwohl scheint es uns natürlich, daß an der Spitze des bürgerlichen Gesetzbuches zuerst von den Subjecten der bürgerlichen Rechte die Rede sei, wie die Institutionen sagen: *Et prius de personis videamus; nam parum est ius nosse, si personae, quarum causa constitutum est, ignorantur.* Und es bedarf in dieser Beziehung auch Mehreres einer nähern civilrechtlichen Bestimmung, z. B. die Bedingungen der physischen Persönlichkeit, die Rechtsfähigkeit juristischer Personen. Es kommt einem fast vor, als ob dem Entwurfe der Kopf fehlte, wenn man sich vergeblich darnach umsieht, und man findet sich sonderbar berührt, wenn man als ersten Artikel des Gesetzbuches liest: „In einer jeden Gemeinde sind zur Beurkundung des Personenstandes drei Bücher unter der Bezeichnung: Geburts-, Trauungs- und Sterbprotokolle zu führen.“

Der züricher Entwurf läßt die allgemeinen Bestimmungen über Personen nicht vermissen. Sie bilden vielmehr den Inhalt des ersten Buches mit der Ueberschrift: Personenrecht. Unter diesem Ausdruck

begreift man gewöhnlich, nach dem Vorgange des sogenannten Institutionensystems, auch die Familienverhältnisse, Ehe, elterliche Gewalt, Vormundschaft. So z. B. auch im Code civil, im österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche und implicite im baierischen Landrechte. In der That aber wird dabei wesentlich Verschiedenes verkehrter Weise vermischt. Die Familienverhältnisse sind schon bestimmte rechtliche (wenn auch nicht rein juristische) Verhältnisse; davon ist ganz verschieden die Frage, wer der Rechte überhaupt fähig sei und in welchem Maße, und wenn man auch mit Puchta die Persönlichkeit als das erste Recht, als das Recht aller Rechte betrachtet (vgl. oben S. 11. fg. dieses Bandes), so ist dieß doch auch nach seiner Ansicht ein ganz anderes Recht, als dieses oder jenes Familienrecht, und es ist eben so unsystematisch, es mit diesen zusammenzustellen als mit den Schuldverhältnissen oder dem Erbrechte. Auch ein Schriftsteller, der sich vorzugsweise dem System der preussischen Gesetzgebung anschließt, Graun, machte neuerdings die richtige Bemerkung, daß man gewöhnlich nicht genug unterscheide, was doch wesentlich verschiedener Natur sei, die Lehre von den die juristische Wirksamkeit der Personen bestimmenden Eigenschaften, und die Lehre von den Familienverbindungen. Daher hat es vollkommen unseren Beifall, wenn der züricher Entwurf das Personenrecht in jenem beschränktern Sinne, als den Inbegriff der rechtlichen Vorschriften über Rechtssubjecte und Rechtsfähigkeit von dem Familienrecht völlig trennt, und das letzte in einem zweiten Buche jenem folgen läßt, und nur das kann gerechtes Erstaunen erregen, daß man hier nach den drei Abschnitten: von den einzelnen Menschen, von den Corporationen und von dem Rechte der Bürger und Fremden, unvermuthet noch einem vierten begegnet mit der Ueberschrift — „von dem Rechte des Autors“. Auf das Familienrecht folgt in diesem Entwurfe als drittes Buch das Erbrecht, und damit schließt dieser jetzt dem Publikum vorliegende erste Theil desselben.*

Es ergibt sich hieraus, daß rücksichtlich des Stoffes das zweite Buch des züricher Entwurfes dem ganzen vorliegenden Theile des hessischen entspricht, jedoch mit dem Unterschied, daß dort der Titel von der Beurkundung des Personenstandes nicht vorkommt, daß dagegen bei der Ehe auch zugleich von den betreffenden Vermögensverhältnissen die Rede ist, und daß dem Familienrecht ein eigener Abschnitt „vom Gesinde“ angefügt ist.

Soll nun Rec. über das System der beiden Entwürfe, so weit es

* Nachdem dieß geschrieben ist, gibt ein Artikel der Allg. Ztg. zu erkennen, daß auch im hessischen Entwurf das Erbrecht den zweiten Theil bilden werde, worin denn freilich eine bedeutende Abweichung vom Code civil liegen würde.

zu erkennen ist, seine Meinung sagen, so muß er erklären, daß er mit keinem von beiden zufrieden ist. Daß man die Familienverhältnisse, Ehe, elterliche Gewalt, Vormundschaft, im Systeme so voranstellt, scheint mir nur eine Nachwirkung des mißverstandenen Institutionensystems zu sein. Ich sage: „des mißverstandenen“; denn welche Ansicht man auch über dieses haben mag, so ist doch unbestreitbar, daß dem ersten Theile desselben wesentlich die Eintheilung der Personen in *liberi et servi, personae sui et alieni iuris*, und *personae, quae in tutela vel curatione sunt* aut neutro iure tenentur, zum Grunde liegt, daß dabei insbesondere von der Ehe durchaus nicht als von einem selbständigen Rechtsverhältnisse gehandelt wird, sondern lediglich als einem Entstehungsgrunde der väterlichen Gewalt, also eines Falles des *alieni iuris esse*, daß es also eine wesentlich verschiedene Anordnung ist, wenn man jene Familienverhältnisse als eben so viele selbständige Rechtsverhältnisse, die ihrem ganzen Inhalt nach aufgefaßt werden, im Systeme aufführt, und zwar die Ehe als die Grundlage und den Quell der Familie voranstellt. Nun wäre es zwar an sich immerhin zulässig, diese Verhältnisse, nach ihren rein persönlichen Beziehungen, im System zuerst abzuhandeln. Allein es verbinden sich damit besondere vermögensrechtliche Verhältnisse, und es dient keineswegs zur Beförderung der Einfachheit und Klarheit der Anordnung, wenn man diese von jenen losreißt. Sollen sie aber in der Darstellung damit verbunden werden, so ist es der Natur der Sache zuwider, das Familienrecht in diesem Umfange, mit seinen zum Theil so schwierigen Vermögensverhältnissen, denjenigen Theilen des Gesetzbuches, worin erst von den verschiedenen Arten der Vermögensverhältnisse überhaupt, deren Natur und Wirkung, die Rede ist, vorausgehen zu lassen. Dieß gilt vor Allem von dem Güterrecht der Ehegatten. Der züricher Entwurf hat dasselbe im ersten Abschnitt des zweiten Buches aufgenommen (§. 172—201.); eben so findet es sich an entsprechender Stelle im Codex Maximilianus I. 6. §. 13. ff. Dabei kommen schon alle Arten von Vermögensrechten, Eigenthum, dingliche Rechte, Schuldverhältnisse in manchfaltiger Verwickelung in Betracht, von denen doch sonst bis dahin noch Nichts vorgekommen ist, und das ist gewiß nicht natürlich, so gewiß es nicht unvermeidlich ist. Der hessische Entwurf hat es vermieden; er wird wahrscheinlich nach dem Beispiel des französischen und österreichischen Gesetzbuches das eheliche Güterrecht unter der Lehre von den Verträgen einreihen. Dadurch wird aber nicht nur dasselbe von seiner Grundlage und Quelle, der Ehe, ohne Noth geschieden, sondern es wird ihm auch ein zum Theil falscher Gesichtspunkt unter-

geschoben. Aber auch bei dem Elternrecht und bei der Vormundschaft kommen Vermögensverhältnisse zur Sprache; ja, die Vormundschaft ist von so bedeutender vermögensrechtlicher Wichtigkeit, daß Puchta sich bewogen gefunden hat, ihr im Obligationenrecht ihren Platz anzuweisen. Consequent mußten also auch hier die vermögensrechtlichen Beziehungen im Personenrecht ausfallen; dennoch hat sie auch der hessische Entwurf, gleich den beiden letztgenannten Gesetzbüchern, an diesem Orte abgehandelt. (Tit. III. Art. 25—36. 41—47. Tit. IV. Art. 49—103.). Dieses sollte aber dahin führen, daß man vielmehr das allgemeine Vermögenrecht vorausgehen und dann erst die Familienverhältnisse mitsammt den darauf bezüglichen besonderen Vermögensverhältnissen folgen lasse.

Der Kundige wird aus dem Vorhergehenden leicht errathen, wohin ich ziele. Und ich will es nur kurz heraus sagen: ich halte die von den meisten neuern Lehrern des gemeinen Civilrechts beliebte Ordnung, nach ihren Hauptabtheilungen, so wie sie auch in meinem Grundriß der juristischen Encyclopädie §. 47—68. angedeutet ist, für die geeignetste, um auch einem neuen bürgerlichen Gesetzbuche zum Grunde gelegt zu werden, so daß dasselbe in folgende Theile zerfalle: 1) Von den Personen oder Rechtssubjecten. (Personenrecht im Sinn des züricher Entwurfes.) Doch könnte dieser erste Theil auch füglich benutzt werden, um überhaupt gewisse allgemeine Grundsätze des Privatrechts aufzustellen (allgemeiner Theil). 2) Vom Eigenthum und den das Eigenthum beschränkenden Rechten. 3) Von den Schuldverhältnissen. 4) Von den Familienverhältnissen. 5) Von der Erbfolge. Diese Ordnung ist natürlich, einfach und übersichtlich, und vermeidet die oben gerügten Mißstände. Sie empfiehlt sich schon dadurch, daß sie mit unerheblichen Abweichungen (z. B. daß Heise die in integrum restitutio, Mackelden diese und den Concurs der Gläubiger in besondern Büchern nachfolgen lassen) den meisten neuern Bearbeitungen des gemeinen Civilrechts, aus welchem doch unsere neuen Gesetzbücher vorzugsweise hervorgehen, zum Grunde liegt. Nur wenige, z. B. Vangerow, weichen noch wesentlich davon ab; wenn dieser aber einmal den Versuch machte, ohne Voraussetzung von Institutionenvorlesungen und ohne Voraussetzung eines sehr ausführlichen allgemeinen Theils, wie er in einem Gesetzbuch gar nicht am Plage wäre, seinen Zuhörern die Lehre von der Dos, von dem Vermögen der Kinder, von der Verwaltung der Vormundschaft, desgleichen von der Erbschaft, in der von ihm beibehaltenen Ordnung zu vollem Verständniß zu bringen, so würde ihm die Verkehrtheit dieser Ordnung gewiß drückend fühlbar werden. Nun ist es aber angemessen, für ein

Gesetzbuch eine solche Ordnung zu wählen, die auch einer wissenschaftlichen Darstellung des Rechts, ohne anderweitige Voraussetzungen, entspricht, obgleich wir nicht hoffen wollen, daß unser rechtswissenschaftliches Studium sich künftig von seinen bisherigen Grundlagen losreißen werde. Aber, möchte vielleicht ein Eifriger unter denen, welche in neuester Zeit mit Erfolg sich der besondern Pflege des deutschen Rechts widmen, sagen: Da sieht man den einseitigen Romanisten, der unser heutiges Recht in das Zwangsbett des römischen Civilrechtssystemes pressen will! Indessen ist uns ja die obenbelobte Ordnung nicht durch das römische Recht überliefert, und sie läßt sich auch mehr oder weniger in neuern Darstellungen des einheimisch deutschen Rechts herausfinden, z. B. von Mittermaier, Phillips, Eichhorn, welcher lehte nur das Recht der Forderungen vor den Rechten an Sachen abhandelt. Auch Bluntzli selbst hat in den das Privatrecht betreffenden Partien seiner Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich eine andere Ordnung befolgt, als in dem vorliegenden Entwurfe; er handelt dort unter den privatrechtlichen Materien immer zuerst vom Eigenthum und von den dinglichen Rechten, zuletzt vom Erbrechte, weicht aber darin von obiger Ordnung ab, daß er auf die dinglichen Rechte nicht sofort den andern Theil des allgemeinen Vermögensrechts, das Recht der Forderungen, folgen läßt, sondern vor diesem erst die Familienverhältnisse mit ihren vermögensrechtlichen Wirkungen abhandelt. So wenig wir dieses billigen können, eben so wenig können wir dem nun in Entwurfe angenommenen System unsern Beifall schenken.

Uebrigens steht nichts im Wege, vielmehr kann es zur Erleichterung der Anwendung ganz zweckmäßig erscheinen, und auch vom wissenschaftlichen Standpunkte aus wohl gerechtfertigt werden, daß man gewisse Rechtsmaterien wegen ihres besondern Charakters nicht unter einen jener fünf Haupttheile subsumire, sondern nachträglich besonders abhandle. Wie man es angemessen gefunden hat, besondere Handelsgesetzbücher zu verfassen, obwohl jede Vorschrift derselben irgendwo im System des gemeinen bürgerlichen Rechts ihre Stelle finden könnte, eben so kann dieß auch in Beziehung auf mehrere andere Rechtsverhältnisse angemessen sein. Rec. denkt dabei namentlich an das Lehen und die adligen Familienfideicommissse, dann die bäuerlichen Gutsverhältnisse und die Reallasten. Das Lehen z. B. begründet zwar ein Recht an der Sache; aber dieß ist nur eine Seite des ganzen Lehnsverhältnisses. Es ist unter anderm auch ausgezeichnet durch eine eigenthümliche Erbfolge; und gewiß dient es nicht zur Beförderung der Klarheit und Uebersicht, wenn, wie bei Eich-

horn, hiervon an einem ganz andern Orte die Rede ist, als wo die Natur und Entstehung des Lehns dargestellt wird; viel natürlicher ist es, wenn Phillips das Lehen als ein besonderes Recht des Adels in seinem ganzen Zusammenhange darstellt. Eben so empfiehlt sich eine gesonderte Darstellung der eigenthümlichen Rechtsverhältnisse der Bauer-
güter, die ausschließlich weder unter den Gesichtspunkt dinglicher Rechte, noch unter den Gesichtspunkt von Forderungsrechten gebracht werden können. Und nichts ist verkehrter, als die adeligen Familienfideicommissen nur im Erbrecht unterzubringen, wozu in der That nur der Name einen historischen Anlaß gegeben hat; denn es ist klar, daß Familienfideicommissen ein eigenthümliches Rechtsinstitut bilden, das wohl auch durch eine eigene Successionsordnung ausgezeichnet ist, dessen Wesen aber keineswegs darin allein besteht. Rec. würde es demnach gerathen finden, diese Materien, sofern sie überhaupt in dem bürgerlichen Gesetzbuch Platz finden sollen, in einem sechsten Haupttheile abzuhandeln, nachdem das allgemeine Civilrecht in den fünf ersten Theilen abgeschlossen worden. Dieß würde auch für die Gesetzgebung noch einen wichtigen Vortheil gewähren. Jene besondern Gutsverhältnisse erfordern nämlich eine eigene legislative Behandlung, theils weil dabei zum Theil politische Momente einschlagen, theils weil dabei vorzugsweise schon bestehende und noch vielleicht auf Jahrhunderte hinaus fortbestehende Rechtsverhältnisse in Betracht kommen. Wenn z. B. in Bayern die Rechtsverhältnisse der Bauergüter in den verschiedenen Landestheilen sehr verschiedenartig sind, wenn nun auch nicht durch einen Act der politischen Gesetzgebung der Rechtszustand derselben wesentlich geändert, vielmehr jedes wohlverorbene Recht möglichst geschont, gleichwohl aber eine größere Einheit und Sicherheit in diesem verworrenen Gebiete erzielt werden soll, so ist klar, daß hier die Legislation auf andere Weise zu Werke gehen muß und bei weitem nicht so frei sich bewegen kann, als in der Abfassung des allgemeinen Civilrechts, das, soweit es von dem bisherigen etwa abweicht, doch immer nur für künftig entstehende Rechtsverhältnisse die entscheidende Norm abgeben wird. Eben deswegen aber ist die Scheidung sehr zweckmäßig. Wie höchst wünschenswerth es auch wäre, über die bäuerlichen Gutsverhältnisse, über Zehnten, Frohn- und Scharwerk eine neue einfache Gesetzgebung zu gewinnen, so könnte diese doch leicht auf Schwierigkeiten stoßen, die den vorhergehenden Theilen des Gesetzbuches nicht eben so im Wege ständen, und wie groß wäre doch schon der Gewinn, wenn nur erst einmal in den übrigen Theilen des Civilrechts die jetzige bunte Mannfaltigkeit durch ein einfaches klares Gesetz-

buch verdrängt wäre! Welche Nachteile aus dieser hervorgehen, hat erst eben wieder mit besonderer Beziehung auf Baiern der Appellationsrath Gert in seinen praktischen Erörterungen (Erlangen, 1845.) Nr. I. einleuchtend entwickelt.

Dem Rec. liegt nun noch ob, auch den Inhalt der vorliegenden Entwürfe einigermaßen zu beleuchten. Das erste Buch des züricher Entwurfs spricht I. von den einzelnen Menschen (§. 1—12.). Der §. 5. unterscheidet Mündige mit 16 Jahren, und Volljährige mit 24 Jahren. Der hessische Entwurf unterscheidet nur Volljährige und Minderjährige, nach der Altersgrenze von 21 Jahren. Bemerkenswerth sind die §§. 6 bis 12. über Todeserklärung. Ist eine Person unbekannt abwesend, so wird in den ersten 15 Jahren vermuthet, daß sie noch am Leben sei; nach Ablauf von 15 Jahren fällt diese Vermuthung weg; der Abwesende ist von jetzt an verschollen; nach Ablauf von abermals 15 Jahren ist die Vermuthung des Todes begründet und die Todeserklärung zulässig. Ist eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit des Todes gerichtlich nachgewiesen oder würde der Abwesende schon das Alter von 80 Jahren überschritten haben, so wird derselbe schon vor Ablauf des ersten Zeitraums von 15 Jahren als verschollen angesehen und wird von da an der zweite Zeitraum berechnet. Bis zur Todeserklärung dauert die Vormundschaft für den Abwesenden (§. 468.). Diese Bestimmungen empfehlen sich durch ihre Einfachheit. Im ersten Zeitraum wird in der Regel das Leben vermuthet; wenn also in diesem Zeitraum dem Abwesenden ein Erwerb anfällt, so kann dieser nicht angefochten werden, es sei denn, daß der frühere Tod desselben bewiesen werde (§. 12. vergl. 576.). Im zweiten Zeitraum von 15 Jahren bleibt Leben und Tod ungewiß; nach Ablauf dieses Zeitraumes aber tritt die Todeserklärung mit allen Folgen des wirklichen Todes ein, die nur durch den Beweis des Todes in einem andern oder des Lebens in einem spätern Zeitpunkte aufgehoben werden. Hier wäre nur eine klarere Bestimmung in Ansehung des zweiten Zeitraums wünschenswerth. Nach §. 576. ist der Abwesende während des ersten Zeitraums als erbfähig zu behandeln; während des zweiten Zeitraums also soll dieß nicht mehr der Fall sein. Er gilt aber noch nicht für todt; wer bekommt nun die jetzt eröffnete Erbschaft? Ohne Zweifel der Abwesende, wenn er noch zurückkehrt, und jedenfalls nicht dessen Erben, wenn er nicht zurückkehrt. Aber bekommen sie im letzten Falle diejenigen, welche nach Ablauf des zweiten Zeitraums die nächstberufenen sind? oder behalten sie diejenigen, beziehungsweise die Erben derjenigen, welche zur Zeit der Eröffnung nach dem Abwesenden die nächsten waren?

Für das letzte spricht, daß nach §. 576. der Abwesende nicht mehr als erbfähig zu behandeln ist; für das erste, daß derselbe erst später für gestorben anzusehen ist, die folgenden Erben aber nur unter Voraussetzung seines Todes zur Erbschaft berufen sind. — Zweideutig ist auch der §. 11.: „Die Todeserklärung bezeichnet genau den Tag, von welchem an der Verschollene als todt zu vermuthen ist“. Dieß könnte so verstanden werden, daß das Datum der Todeserklärung von selbst jenen Tag bezeichne, und dieß könnte Rec. nicht billigen, weil die Todeserklärung zufällig oder sogar absichtlich, zur Begünstigung einer Partei, zum Nachtheil einer andern, verzögert werden kann. Aus §. 574. ergibt sich aber, daß in der Todeserklärung der Todestag anzugeben ist, und das soll also der Sinn des §. 11. sein: die Todeserklärung soll den Tag genau bezeichnen, von welchem an die Vermuthung des Todes eintritt. II. Von den Corporationen (§. 13—54.). Hier werden unterschieden staatliche oder kirchliche Corporationen, rein privatrechtliche Corporationen zu wissenschaftlichem, künstlerischem oder sonst gemeinnützigem oder erlaubt geselligem Zweck, und Actienverbindungen zu industriellen oder öconomischen Zwecken. Die ersten bedürfen verfassungsmäßiger Genehmigung des Staates, die letzten der Autorisation des Regierungsrathes, die andern entstehen durch die bloße Uebereinkunft der Mitglieder. Weiterhin aber werden unterschieden diejenigen privatrechtlichen Corporationen, welche lediglich eine juristische Person bilden, und diejenigen, deren einzelne Mitglieder Theilrechte an dem Corporationsvermögen (Verechtigkeiten oder Actien) besitzen, welcher Unterschied in Beziehung auf die Abstimmung und in Beziehung auf die Vertheilung des Vermögens nach Auflösung der Corporation von Bedeutung ist. Rec. kann die Bezeichnungen: „rein privatrechtliche Corporationen“, und vollends „privatrechtliche Corporationen, die lediglich eine juristische Person bilden“, für ein Gesetzbuch nicht passend finden. Uebrigens sind die betreffenden Bestimmungen im Ganzen der Sache angemessen. Insbesondere ist zu loben, daß der Minderheit gegen willkürliche Beschlüsse der Mehrheit der Schutz des Staates zugesagt und ein Aufsichtsrecht des Staates in angemessenen Schranken anerkannt ist. III. Von dem Rechte der Bürger und der Fremden, und zwar 1) von dem Bürgerrecht (§. 46 bis 54.). 2) Rechtsverhältniß der Nichtcantonsbürger (§. 55—61.). Wer seit 10 Jahren Bürger eines andern Schweizercantons war, ist berechtigt sich im Canton Zürich niederzulassen, wo er will; für Ausländer wird ein solches Recht nur durch Staatsverträge begründet. Die Nieder gelassenen sind in der Regel berechtigt gleich Bürgern in beliebigen Beruf

und Verkehr zu treten und Grundeigenthum zu erwerben; ein nicht niedergelassener Nichtschweizer kann Grundeigenthum nur mit Bewilligung des Regierungsrathes erwerben. Eine allgemeine Bestimmung über die Rechtsfähigkeit der Fremden findet sich sonst nicht. Es fragt sich aber namentlich, wie ist es mit dem Erbrecht derselben? und wenn sie erben, wie verhält es sich mit dem zur Erbschaft gehörigen Grundeigenthum? 3) Von den Juden (§. 62—72.), sehr beschränkend. IV. Vom Rechte des Autors, und zwar A. Geistes- und Kunstwerke. B. Gegenstände der Fabrication (§. 73—94.). Es wäre sehr zu wünschen, daß sich über diesen Gegenstand die sämmtlichen Schweizercantone zu einer gemeinschaftlichen Gesetzgebung vereinigten und dann als Gesammtheit wieder mit andern Staaten, namentlich mit dem deutschen Bunde, die Anerkennung gleicher Grundsätze zu erlangen suchten.

Das zweite Buch des züricher Entwurfs trifft, wie oben schon bemerkt worden, im Gegenstande mit dem vorliegenden ersten Theil des hessischen Entwurfes zusammen. Nur enthält der letzte zuerst einen Titel: von der Beurkundung des Personenstandes, der jenem fehlt. Nach des Rec. Erachten könnten die darauf bezüglichen Bestimmungen aus dem bürgerlichen Gesetzbuche füglich ganz wegbleiben; sie sind eigentlich nichts anders als Registraturvorschriften, die in das Gebiet der Verordnungen fallen, und das bürgerliche Gesetzbuch könnte sich damit begnügen, wie es auch der züricher Entwurf thut, gelegentlich auf die Civilstandsregister Bezug zu nehmen, ohne sich mit deren äußerer Form zu befassen. Rec. will daher auch auf diesen ersten Titel des hessischen Entwurfs nicht näher eingehen und nur das bemerken, daß darin die Vorschriften des Code Napoléon auf eine lobenswerthe Weise vereinfacht sind, worauf es auch wohl mit Rücksicht auf Rheinhessen hauptsächlich abgesehen war.

Der zweite Titel des hessischen Entwurfs dagegen und der erste Abschnitt des zweiten Buches des züricher Entwurfes handeln beide von demselben Gegenstande, von der Ehe; jener in drei Abtheilungen von 129 Art., dieser in vier Capiteln von §. 95—256., worin aber auch das eheliche Vermögensrecht vorkommt, das dort noch fehlt. Uebereinstimmend, und ganz mit Recht, wird in beiden Entwürfen angenommen, daß aus dem Verlöbniß keine Klage auf Vollziehung der Ehe hervorgehe, noch auch die Verabredung einer Conventionalstrafe bei demselben wirksam sei; aber während sich H. passend nur auf den Ausspruch dieses juristischen Satzes beschränkt, scheidt ihm J. unnöthiger und unpassender Weise die ausdrückliche Regel voraus, daß es jedem Verlobten freistehe,

das Verlöbniß einseitig aufzukünden und aufzulösen, und läßt ihm dagegen die gar nicht civilrechtliche Vorschrift folgen, daß auf Anrufen des gekränkten Theils der Pfarrer „eine angemessene religiöse und moralische Einwirkung auf das Gewissen des fehlenden Theils, nicht aber äußern Zwang“ anzuwenden befugt sei. Eine bedeutendere Verschiedenheit findet sich in Betreff der Entschädigungsklage wegen grundloser einseitiger Aufkündigung. §. verpflichtet bloß zum Ersatz des durch den Rücktritt erwachsenen positiven Schadens, §. aber zur Zahlung einer Entschädigung, welche „nöthigenfalls durch richterliches Ermessen je nach den Vermögens- und Lebensverhältnissen der Verlobten und je nach der Größe der in der Aufkündigung liegenden Unbill oder Kränkung auf 16 bis 1600 Fr. zu bestimmen ist“. Dieß hat den Vorzug, daß es leichtsinniger Eingehung und Auflösung von Verlobnissen entgegenwirkt, während §. selbst denjenigen, der vielleicht aus bloßem Muthwillen ein Verlöbniß eingeht und erst unmittelbar vor der beabsichtigten Trauung abbricht, ohne alle Abmüdung entrinnen läßt, wenn nicht der andere Theil einen positiven Schaden dadurch erleidet. Man könnte einwenden, für jene Kränkung sei Geld doch nie ein Ersatz; allein man möge solche Verhältnisse nicht ohneweiters nach den etwa in den sogenannten gebildeten Ständen vorwaltenden Ansichten beurtheilen; in der großen Masse des Volkes, in dem eigentlichen Kern desselben, wird sich immer eine Entrüstung zeigen, wenn der Wortbrüchige ohne allen Nachtheil davon gehen kann, und wird man es ganz natürlich finden, daß dem Getäuschten eine Vertröstung gezahlt werden muß; wer sie verschmäht oder ihrer nicht bedarf, mag sie den Armen geben. Jedenfalls übrigens scheint uns der Art. 1. des §. zu beschränkt, indem er nur von dem durch den Rücktritt erwachsenen, nicht von dem durch das Verlöbniß verursachten Schaden redet. Auch wäre eine Bestimmung über die Brautgeschenke insbesondere wünschenswerth, die §. enthält. Uebrigens sind auch die Voraussetzungen des Verlöbnißes, das jene Wirkung haben soll, in §. viel strenger bestimmt, als in §.

Im zweiten Abschnitte der ersten Abtheilung mit der Ueberschrift: „von den Ehehindernissen“ enthält §. die Bestimmungen über die Einwilligung zur Ehe, und über die absoluten und relativen Ehehindernisse. Dem Rec. scheint es unpassend, diese Bestimmungen alle, welche die wesentlichsten positiven Erfordernisse der Eingehung einer Ehe betreffen, unter obiger Rubrik aufzustellen. Passender unterscheidet §. im 2. Cap. „von der Eingehung der Ehe“ A. Persönliche Erfordernisse, wobei auch die relativen Ehehindernisse vorkommen. B. Einwilligung. C. Form

der Eingehung. Was die ersten betrifft, so nehmen beide Entwürfe für das weibliche Geschlecht das Alter von 16 Jahren als das regelmäßige Alter der Ehefähigkeit an, für das männliche Geschlecht aber 3. das Alter von 18 Jahren, 5. erst das von 21 Jahren; beide mit Vorbehalt der Dispensation. Rec. würde für deutsche Verhältnisse im Allgemeinen die letzte Bestimmung vorziehen. — Nach Auflösung einer frühern Ehe setzt 3. den Männern eine Frist von drei Monaten, den Frauen von zehn Monaten, welche dispensationsweise auf sechs Wochen, beziehungsweise auf drei Monate verkürzt werden kann; 5. verbietet nur der Frau die neue Heirath vor Ablauf von zehn Monaten oder erfolgter Niederkunft. In jener Festsetzung eines eigentlichen *tempus lugendi*, das im spätern römischen Rechte abgekommen war, ist eine löbliche Beachtung dessen, was Sitte und Anstand fordert, nicht zu verkennen. — Die Ehe unter denjenigen, welche mit einander Ehebruch getrieben haben, ist in beiden Entwürfen verboten (§. 112. resp. Art. 11.), aber 3. geht noch weiter; er gestattet auch wegen verdächtigen Umgangs das Verbot der Ehe durch das Scheidungsurtheil. Auch kann darnach durch das Scheidungsurtheil die Wiederverheirathung von besonderer Bewilligung des Gerichts abhängig gemacht werden. — Wegen Verwandtschaft verbieten beide Entwürfe die Ehe in der geraden Linie, unter Geschwistern und unter denjenigen Personen, qui parentum et liberorum loco inter se habentur; 5. gestattet jedoch im letzten Falle ausdrücklich Dispensation. Eine bemerkenswerthe Abweichung aber findet sich in Betreff der Ehe mit dem Bruder oder der Schwester des frühern Ehegatten. Bekanntlich ist die katholische Kirche dieser sehr abgeneigt; der Code Napoléon aber, noch strenger, erklärt hier sogar die Dispensation für ganz unzulässig, woran man sich jedoch in den deutschen Rheinlanden, wenigstens in Rheinpreußen, nicht bindet. 3. verbietet nun eine solche Ehe unbedingt, wenn die erste Ehe durch Scheidung aufgehoben wurde, gestattet sie dagegen, wenn dieß nicht der Fall ist, auch ohne Dispensation. 5. dagegen verbietet sie allgemein, gestattet aber eben so allgemein Dispensation von diesem Hindernisse. Vermuthlich wird diese Bestimmung bei der ständischen Berathung nicht ohne Anfechtung bleiben; die Ehe mit der Schwägerin hat viele Freunde, indem man in dieser die beste Stiefmutter für die Kinder der Schwester zu finden glaubt. Rec. stimmt aber nicht nur dem Entwurf bei, sondern würde damit noch die Bestimmung des 3. verbinden und für den Fall der Scheidung der ersten Ehe die Ehe mit dem Schwager oder der Schwägerin absolut verbieten. Unläugbar besteht unter diesen Personen ein quasigeschwister-

liches Verhältniß, das auch häufig ein eben so vertrauliches Zusammenleben, wie unter Geschwistern mit sich bringt. Wie oft wird nicht die jüngere Schwester im Hause der ältern aufgenommen? es ist gut, wenn hier ein gesetzliches Verbot der Versuchung entgegentritt. Insbesondere ist dieses auf dem Lande von Wichtigkeit, wo ganz gewöhnlich die jüngern Geschwister auf dem Hofe bleiben, und sich leicht eine gefährliche Vertraulichkeit der eingeheiratheten Frau zu den Brüdern des Hofbesizers oder des eingeheiratheten Mannes zu den jüngern Schwestern der Hofeserbin entwickeln kann. — Tadelhaft scheint dem Rec. der Art. 24. des H., sofern sich daraus ableiten läßt, daß die Wahlältern vermöge landesherrlicher Dispensation zwar nicht das Wahlkind, wohl aber dessen Nachkommen heirathen können. — Zur Eingehung der Ehe fordern beide Entwürfe außer der Einwilligung der Ehegatten selbst auch die der Eltern, nach H., wenn jene noch nicht volljährig sind, nach Z., wenn sie noch nicht das 20., beziehungsweise das 18. Lebensjahr zurückgelegt haben. Von da an bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, beziehungsweise bis zur Volljährigkeit, müssen sie zwar auch noch die Einwilligung der Eltern nachsuchen; hier aber kann die letzte nach H. durch das Vormundschaftsgericht ergänzt werden, nach Z. aber bewirkt die Verweigerung derselben nur einen Aufschub von sechs Monaten. Die Fristen und Formalitäten des französischen acte respectueux hat H. stillschweigend beseitigt, und die Großeltern gar nicht berücksichtigt. Nach Z. können aber Eltern und Vormünder noch durch gerichtliche Einsprache einen Aufschub der Ehe bewirken, insofern sie wahrscheinlich machen, daß diese von unglücklichen Folgen sein werde, und dieselben Personen, ferner auch die Großeltern und Geschwister der Verlobten, sowie die Heimathsgemeinde des Bräutigams können auch insofern gerichtliche Einsprache erheben, als sie wahrscheinlich machen, daß die Ehegatten oder deren allfällige Kinder der Familie oder Gemeinde zur Last fallen werden, in welchem Falle dann ein Aufschub bis auf zwei Jahre und nach deren Ablauf unter gleichen Umständen je für neue zwei Jahre verfügt werden kann, wogegen aber das Gesetz auch gestatten sollte, vor Ablauf der zwei Jahre auf Beseitigung der Einsprache anzutragen, wenn die Verlobten eine Veränderung der Umstände nachweisen, wodurch jene Besorgniß beseitigt wird. Uebrigens erklärt das Gesetz ausdrücklich, daß bloße Vermögenslosigkeit des einen oder beider Verlobten nicht zur Einsprache berechtige, vielmehr vornehmlich auf die moralische Befähigung und Arbeitsfähigkeit der Verlobten zu achten sei. Rec. möchte wünschen, daß ein so freisinniger Grundsatz in Baiern durchdränge, wo die

Anfäsigmachung und Verheirathung im vermeintlichen Interesse der die Armenlast fürchtenden Gemeinden über alles Maß der Billigkeit und gesunder Politik erschwert und dadurch jene Uebersahl unehelicher Geburten herbeigeführt wird, durch welche sich Baiern in der Statistik unvortheilhaft auszeichnet und welche man, jenen Grund nicht beachtend, nicht selten unbilliger Weise als vergleichenden Maßstab der Sittlichkeit benutzt, welche aber allerdings, wenn die Gesetzgebung nicht bald Heilmittel dagegen gewährt, mit der Zeit einen immer verderblichern Einfluß auf die Sittlichkeit ausüben muß.

Was die Abschließung der Ehe betrifft, so stellen beide Entwürfe die kirchliche Trauung als regelmäßige Form derselben auf, gestatten aber beide ausnahmsweise auch eine bloß bürgerliche Trauung. Nach Z. (§. 143.) kann diese eintreten, wenn beide Verlobten einer bloß geduldeten Secte angehören und deßhalb die Mitwirkung eines Pfarrers ablehnen, in welchem Fall sie vor dem Bezirksgericht ihren Willen, eine Ehe einzugehen, erklären sollen. H. aber (Art. 37.) ergreift die bürgerliche Trauung als Nothhilfe, wenn die zuständigen Geistlichen aus Gründen, welche nicht auf Bestimmungen des bürgerlichen Rechts oder der Verwaltung beruhen, die Trauung verweigern. Ein Zwang gegen die Geistlichkeit von Seiten der weltlichen Gewalt findet also nicht statt, und das ist zu loben. Aber es ist dadurch in der That auch das Princip der bürgerlichen Ehe anerkannt, und es kann sich darnach, insbesondere für Katholiken, leicht ergeben, daß eine Ehe bürgerlich gültig und kirchlich nichtig ist. Indessen wird dieß überall nicht zu vermeiden sein, wenn die bürgerliche Gesetzgebung dieses Gebiet sich vindicirt und nicht die bürgerliche Rechtmäßigkeit der Ehe von den Bedingungen ihrer kirchlichen Gültigkeit abhängig macht. Nichtsdestoweniger ist es zu loben, daß die kirchliche Trauung als Regel beibehalten ist, weil eben der Umstand, daß man zu der bürgerlichen Trauung nur als einem Nothbehelf ausnahmsweise seine Zuflucht nehmen kann, dazu beitragen wird, daß jene doch immer mißlichen Conflictte von den Verlobten selbst eher vermieden werden.

Interessant ist noch die Vergleichung der beiden Entwürfe in den Bestimmungen über Ehescheidung. H. hat sich hier ganz auf den Standpunkt des französischen Rechts gestellt. Ohne auf den kirchlichen Charakter der Ehe Rücksicht zu nehmen, gestattet er die Scheidung auf erhobene Klage und auf gemeinschaftlichen Antrag beider Ehegatten. Die letzte ist im Vergleich mit dem Code Napoléon, der sie bekanntlich formell so sehr erschwert, daß nur selten Gebrauch davon gemacht wird, etwas

erleichtert; dagegen wirkt sie zunächst nur als Scheidung von Tisch und Bett und erst drei Jahre nach rechtskräftigem Scheidungsurtheil kann jeder der beiden Ehegatten auf Scheidung vom Bande antragen, während nach dem Code Napoléon zwar die geschiedenen Ehegatten auch erst nach Ablauf von drei Jahren wieder heirathen können, unter einander aber sofort vom Bande geschieden sind und daher nach art. 295. sich nicht mehr vereinigen können. Ohne Zweifel ist in diesem Punkte H. vorzuziehen, der aber auch die Möglichkeit der Wiedervereinigung völlig geschiedener Gatten nicht ausschließt. Auch in Betreff der Scheidung auf erhobene Klage enthält H. nicht so strenge und sorgfältige Bestimmungen über das Verfahren, wie der Code art. 234. sqq., und weicht in Rücksicht der Gründe, von weniger Bedeutendem abgesehen, darin löblich vom Code Napoléon ab, daß er den Ehebruch von beiden Seiten gleichmäßig als Scheidungsgrund anerkennt, nicht bloß, wie der Code, auf Seiten des Mannes, lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune. Ein größerer Einfluß der religiösen Rücksichten auf diesen Gegenstand ist in B. zu erkennen. Dieser zeigt sich namentlich darin, daß jedes Scheidungsgesuch vorerst bei dem Pfarrer anzubringen ist, und nur wenn die geistliche Ermahnung keine Versöhnung bewirkt, an die Gerichte kommt; dann darin, daß für Katholiken niemals auf gänzliche Scheidung, sondern immer nur auf Trennung von Tisch und Bett erkannt werden soll. Was aber die Scheidungsgründe betrifft, so geht auch B. freilich über die Schranken der strengen protestantischen Kirchenlehre hinaus. Er stellt elf Gründe der Scheidungsflage auf, unter andern: ausschweifende Lebensart, habituelle Trunkenheit u. dgl., Verrechtfertigung (Fallissement) des Ehemanns, fortgesetzte lieblose und pflichtwidrige Behandlung, verschuldete unheilbare und ekelhafte Krankheit, Wahnsinn, und ist in dieser Beziehung lager als der Code Napoléon und H.; dagegen gestattet er die Scheidung auf gemeinschaftliches Begehren nur unter der Voraussetzung hoher Wahrscheinlichkeit, daß „die eheliche Gesinnung der Ehegatten tief verletzt und das eheliche Zusammenleben ihnen unerträglich geworden sei“, und unter der Bedingung, „daß nicht durch die Gestattung der Scheidung das öffentliche Interesse für die Würde und den Bestand der Ehe oder das Ansehen der betheiligten Behörden und Beamten gefährdet wird“. Es ist aber leicht einzusehen, daß nach diesen vagen Bestimmungen durch eine nachsichtige Praxis der Gerichte Ehescheidungen leicht in eben solchem Uebermaße einreißen könnten, wie es in einem Theile der preussischen Monarchie nach dem allgemeinen Landrechte der Fall war. Jedoch kann die

Staatsanwaltschaft dazu beitragen, einer zu liberalen Praxis entgegen zu wirken. Eine zweckmäßige Bestimmung ist es, daß dem schuldigen Theile durch das Scheidungsurtheil untersagt werden kann, eine bestimmte Person zu heirathen oder ohne Bewilligung des Gerichts überhaupt wieder zu heirathen; ein strenger Gebrauch dieser Befugniß von Seiten der Gerichte könnte lieberlichen Ehescheidungen am kräftigsten entgegenwirken; nur sollte sich damit eine allgemeine gesetzliche Vorschrift verbinden, daß geschiedene Ehegatten vor Ablauf einer gewissen Frist, z. B. drei Jahren, wie nach dem Code, nie wieder heirathen dürfen.

Von dem ehelichen Vermögensrecht spricht §. bei den Wirkungen der Ehe (§. 172—201.). Das System, welches er aufstellt, ist das der ehelichen Vormundschaft, mit Verwaltungs- und Nutzungsrecht des Mannes, klar und consequent durchgeführt, jedoch mit verschiedenen angemessenen Beschränkungen zu Gunsten und zur Sicherstellung der Frau und derjenigen, welche sich mit ihr in Geschäfte einlassen. Dieses Güterverhältniß gilt als Regel für alle Einwohner des Cantons, so weit sie der Gerichtsbarkeit desselben unterworfen sind, und wesentlich abändernde Verträge sind nur gültig, wenn sie gerichtlich geprüft und bestätigt sind, und sollen auch amtlich kund gemacht werden. — Die Frage, welches System der ehelichen Güterverhältnisse in einem neuen Gesetzbuche als das regelmäßig geltende zu adoptiren sei, ist gewiß eine der bedeutendsten und wichtigsten. Kaum wohl möchte ein anderes Verhältniß in dem Grade, wie dieses, schonende Berücksichtigung des Bestehenden und dem Volke Angelebten in Anspruch nehmen. In dieser Beziehung ist aber die Gesetzgebung des Cantons Zürich, wenn gleich es auch dort an statutarrechtlichen Verschiedenheiten nicht fehlte, in einer bei weitem günstigeren Lage, als die Gesetzgebung eines deutschen Landes, in welchem fast alle möglichen Systeme des ehelichen Güterrechts mit den mannfaltigsten Modificationen neben einander vorkommen. Wie nöthig jedoch auch hier die Erzielung der Einheit der Gesetzgebung durch Aufstellung einer allgemeinen Regel sei, darüber wird nicht lange zweifelhaft sein, wer erfährt, daß sogar das schon Gegenstand des Streitens werden konnte, ob so wichtige Verhältnisse nach dem Recht dieses oder jenes Theiles eines und desselben Hauses zu beurtheilen seien; und sowohl dieser Umstand, als auch die Erfahrung, daß es in manchen Landschaften ganz hergebracht ist, jene abweichend von der bestehenden gesetzlichen Regel zu bestimmen, mag wohl gegen eine übertriebene Ehrfurcht vor dem geltenden Rechte als solchem einiges Gegengewicht bilden. In solchem Falle nun bleibt wohl nichts anderes übrig, als das Verfahren des

französischen Gesetzbuches zu befolgen und über die verschiedenen möglichen Güterverhältnisse gesetzliche Regeln aufzustellen, die in Ermangelung näherer vertragsmäßiger Bestimmung zur Anwendung kommen sollen, eine Ordnung aber als diejenige zu bezeichnen, die eintreten solle, wenn die Ehegatten gar nichts durch Vertrag bestimmt haben. Welche sich dazu am meisten empfehle, das ist nicht dieses Ortes zu untersuchen. Indessen will Rec. nicht verhehlen, daß ihm die eheliche Vormundschaft in der Art, wie sie 3. anordnet, in Verbindung mit einem den Ehegatten günstigen Erbrechte, ein weit angemesseneres Institut zu sein scheint, als z. B. die eheliche Gütergemeinschaft des französischen Rechts, vermöge deren ein Ehegatte, der sich nicht vorsieht, nach kurzem Eheglück das Unglück haben kann, die Hälfte seines frühern Vermögens in die Hand entfernter Verwandten des verstorbenen Ehegatten wandern zu sehen. Wie sehr es auch dem Wesen der Ehe und namentlich dem im römischen Rechte aufgestellten Begriff derselben entspricht, daß den Ehegatten der That nach Alles gemeinschaftlich sei, so ist es doch noch sehr die Frage, ob deshalb eine juristische Vermögensgemeinschaft als gesetzliche Wirkung der Ehe zu statuiren überall angemessen sei. Widerwärtig aber ist es, wenn der überlebende Ehegatte den Verwandten des Verstorbenen gegenüber als ein Fremder von dem Nachlasse desselben gänzlich ausgeschlossen wird, und manchem Praktiker schon wird sich das darüber empörte Rechtsgefühl des Weibes durch die entrüstete Frage kund gegeben haben, ob sie denn nur ihres Mannes Mege gewesen sei? Der Code Napoléon läßt den Ehegatten erst erben, wenn keine Verwandte bis zum zwölften Grade einschließlicly vorhanden sind, und wenn nun die Frau heute dem vermögenslosen oder nur an unbeweglichen Gütern reichen Manne ein großes bewegliches Vermögen zubringt, so kann sie nach plötzlichem Tode des Mannes am andern Tage die Hälfte desselben an entfernte Verwandte desselben verlieren und weder an das ursprüngliche Vermögen des Mannes noch an dasjenige, welches durch sie selbst ihm zugefallen ist, irgend Ansprüche machen. — 3. gibt dem überlebenden Ehegatten auch neben den nächsten Verwandten bestimmte Ansprüche an dem Nachlasse des Verstorbenen (§. 555—569.).

Indem Rec. zu einem neuen Abschnitt der Gesetzbücher gelangt, wird er gewahr, daß er in Gefahr ist, das Maß einer Recension weit zu überschreiten, obwohl er sich nur wenig auf Einzelheiten eingelassen hat. Die Kritik eines Gesetzbuches, wobei auch auf sorgfältige Erwägung des Ausdruckes so viel ankommt, erfordert leicht ein Buch, wie über den heftigen Entwurf, seitdem die Recension begonnen wurde, schon ein

solches erschienen ist (von Dr. Emil Hoffmann. Darmstadt, 1845.). Rec. aber muß sich darauf beschränken, eine Uebersicht des Ganzen zu geben und nur einzelnes Wichtigere besonders hervorzuheben.

Der dritte Titel des hessischen Entwurfs ist überschrieben: „Von dem Elternrecht.“ Er zerfällt in vier Abtheilungen, nämlich 1) von ehelichen Eltern und Kindern, worin drei Abschnitte: „von der ehelichen Abstammung“, „von der elterlichen Gewalt“, „von der wechselseitigen Unterhaltspflicht der Eltern und Kinder“, 2) von außerehelichen Eltern und Kindern, 3) von der Legitimation außerehelicher Kinder, 4) von der Annahme an Kindesstatt. Diesem Titel entsprechen nun der zweite und dritte Abschnitt des 2. Buches des Züricher Entwurfs, von denen der erste von der väterlichen Vormundschaft handelt, und zwar in drei Kapiteln: von Entstehung derselben (wobei auch die Legitimation und Adoption zur Sprache kommt), vom Recht der Eltern, von dem Ende der väterlichen Vormundschaft; der andere aber von unehelichen Kindern, und zwar in vier Kapiteln: von der Vaterschaftsklage, vom Zustande der unehelichen Kinder, von den Strafen der Unzucht, von den Kindern aus ungiltigen Ehen. Die Ueberschrift des 2. Abschn. ist dem Inhalt nicht ganz entsprechend; denn Cap. 2. desselben spricht von dem Recht der Eltern und zwar A. beider Eltern, und dann insbesondere B. des Vaters. Genauer spricht §. von Elternrecht und elterlicher Gewalt, und vermeidet so auch den Fehler des Code Napoléon, welcher einen Titel (I. 9.) „de la puissance paternelle“ hat, worin doch auch von den Rechten der Mutter die Rede ist. Indessen würde auch die Ueberschrift des §. noch genauer lauten: von dem Verhältniß der Eltern und Kinder; denn der fragliche Titel spricht nicht nur von dem Rechte der Eltern, sondern auch von den Rechten der Kinder, von den Rechten der ehelichen Geburt, von der Unterhaltspflicht der Eltern. Uebrigens ist die Anordnung im h. G. eine ganz natürliche und der Sache angemessene; er stellt mit Recht voran das Verhältniß ehelicher Eltern und Kinder, das rechtmäßige Verhältniß, das sich natürlich aus der Ehe ergibt und gewissermaßen deren Ergänzung oder Vollendung ist; ihm gegenüber steht das Verhältniß außerehelicher Kinder, welches die Gesetzgebung nicht unbeachtet lassen kann, weil es leider so häufig vorkommt, welches aber von derselben stets nur als ein anomales, als ein Uebel angesehen werden kann, wenn auch, wie es in manchen Gegenden oder Städten unseres Vaterlandes der Fall ist, die Zahl der unehelichen

Geburten der Zahl der ehelichen fast gleichkommt, oder gar, wie man von der Hauptstadt von Steyermark angibt, die letzte übersteigt. Daran schließen sich dann die Bestimmungen über Legitimation an, als wodurch unehelichen Kindern das vollkommene Recht der ehelichen zu Theil werden kann, und zuletzt die Vorschriften über Adoption, als eine juristische Nachbildung des natürlichen Kindesverhältnisses, welche die Gesetzgebung nur unter besondern Cauteleu und Beschränkungen zulassen mag. — 3. dagegen, sich anschließend den üblichen Darstellungen des gemeinen Civilrechts, geht von dem gegebenen Begriffe der väterlichen Gewalt, oder nach deutschrechtlicher Auffassung der väterlichen Vormundschaft aus, und stellt deren verschiedene Entstehungsgründe in gleicher Linie auf; und setzt dann dieser das Verhältniß unehelicher Kinder entgegen, als bei welchen jene regelmäßig nicht vorkommt. Mag dieß auch von einer Seite systematischer erscheinen, so scheint es mir doch für ein Gesetzbuch weniger zu passen; jedenfalls unpassend aber ist es für ein Civilgesetzbuch, Bestimmungen über Bestrafung der Unzucht aufzunehmen, die vielmehr, wenn sie überhaupt stattfinden sollen, dem Gesetzbuch über Verbrechen und Vergehen oder einem Polizeistrafgesetzbuch zu überweisen wären.

Gehen wir nun auf den Inhalt näher ein, so finden wir zunächst in den Bestimmungen der beiden Entwürfe über die elterliche Gewalt viel Uebereinstimmendes, aber auch manche erhebliche Verschiedenheit. Die allgemeinen Rechte und Pflichten der Eltern, das Recht der Erziehung und Leitung der Kinder, verbunden mit dem Anspruch auf Gehorsam und mit dem Recht häuslicher Züchtigung, die Pflicht für den Unterhalt der Kinder zu sorgen, sind natürlich in beiden Entwürfen gleichmäßig anerkannt. Zwar erklärt H. nicht, wie 3. §. 279., daß die Kinder den Eltern Achtung und Ehrerbietung schuldig sind; aber er unterläßt dieß offenbar nicht, weil er diese Pflicht der Kinder verkennt, sondern weicht darin mit gutem Vorbedacht vom Code Napoléon (cf. art. 371.), dem er sich sonst sehr anschließt, ab, weil diese Pflicht an sich eine sittliche, keine juristische ist, und unabhängig von dem Rechte der elterlichen Gewalt, die allein der vorliegende Abschnitt des Entwurfes zum Gegenstande hat. 3. spricht sich aber auch sonst ausführlicher über das Erziehungsrecht aus. So sagt §. 275.: „Zur Erziehung gehört sowohl die körperliche Pflege als die Sorge für eine gesunde und angemessene Entwicklung der gemüthlichen und geistigen Kräfte, insbesondere auch die Sorge für religiöse und moralische Bildung und für gehörigen Schulunterricht und Berufsbildung“, und §. 283.: „Bei der Bestimmung zu einem Beruf ist auch auf die Anlage und Neigung des Kindes Rücksicht

zu nehmen“; Bestimmungen, die unseres Erachtens in einem Erziehungs- handbuche besser am Platze wären, als im bürgerlichen Gesetzbuche. So auch legt §. 281. den Eltern ausdrücklich ein Züchtigungsrecht zu, das nur nicht „auf eine übertriebene und für die Gesundheit der Kinder nachtheilige Weise“ angewendet werden soll. H. setzt dieses stillschweigend voraus, indem er den Eltern das Recht und die Pflicht der Erziehung beilegt; dagegen enthält er, gleich dem französischen Gesetzbuch, eine nähere Bestimmung über die Haft, welche wegen besonders übler Auf- führung des Kindes auf Antrag desjenigen von den Eltern („des Eltern- theils“ sagt der Entwurf, nicht schön), welchem die Ausübung der elterlichen Gewalt zusteht, verhängt werden kann, während J. nur im Allgemeinen den Eltern amtliche Mitwirkung und staatliche Beihilfe, sofern sie deren, sei es zur Verfolgung flüchtiger Kinder oder zur Aus- übung der Zucht, bedürfen, zusagt, „jedoch innerhalb eines vernünftigen Maßes und nach vorheriger Prüfung und Ermessen der betreffenden Beamten oder Behörden.“ Uebrigens hat H. die Vorschriften des Code Napoléon über Einsperrung der Kinder auf eine lobenswerthe Weise vereinfacht, indem er die art. 375—382. auf drei kurze Art. (22—24.) reducirt, wornach ohne Unterschied des Alters, eben so von der Mutter wie vom Vater, wenn sie die elterliche Gewalt ausübt, gegen das dieser unterworfenen Kind eine Haft bis zu 2 Monaten beim Vormundschafts- gerichte beantragt werden kann. Diese Dauer ist, zumal da eine Er- neuerung zulässig ist, lange genug für alle Vergehen auch der über 16 Jahre alten Kinder, welche noch nicht in das Gebiet des öffentlichen Strafrechts fallen, und das Ermessen des Gerichts kann in jedem Falle dafür sorgen, daß die Haft im einzelnen Falle nicht zu lange dauere, oder aus unzureichenden Gründen verhängt werde. In den Motiven S. 147. wird diese Abweichung vom französischen Recht überzeugend gerechtfertigt.

Für den Fall, daß die beiden Eltern in Betreff der Erziehung und Leitung der Kinder verschiedener Meinung sind, geben beide Entwürfe regelmäßig dem Vater das entscheidende Wort; J. ausdrücklich in §. 286., H. stillschweigend, indem er in Art. 18. den Vater als das Haupt der Familie bezeichnet, welchem zunächst die Ausübung der elterlichen Gewalt zusteht. Dieser Grundsatz ist auch nicht wohl zu umgehen; denn, wie die Motive S. 143. sagen, „die häusliche Ordnung erheischt, daß ein oberster Wille das Ganze zusammenhalte und leite, daß in Collisionen- fällen irgend eine Stimme die Entscheidung geben müsse“, und daß dieses dann in der Regel die Stimme des Mannes sein müsse, leidet nach der

Natur des Verhältnisses keinen Zweifel. Allein das Recht der Mutter ist auch ein heiliges Recht. Welches Gefühl ist tiefer und inniger, als das der Mutterliebe? Und sind es nicht die Mütter, welche zumal in den ersten Jahren der Kindheit der Regel nach am meisten mit der unmittelbaren Pflege der Kinder beschäftigt sind, und welche den bedeutendsten, weil beständig wirkenden, Einfluß auf die Erziehung derselben, auf die Ausbildung ihrer geistigen Anlagen und ihres Charakters auszuüben pflegen? Wenn nun auch gewöhnlich dieses Recht und dieser Einfluß der Mutter sich im Leben von selbst geltend macht, und wenn es auch wünschenswerth ist, daß in dieses Verhältniß sich einzumischen die öffentliche Gewalt möglichst selten Anlaß haben möge, so scheint es mir doch angemessen, im Gesetzbuche es deutlich anzuerkennen, daß das Recht der Mutter, wenn auch der Vater als das Haupt der Familie gelte, doch nicht der Laune oder Willkür oder dem Eigensinn desselben geopfert werden solle. Die Möglichkeit der Entsetzung von der elterlichen Gewalt, wie sie §. in Art. 40. statuirt, ist allein nicht genügend, um die Mutter dagegen zu schützen; denn die Voraussetzungen derselben (gröblich verwahrloste Erziehung der Kinder, schwere denselben zugefügte Mißhandlungen, notorisch lasterhafte Aufführung) sind zu strenge. Es ist aber auch mißlich, die Befugnisse der Mutter dem Vater gegenüber im Einzelnen näher zu bestimmen, wie es zum Theil das preußische Landrecht versucht. Besser möchte es sein, wenn das Gesetz nur ausspricht, daß der Mutter ein Recht der Beschwerde bei dem Vormundschaftsgericht zustehe, wofern der Vater ihr natürliches Recht der Mitwirkung bei der Erziehung der Kinder auf ungeeignete Weise beeinträchtigt oder eigensinnig bei einer Behandlung der Kinder oder Beschlüssen über sie beharre, welche der Mutter mit Recht Besorgnisse einflößen.

In Betreff eines Punktes enthält übrigens §. (S. 276.) die ausdrückliche Anerkennung eines Rechts der Mutter dem Vater gegenüber, nämlich in Betreff der religiösen Erziehung, wenn die Eltern verschiedenen Glaubensbekenntnissen zugethan sind. Hier sollen, wenn sich die Eltern nicht verständigen, die Söhne in der Religion des Vaters, die Töchter in der Religion der Mutter unterrichtet werden. §. bestimmt über diese in unserer Zeit so wichtige Frage gar nichts, woraus denn folgt, daß auch darüber allemal derjenige zu bestimmen hat, welcher die elterliche Gewalt ausübt, also im Collisionsfall regelmäßig der Vater. Dieß ist allerdings nach dem angenommenen Grundsatz consequent. Erhält die Mutter aus irgend einem Grunde die Ausübung der elterlichen Gewalt, so kann nun auch sie ungehindert die religiöse Erziehung des Kindes

bestimmen, und es werden dadurch jene ungebührlichen Quälereien abge-
 schnitten, welchen in Preußen die Mutter nach dem Tode des anders-
 gläubigen Vaters unterworfen wird, wenn sie dem Verlangen nachgibt,
 die Kinder nun in ihrem Glauben zu erziehen. Indessen scheint mir
 dieses ein Punkt zu sein, bei welchem auch in der Collision mit dem
 Vater die wesentlich gleiche Berechtigung der Mutter unbilliger Weise
 verkannt wird. Gewiß sind es die Mütter vorzüglich, welche den Samen
 der Religion in das zarte Herz der Kinder säen, welche ihnen die ersten
 Begriffe und Lehren derselben beibringen und welchen vollends die Er-
 ziehung und Leitung der Töchter fast ganz allein anheimfällt. Sollen sie
 nun bei der Wahl des Glaubens, worin die Kinder zu erziehen, keine
 Stimme haben, sondern unbedingt dem Gebote des Vaters sich unter-
 werfen? Soll die Mutter, deren Schutz die Töchter überall hin zu
 begleiten pflegt, zur Kirche dieselben eines andern Weges gehen lassen,
 nicht des Trostes genießen, daß wenigstens die Töchter sie auf ihrem
 Wege zur Kirche begleiten? Mir scheint dieß unbillig; daher billige ich
 die Vorschrift des 3. Entwurfs, mit der auch das preußische Landrecht
 und das bayerische Religionsedikt übereinstimmen. Sie ist gerecht gegen
 die Mutter; das ist die entscheidende Rücksicht; wenn man dagegen ein-
 gewendet hat, daß dadurch der Zwiespalt der Confession in der Familie
 verewigt werde, so ist das nur eine politische Rücksicht, welche jener nicht
 vorgehen sollte, und es ist natürlich, daß die Glaubensverschiedenheit
 der Eltern in den Kindern sich fortpflanze. Daß die Ansichten hierüber
 so verschieden sind, darauf wirkt wohl zum Theil eine politische Berech-
 nung ein, was der eigenen Confession das Zuträglichste sein möge, wie
 dies z. B. bei der neuern preußischen Gesetzgebung über diesen Gegen-
 stand unläugbar der Fall gewesen ist; dem Staate aber, worin einmal
 verschiedene Glaubensbekenntnisse als gleichberechtigte neben einander
 bestehen, ist das Zuträglichste dasjenige, was zugleich dem natürlichen
 Rechte der wesentlich gleichberechtigten Eltern und einer völlig unpar-
 teiischen Gleichstellung der verschiedenen Confessionen gemäß ist.

Eine andere Frage ist, ob einem Vertrage der Eltern über die
 religiöse Erziehung der Kinder bürgerlich bindende Kraft beigelegt werden
 solle? Z. §. 277. spricht dem vor der Geburt der Kinder gegebenen Ver-
 sprechen oder eingegangenen Vertrage über die künftige Erziehung der-
 selben in einer bestimmten Confession die bürgerliche Geltung ab. Daraus
 folgt, daß eine Uebereinkunft der Eltern nach der Geburt der Kinder
 sofort bindend sein solle. Das Motiv dieser Bestimmung ist vielleicht
 dieses, daß nach der Geburt der Kinder ein solches Versprechen weniger

leichtſinnig gegeben werde; vielleicht auch das, daß auf diese Weise die vor Eingehung der Ehe am meisten gefürchtete Einwirkung der Geistlichen abgewiesen oder wenigstens gelähmt werde. Unseres Erachtens aber sollte dieser Vertrag, er möge vor oder nach der Ehe eingegangen sein, als gültig angesehen, und nur etwa, um leichtſinnigen Versprechen der Art entgegenzuwirken, an bestimmte Formen oder Bedingungen geknüpft werden, z. B. daß beide Theile zuvor von dem Geistlichen ihrer Confession belehrt sein sollen, wie es in manchen Ländern für den Fall des Uebertritts zu einem andern Glaubensbekenntniß vorgeschrieben ist. Nur die vollkommene Anerkennung des Vertrags entspricht, wie ich glaube, einer wahrhaft unpartheiſchen bürgerlichen Gleichstellung der Confessionen, wie dem Rechte der Eltern. Wenn es ein Recht der Eltern ist, gleichen Antheil an der religiösen Erziehung der Kinder zu verlangen, so kann jeder von ihnen darauf zu Gunsten des andern verzichten, und wenn der eine Ehegatte, welcher mit festerer Ueberzeugung und größerer Innigkeit seinem Glauben anhängt und deßhalb das Versprechen erwirkte, daß alle Kinder darin erzogen werden sollen, im Vertrauen darauf die Ehe eingegangen ist, so ist es hart und unbillig, wenn er später in diesem Vertrauen getäuscht wird, weil der andere das gegebene Wort ungescheut brechen kann. Man wendet dagegen ein, es sei unsittlich, ein solches Versprechen zu geben; darum könne der Staat nicht die Hand dazu bieten, um dessen Erfüllung zu erzwingen. Aber der Staat hat nur darauf zu sehen, ob das Versprechen an sich (objectiv) unsittlich sei, und objectiv unsittlich kann es ihm nicht erscheinen, da er die verschiedenen Glaubensbekenntnisse als gleichberechtigte anerkennt; ob es subjectiv unsittlich sei, das hängt durchaus von der persönlichen Gesinnung und Ansicht des Einzelnen ab, und bei den unendlich manchfaltigen Schattirungen der religiösen Meinungen, wie sie in unserer Zeit herrschen, kann man im einzelnen Falle selten mit Entschiedenheit behaupten, daß Jemand gegen seine sittliche Ueberzeugung, darum unsittlich, handle, wenn er die Erziehung der Kinder in einer andern Confession, als zu welcher er sich zählt, gestattet; der Staat, worin Gewissensfreiheit herrscht, hat dieß jedenfalls dem Gewissen des Einzelnen zu überlassen. Wenn aber der Staat das vor der Ehe gegebene Versprechen für ungültig erklärt, so kann er dadurch gerade einen Widerstreit der Pflichten herbeiführen, der in seinen Folgen höchst widerwärtig ist. Hat z. B. der Vater das Versprechen gegeben, die Kinder in der Religion der Mutter erziehen zu lassen, während das Gesetz die religiöse Erziehung der Söhne oder aller Kinder ungeachtet des Versprechens in seine Willkür stellt, und es gestattet

sich nun seine religiöse Ueberzeugung so, daß er es mit seinem Gewissen unverträglich findet, den Kindern Glaubenslehren beibringen zu lassen, die er für falsch und verderblich hält, so wird er mit sich zu kämpfen haben, ob er gleichwohl jenes einmal gegebene Versprechen halten, ob er es brechen soll, und wenn er das letzte wählt, so wird er oft das Herz der vertrauenden Gattin brechen, und, wie die Erfahrung häufig genug zeigt, die empfindlichste Störung des ehelichen Friedens hervorrufen. Steht es aber nicht mehr in seiner Willkür, anders zu verfügen, so mag er das Versprechen bereuen, wie man überhaupt bereuen kann, auf ein Recht verzichtet zu haben; er muß sich dabei beruhigen, das nun nicht mehr ändern zu können. Auch der strengste katholische Geistliche könnte als Beichtvater in solchem Falle nicht mehr verlangen, als aufrichtige Reue und aufrichtigen Wunsch, wo möglich eine Aenderung zu bewirken; er könnte die Ertheilung der Absolution niemals abhängig machen von der wirklichen Herbeiführung einer Aenderung, die rechtlich nicht mehr in der Macht des Beichtkinds steht.

Doch schon zu viel über einen Gegenstand, worüber schon unendlich viel, fruchtlos, geschrieben ist; ich will nur noch hinzufügen, daß mir die Altersstufe, von welcher §. 278. die eigene Wahl des Religionsbekenntnisses abhängen läßt, nämlich die Vollendung des 16. Lebensjahres besser zusagt, als die in andern Gesetzen, namentlich im bayerischen Religionsedikt, dafür angenommene Volljährigkeit. Es ist wider-natürlich, die religiöse Ueberzeugung, die in jenem Alter schon vollkommen entwickelt und befestigt sein kann, bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres zurückzuweisen, und kraft elterlicher Gewalt den Jüngling oder die Jungfrau z. B. von dem Tische des Herrn, wo sie das wahre Brod des Lebens zu finden hoffen, oder von dem Sakrament der Buße, in dem ihr Gewissen Beruhigung sucht, abzuhalten, oder umgekehrt zu religiösen Handlungen zu zwingen, die der Ueberzeugung zuwider sind. Ohnehin aber ist das Verbot, wenigstens bei dem Entschluß zur katholischen Kirche überzutreten, leicht zu umgehen, indem man sich nur mit andern in den Beichtstuhl zu verfügen und nachher unter die Zahl der Kommunikanten zu stellen braucht.

Die bisher besprochenen Befugnisse der Eltern werden von H. mit Recht als ein Theil der elterlichen Gewalt betrachtet; B. konnte sie zur väterlichen Vormundschaft nur in so fern ziehen, als eben dem Vater im Fall einer Meinungsverschiedenheit der beiden Eltern das entscheidende Wort beigelegt wird (§. 286.), wogegen derselbe auch zunächst für verpflichtet erklärt wird, die Kosten für die Erziehung und den Unterhalt

der Kinder zu bestreiten (§. 285.). Ein anderer Bestandtheil der elterlichen Gewalt betrifft das Vermögen der Kinder, und darin unterscheidet sich nun *J.* bedeutend von *H.*, indem dieser auch die dahin einschlagenden Befugnisse zu der elterlichen Gewalt rechnet und wie diese überhaupt auch der Mutter beilegt, wenn gleich zunächst der Vater zu deren Ausübung berechtigt ist, während dagegen *J.* dieselben als Rechte der väterlichen Vormundschaft ausschließlich nur dem Vater erteilt. Das letzte entspricht der heutigen Gestaltung des gemeinen Civilrechts, in welchem die ursprünglich so umfassende väterliche Gewalt des römischen Rechts, wie das deutschrechtliche Mundium des Vaters, als ausschließliches Recht des Vaters, in der That auf jene vermögensrechtlichen Befugnisse zusammengeschrunpft ist. Das erste aber entspricht der wahren innern Natur des Verhältnisses, wie es nach unserer Sitte sich darstellt. Die Mutter nimmt eine im Wesentlichen gleiche Stellung zu den Kindern ein, wie der Vater, und es ist unpassend, ihr, wenn der Vater gestorben oder seine Gewalt auszuüben verhindert ist, nur die Stellung einer bloßen Vormünderin anzuweisen, wie es nach römischem und heutigem gemeinen Rechte der Fall ist. Wohl mag man in einer Republik, wie Zürich, geneigt sein, den Frauen weniger Rechte zu gönnen; aber für Deutschland hat *H.* gewiß das Richtige gewählt, indem er nach dem Vorbilde des französischen Rechts eine subsidiär zur Ausübung kommende oder eigentlich nur im Conflict mit dem Vater zurückstehende elterliche Gewalt der Mutter von gleicher Bedeutung wie die des Vaters anerkennt. Er gibt, wie jenes, beiden Eltern das Recht der Verwaltung und des Nießbrauches an dem Vermögen der Kinder, ausgenommen wenn dieses den Kindern unter der Bedingung der Ausschließung jenes Rechts geschenkt oder hinterlassen, oder von denselben durch Arbeit oder Kunstfleiß (während sie nicht mehr von den Eltern verpflegt werden, wie *H.* treffend hinzufügt) erworben worden ist; und zwar auch den Nießbrauch nicht bloß, wie der Code Napoléon, bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres der Kinder, sondern bis zur Beendigung der elterlichen Gewalt, also, wenn nicht beide Eltern früher sterben, regelmäßig bis zur Volljährigkeit der Kinder, eine Abweichung, welcher wir ebenfalls unseren Beifall schenken, weil sie eine unnütze Zwischenepoche von drei Jahren abschneidet. Uebrigens enthält *H.* (Art. 26—36.) noch einige nähere Bestimmungen, beziehungsweise Beschränkungen jenes Rechts der Eltern, namentlich für den Fall einer zweiten Ehe der Mutter, oder deren Minderjährigkeit, überhaupt für den Fall, daß nur noch einer der beiden Eltern am Leben ist, oder daß diese eine Gefahr für die Substanz des

Vermögens befürchten lassen, in welchen Fällen eine obervormundschaftliche Einwirkung statt finden soll, wobei jedoch (Art. 31.) als Regel ausgesprochen ist, daß bei Lebzeiten beider Eltern, wenn diesen die Verwaltung und Nutznießung zusteht, dieselben keiner Beschränkung unterliegen.

Ähnlich sind die Bestimmungen des §. in Betreff des väterlichen Verwaltungs- und Genußrechts. Hier finden sich aber noch die besondern Vorschriften, daß das Spargut der Kinder (wovon eine Definition gegeben werden sollte) von der väterlichen Nutznießung, nicht von der väterlichen Vormundschaft, ausgenommen sei; ferner, daß ohne Erlaubniß des Vaters eingegangene Schulden des Kindes in der Regel weder gegen dieses noch gegen jenen eingefordert werden können, für die mit Erlaubniß des Vaters eingegangenen aber in der Regel nur dieser, nicht jenes, hafte, (welche Regel wohl etwas zu weit geht, indem ja der Vater im wohlverstandnen Interesse des Kindes demselben eine Schuld zu contrahiren gestatten kann), daß jedoch, wenn dem Sohne „auf Zusehen hin“ die Betreibung eines Berufes oder Gewerbes auf eigene Rechnung gestattet ist, für die darauf bezüglichen Geschäfte der Sohn und der Vater haften sollen, der Sohn, soweit das ihm überlassene Vermögen reicht, der Vater für den Rest; endlich, daß das Kind für seine Forderung den Vater niemals zum Concurse treiben dürfe.

Von der wechselseitigen Unterhaltspflicht der Eltern und Voreltern und der Kinder, welche von der elterlichen Gewalt unabhängig sich nach der Ordnung der Erbfolge richtet, spricht §. in 7 Artikeln (41—47.), wo sich zuerst der Satz findet, daß Kinder gegen ihre Eltern kein Klagrecht auf Ausstattung zum Zwecke der Eingehung einer Ehe oder einer bürgerlichen Niederlassung haben. Die gemeinrechtliche Dotationspflicht ist also dadurch aufgehoben, wie sie auch das französische Recht nicht anerkennt. Ich zweifle sehr, ob dieß zu billigen ist. Ich pflichte hier vielmehr dem §. bei, welcher (§. 307—309.) dem Vater und eventuell der Mutter die Pflicht auflegt, die Kinder, welche kein eigenes hinreichendes Vermögen besitzen, wenn sie in eine ehrbare Ehe treten oder sonst sich aus seiner Haushaltung als selbstständig aussondern, mit dem Nothdürftigen nach seinen Kräften und ihrem Stande gemäß auszusteuern. — Nimmt das Gesetz keinen Anstand, den Eltern die Pflicht des Unterhalts in jedem Bedürfnisfalle aufzulegen, so sehe ich nicht ein, warum es nicht unter Umständen auch den Zwang zu einer Ausstattung zuläßt, von welcher manchmal eine dauernde anständige Versorgung der Kinder abhängt und welche gleichwohl von eigensinnigen, obwohl vermögenden

Eltern oft ohne allen Grund verweigert wird. Die Motive zu §. (S. 164 f.) führen zwar sechs Gründe dafür auf; allein, wenn in Frankreich bisher ein begründetes Bedürfniß, die alte Praxis der Länder des geschriebenen Rechtes wieder einzuführen, nicht gefühlt worden, so kann man dagegen behaupten, daß in Deutschland ein Bedürfniß der Aufhebung derselben sich nicht kund gegeben habe. Proceffe zwischen Eltern und Kindern sind freilich immer eine traurige Erscheinung und jenes Recht mag bisweilen von ungerathenen Kindern als ein Mittel der Chikane benutzt werden; allein jene können auch wegen des Unterhalts vorkommen, vielleicht um so mehr, wenn die Eltern durch unzeitige Kargheit ein gutes Fortkommen der Kinder gehindert haben, und der Eigensinn des Geizhalses, der dadurch das Lebensglück seiner Kinder verdirbt, ist auch keine erbauliche Erscheinung; nicht selten sind auch die Eltern ungerathen und das Vertrauen auf das natürliche Gefühl der Elternliebe findet sich getäuscht; insbesondere kommt es nicht selten vor, daß dieses durch den Einfluß einer Stiefmutter gegen die Kinder früherer Ehe gelähmt oder gar getödtet, und den letzten, während ihnen der Aufenthalt im väterlichen Hause allgemach unerträglich geworden, doch ein anderweitiges Fortkommen hartherzig erschwert oder unmöglich gemacht wird. Für solche Fälle soll das Gesetz vorsorgen, und daß nicht diese Vorsorge andererseits Schaden stifte, dagegen kann es durch eine solche Fassung seiner Bestimmung wirken, welche dem Richter zu Gunsten der Eltern eine gewisse Freiheit des Ermessens einräumt, wie es schon das römische Recht thut. Zudem haben auch die Eltern schon andere Mittel in Händen, um den Gelüsten ungerathener Kinder entgegen zu wirken; das Recht, diese auf den Pflichttheil zu beschränken, nach Umständen sie ganz zu enterben, wird sie oft im Zaum und von pflichtwidrigen Schritten gegen die Eltern zurückhalten. Freilich muß dann dieß Recht der Eltern einen weitem Umfang haben, als nach dem französischen Gesetzbuche; in dieses würde ich nicht rathen noch eine solche Bestimmung zu Gunsten der Kinder einzuschieben, weil die Eltern ohnehin schon diesen gegenüber zu sehr beschränkt sind; aber ich halte dieß auch für einen entschiedenen Mangel und glaube, daß den Eltern größere Macht der Beschränkung oder Ausschließung in Betreff ihrer Erbschaft eingeräumt werden sollte. — Scheint uns der erste Artikel des vorliegenden Abschnitts verwerflich wegen zu großer Beschränkung der elterlichen Unterhaltspflicht, so möchte der zweite bedenklich sein, weil er dieser eine zu ungemessene Ausdehnung gibt. Die Kinder sollen von den Eltern ihren Unterhalt fordern können, „so lange und so oft das Bedürfniß dazu

vorhanden ist“. Wenn dieß ohne Beschränkung gilt, so können liederliche Kinder ihre Eltern durch immer erneute Anforderungen förmlich aussaugen und mit unerträglichen Quälereien belästigen, wogegen jenen das Recht, bis zum Ablaufe des 25. Lebensjahres die Handlungen derselben zu leiten und ihren Aufenthaltsort zu bestimmen, wenig Hilfe gewährt. Den Eltern muß das Recht zustehen, aus zureichenden Gründen, namentlich wegen fortgesetzten liederlichen Lebenswandels, den Kindern jeden Beitrag zu ihrem Unterhalte zu verweigern, so gut wie sie diese aus zureichenden Gründen enterben können. Ueber diesen Punkt sind in einem kleinen Aufsatz von Puggé im dritten Bande des Rhein. Mus. beachtenswerthe Bemerkungen zu lesen. — 3. spricht nur in einem §. 280. bei den Rechten beider Eltern von der Pflicht der Kinder, die Eltern zu unterstützen, läßt aber eine ausdrückliche Bestimmung über die Alimentationspflicht auf Seiten der Mutter vermissen, indem er nur dem Vater in §. 285. die Kosten für den Unterhalt und die Erziehung der Kinder aufbürdet, obwohl er §. 309. in subsidium auch die Mutter zur Aussteuerung der Kinder pflichtig erklärt.

Fragen wir nun noch nach den Entstehungs- und Endigungsgründen der elterlichen Gewalt, beziehungsweise der väterlichen Vormundschaft, so stimmen darin wieder großentheils beide Entwürfe überein. Natürlich stellen beide die eheliche Geburt voran, und H. spricht, wie schon bemerkt wurde, zunächst nur von ehelich erzeugten Kindern, wobei dann Bestimmungen über die Vermuthung ehelicher Geburt und das Verläugnungsrecht des Mannes vorkommen (Art. 1—17.), die 3. schon in dem frühern Kapitel von den Wirkungen der Ehe (§. 167—171.) aufstellt. H. schließt sich hier übrigens fast ganz dem Code Napoléon an, jedoch mit einigen Zusätzen und Erweiterungen, und scheint im Ganzen Billigung zu verdienen.

Beide Entwürfe erkennen ferner auch eine Legitimation unehelicher Kinder an, und zwar durch nachfolgende Ehe der Eltern, und durch landesherrliche oder gerichtliche Verfügung, auf Antrag des Vaters oder (nach H.) der Mutter. 3. gestattet aber die letzte nur nach dem Tode der Mutter und verlangt dabei noch vom Vater den Nachweis, daß die Ehe mit dieser ohne sein Verschulden nicht zu Stande gekommen sei; H. dagegen macht diese Art der Legitimation von der Bedingung abhängig, daß der dieselbe Nachsuchende (Vater oder Mutter) keine ehelichen Nachkommen habe, und, wenn er verhehlicht ist, auch dessen Ehegatte seine Zustimmung erteile. Das letzte scheint mir vollkommen zu billigen; aber man könnte, scheint es, füglich auch, wenn eheliche Nach-

kommen vorhanden sind, diese Legitimation gestatten, falls nur diese, oder, wenn sie noch minderjährig sind, die obervormundschaftliche Behörde ihre Zustimmung dazu erteilen. Es können Fälle vorkommen, namentlich da *H.* nicht wie *B.* den Brautkindern, selbst nicht im Verhältniß zur Mutter, die Rechte ehelicher Kinder beilegt, in welchen die Verweigerung der Legitimation, auch wenn eheliche Kinder vorhanden sind, hart und unnatürlich erscheint, um so mehr, wenn dieselben auch nicht adoptirt werden können. Mehr scheint es für sich zu haben, daß diese Legitimation nur zugelassen wird, wenn die Ehe mit dem andern Erzeuger dem dieselbe Nachsuchenden faktisch nicht möglich ist; denn die Legitimation durch Rescript scheint nur als ein Nothbehelf zum Ersatz der nicht mehr möglichen Legitimation durch nachfolgende Ehe Billigung zu verdienen. Daher sollte sie auch in Ansehung solcher Kinder, die in Blutschande oder im Ehebruch erzeugt sind, gänzlich untersagt werden.

Auch die Annahme an Kindesstatt, Adoption, endlich findet sich in beiden Entwürfen anerkannt, und zwar in beiden als Entstehungsart der elterlichen, beziehungsweise väterlichen Gewalt bei minderjährigen Kindern, des rechtlichen Verhältnisses ehelicher Kinder bei volljährigen, wie bei minderjährigen Adoptirten. Im Code Napoléon ist die Adoption bekanntlich in ihren Wirkungen wie in ihren Voraussetzungen sehr beschränkt; sie ist bei minderjährigen Kindern ganz ausgeschlossen, und findet bei großjährigen nur statt, wenn diese während ihrer Minderjährigkeit wenigstens sechs Jahre lang von dem Adoptirenden gepflegt und unterstützt worden sind, oder jene dem letzten in besonderer Gefahr das Leben gerettet haben; dagegen hat der Code in Ansehung minderjähriger Kinder noch das pflegeelterliche Verhältniß (*tutelle officieuse*). *H.* weicht hier gänzlich ab vom Code, und hält sich, wie wir glauben mit Recht, mehr an das gemeine Recht, dem auch das preußische Landrecht und das österreichische Gesetzbuch sich anschließen, wenn gleich in Einzelheiten manche Verschiedenheiten vorkommen. Diese gestatten die Adoption sowohl minderjähriger als großjähriger Personen, sowohl bei Lebzeiten als nach dem Tode ihrer Eltern, und alle lassen ein wahres Kindesverhältniß daraus hervorgehen. Nur auf großjährige die Adoption zu beschränken, ist kein Grund vorhanden, wenn das Gesetz nur vorsorgt, daß nicht das Wohl des minderjährigen Kindes durch dieselbe gefährdet werde. Kinderlose Ehegatten werden meistentheils gerade ein minderjähriges Kind, dem sie noch ihre Erziehung zu widmen haben, anzunehmen wünschen, und in den meisten Fällen wird diesem auch die Adoption zum Vortheil gereichen. Man könnte sogar die Ansicht ver-

theidigen, daß nur auf minderjährige Kinder die Adoption zu beschränken sei, weil nur diese noch der Eltern bedürftig seien und die Unterwerfung unter die Gewalt von Adoptiveltern ihnen häufig weit heilsamer sei, als eine gewöhnliche Vormundschaft. Aber ich könnte auch dem nicht beipflichten; ich sehe nicht ein, warum die Gesetzgebung die bisher mögliche Adoption großjähriger Personen abschneiden sollte, wenn gleich ich einräume, daß sie kein sehr bedeutendes Institut sei. Warum soll man dem kinderlosen Greise, der vielleicht den frühen Verlust mehrerer Söhne beweint, den Trost versagen, einen ihm liebgewordenen jungen Mann als Sohn sich zu verbinden und durch ihn den Namen seiner Familie fortzupflanzen? Es ist nicht bloß die Rücksicht auf die Adoptirten, welche dieses Institut rechtfertigt, sondern auch die Rücksicht auf die Adoptirenden, welche durch die Kindesannahme einen Trost und eine Stütze für ihr Alter suchen, wie schon Diocletian und Maximian der Frau die Adoption in solatium liberorum amissorum gestatteten. Eben so wenig würde ich die Beschränkung der Adoption auf elternlose Kinder billigen, die man etwa aus dem Grunde vorschlagen möchte, weil nur diese eines Ersatzes bedürfen, und die Auflösung des natürlichen Kindesverhältnisses immer bedenklich erscheine. Man möge nur nicht bei solchen abstrakten Reflexionen die oft so harte und unbarmherzige Wirklichkeit aus den Augen verlieren. Einem jeden, der sich darnach umsieht, werden leider bald zu Duzenden die Fälle aufstoßen, wo es für Kinder, ungeachtet ihre Eltern noch am Leben sind, unzweifelhaft als ein großes Glück erscheinen würde, wenn ein wohlgeinnter Mann sie als die seinigen annähme; und soll nun, wenn ein solcher sich findet, das Gesetz ihm die Verwirklichung seiner guten Absicht verkümmern und zum Schaden des Kindes verleiden? Wer würde dieß nicht bedauern, wenn es dadurch vielleicht verhindert würde, daß ein Kind von trefflichen Anlagen dem verderblichen Einflusse einer herumziehenden Zigeuner- oder Gauflerbande oder dem bösen Beispiele ausschweifender, zankfüchtiger, dem Trunke ergebener Eltern, oder den Mißhandlungen einer böshaftern Stiefmutter entzogen oder auch aus dem Kreise einer zwar ehrbaren, aber an Brod armen, an Kindern überreichen Familie in eine Lage versetzt werde, die es in den Stand setzt, seine Anlagen auf das Beste auszubilden und dereinst seiner ganzen Familie eine Stütze zu sein? Es ist zwar kein Zweifel, daß dieses auch ohne eigentliche Adoption bewirkt werden kann; aber es ist auch möglich, daß Mancher sich von dem Vorhaben, das dahin zielt, abbringen läßt, wenn er es nicht erreichen kann, daß das fremde Kind gesetzlich als sein eigenes gelte. Da die Adoption über-

haupt bei uns selten vorkommt, so wird man freilich nicht häufige Fälle aufweisen können, wo dem Kinde der Elterntausch wahrhaft ersprießlich war; aber gewiß noch weit seltener ist der Fall nachzuweisen, daß sie ihm nachtheilig war. Dagegen wird man leicht eine Menge von Fällen auffinden, wo die Versetzung eines Kindes in eine fremde Familie, ohne eigentliche Adoption, oft nur in einer untergeordneten dienenden Stellung, von den wohlthätigsten Folgen für dieses war, und wo die völlige (juridische) Annahme an Kindesstatt dieses in gleichem oder höherem Maße gewesen sein würde.

Also keine andere Beschränkungen der Adoption, als solche, die geeignet sind, den möglichen Mißbrauch dieser Befugniß oder nachtheilige Folgen derselben, sei es für das angenommene Kind oder dessen Familie, sei es für die Familie des Adoptirenden, im einzelnen Falle zu vermeiden. Auch die Vorschrift des §. (Art. 64.), daß nur Personen, die das fünfzigste Lebensjahr überschritten haben, andere an Kindesstatt annehmen dürfen, scheint mir überflüssig, um so mehr, als die Adoption doch immer landesherrlicher Bestätigung bedarf, und in jener Beziehung landesherrliche Dispensation vorbehalten ist (Art. 65. 72.). Dagegen ist die Vorschrift, daß der Adoptirte wenigstens 15 Jahre jünger sein müsse, als der Adoptirende, gewiß zu billigen, und ich würde davon auch nicht einmal landesherrliche Dispensation zulassen. Ebenso finde ich vollkommen angemessen die Vorschrift, daß ein Ehegatte nicht ohne Zustimmung des andern adoptiren und die unter elterlicher Gewalt stehenden nicht ohne Zustimmung der Eltern, elternlose nicht ohne Zustimmung der Vormundschaftsbehörde adoptirt werden können; ja ich würde es passend finden, daß auch bei großjährigen Kindern die Einwilligung der natürlichen Eltern erholt werden müsse, wenigstens in demselben Maße, wie deren Einwilligung zur Ehe der Kinder nothwendig ist. Endlich hätte ich auch gegen das Verbot der Adoption unehelicher Kinder von Seiten ihrer Eltern nichts zu erinnern, sofern diesen die Legitimation möglich ist, und billige nicht minder das Verbot der Adoption von Seiten desjenigen, welcher schon eheliche oder legitimirte Kinder hat.

3. ist in Ansehung der Bedingungen der Adoption etwas strenger; er gestattet die Adoption Minderjähriger nur, wenn sie wenigstens 16 Jahre alt sind und zudem der Adoptirende während wenigstens 4 Jahren die Erziehung oder den Unterhalt derselben besorgt oder ihnen sonst „persönliche Aufmerksamkeit und Pflege“ gewidmet hat; und bei Volljährigen soll nachgewiesen werden, „daß sich das zu adoptirende Kind

entweder wesentliche Verdienste um den Adoptirenden erworben habe, oder sonst erhebliche Gründe für ein derartiges Familienverhältniß sprechen.“ Dagegen verlangt §. die Zustimmung des Vaters eines Minderjährigen nicht unbedingt, indem sie nach Umständen durch die obervormundschaftliche Behörde ergänzt werden kann, und schreibt kein bestimmtes Alter des Adoptirenden vor. Uebrigens ist §. hier unbefriedigend in der Fassung; er nennt zuerst (§. 260.) die Ausnahme an Kindesstatt von Seite des Adoptivvaters als eine Erwerbssart der väterlichen Vormundschaft, fordert aber dann (§. 261.), daß der Wahlvater und die Wahlmutter keine eheliche Nachkommenschaft haben, spricht auch später (§. 271. 272.) von Adoptiveltern, und will nach §. 267. den Annehmenden und den Anzunehmenden befragt haben, „ob sie beiderseits aus freiem eigenem Willen gesonnen seien, als Vater oder Mutter, beziehungsweise als Eltern auf der einen Seite und als Kind auf der andern zu leben“, fordert auch ebendasselbst „die Zustimmung des Ehegatten des annehmenden Theils, auch wenn derselbe nicht zugleich als unmittelbar betheiligte und mitadoptirende Person erscheint.“ Hieraus läßt sich nur mühsam entnehmen, was klar gesagt sein sollte, daß nämlich auch Frauen und daß Ehegatten gemeinschaftlich adoptiren können, obwohl bei jenen von einer väterlichen Vormundschaft nicht die Rede sein kann.

Die Form der Adoption ist in beiden Entwürfen mit Rücksicht auf die Gerichtsverfassung bestimmt; die Adoption ist, und mit Recht wird es so geordnet, in keinem Falle ein bloßer Privatakt, sondern, wenn auch alle gesetzlichen Bedingungen derselben vorhanden sind, hängt doch die Gestattung von dem Ermessen der öffentlichen Behörde, beziehungsweise von landesherrlicher Bestätigung ab.

Die Wirkung endlich der Adoption wird von §. einfach dahin bestimmt, daß das Wahlkind den Geschlechtsnamen der Wahleltern annimmt, in die Familie derselben eintritt und gegenüber denselben alle Rechte eines ehelich geborenen Kindes erwirbt, natürlich auch der väterlichen Vormundschaft des Wahlvaters unterworfen wird, jedoch mit den Verwandten der Wahleltern, außer der Nachkommenschaft derselben, in keine erbrechtliche Verbindung tritt und dagegen mit seiner natürlichen Familie in erbrechtlicher Verbindung bleibt. Hieraus folgt dann, daß der Wahlvater an dem Vermögen des Wahlkindes dieselben Rechte hat, wie an dem Vermögen der natürlichen Kinder, und daß das Wahlkind auch gegen die Wahleltern dieselben Pflichten hat, wie ein natürliches Kind; daß ferner die Wahleltern eben so das Wahlkind beerben können,

wie umgekehrt dieses gegen jene das Erbrecht eines Kindes erhält. Doch wäre über den letzten Punkt größerer Bestimmtheit zu wünschen, wie sich bei der Beleuchtung des dritten Buches des 3. Entw. noch näher ergeben wird. — H. dagegen ist in Betreff der Wirkungen der Adoption weit beschränkender. Er gibt zwar dem Wahlkinde alle Rechte eines ehelichen Kindes, namentlich das Erbsolgerecht und den Anspruch auf Alimentation, selbst nach Beendigung der elterlichen Gewalt, untermirßt auch das minderjährige Kind der elterlichen Gewalt der Wahlktern, aber an dem Vermögen desselben sollen diese keinerlei Anspruch erhalten und eben so wenig ein Recht auf Unterhalt; vielmehr soll das Vermögen des noch minderjährigen Wahlkindes bis zu dessen Volljährigkeit durch einen Curator verwaltet werden. Doch kann nach §. 79. bezüglich der wechselseitigen Vermögensverhältnisse durch besondere Uebereinkunft etwas Anderes bestimmt werden. Aber wäre es nicht angemessener, die regelmäßigen Rechte der elterlichen Gewalt in Ansehung des Vermögens auch der durch Adoption begründeten elterlichen Gewalt regelmäßig beizulegen und die Ausnahmen besonderer Uebereinkunft vorzubehalten? Jenen Beschränkungen liegt wohl das Motiv zum Grunde, daß nicht die Adoption zu einer Vermögensspeculation für den Adoptirenden mißbraucht und für den Adoptirten nicht eine Bürde werde. Allein wenn man einmal ein künstliches Nachbild des natürlichen Kindesverhältnisses zuläßt, so sollte man auch seine Bedeutung nicht durch Verringerung der Rechte des Vaters schmälern und diesem, sobald das Kind etwas eigenes Vermögen hat, noch eine Vormundschaft zur Seite stellen, deren Vermeidung sonst als ein besonderer Vortheil der Adoption erscheint. Da diese, zumal bei minderjährigen Kindern, nicht ohne sorgfältige Prüfung der Verhältnisse zugelassen wird, so darf eine Benachtheiligung derselben, auch wenn sie einiges Vermögen haben, nicht so leicht befürchtet werden, und im Nothfall steht die Möglichkeit der Aufhebung der Adoption zur Hilfe. Nur das möchte rathsam sein, von den Wahlktern des minderjährigen Wahlkindes, wenn dieses eigenes Vermögen hat oder durch Erbschaften oder Schenkungen und Vermächtnisse nachher erwirbt, eine Sicherheitsleistung wegen künftiger Herausgabe desselben zu verlangen, und den Anspruch derselben auf Unterhalt von Seiten des Wahlkindes nur auf den Fall einzuschränken, wenn sie durch unglückliche Umstände erst nach der Annahme an Kindesstatt in Dürftigkeit versetzt werden.

Die Endigungsgründe der elterlichen Gewalt über eheliche Kinder nach H. sind meist dieselben, welche J. als Endigungsgründe der väterlichen Vormundschaft anführt, nämlich, abgesehen vom Todesfalle,

Volljährigkeit und Volljährigkeitserklärung, dann Verhehlchung des Kindes, außer welcher aber §. auch noch anführt, „wenn der Sohn mit Vorwissen des Vaters einen eigenen Haushalt begründet hat und einen eigenen Rauch führt“, und „wenn derselbe ein öffentliches Amt erlangt“, Fälle, welche §. freilich mehr als §. zu berücksichtigen Veranlassung hatte, weil er die Volljährigkeit erst mit Vollendung des vierundzwanzigsten Lebensjahres eintreten läßt. §. nennt dann noch Adoption des Kindes durch einen Andern, was sich freilich auch nach §. von selbst versteht, und gerichtliche Entsetzung der Eltern, welche §. ebenfalls statuirt, der aber zudem auch noch die Unterwerfung des Vaters unter eine obrigkeitliche Vormundschaft und das Fallissement desselben als Gründe zeitweiliger Aufhebung der väterlichen Vormundschaft anführt.

Es bleibt uns jetzt noch ein wichtiges Capitel dieses Titels zu betrachten übrig, das von den außerehelichen Kindern. (§. Art. 48—59. §. §. 310—356.). §. stellt an die Spitze den dem französischen Rechte entnommenen Grundsatz, daß die Erforschung der außerehelichen Vaterschaft, in so fern dadurch die Erzeugung des außerehelichen Kindes unmittelbar bewiesen werden soll, so wie jede darauf gerichtete Klage oder Einrede untersagt sei. „La recherche de la paternité est interdite“. Dieser kurze Satz des Code Napoléon ist seit langer Zeit der Gegenstand bald heftiger Anfeindung, bald ernster Erwägung gewesen. Im Großherzogthum Hessen hat man denselben schon vor geraumer Zeit, nach reiflicher ständischer Berathung, durch ein besonderes Gesetz aufgenommen, und so ist er auch in den Entwurf des neuen Civilgesetzbuches übergegangen. Ist er zu billigen? Fragen wir die Rheinlande, in denen das französische Recht noch gilt, so wird man wenige Stimmen vernehmen, die seine Aufhebung wünschenswerth halten, und es wäre ungerecht zu wähen, daß die überwiegende Mehrheit der Stimmen, als von dem männlichen Geschlechte ausgehend, durch egoistische Rücksichten geleitet sei. Betrachtet man die Verhältnißzahl der unehelichen Geburten in den Rheinlanden und in andern Gegenden Deutschlands, z. B. in der Pfalz und in den übrigen baierischen Provinzen, so stellt sie sich dort als höchst günstig dar, und es ist nicht zu bezweifeln, daß daran auch jener Satz einen guten Antheil hat. So sagen auch die Motive zum §. (S. 169.), daß die Erfahrungen theilweise wohlthätige Wirkungen und keinen erheblichen Nachtheil des fraglichen Verbots ergeben haben, hessische Praktiker aber sprechen mit größerer Entschiedenheit aus, daß es sich als heilsam erwiesen habe. Nec. glaubt dieß um so mehr, als er sich erinnert, von einer hochgestellten sittenstrengen Frau die Bemerkung

gehört zu haben, ein solches Gesetz sei räthlich, weil es die Mädchen zu größerer Vorsicht und Zurückhaltung bewegen werde, bei denen man solche Rücksichten mit Unrecht als einflußlos ansehe. Und nicht nur die Mädchen selbst, sondern mehr noch die Eltern werden sich zu sorgfältigerer Vor- und Aufsicht angetrieben fühlen, wenn die Hoffnung abgeschnitten ist, von dem Erzeuger des Kindes einen Beitrag zu dessen Unterhalt zu erzwingen. Zwar gibt die Vergleichung der Zahl der unehelichen Geburten allein keinen sichern Maßstab für die Sittlichkeit der Bevölkerung, insbesondere des männlichen Geschlechts; allein es ist vor allem verderblich für die öffentliche Sittlichkeit, wenn dem weiblichen Geschlechte das Gefühl für seine Geschlechtslehre abgestumpft ist, und leider ist es in manchen Gegenden dahin gekommen, daß es als ein ganz gewöhnliches Ereigniß und kaum noch für eine Schande gilt, wenn ein Mädchen sich hat schwängern lassen, ein Uebel, dem man wohl versucht sein möchte, selbst durch ein scheinbar hartes Gesetz entgegenzuwirken, wenn es nur Erfolg verspricht. Auch ist das schon von Werth, daß die häufigen Schwängerungs- und Vaterschaftsprozesse abgeschnitten werden, welche durch ihre alltäglich in den Gerichten wiederkehrenden Skandale erst recht dazu beitragen, das Gefühl der Schamhaftigkeit vollends zu zerstören, und welche zugleich erfahrungsmäßig die fruchtbarsten Mütter falscher Eide sind. Die natürliche Ungewißheit der Vaterschaft steht dem Erfolge solcher Prozesse im Weg, und der Ausweg, den Beischläfer bloß als solchen in Anspruch zu nehmen, ist ein mißlicher Nothbehelf.

Allein andrerseits liegt unläugbar etwas Widerwärtiges, dem natürlichen Rechtsgefühl Widerstrebendes darin, wenn der Erzeuger das Geschöpf, dem er das Dasein gegeben, mißsammt der Mutter, ohne alle Verantwortung verläugnen und dem größten Elende preisgeben, wenn der freche oder listige Verführer das entehrte Mädchen mit seiner Schande und mit quälender Nahrungssorge für sein Kind im Stich lassen darf. Es ist nicht zu verkennen: die Regel des französischen Rechts ist mehr aus Politik, die des deutschen mehr aus dem Gefühl des Rechts hervorgegangen. Von diesem Gefühl geleitet, hat auch §. die Regel des Code gemildert, indem er (§. 49.) den Entführer, Räuber oder Schänder (mit Verweisung auf das Strafgesetzbuch) für den Vater des Kindes erklärt, wenn die entführte, geraubte oder geschändete Mutter behauptet und darthut, daß sie dasselbe zwischen dem 180sten und 300sten Tage seit dem begangenen Verbrechen geboren habe, während der Code nur für den Fall der Entführung eine ähnliche Bestimmung enthält. Außer-

dem kann nur in Folge der Anerkennung des Kindes der Vater in Anspruch genommen werden; dazu aber wird nicht, wie nach dem Codé, eine bestimmte Form erfordert, sondern es kann die gerichtlich oder außergerichtlich geschehene Anerkennung der außerehelichen Vaterschaft durch alle zulässigen Beweismittel dargethan werden. Diesen Milderungen kann man seinen Beifall nicht versagen.

3. läßt eine direkte Klage gegen den Schwängerer auf Anerkennung der Vaterschaft zu, aber unter bedeutenden Beschränkungen, welche darauf berechnet sind, die Fälle ihrer Anwendung zu vermindern und dadurch häufigen Skandal zu vermeiden. Vorerst soll die Klage spätestens im siebenten Monate der Schwangerschaft, und nur, wenn ein Verlöbniß vorhergegangen war oder eine ausdrückliche schriftliche Anerkennung der Vaterschaft von Seiten des Schwängerers vorliegt, innerhalb Jahresfrist seit der Schwängerung bei dem Pfarramt anhängig gemacht werden. Diese Bestimmung ist unpraktisch, in so fern sie die Verjährung nach der Dauer der Schwangerschaft oder dem Zeitpunkt der Schwängerung bestimmt, welche selten mit Sicherheit ermittelt werden können. Besser möchte es sein, die Anbringung der Klage nur vor der Geburt des Kindes zu erfordern und in den Ausnahmefällen etwa noch einen Zeitraum von drei oder sechs Monaten nach der Geburt zuzugeben. Uebrigens ist eine solche Beschränkung zweckmäßig; nur daß auch im Falle geschehener Anerkennung der Vaterschaft, und sogar schriftlicher Anerkennung, die Klage auf eine so kurze Zeitfrist eingeschränkt sein soll, kann Rec. nicht billigen. Warum soll man die Mutter zur Klage zwingen, wenn sie durch eine schriftliche Anerkennung von Seiten des Vaters sicher gestellt diesen vielleicht aus Schonung nicht öffentlich nennt? Und wie leicht kann die des Gesetzes unkundige, dem Worte des Mannes, das sie schwarz auf weiß in Händen hat, vertrauende Mutter hinterher durch den Wortbrüchigen getäuscht werden? 3. ist in diesem Punkte weit strenger als 5.; solche Strenge ist aber weder nöthig noch billig. Es könnte dennoch recht gut bestehen, was §. 313. vorschreibt, daß der Pfarrer von Amtswegen außerehelich Schwangere oder der Schwangerschaft verdächtige Personen vorladen und auch darüber, wer der Schwängerer sei, befragen soll. Eine solche sittenpolizeiliche Maßregel ist sehr geeignet, dem Sittenverderbniß entgegen zu wirken. Dem Rec. ist wenigstens von einem Landrichter, der eine ähnliche strenge Controle durch die Gemeindevorsteher angeordnet hatte und die durch diese ihm angezeigten Personen häufig vorladen ließ, um ihnen persönlich ernste Vorstellungen zu machen, versichert worden, daß nach wenigen Jahren in seinem nicht großen Land-

gerichtsbezirke die jährliche Zahl der unehelichen Geburten sich um mehr als hundert vermindert habe, und Rec. hat selbst zu beobachten Gelegenheit gehabt, welche heilsame Furcht in dieser Beziehung dort waltete.

3. berechtigt außerdem noch aus mehrern Gründen die Klage als unzulässig abzuweisen, namentlich wenn der Beklagte noch nicht 16 und die Klägerin über 24 Jahre alt ist, dann wegen anderweitiger Niederlichkeit der Klägerin, worüber fünf specielle Bestimmungen, und wenn dieselbe schon früher vor dem Pfarramt oder Gericht eine andre Person als Schwängerer bezeichnet hat, dann auch, wenn die Klägerin zur Zeit, um welche sie schwanger geworden zu sein behauptet, wußte, daß der Beklagte verheirathet sei. Allen diesen Beschränkungen gebe ich meinen Beifall, und würde nur die erste noch dahin erweitern, daß niemals einer Volljährigen gegen einen Minderjährigen (vorausgesetzt, daß die Volljährigkeit mit 21 Jahren angenommen wird) die Klage gestattet sei, ausgenommen wenn der letzte einer criminell strafbaren Unzuchtshandlung gegen jene überwiesen würde.

Auch über die Ausführung der Klage enthält 3. noch sorgfältige Bestimmungen (§. 314 — 317. 322 — 338.), wobei denn der Eid auch wieder als Hauptbeweismittel in Betracht kommt.

Was den Zustand der (anerkannten oder durch Urtheil zugesprochenen) unehelichen Kinder betrifft, so stimmt 3. darin mit dem gemeinen Rechte überein, nur mit der Abweichung, die ich gegründet finde, daß uneheliche Kinder, mit Ausnahme der Brautkinder, auch in Beziehung zur mütterlichen Verwandtschaft nicht das gesetzliche Erbrecht der Verwandten haben; 6. weicht zudem darin ab, daß er auch über diese beiden Eltern die elterliche Gewalt beilegt, dergestalt, daß ihnen auch der Ertrag des eigenthümlichen Vermögens des Kindes zu gleichen Theilen zusteht, sofern sie ihrer Verpflichtung, zu den Ernährungs- und Erziehungskosten nach Kräften beizutragen, nachkommen. Doch ist dem Vormundschaftsgerichte vorbehalten, nach Umständen die elterliche Gewalt ausschließlich der Mutter zu überlassen, oder eine Vormundschaft anzuordnen. Wer aber die Verhältnisse erwägt, wie sie im Leben sich meistens darstellen, wird geneigter sein, die Anordnung einer Vormundschaft als Regel vorzuschreiben und nur die Eltern, wenn sie es verlangen, vorzugsweise zu dieser Vormundschaft zu berufen, die elterliche Gewalt aber denselben nur in Folge der Legitimation beizulegen. Dagegen ist die Anerkennung einer wechselseitigen Unterhaltspflicht ganz angemessen; nur sollte der Anspruch darauf von Seiten des Vaters davon abhängig gemacht werden, daß er das Kind schon in den ersten Jahren oder bevor dasselbe eigenes

Vermögen hatte, anerkannt habe, damit er nicht aus der Anerkennung eine Speculation machen könne.

§. enthält übrigens noch ein besondres Capitel (§. 354—356.) von den Kindern aus ungültigen Ehen, wornach die Kinder aus nichtigen Ehen behandelt werden wie uneheliche Kinder, deren Vater ermittelt ist, und Kinder aus einer beziehungsweise, d. i. wegen gewisser vorübergehender Ehehindernisse, ungültigen Ehe als eheliche Kinder, wenn die Ehe im Verfolge gültig geworden ist, als Brautkinder, wenn sie aufgehoben wird, wo nicht besondere Gründe es erheischen, sie den unehelichen Kindern, deren Vater ermittelt ist, gleichzustellen. Diese Bestimmungen sind, abgesehen von der nicht zu billigen Unbestimmtheit des letzten Satzes, ganz angemessen. Doch scheint es mir wünschenswerth, auch den Kindern aus einer nichtigen Ehe die Rechte ehelicher Kinder beizulegen, falls sich einer oder beide Ehegatten in entschuldbarer nicht auf Rechtsunkunde beruhender Unwissenheit betreff des Ehehindernisses befanden. So bestimmt auch §. schon in dem Titel vom Eherecht (§. 59—61.), wie er in gleichem Falle auch (Tit. 3. §. 62) einer solchen Ehe die Wirkung der Legitimation vorher erzeugter außerehelicher Kinder beilegt.

Das Capitel des §. „von den Strafen der Unzucht“ übergehe ich. Bekanntlich ist es sehr streitig, ob Strafen der einfachen Unzucht zweckmäßig seien? Die neuere Zeit ist ihnen abgeneigt, zum Theil aus Furcht, dadurch ein schwereres Verbrechen, den Kindermord, zu befördern. Ich bin nicht dieser Ansicht, um so weniger, da in unserer Zeit die Staatsgewalt auch die Einwirkung der Kirchenzucht gegen das Laster der Unzucht eifersüchtig zu lähmen sucht; ich erkenne vielmehr auch in diesen Vorschriften, wie in andern Bestimmungen des Entwurfs, ein löbliches Bestreben, der Unsittlichkeit entgegen zu wirken. Indessen gehören solche Strafbestimmungen jedenfalls nicht in das bürgerliche Gesetzbuch; daher lassen wir sie hier auf sich beruhen.

Wenden wir uns nun zu der Vormundschaft (§. Tit. IV., §. B. II. Abschn. 4.), zu der obrigkeitlichen Vormundschaft, wie §. sie im Gegensatz der väterlichen Vormundschaft nennt, in Betracht dessen, daß alle Vormünder (Vögte und Curatoren) als öffentliche von Staatswegen bestellt werden (§. 359.). Eine gesetzliche und testamentarische Vormundschaft kennt §. nicht, sondern empfiehlt nur bei der Wahl der Vormünder „auf allfällige Wünsche des verstorbenen Vaters oder der Anverwandten des Vögtlings oder Pflinglins geeignete Rücksicht zu nehmen“. Indessen läßt er doch ausnahmsweise „anstatt der gewohnten obrigkeitlichen Vor-

mundschaft“ eine „Familienbevogtigung“ zu (Cap. 5. dieses Abschn.), bei welcher nur eine beschränktere Einwirkung der Obervormundschaft stattfindet, und insofern ist jene Ueberschrift dieses Abschnitts nicht vollkommen passend. §. dagegen unterscheidet, wie der Code Napoléon und das gemeine Recht, eine Berufung zur Vormundschaft durch den Willen der Eltern (nicht nur des Vaters, sondern auch der Mutter, wenn sie jenen überlebt oder statt desselben die elterliche Gewalt ausübt), durch das Gesetz und durch gerichtliche Anordnung, und bestimmt daher auch ausführlich (Art. 28—33.), welche Personen zur Verwaltung einer Vormundschaft unwürdig oder unfähig sind, während §. (§. 372.), da er alles in das Ermessen der öffentlichen Behörden stellt, sich mit der einfachen Anweisung begnügt, daß bei der Bestellung von Vormündern „auf rechtschaffene, verständige und des Zutrauens sowohl der Vormundschaftsbehörden als der Bevormundeten würdige Männer gesehen und voraus taugliche Anverwandte berücksichtigt werden sollen“. Welches System vorzuziehen sei, darüber sind die Meinungen verschieden. Kein Zweifel, daß der im römischen Recht, zumal im älteren, vorherrschende Gesichtspunkt eines Rechts des Vaters, kraft der väterlichen Gewalt die Vormundschaft der Kinder nach seinem Belieben anzuordnen, und eines Rechts der nächsten Anverwandten auf die Vormundschaft für die heutige Gesetzgebung nicht mehr der leitende sein kann, daß vielmehr das Interesse des Mündels, für welchen den erforderlichen Schutz anzuordnen der Staat als seine Pflicht erkennt, als das entscheidende Moment in den Vordergrund trete. Nach diesem Gesichtspunkte möchte man das System des §. als das allein richtige und consequente verteidigen. Der Staat soll durch keine Rücksichten auf bestimmte Personen gebunden sein, damit er in jedem einzelnen Falle den würdigsten und zuverlässigsten auswählen könne: das Gesetz mag höchstens empfehlen, vorzugsweise gewisse Personen zu wählen, weil aus allgemeinen Gründen von ihnen vor andern eine gewissenhafte Führung der Vormundschaft zu hoffen ist. Allein diese Ansicht verkennet in eitler Consequenz die wahre Natur der Dinge; sie geht aus jener in unserer Zeit nur allzu geläufigen Vorstellung von Allweisheit des Staates hervor, die doch in praxi nicht selten als klägliche Unwissenheit oder Gleichgültigkeit und Nachlässigkeit oder Geschäftsschlendrian oder gar Böswilligkeit einzelner Beamten, der Organe der Staatsgewalt, sich darstellt. Es ist eine eitle Einbildung, wenn man glaubt, daß diese immer den würdigsten und brauchbarsten ausfinden werden; meistens fehlt ihnen sowohl das lebendige Interesse als die erforderliche Kunde der Personen; sie sind zufrieden, wenn sie

sich nur gegen Verantwortlichkeit gedeckt wissen, lassen sich selbst etwa wieder von untergeordneten Gemeindevorstehern ihren Mann empfehlen und beruhigen sich dabei, wenn dieser in den Acten als ein trefflicher Vormund erscheint, während in der Wirklichkeit sein Schutz den Mündeln Verderben bringt. Oder es wird auch wohl der am meisten Geeignete übergangen, weil er etwa dem Herrn Landrichter oder gar dem Herrn Gerichtschreiber oder Gemeindevorsteher durch die Unabhängigkeit seiner Lage und Gesinnung unbequem ist, oder weil diese ihn mit einer lästigen Vormundschaft verschonen oder dieselbe lieber einem andern schadenfroh aufbürden möchten. Ich meinstheils bin nicht geneigt, das Reich solch amtlichen Schaltens und Waltens gegenüber der natürlichen Macht der Verhältnisse zu erweitern, und halte es für gut, auch hier durch gesetzlich geregelte Anerkennung der letzten jenem eine bestimmtere Schranke zu ziehen; und eine Inconsequenz scheint es mir, gesetzliche Anordnungen für den kleinen Kreis des Familienlebens bedenklich zu halten, die man in einer Verfassungsurkunde für den Fall, daß es einer Regentschaft bedarf, als zweckdienlich betrachtet.

Es ist aber natürlich, daß man für das Kind, das des elterlichen Schutzes entbehrt, zunächst in dem übrigen Familienkreise Schutz suche, dessen Mitglieder vor anderen zur Uebernahme solcher Obsorge sich verpflichtet fühlen müssen, und von denen man auch der Regel nach ein regeres Interesse für das Wohl des Mündels erwarten kann. Also gesetzliche Vormundschaft der Verwandten. Jedoch möchte ich diese nicht so weit erstrecken, als das römische Recht, auf alle erbfolgeberechtigten Verwandten. In den entfernteren Graden der Verwandtschaft verliert das Bewußtsein der Blutzgemeinschaft gewöhnlich zu viel an seiner Kraft, als daß man darauf noch ein Recht zur Vormundschaft zu gründen sich bewogen finden könnte, wenn gleich man die Verwandten, so weit das Erbrecht sich erstreckt, immer noch füglich als vorzugsweise verpflichtet dazu ansehen kann. Ich würde aber auch andererseits diese gesetzliche Vormundschaft nicht so beschränken, wie §. und der Code Napoléon, nämlich bloß auf die Großeltern. Der ältere Bruder ist der natürliche Beschützer und Vertreter der jüngern Geschwister nach dem Tode der Eltern; ihn mag auch das Gesetz als solchen anerkennen, wenn es nur Vorsorge trifft, daß nicht das eigene Interesse in gemeinschaftlichen Angelegenheiten zum Schaden der letzten sich geltend machen könne. Und dann der Vaters- oder Mutterbruder, von dem mit Recht das römische Recht sagt, daß er den Kindern *parentis loco* sei. Auf diese Personen würde ich die Berufung durch das Gesetz beschränken; selbst bei geringerer

Fähigkeit und Geschäftserfahrung werden sie in der Regel bessere Vormünder sein, als welche die Obrigkeit nach ihrem Belieben aussucht, und eben deshalb soll diese daran gebunden sein, sie zu wählen, wenn nicht besondere Gründe davon abhalten.

Aber sicherer noch als das Vertrauen auf die Verwandtschaft wird in der Regel die Wahl der Eltern leiten; und nur ein abergläubischer Respekt vor der Weisheit, die mit dem Amte kommt, kann bezweifeln, daß sie in der Regel zuträglicher sein werde, als die Wahl durch die Obrigkeit. Also vor der gesetzlichen Vormundschaft der Verwandten die Berufung durch den Willen der Eltern. Daß man manchmal Ursache haben wird zu bedauern, daß nicht ein Anderer als der von den Eltern ernannte oder als der nächste Verwandte die Vormundschaft führe, ist nicht zu bezweifeln; aber eben so gewiß ist es ja, daß häufig auch durch die Obrigkeit nicht die besten, ja recht schlechte Vormünder bestellt werden: *Ad ea potius debet aptari ius, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt.* Indessen soll die Gesetzgebung zugleich darauf bedacht sein, dem möglichen offenbaren Mißgriff in der Wahl der Eltern, so wie der möglichen Gefahr, daß das Gesetz auf einen schlechten treffe, entgegenzuwirken. Dieß geschieht dadurch, daß, wie es auch das heutige gemeine Recht schon verlangt, jede Anstellung von Vormündern, auch der gesetzlichen und der durch die Eltern ernannten, durch die obervormundschaftliche Behörde vollzogen wird, und daß dieser dabei das Recht und die Pflicht der Untersuchung über die persönliche Fähigkeit und Würdigkeit der Vormünder beigelegt wird, vermöge deren sie, ohne an zu enge Schranken gebunden zu sein, die unzuverlässigen beseitigen und zuverlässigere an die Stelle setzen kann. In dieser Beziehung aber scheinen die Bestimmungen des *H.* vollkommen genügend, indem darnach, abgesehen von den absoluten Unwürdigkeits- und Unfähigkeitsgründen, unter andern auch diejenigen ausgeschlossen werden können, deren Vermögens- und persönliche Verhältnisse für das ihnen anzuvertrauende Vermögen eine genügende Sicherheit nicht darbieten, oder deren Befähigung für die Anforderungen der ihnen angetragenen Vormundschaft nicht zureicht. Man sage nicht, daß es auf diese Weise im Resultat doch wieder auf dasselbe hinauskomme, als ob von vornherein Alles in das Ermessen der Obrigkeit gestellt sei; es ist dennoch praktisch ein bedeutender Unterschied, ob ein Recht der Berufung anerkannt ist, das aus Gründen ausgeschlossen werden kann, oder ob der Obrigkeit nur empfohlen wird, zunächst gewisse Personen zu berücksichtigen, um so mehr, da jene Ausschließung nicht ohne Vernehmung des Vormundes geschehen kann, und

dagegen noch ein Recurs offen steht, während die Außerachtlassung dieser Empfehlung nicht einmal zu einer Beschwerde berechtigen würde.

Uebrigens gestattet §. den Eltern die Ernennung von Vormündern, mit Recht nicht bloß in der Form letztwilliger Verfügung, sondern auch durch Erklärung vor Gericht oder durch Notariatsurkunde, und legt das Recht beiden Eltern gleichmäßig bei, d. i. demjenigen von ihnen, welcher zuletzt die elterliche Gewalt ausübt, nur mit einer Beschränkung bei der in zweiter Ehe lebenden Mutter. Es möchte aber vielleicht nicht unzweckmäßig der Ernennung durch den Letztlebenden dann die Wirkung ver sagt werden, wenn der verstorbene den ernannten Vormund ausdrücklich ausgeschlossen haben wollte, analog dem in Art. 30. Nr. 3. vorkommenden Unfähigkeitsgrunde.

Eine andere Hauptfrage des Vormundschaftsrechtes ist die, in welchem Maße dem Vormunde ein freier Spielraum in der Verwaltung der Vormundschaft vergönnt, inwiefern er durch obervormundschaftliche Controle beschränkt werden soll. Die Gesetzgebung kann in letzter Beziehung ihre Vorsicht zu weit treiben, sie kann aber auch fehlen durch zu großes Vertrauen auf die Vormünder. In dieser Rücksicht bilden z. B. die preussische und französische Gesetzgebung einen auffallenden Gegensatz. Gewiß ist nach französischem Recht das Interesse der Mündel häufig gefährdet durch den Mangel strengerer Beaufsichtigung der Mündel; aber es ist gleichwohl erklärlich, daß rheinische Juristen dem preussischen Recht doch nicht den Vorzug einräumen wollten, weil dieses umgekehrt durch seine übertriebene Sorgfalt, daß dem Mündel sein Vermögen nicht verkümmert werden solle, nicht nur die Verwaltung der Vormundschaften sehr lästig und kostspielig macht, sondern auch häufig den Bevormundeten den empfindlichsten Nachtheil bringt. Der Gesetzgeber muß sich davein ergeben, es niemals völlig hindern zu können, daß ein Mündel zu Schaden komme; sonst wird er es leicht dahin bringen, daß fast jeder zu Schaden kommt, nur damit nicht von Hundert einer alles verliere; daher finden wir auch, daß in Preußen fast jeder Vater sich eine Pflicht daraus macht, seinen Kindern Vormünder zu ernennen und diese, so weit es gesetlich möglich ist, von der obervormundschaftlichen Strenge zu befreien, damit nicht die Wohlthat des Gesetzes jenen zum Verderben werde. Aber es soll auch die Gesetzgebung den Vormündern nicht gar zu freie Hand lassen, so daß der Fall bedeutender Benachtheiligung des Mündels gar leicht eintreten kann, und die Obervormundschaft des Schadens, den ein unbesonnener oder nachlässiger Vormund anstiftet, erst gewahr wird, wenn es nicht mehr möglich ist, ihm entgegen zu wirken.

§. hat nun vorerst zur Ueberwachung des Vormundes dem französischen Rechte das Institut eines ständigen Familienrathes entlehnt, der als Collegium bei wichtigeren Sachen zugezogen werden muß, und dessen Mitglieder als einzelne berechtigt und verpflichtet sind, den Vormund auf Ungehörigkeiten aufmerksam zu machen und nöthigenfalls davon dem Gerichte Kenntniß zu geben. Aber er überträgt diesem Familienrath nicht, wie das französische Recht, die wesentlichsten Functionen der Obervormundschaft; er gibt ihm nur eine beratthende Stimme und behält dem Gericht als obervormundschaftlicher Behörde den Beschluß vor, gegen den jedoch der Familienrath wie der Vormund Recurs an die höhere Instanz ergreifen kann. Dem Vormundschaftsgerichte legt er zum Zweck der Ueberwachung und Leitung der vormundschaftlichen Verwaltung sehr bedeutende Pflichten und Befugnisse bei, und verlangt bei einer ansehnlichen Reihe von wichtigern Angelegenheiten dessen Mitwirkung oder Zustimmung oft nach vorgängiger Vernehmung des Familienrathes. Die betreffenden Vorschriften des §. sind strenger und beschränkender für den Vormund wie die des französischen Rechts; sie ordnen aber im Ganzen keine übermäßig ängstliche Ueberwachung an, bei welcher der Vormund keinen Schritt thun könnte, ohne erst die Einwilligung der obervormundschaftlichen Behörde zu erholen, und sie geben auch der Verantwortlichkeit und Negreppflichtigkeit derselben keine so weite Ausdehnung, daß diese als ein Schreckbild bei jeder Verhandlung dem Beamten vor Augen tritt und seine Beschlüsse oft zum Nachtheil des Mündels vor Allem durch die Rücksicht motivirt werden, auf welche Weise er gegen jede Verantwortung sich am meisten sicher stelle. Doch könnte wohl Manches noch ohne Gefahr gemildert und vereinfacht werden, um so mehr als ja die ausgedehnte Befugniß der Gerichte in Rücksicht der Wahl der Vormünder und die regelmäßige Verpflichtung der letzten zu einer wenn auch verständlich beschränkten Sicherheitsleistung, ferner die regelmäßige alle Jahre, mindestens aber nach je drei Jahren stattfindende Rechnungslegung Garantien gegen vormundschaftliche Verschleuderung darbieten. Man scheint nicht überall gehörig bedacht zu haben, wie kostspielig die Verwaltung durch die Nothwendigkeit, in so vielen Fällen den Familienrath zusammen zu berufen und das Vormundschaftsgericht anzugehen, werden müsse. Es soll schon mehr als einmal vorgekommen sein, daß die Kosten der Reparatur etwa einer Gemeindebrücke oder einer Feuerspritze u. dgl., die mit einigen Thalern zu bestreiten waren, durch Schreibereien, Localinspectionen u. s. w. auf das vier- und sechsfache erhöht worden sind. Etwas ähnliches möchte sich auch wohl häufig bei vormundschaftlichen

Verwaltungen nach dem vorliegenden Entwürfe ergeben. Wenn z. B. nach Art. 78. der Vormund ohne Genehmigung des Gerichts weder Forderungen des Mündels abtreten, noch für denselben Vergleiche abschließen, noch auf eine schiedsrichterliche Entscheidung eingehen, noch für den Mündel ein Anlehen aufnehmen kann, so mag man wohl verwundert fragen: Also wenn der Mündel etwa an entferntem Orte eine Forderung von einigen Gulden hat und Gelegenheit findet, diese an einen Reisenden *al pari* zu verkaufen, so muß der letzte, um sicher zu gehen, sich erst die gerichtliche Genehmigung vorzeigen lassen? Oder wenn dem Vormunde für eine streitige Forderung von sechs Gulden fünf geboten werden, so muß er erst noch etwa für 24 fr. Tage die gerichtliche Genehmigung einholen, damit der Mündel noch etwas weniger bekomme? Warum wird nicht auch hier, wie bei der Befugniß, Rechtsstreite zu führen, ein gewisser (geringerer) Betrag der freien Verfügung des Vormundes anheimgegeben, um nicht eitle Umständlichkeiten zu verursachen wegen einer Lumperei, woraus man kaum so viel Papier gewinnen könnte, als ihretwegen verschrieben wird.

Ein entschiedener Mangel aber scheint es dem Rec. zu sein, daß nicht überall mit Bestimmtheit ausgesprochen ist, welche Folgen die Nichtbeachtung der den Vormund beschränkenden Vorschriften habe; welche Folge es z. B. habe, wenn das Gericht in einem Falle, wo es vorgeschrieben ist, dem Familienrath nicht gehörig zusammenberufen oder nicht vernommen hat, oder wenn der Vormund auf eigene Hand gehandelt hat, wo er der Genehmigung des Gerichts bedurfte? In einzelnen Artikeln wird die Nichtigkeit der Handlung angedroht; daraus könnte man schließen, daß sie in andern Fällen nicht stattfinde, was doch schwerlich die Meinung des Entwurfs ist. Es kommt aber viel darauf an, und es würde sich die Sache ganz anders gestalten, wenn z. B. der Vormund, beziehungsweise das Gericht wegen Außerachtlassung einer solchen Vorschrift nur schlechthin verantwortlich gemacht, nicht etwa der Act durchaus für nichtig erklärt würde.

Jedoch der Raum einer Recension erlaubt nicht, noch mehr in das Detail einzugehen; ich will daher nur zur Uebersicht noch die einzelnen Abschnitte dieses Titels angeben: Abth. I. Von der Entstehung der Vormundschaft; und zwar Abschn. 1) Allgemeine Bestimmungen. 2) Von der vormundtschaftlichen Behörde. 3) Von dem Verfahren bei Bestellung der Vormünder. 4) Von der Berufung des Vormundes durch die Eltern. 5) Von der Berufung des Vormundes durch das Gesetz. 6) Von der gerichtlich angeordneten Vormundschaft. 7) Von den Ursachen, welche

zur Verwaltung einer Vormundschaft unwürdig oder unfähig machen. 8) Von den Ursachen, welche von der Uebernahme einer Vormundschaft befreien. 9) Von der Sicherheitsleistung des Vormundes. — Abth. II. Von der vormundschaftlichen Verwaltung, und zwar Abschn. 1) von der Führung der Vormundschaft. 2) Von der Rechnungsablage des Vormundes. — Abth. III. Von der Beendigung der Vormundschaft.

Hierauf folgt nun noch ein besonderer Titel: „Von der Curatel“, und zwar Abth. I. von der Curatel über Geistesranke, Abth. II. von der Curatel über Verschwender, Abth. III. von der Curatel über Abwesende. Abth. IV. Gemeinschaftliche Bestimmungen. Der Entwurf hält also gewissermaßen den sprachlichen Unterschied zwischen Tutela (d. i. Vormundschaft) und Cura fest, nur daß er unter jener „Vormundschaft“ die Vormundschaft über Minderjährige ohne Unterscheidung zwischen Unmündigen und Minderjährigen zusammenbegreift. Mir gefällt dieß nicht, um so weniger als sonst der Entwurf ein löbliches Streben verräth, sich technischer Bezeichnungen von nicht deutschem Ursprung zu enthalten und diese so viel möglich durch rein deutsche Ausdrücke zu ersetzen. In den Schriften über gemeines Civilrecht hat man längst unter Vormundschaft auch die Fälle der Curatel begriffen; warum vermeidet daher der Entwurf hier den letzten Ausdruck nicht und unterscheidet: Vormundschaft über Minderjährige, über Geistesranke, über Verschwender? Warum will er für das kleine Ländchen einen Sprachgebrauch schaffen, den er doch nimmermehr zum deutschen stempeln kann? Zwar könnte der Entwurf darin diejenige deutsche Gesetzgebung, die das weiteste Gebiet der Geltung hat, die österreichische nämlich, als seine Vorgängerin anführen; aber auch sie vermag nicht den Sprachgebrauch der deutschen Rechtswissenschaft zu alteriren, um so weniger als eine andere weitverbreitete Gesetzgebung, die preussische, den Unterschied zwischen Vormund und Curator ganz anders, und zwar passender als jene, nämlich dahin bestimmt, daß unter Vormund nur derjenige, der im Allgemeinen für die Angelegenheiten des Mündels zu sorgen hat, also auch der *curator furiosi, prodigi* oder *absentis*, unter Curator dagegen der für eine einzelne Sache ernannte Vertreter verstanden wird. Diese Abweichungen beweisen eben, wie wenig die willkürliche Abänderung der historisch begründeten Sprachgebrauches zu billigen ist, vollends in dem vorliegenden Falle, wo man durch jene willkürliche Unterscheidung einen Vortheil unserer deutschen Sprache, den uns die lateinische vermissen läßt, nämlich den Vortheil einer allgemeinen alle Arten der Vormundschaft umfassenden Bezeichnung ungeeigneter Weise aufgibt. Wollte man einmal, wie §.

und das österreichische Gesetzbuch jene Arten der Vormundschaft durch bestimmte Ausdrücke unterscheiden, so konnte man auch eben so gut die „Tutel“ wie die „Curatel“ beibehalten und diese beiden als Unterarten der Vormundschaft neben einander stellen, und davon brauchte man sich nicht etwa durch das historische Bedenken abhalten zu lassen, daß im römischen Recht die *tutela impuberum* von der *cura minorum* geschieden ist; denn die Verschmelzung dieser beiden Arten der Vormundschaft zu einer einzigen ist ein entschiedenes Resultat neuerer Rechtsentwicklung, und auf diese den Namen „Tutel“ zu übertragen, wenn gleich die charakteristische Eigenheit derselben, die *Auctoritas*, heutzutage nicht mehr in Betracht kommt, ist man deßhalb vollkommen berechtigt, weil die Tutel im römischen Recht das Vorbild jeder andern Vormundschaft gewesen ist, und in den romanischen Sprachen, so denn insbesondere auch im französischen Rechte, das Wort „Tutel“ eben jene Bedeutung angenommen hat.

Der züricher Entwurf beschränkt den Begriff der „Vormundschaft“ nicht auf solche Weise; er nimmt ja den Ausdruck nach altdeutscher Bedeutung noch im weitern Umfange und nennt das, was uns schlechtweg Vormundschaft heißt, insbesondere obrigkeitliche Vormundschaft. Diese Vormundschaft ist entweder ordentliche (Vogtschaft, Tutel) oder außerordentliche (Pfleghaft, Curatel). Unter jener stehen a) Minderjährige, b) erklärte Verschwender, c) Ketten- und Zuchthaus-Sträflinge, d) Personen, welche wegen Geistes- oder Leibeskrankheit dauernd außer Stande sind, ihr Vermögen selbst zu besorgen, e) Ehefrauen der Falliten, und f) Personen, welche sich freiwillig unter öffentliche Vormundschaft stellen. Außerordentliche Vormünder aber werden ernannt a) für unbekannt Abwesende, b) in allen Fällen, wo die eheliche oder väterliche oder die ordentliche obrigkeitliche Vormundschaft nicht ausreicht und deßhalb ein besonderer Schutz der jener unterworfenen Personen nothwendig wird, c) für die ungeborene Leibesfrucht, d) wenn sonst eine vorübergehende außerordentliche Vertretung eines Menschen nöthig wird, welcher weder selbst handeln kann noch durch eine anderweitige Vertretung geschützt wird, während Gefahr im Verzuge ist. Der wesentliche Eintheilungsgrund oder das charakteristische Unterscheidungsmerkmal der ordentlichen und außerordentlichen Vormundschaft ist aber schwer auszufinden. Der Umfang der vormundschaftlichen Thätigkeit kann es nicht sein; denn damit würden der erste und dritte Fall der außerordentlichen Vormundschaft nicht übereinstimmen; auch würden dann die Bezeichnungen nicht glücklich gewählt sein; man würde besser allgemeine und besondere Vormundschaft

unterscheiden. Das Merkmal des dauernden oder vorübergehenden, des gewöhnlichen oder seltenen und außergewöhnlichen trifft auch nicht zu; denn die Vormundschaft für einen unbekannt Abwesenden kann leicht eben so lange und länger dauern, als die eines Sträflings oder Kranken oder der Ehefrau eines Falliten, und dieselbe so wie die Vormundschaft für eine ungeborene Leibesfrucht ist nicht seltner und ungewöhnlicher wie jene. Am ersten könnte man den Unterschied vielleicht dadurch bestimmen, daß dem Vogt eine dauernde Fürsorge für die Person des Bevormundeten und daher auch ein Recht auf Achtung und Gehorsam von Seiten desselben (§. 379.) zusteht. Indessen kann von dem letzten bei dem Wahnsinnigen und bei dem Zuchthaussträfling kaum die Rede sein; und gewissermaßen kommt eine Fürsorge für die Person doch auch bei der *cura ventris* vor. Es scheint mir aber auch der legislative Nutzen dieser Eintheilung nicht erheblich; vielmehr gibt sie Anlaß zu manchen Bedenken gegen den Entwurf. Dieser spricht nämlich nachher allgemein von Rechten und Pflichten der Vormünder und von ihrer Beschränkung durch Obervormundschaft. Hier ist nun häufig nur von Vögten die Rede, und man bleibt ungewiß, wie weit das, was von ihnen bestimmt ist, auch auf Curatoren anzuwenden sei, oder vermißt in Ansehung der letzten die Vollständigkeit der Normen. So ist z. B. in dem Capitel von den Rechten und Pflichten der Vormünder zunächst nur von Vögten die Rede; dann wird zwar §. 353. ausgesprochen, daß Rechte und Pflichten des Curators eines unbekannt Abwesenden nach Analogie der Rechte und Pflichten des Vogtes zu „behandeln“ seien, nur mit Vorbehalt der freien Verfügungsfähigkeit des Abwesenden selbst; über Curatoren überhaupt aber findet sich darin nichts als der allgemeine §. 384. „die Vögte und Curatoren sind ihren Vögtingen und Pfleglingen für allen Schaden verantwortlich, welchen sie absichtlich oder durch Fahrlässigkeit verschuldet haben.“ Diesen aber wird man gewiß nicht erschöpfend finden, um darnach die Rechte und Pflichten des Curators für die ungeborene Leibesfrucht oder eines für Verhinderungsverhältnisse des ordentlichen Vormundes ernannten speciellen Curators, dem höchst wichtige Verwaltungsgeschäfte anvertraut sein können, darnach zu bemessen. So ist ferner in dem vierten Capitel „von der Obervormundschaft“ manche Bestimmung enthalten, die ihrem Inhalt nach sowohl auf Fälle der außerordentlichen wie der ordentlichen Vormundschaft anwendbar scheint, den Worten nach aber nur auf Vogtschaften sich beschränkt, und manchmal lautet eine Vorschrift erst allgemein auf Vormünder, und hinterher weist der Ausdruck „Vögting“ wieder beschränkend bloß auf die ordentliche Vormundschaft hin. 3. B. der §. 404.

erfordert für gewisse Rechtsgeschäfte waisenamtliche Genehmigung, „damit der Wögtling durch solche Geschäfte rechtlich gebunden werde.“ Ist dieses nun auch auf den Curator des Abwesenden oder des Ungeborenen zu beziehen? Das letzte zu behaupten, gibt der Entwurf gar kein Recht; das erste könnte man behaupten mit Bezugnahme auf den vorhin angeführten §. 383.; aber man könnte dagegen einwenden, dieser §. beziehe sich nur auf die in den vorhergehenden §§. 377—382. bezeichneten Pflichten und Rechte, berechtere aber nicht, die später dem Vogt auferlegten Verwaltungsbeschränkungen auch gegen jenen Curator anzuwenden. Dagegen erklärt §. 404. wieder den „Vormund“, also nicht bloß den Vogt, für verpflichtet, „auch andere in §. 404. nicht ausdrücklich benannte Rechtsgeschäfte“ unter Umständen dem Waisenamte zur Genehmigung vorzulegen, und macht ihn im Unterlassungsfalle verantwortlich für allen Schaden, der daraus entsteht. So ferner wird in §. 406. zu einer Reihe von vormundschaftlichen Handlungen bezirksrätliche Genehmigung erfordert, dabei aber wieder nur der „Wögtling“ erwähnt, woraus derselbe Zweifel entsteht, ob dieser §. auch auf die Curatoren anzuwenden sei. Wir glauben, daß diese Mängel leicht vermieden wären, wenn der Entwurf die berührte Eintheilung nicht an die Spitze gestellt, sondern sich darauf beschränkt hätte, von Vormündern überhaupt zu sprechen und dann nur bestimmt zu bezeichnen, was etwa bei dieser oder jener Art der Vormundschaft nicht zur Anwendung kommen sollte. Jedenfalls scheint der Entwurf hier noch manchfacher Nachhülfe zu bedürfen, um die sonst unvermeidlich sich ergebenden Zweifel abzuschneiden.

Wir wollen uns übrigens auch hier nicht in die Einzelheiten des Inhalts der sechs Capitel dieses Abschnitts einlassen, sondern nur noch einige vergleichende Bemerkungen über die Stellung des Vormundes zu der Obervormundschaft dem Leser zum Besten geben. Das Institut des Familienrathes kennt 3. als regelmäßiges Element der Vormundschaft nicht. Die obervormundschaftliche Gewalt aber legt er in drei Instanzen in die Hände des Gemeinderathes, des Bezirksrathes und des Regierungsrathes, beziehungsweise des Rathes des Innern, mit der Bestimmung, daß der Gemeinderath die Besorgung des Vormundschaftswesens auch einer stehenden Commission von drei bis fünf Mitgliedern aus seiner Mitte (Waisenamt, Schirmvogteiamt) an seiner Statt übertragen kann. Obwohl dieses in §. 390. nur als etwas Facultatives hingestellt wird, so nennt der Entwurf später doch regelmäßig das Waisenamt als die obervormundschaftliche Behörde erster Instanz, was mir ein Redactions-

fehler zu sein scheint. Drei Instanzen sind übrigens im Zusammenhang des Entwurfs dadurch gerechtfertigt, daß in wichtigern Sachen nicht das Waisenamt, sondern sofort der Bezirksrath zu entscheiden hat; es sollte aber dabei in denjenigen Sachen, die in erster Instanz dem Waisenamt zufallen, der Recurs an die dritte Instanz, wenigstens wenn die beiden ersten übereinstimmen, ausgeschlossen sein; denn sonst wird sich häufig ergeben, daß in minder wichtigen Sachen eine dreimalige obervormundschaftliche Prüfung stattfindet, während in wichtigern nur eine zweimalige eintritt, und im Allgemeinen ist es gewiß zweckmäßig, wie §., nur zwei Instanzen obervormundschaftlicher Aufsicht anzuordnen. Scheint doch selbst in streitigen Sachen eine Beschränkung des Instanzenzugs wünschenswerth, unter der Voraussetzung, daß die Gerichtsverfassung und die Ordnung des Verfahrens schon in erster Instanz so beschaffen sei, daß sie eine hinreichende Gewähr gerechter Entscheidungen darbiete.

Die obervormundschaftliche Aufsicht und Beschränkung der Vormünder, die dagegen zur Sicherheitsleistung nicht angehalten werden, ist zum Theil strenger, wie nach §. So ist z. B. die Ertheilung einer Proceßvollmacht eben so wie die Ermächtigung zum Abschluß von Vergleichen unbedingt von bezirksrätlichem Beschlusse abhängig gemacht, während §. dort die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nur dann erfordert, wenn der Proceß eine unbewegliche Sache oder einen Capitalwerth von wenigstens 200 Gulden betrifft. Dieselbe ist nach §. erforderlich bei Hauptreparaturen und Neubauten; §. verlangt bei allen Hauptbauten bezirksrätliche, bei allen erheblichen Bauten waisenamtliche Zustimmung. Nach §. ist die Zustimmung des Gerichts nur zu Verpachtungen von Grundstücken auf mehr als fünf Jahre über den Zeitpunkt der Volljährigkeit, zu Vermietungen von Gebäuden auf mehr als sechs Jahre oder über jenen Zeitpunkt hinaus nothwendig; §. erfordert zu allen Pacht- und Miethverträgen auf ein oder mehrere Jahre wenigstens waisenamtliche und zu Pachtverträgen, welche sich auf ein ganzes landwirthschaftliches oder industrielles Gewerbe beziehen, bezirksrätliche Genehmigung. Der letzte verlangt bei allen nicht zum ordentlichen Wirthschaftsbetriebe gehörigen Veräußerungen waisenamtliche, bei Veräußerungen von Grundeigenthum bezirksrätliche Genehmigung, §. nur bei der letzten Bewilligung des Vormundschaftsgerichts. Dagegen ist in andern Stücken §. weniger ängstlich als §.; er läßt dem Vormund freiere Hand z. B. in der Ausscheidung der zu veräußernden oder aufzubewahrenden beweglichen Sachen, in Capitalanlagen oder anderweitiger Verwendung der Gelder, in Verkauf oder Aufbewahrung

von Staatspapieren, in der Bestimmung der Verwendungsart der Liegenschaften u. a. Auch ist in manchen Fällen nach β . nur waisenamtliche Genehmigung erforderlich, wo \mathcal{H} . die Zustimmung des Vormundschaftsgerichts verlangt; jene aber kann als minder beschwerende Förmlichkeit gelten wie diese, weil das Waisenamt nur eine Lokalbehörde (ein Ausschuss des Gemeinderathes) ist, während die Vormundschaftsgerichte erster Instanz in Hessen, selbst die Friedensrichter in Rheinhessen, größern Jurisdictionenbezirken vorstehen. Das Waisenamt steht dem Familienrath näher, und, wie die Motive des \mathcal{H} . S. 202. andeuten, hat man bei Ausarbeitung des Entwurfs auch in Hessen erwogen, ob man nicht, statt den französischen Familienrath zu adoptiren, lieber auch Waisengerichte einführen solle, jedoch bedenklich gefunden, sich von den bestehenden Zuständen ganz zu entfernen und etwas für alle Theile des Großherzogthums völlig Neues und durch eigene Erfahrung ganz Unerprobtes an deren Stelle zu setzen. Vielleicht wäre es indessen nicht unzumuthig, wenn \mathcal{H} . die Wirksamkeit seines ständigen Familienrathes, nach dem Vorbilde des zürcherischen Waisenamtes, dahin erweiterte, daß in gewissen minder wichtigen Angelegenheiten nur die Zustimmung des auf Einladung des Vormundes sich versammelnden Familienrathes, ohne alle gerichtliche Förmlichkeit, eingeholt werden müßte. Zweckmäßig möchte dieß auch deshalb sein, weil es dem Institut des Familienrathes mehr Lebenskraft verleihen würde; denn es ist sonst zu fürchten, daß in einem Collegium, das durchaus nur auf eine beratende Stimme beschränkt ist, sich selten ein lebendiges Interesse für die Angelegenheiten, bei denen seine Mitwirkung erfordert wird, entwickeln werde.

Ausnahmsweise kann übrigens auch nach β . ein eigentlicher Familienrath vorkommen, und zwar bei der sogenannten Familienbevogtiring (Cap. 5.). Diese tritt nur auf besondern Antrag nach vorgängigem Gutachten der beiden unteren Instanzen der Obervormundschaft durch Beschluß des Rathes des Innern, beziehungsweise des Regierungsrathes, ein, in so fern nämlich besondere Gründe im Interesse des Mündels eine Ausnahme von der Regel rechtfertigen, und die nächsten Anverwandten desselben, sowie der von diesen oder dem verstorbenen Vater vorgeschlagene Vogt, mit Rücksicht auf Rechtschaffenheit, Einsicht und Vermögen das unzweifelhafte Zutrauen der Vormundschaftsbehörden verdienen. Es wird alsdann unter Mitwirkung der Familie, sowie eines Mitgliedes und des Schreibers des Bezirksrathes ein Inventar aufgenommen, das „von jenen Personen“ (auch von der Familie? oder, wie

der gleich zu erwähnende Garantieschein, von wenigstens zwei der nächsten Anverwandten?) zu unterzeichnen ist, nach vorgenommener Prüfung aber der Familie zurückgestellt wird. Diese wird zudem angehalten, durch Eingabe eines gehörigen von wenigstens zwei der nächsten Anverwandten unterzeichneten Garantiescheins Sicherheit zu leisten; und die garantirenden Verwandten haften alsdann gemeinsam mit dem Vogt, jedoch unter Vorbehalt gegenseitigen Regressanspruchs unter einander, für allen Schaden, welcher aus ihrer oder des Vogtes Nachlässigkeit entstehen mag. Was zu einem „gehörigen Garantieschein“ gehöre, darüber vermissen wir eine nähere Bestimmung, und unklar ist, ob nur die Unterzeichner des Garantiescheins oder auch die übrige Familie, welche diesen eingibt, als garantirende Anverwandte gelten. Den Worten nach könnte man das letzte behaupten; denn „die Familie“ wird angehalten, Sicherheit zu leisten, und zwar durch „Eingabe eines von wenigstens zwei der nächsten Anverwandten unterzeichneten Garantiescheins“; also erscheinen hier die Letzten als Unterzeichner im Namen der Familie. Aber es kann doch kaum als Absicht des Gesetzes angenommen werden, daß auf den Grund einer solchen nur von einigen Familienmitgliedern unterzeichneten Urkunde „die Familie“ als garantirend verantwortlich werden solle. Die garantirenden Anverwandten treten übrigens an die Stelle der Vormundschaftsbehörden, und haben nur von der ihnen geschehenden jährlichen Rechnungsablage dem Bezirksrathes Anzeige und spätestens alle zwei Jahre über den Gang der Vermögensverwaltung Bericht zu erstatten; der Zustimmung des Bezirksrathes bedarf es nur bei Veräußerung oder Verpfändung von Liegenschaften, bei Theilungen und Ausrichtungen, bei Aufgeben oder neuer Uebernahme einer Handlung, Fabrik oder eines Gewerbes, bei Veränderung der Garanten und bei der Bestellung eines neuen Vormundes; in allen andern Fällen tritt die Zustimmung der Garanten an die Stelle der waisenamtlichen oder bezirksrätlichen Genehmigung. — Als ausnahmsweise und nur nach besonderer Prüfung stattfindende Anordnung kann diese Familienbevogtigung sich sehr wohlthätig erweisen; als regelmäßige Gestaltung der Vormundschaft möchte sie nicht rätzlich sein; denn wenn die Garanten unbedingt gleich dem verwaltenden Vormund verantwortlich gemacht werden und eine Reihe von vormundschaftlichen Verwaltungshandlungen von ihrer ohne Mitwirkung der Behörde zu erholenden Zustimmung abhängig sind, so kann sich daraus leicht eine mehr als die Aufsicht der Behörde die Vormundschaft lähmende Zänkereie unter den Familiengliedern ergeben, abgesehen davon, daß, wenn die nächsten Anverwandten zerstreut wohnen, der Gemeinderath, als welcher stets zur

Stelle ist, geeigneter scheint, die jenen Garanten überwiesenen Functionen zu übernehmen. Regelmäßig dürfte und könnte billiger Weise ein Familienrath, dem eine beschließende Gewalt beigelegt ist, nur etwa für seine Nachlässigkeit in Beaufsichtigung des Vormundes oder in Erwägung derjenigen Angelegenheiten, worüber er zu entscheiden hat, verantwortlich gemacht werden.

Wir sind nun zu dem Punkte gekommen, bis zu welchem die beiden Entwürfe neben einander gehen. Es bleibt uns jetzt nur noch insbesondere im züricher Entwurf ein fünfter Abschnitt des zweiten Buches, nämlich „vom Gesinde“ und das dritte Buch oder das Erbrecht übrig. Was jenen betrifft, so ist die Einreihung dieser Lehre in das Familienrecht aus einem an sich gewiß löblichen Gesichtspunkte hervorgegangen. Jeder fühlt, daß man nur eine Seite des heutigen Gesindeverhältnisses berührt, wenn man dasselbe bloß als Miethe auffaßt; der Diensthote tritt zugleich als untergeordnetes Mitglied in den häuslichen Kreis der Familie ein und gewiß wäre es wünschenswerth, daß das familiäre Element in diesem Verhältnisse mit überwiegender Kraft sich geltend machte. Daher finden wir auch in mehrern Systemen des deutschen Privatrechtes das Gesinderecht als einen Theil des Familienrechtes behandelt und noch vor Kurzem wurde dieß in den krit. Jahrb. (1845. S. 34.) vertheidigt. Allein leider zeigt uns die tägliche Erfahrung, daß, wohl eben so sehr durch die Schuld der Dienstherrschaften als der Diensthoten, das Verhältniß derselben in der That wenig mehr von dem Charakter eines Familienverhältnisses an sich trägt. Daher behandeln auch neuere Gesetze, Gesinde- oder Diensthoten-Ordnungen, diesen Gegenstand meistens nur aus polizeilichem Gesichtspunkte, sowie auch häufig der Polizei über Streitigkeiten zwischen Dienstherrschaften und Diensthoten, selbst so weit sie die eigentlich civilrechtlichen Ansprüche aus dem Miethvertrage betreffen, die Entscheidung überwiesen wird. In constitutionellen Staaten könnte es auch bedenklich sein, die betreffenden Vorschriften in das Civilgesetzbuch aufzunehmen, weil dieses nicht ohne ständische Mitwirkung abgeändert werden kann, während polizeiliche Vorschriften über Diensthoten dem Gebiete der Verordnungen anheimfallen, und daher nach Bedürfniß von Zeit und Umständen mittels bloßer Verordnungen geändert werden können. Dagegen aber möchte man es andererseits wohl mit Recht als sehr wünschenswerth bezeichnen, daß ein Verhältniß, welches im heutigen Rechtsleben eine so bedeutende Wichtigkeit hat, nach allen seinen Seiten durch eine wohl überlegte und dem Bedürfniß angemessene Gesetzgebung normirt würde, die alsdann auch der leichten Wandelbarkeit polizeilicher

Anordnungen enthoben wäre. Sehen wir übrigens den ziemlich ausführlichen Abschnitt im 3. (§. 470—504.) näher an, so finden wir, daß auch hier die Jurisdiction in Ansehung des Gesindeverhältnisses zunächst der Ortspolizei übertragen ist, und so tragen auch die meisten einzelnen Bestimmungen, die nicht die civilrechtlichen Folgen der Miethe betreffen, den Charakter polizeilicher Vorschriften an sich. Doch spricht der §. 483. auch, wie bei den Kindern, aus, daß die Dienstboten der Dienstherrschaft zu Fleiß und Gehorsam, Treue und Ehrerbietung verpflichtet sind, und der §. 488. macht es den Dienstherrschaften zur Pflicht, das Gesinde zu fleißigem Besuche des öffentlichen Gottesdienstes anzuhalten; der §. 489. aber verpflichtet dieselben auch bei vorübergehender Krankheit der Dienstboten für deren gehörige Verpflegung und „Arznung“ nöthigenfalls in öffentlichen Krankenhäusern oder in anderer angemessener Weise auf ihre Kosten zu sorgen: Vorschriften, welche ich vollkommen angemessen finde, wo nicht die letzte, wie in München, durch die Krankenhausordnung überflüssig gemacht ist.

Interessant durch seine Eigenthümlichkeiten ist der Inhalt des dritten Buches, das Erbrecht (§. 505—734.). Der Entwurf unterscheidet A. gesetzliche Erbfolge, B. letztwillige Verordnungen, unter welche letztere auch der Erbvertrag gereiht wird. Das ganze Buch aber zerfällt in acht Abschnitte: 1) Gesetzliche Erbfolge der Verwandten. 2) Erbrecht der Ehegatten. 3) Von dem Uebergang der Erbschaft. 4) Von den Wirkungen der Erbschaftsübernahme. 5) Vom Pflichttheil. 6) Von dem Testamente. 7) Von dem Erbvertrage. 8) Von den Stiftungen. Vor dem fünften Abschnitt findet sich die Rubrik „B., letztwillige Verordnungen“. Der interessanteste von diesen Abschnitten ist der erste von der Erbfolge der Verwandten. Diesen wird nämlich die Erbfolge nach Parentelen deferirt. Man würde sich aber sehr getäuscht sehen, wenn man darin die Linealerbfolge des österreichischen Gesetzbuches wieder zu finden erwartete. So einfach und consequent durchgeführt, wie diese, ist das System des 3. bei weitem nicht. Nach derselben kommen in erster Linie die Nachkommen des Erblassers selbst zur Erbfolge, in zweiter Linie die Eltern desselben oder deren Nachkommen, in dritter Linie die Großeltern oder deren Nachkommen u. s. w., und wie in der ersten Linie unter den Nachkommen des Erblassers die Erbschaft sich nach Stämmen (in stirpes) vertheilt, so fällt gleicher Weise in der zweiten, dritten Linie u. s. w., wenn einer von den Eltern oder Großeltern u. s. w. nicht mehr lebt, der für diesen sich berechnende Erbtheil dessen Nachkommen zu, als ob diese ihn beerbten; wenn aber in seiner Linie einer von den Eltern oder Großeltern

ausgefallen und auch keine Nachkommenschaft von demselben vorhanden ist, so fällt der betreffende Erbtheil demjenigen oder der Nachkommenschaft desjenigen zu, der jenem zunächst steht, z. B. dem mütterlichen Großvater oder dessen Nachkommenschaft, wenn die mütterliche Großmutter ausfällt. Eine einfachere und bestimmtere Intestaterbfolgeordnung läßt sich nicht erfinden; sie beruht auch auf einem ganz richtigen Princip, sobald einmal die Verwandtschaft, ohne Unterschied zwischen Cognatio und Agnatio, als Grundlage der Erbfolge anerkannt ist, und nur das Bedenken hat sie gegen sich, daß auf diese Weise die Erbschaft sich so leicht in eine Menge gar kleiner Theile zersplittern kann.

Die Ordnung des B. ist dagegen sehr verwickelt. Zwar beruft auch dieser Entwurf zunächst die Nachkommen des Erblassers selbst (in stirpes), alsdann den Vater oder dessen Nachkommen (väterliche Parentel), und die Mutter oder deren Nachkommen (mütterliche Parentel), weiterhin den väterlichen Großvater oder dessen Nachkommen (großväterliche Parentel) und die übrigen großelterlichen Parentelen u. s. w. Allein vorerst steht die Mutter und die ganze mütterliche Parentel dem Vater und der väterlichen Parentel nicht gleich, sondern der Vater schließt die Mutter aus, und wenn Vater- und Muttermagen auf gleicher Linie stehen, d. h. in gleichem Grade mit dem Erblasser verwandt sind, so werden diese eben so durchweg von jenen ausgeschlossen, und concurriren erst mit den um einen Grad weiter stehenden Vatermagen, so daß z. B. die Mutter selbst nur gleich der Schwester erbt, ihr Sohn gleich dem Schwestersohn u. s. w. Einen gleichen Vorzug hat auch die großväterliche Parentel, d. i. der väterliche Großvater und dessen Nachkommenschaft, vor den drei übrigen großelterlichen Parentelen, und weiterhin die Parentel des väterlichen Urgroßvaters (d. i. des Vaters des väterlichen Großvaters) vor den sieben übrigen urgroßelterlichen Parentelen; erst in den höhern Parentelen fällt dieser Unterschied weg. Ferner wird innerhalb der väterlichen und mütterlichen Parentel eben so wie in der Parentel des Erblassers selbst nach Stämmen getheilt, auch wenn das Eintrittsrecht (Repräsentationsrecht) nicht zur Anwendung kommt (§. 536.); in den großelterlichen Parentelen wird nicht mehr nach Stämmen, sondern nach Häuptern geerbt, es kommt aber noch das Eintrittsrecht zur Anwendung, d. h. es können wohl noch entferntere Verwandte neben nähern erben als *succedentes in parentis praemortui locum*, aber wenn nur Verwandte gleichen Grades erben, so theilen sie nach Köpfen; in den höheren Parentelen fällt auch das Eintrittsrecht weg. Man sieht leicht, wie künstlich demnach das ganze System sich gestaltet, und es ist gut, daß dem Entwurf eine Tafel

beigefügt ist, welche die verschiedenen Fälle durch Verwandtschafts-Schemata veranschaulicht. Es wäre aber besser, wenn das ganze System mehr vereinfacht würde. Meines Erachtens braucht sich die Gesetzgebung auch durch das bestehende Recht in der Ordnung der gesetzlichen Erbfolge nicht viel bestimmen oder hindern zu lassen. Wenn es sich nicht davon handelt, gewisse Güter der Familie zu erhalten, wodurch ein Vorzug des Mannstammes und eine ungleiche Theilung des Vermögens motivirt sein kann, und wenn man absieht von dem nächsten Familienkreise, so braucht die Gesetzgebung sich nicht zu scheuen, die Erbfolge der Verwandten durchaus nach Rücksichten der inneren Zweckmäßigkeit neu zu ordnen; sie kommt nicht leicht in Gefahr, dadurch das herrschende Rechtsbewußtsein zu verletzen oder hergebrachte Rechtsverhältnisse zu stören; denn die entfernteren Verwandten nehmen die Erbschaft doch meistens nur als einen Glückszufall auf. Nur in dem nächsten Familienkreise, in Ansehung des Erbrechts der Kinder und der Ehegatten, etwa auch der Geschwister, kann es bedenklich sein, von der dem Volke angelebten Erbfolgeordnung abzugehen.

3. enthält übrigens noch mehrere eigenthümliche Bestimmungen in Betreff der Vertheilung der Erbschaft, die zum Theil wohl mehr durch die Gewohnheit des Volkes als die Natur der Sache gerechtfertigt sein mögen. So sollen in der Verlassenschaft des Vaters die Söhne vorzugsweise vor den Töchtern das Recht haben, die Liegenschaften und Realgewerbe des Erblassers „zu einem billigen Ansatze an sich zu ziehen“, worüber das Gesetz nähere Vorschriften gibt; der jüngste Sohn aber soll zunächst berechtigt sein, das Wohnhaus des Vaters zu behalten, jedoch so, daß die Brüder an dem Vortheil, der in dem billigen Ansatze liegt, Theil nehmen. Außerdem nehmen die Söhne, beziehungsweise der älteste Sohn, noch verschiedene Gegenstände, Petschaft und Siegel derjenige, der des Vaters Namen trägt, ohne Ersatz aus der Masse, insofern dieselben nicht einen gewissen Betrag überschreiten, und die gemeine Erbmasse wird dann endlich „zu 5 Pfennigen für einen Sohn und zu 4 Pfennigen für eine Tochter getheilt“. Dagegen erhalten auch die Töchter gewisse Gegenstände aus der mütterlichen Erbschaft voraus. Und diese Vorzugsrechte erstrecken sich auch auf Enkel und Enkelinnen. Außerdem verlangt das Gesetz die Einwerfung der von dem Verstorbenen empfangenen Ausstattung (Aussteuer, Heirathsgut, Ausrichtung), nicht aber der für einen Sohn oder eine Tochter in ausgezeichnetem Maße verwendeten Erziehungskosten, jedoch mit der Gestattung für die Erziehung der noch unerzogenen Kinder nach Umständen einen billigen Voraus aus dem gemeinen Erbgute zu nehmen.

Auch in der väterlichen Parentel haben, wenn ein Mann verstorben ist, die Brüder, und wenn ein Weib verstorben ist, die Schwestern ähnliche Voraus- und Vorzugsrechte, wie in der Parentel des Erblassers oder der Erblasserin die Söhne oder Töchter; jenseits der Linie der Geschwister hört aber jeder Vorzug auf, und die mütterliche Parentel hat überall keinen Voraus anzusprechen.

Eine Gränze ist der verwandtschaftlichen Erbfolge nicht gesetzt, soweit die Verwandtschaft noch nachgewiesen werden kann; wenn aber keine erbfähige Verwandtschaft da ist, so heißt das Gut erblos, was jedoch den Entwurf nicht hindert, von einem alsdann eintretenden Erbrecht der Ehegatten zu reden. Auffallend ist es aber, daß der Entwurf den unehelichen Kindern und deren Nachkommen ganz und gar kein gesetzliches Erbrecht gibt, weder in der mütterlichen noch in der väterlichen Parentel, weder neben ehelichen Verwandten, noch in Ermangelung derselben, weder den anerkannten noch den nicht anerkannten. Sie werden im ganzen Erbrecht gar nicht weiter berücksichtigt, als daß zu Gunsten der unehelichen Nachkommen das Verfügungsrecht des Erblassers etwas erweitert oder der Pflichttheil der ehelichen Verwandten beschränkt wird (§. 640. 641.). Dagegen treten Adoptivkinder nach §. 272. 273. mit den Adoptiveltern und deren Nachkommenschaft, nicht aber mit den übrigen Verwandten derselben, in vollkommen erbrechtliche Verbindung und behalten die erbrechtliche Verbindung mit ihrer natürlichen Familie bei, sollen jedoch nach §. 527. von der Verlassenschaft des natürlichen Vaters oder der natürlichen Mutter nur einen halben Kindesheil des gemeinen Erbgutes, ohne Anspruch auf den Voraus der Söhne oder Töchter, erhalten. Diese Bestimmungen aber, fürchte ich, werden große Schwierigkeiten machen, wenn nicht von dem Erbrecht, sondern umgekehrt von der Beerbung des Adoptivkindes und seiner Nachkommenschaft die Rede ist. Sollen hier z. B., wenn das Kind von beiden Eltern adoptirt war, zwei väterliche und zwei mütterliche Parentelen mit gleichem Recht neben einander treten? oder wenn ein Kind des Adoptirten der Erblasser ist, zwei großväterliche und sechs andere großelterliche Parentelen? mit dem Grades-Vorzug der beiden väterlichen oder großväterlichen Parentelen vor den übrigen? Oder soll der natürliche Vater oder die natürliche Mutter des Adoptivkindes, und so denn auch die ganze Parentel derselben, auch nur einen halben Parentelantheil bekommen, wie das Adoptivkind nur einen halben Kindesheil von der Erbschaft der natürlichen Eltern? Es wäre wohl wünschenswerth, daß sich das Gesetzbuch darüber näher erklärte und

allenfalls diese schwierigen Concurrenzfälle auch durch Schemata erläutert würden.

Dem überlebenden Ehegatten gibt der Entwurf mit Recht nicht bloß, wie der Code Napoléon, wenn keine Verwandten da sind, sondern auch neben diesen ein Erbrecht, und auch dem überlebenden Verlobten ist ein solches Erbrecht beigelegt. Der Abschn. II. zerfällt nämlich in 3 Capitel. 1) Erbrecht der Verlobten (§. 553—554.). Der Ueberlebende erhält jedenfalls die beiderseitigen Verlobungsgegenstände, und, wenn keine ehelichen Kinder (Nachkommen?) des Erblassers da sind, ein Zehnthheil, wenn keine Erben der väterlichen oder mütterlichen Parentel da sind, ein Fünftheil der reinen Verlassenschaft. 2) Erbrecht der Ehegatten, was aber wohl heißen soll: der Ehegattin; denn nur von den Rechten der Ehefrau ist in diesem Cap. die Rede. Sie erhält ihr Weibergut zurück, dann die versprochene Morgengabe, die aber nicht über $\frac{1}{100}$ der reinen Verlassenschaft betragen soll, ferner das Bett des Mannes und die Hochzeitgeschenke, und, wenn der Ehemann eheliche Nachkommen hinterläßt, ein Drittheil des Hausrathes und die Nutznießung von einem Viertheil der übrigen reinen Verlassenschaft; wenn nur Erben der väterlichen oder mütterlichen Parentel vorhanden sind, die Hälfte des Hausrathes und das Eigenthum eines Achttheils oder die Nutznießung eines Drittheils der übrigen Verlassenschaft, wenn aber nur Erben einer entlegern Parentel da sind, entweder das Eigenthum eines Viertheils oder die Nutznießung von zwei Drittheilen der reinen Verlassenschaft. Die Nutznießung vermindert sich durch die Wiederverehelichung je auf die Hälfte des ursprünglich ihr zukommenden Theils. Auch der Genuß der Erbtheile ihrer minderjährigen Kinder soll übrigens der Wittve bleiben, sofern und so lange sie mit Bewilligung der Obervormundschaft deren Pflege und Erziehung übernimmt. 3) Erbrecht des Ehemanns. Dieser bekommt ebenfalls die Hochzeitgeschenke und das Bett der Frau, dann, wenn eheliche Nachkommen da sind, die Hälfte der fahrenden Habe zu eigen und die Nutznießung eines Drittheils der übrigen Verlassenschaft, er verheirathet sich wieder oder nicht; wenn nur Erben einer elterlichen Parentel da sind, die ganze fahrende Habe und die Nutznießung der Hälfte der übrigen reinen Verlassenschaft; in anderen Fällen endlich außer der fahrenden Habe entweder das Eigenthum eines Viertheils oder die Nutznießung von zwei Drittheilen der übrigen reinen Verlassenschaft; von der fahrenden Habe sind aber Schuldforderungen und der Voraus der Töchter oder Schwestern ausgenommen. Ueberall ist nur von einem Theil der reinen Verlassenschaft die Rede, woraus hervorzugehen scheint,

daß der Ehegatte nicht einem wahren Miterben gleichstehe, sondern nur den Betrag jenes Theils von den Erben zu fordern haben soll. — In soweit nicht diese Bestimmungen als schon seither bestehendes und angewöhntes Recht sich empfehlen, möchte vielleicht auch hier einiges zu vereinfachen und das Erbrecht der Frau dem des Mannes gleich zu stellen sein; übrigens scheint es mir ein richtiger Gedanke, dem Ehegatten jedenfalls ein Erbrecht, und diesem, je nachdem er mit näheren oder entfernteren Verwandten concurrirt, einen beschränkteren oder weiteren Umfang zu geben.

Der Abschn. III. von dem Uebergange der Erbschaft handelt 1) von den persönlichen Erfordernissen §. 570—578. Dabei kommt die Todeserklärung wieder zur Sprache. Ein Abwesender gilt als erbfähig, so lange die Vermuthung für sein Leben dauert; die in dieser Zeit ihm deferirte Erbschaft wird für ihn angenommen und zu seinem übrigen Vermögen geschlagen, also auch mit diesem vererbt. Wie nun, wenn die Erbschaft erst in dem zweiten Stadium der Abwesenheit, wo weder für das Leben noch für den Tod vermuthet wird (s. oben S. 144.), eröffnet ist? Wird er hier chneweitere als erbunfähig behandelt und die Erbschaft ohne Rücksicht auf ihn vertheilt? Und wie, wenn er dann zurückkehrt, oder wenn bewiesen wird, daß er zur Zeit der Eröffnung noch gelebt habe? Darüber sollte der Entwurf sich deutlicher aussprechen. — 2) Von der Sicherung der Verlassenschaft, §. 579—586. — 3) Von der Uebernahme und Ausschlagung der Erbschaft, §. 587—596. Die gesetzlichen Erben werden, wie nach französischem Recht, ipso iure Erben, ihr Recht der Ablehnung (*ius abstinendi*) aber ist an eine bestimmte Frist (regelmäßig nur 30 Tage) gebunden. Eine Folge davon ist, was an unpassendem Orte schon §. 578. bestimmt, daß die Erbschaft auf die Erben des Erben übergeht, wenn dieser, ohne sich erklärt zu haben, stirbt. Von dem überlebenden Ehegatten heißt es nur, er sei vorkommenden Falls berechtigt, sich zur Uebernahme zu erklären; ob er zu den „gesetzlichen Erben“ zu zählen, ist zweifelhaft, da nach §. 550. das Vermögen erblos heißt, wenn keine Verwandte erben. Gegen schädliche Uebernahme oder Ablehnung ist „aus erheblichen Gründen“ Restitution möglich. Wer sich aber binnen Jahresfrist, oder, wenn er außer Landes ist, binnen drei Jahren „verschwiegen“ hat, muß denjenigen, der in gutem Glauben die Erbschaft übernommen hat, als Erben anerkennen, worin also eine wahre *usucapio hereditatis* wie nach altrömischem Recht, nur unter Voraussetzung der *bona fides*, gegeben ist. — 4) Von dem öffentlichen Inventar, §. 597—607. Die Uebernahme der Erbschaft nach

errichtetem öffentlichen Inventar verpflichtet nichts destoweniger unbeschränkt für alle Erbschaftsschulden, sofern sie nicht durch Unterlassung zeitiger Anmeldung ausgeschlossen sind.

Was die Wirkungen der Erbschaftsübernahme (Abschn. IV.) betrifft und zwar zunächst die Stellvertretung des Erblassers (Cap. 1.), so ist als eigenthümlich hervorzuheben, daß nicht nur jede Erbschafts-Forderung oder Schuld von allen Erben insgesammt oder gegen sie als Ganzes geltend gemacht werden kann, sondern auch wegen der Zahlungsunfähigkeit eines Miterben die übrigen für dessen Theil mithaften; und daß jeder Erbschaftsgläubiger für seine „laufende (?) Forderung“ innerhalb zweier Jahre nach dem Todestage des Erblassers eine ausdrückliche neue Anerkennung der Schuld auswirken soll, widrigenfalls die Forderung von Rechtswegen erlischt. Bei der Theilung der Erbschaft aber (Cap. 2.) sind die einzelnen Forderungen und Schulden je einem Erben ganz anzuweisen, und zusammenhängende Stücke landwirthschaftlichen Bodens, Gärten und Bauplätze ausgenommen, in der Regel nur bis auf eine Fuchart, oder Wiesen bis auf eine halbe Fuchart, Weinberge bis auf eine Viertel-fuchart zu theilen.

Eigenthümlich sind ferner auch noch die Bestimmungen über den Pflichttheil (Abschn. V. §. 628—649.). Ein solcher wird den gesetzlichen Erben bis zum zweiten Gliede der großelterlichen Parentelen einschließlich, und dem überlebenden Ehegatten beigelegt. Der Pflichttheil beträgt $\frac{4}{5}$ für die ehelichen Nachkommen, $\frac{3}{4}$ für den Vater, $\frac{1}{2}$ für die Mutter und die Geschwister vom Vater her, $\frac{1}{4}$ für die übrigen Erben der väterlichen und mütterlichen Parentel, eben so viel für den väterlichen Großvater und $\frac{1}{5}$ für die übrigen Erben des ersten und zweiten Gliedes der großelterlichen Parentelen, (wobei sich fragt, ob auch in dieser Beziehung, wie in Ansehung des Rechts der gesetzlichen Erbfolge, die übrigen Großeltern nur als Angehörige des zweiten Gliedes dieser Parentel anzusehen, also die um einen Grad entfernten Verwandten der übrigen großelterlichen Parentelen kein Recht des Pflichttheils mehr haben, was allerdings der Sinn der §§. 633. 634. zu sein scheint), endlich die Hälfte des ihm gebührenden erbrechtlichen Vortheils für den Ehegatten. Der Pflichttheil darf aber noch mit einer Nutznießung beschwert werden, und zwar der Pflichttheil der ehelichen Nachkommen zu Gunsten der Eltern und Großeltern des Erblassers, der der übrigen Erben (auch des Ehegatten? ich glaube: nein) zu Gunsten eines jeden Dritten, aber nicht weiter als bis auf die Hälfte. Hinterläßt aber der Erblasser uneheliche Nachkommen neben ehelichen, so erweitert sich zu Gunsten der ersten das

freie Verfügungsrecht bis zu einem Drittheil der reinen Verlassenschaft, nur daß keiner derselben mehr erhalten darf, als der kleinste Antheil eines gesetzlichen Erben beträgt; bei der Concurrenz unehelicher Kinder mit anderen Erben dagegen wird die Verfügungsfreiheit des Erblassers verdoppelt, also der Pflichttheil der letzten um die Hälfte vermindert, dem überlebenden Ehegatten aber oder dem Verlobten soll in diesem Fall Nichts von seinem gesetzlichen Erbtheil entzogen werden. Ein Mangel scheint es hierbei zu sein, daß die Erweiterung des Verfügungsrechts aus Rücksicht auf uneheliche Nachkommen dem Erblasser gewährt wird, ohne ihm vorzuschreiben, davon auch nicht anders als zu Gunsten dieser Gebrauch zu machen. — Als Gründe der Ausschließung vom Pflichttheil führt der Entwurf nur an: wenn der Erbe den Erblasser in großer Noth auf lieblose Weise im Stiche gelassen oder sonst die verwandtschaftlichen Rücksichten auf grobe Weise verletzt oder beharrlich mißachtet hat, ferner wenn der Erbe ein schweres Verbrechen begangen hat und wenn er fallit ist, in welchem letzten Falle er jedoch Anspruch auf die Nutznießung des Pflichttheils hat. Bei den Ehegatten wird die Ausschließung durch die gesetzlichen Scheidungsgründe gerechtfertigt. Außerdem kann der Erblasser der wahrscheinlich zu befürchtenden Verschleuderung des Erbtheils durch Anordnung vormundschaftlichen Gewahrsams vorbeugen und, falls dann der Erbe nicht freiwillig oder wider Willen unter Vormundschaft kommen, den Pflichttheil auf die Hälfte vermindern. — Mit diesen Bestimmungen kann sich Rec. insofern nicht ganz zufrieden bezeugen, als ihm das freie Verfügungsrecht des Erblassers in Beziehung zu den nächsten Verwandten zu sehr beschränkt scheint, als ferner der erste Ausschließungsgrund etwas zu vage, dagegen der zweite etwas zu beschränkend gefaßt ist. Rec. hält es, wie schon oben bemerkt wurde, zur Kräftigung der elterlichen Autorität für wünschenswerth, daß den Eltern eine freiere Befugniß, wegen schlechten Betragens die Kinder in der Erbfolge zu beschränken, eingeräumt werde, indem er die vortheilhafte Einwirkung davon höher anschlägt, als die Gefahr des Mißbrauchs, welchem doch die elterliche Liebe meistens entgegenwirkt.

In der Lehre vom Testament (Abschn. V. §. 650—701. Cap. 1. Persönliche Erfordernisse. 2) Von der Form des Testaments. A. Ordentliches Testament. 3) B. Außerordentliches Testament. 4) Inhalt des Testaments, A. Erbeinsetzung und Enterbung, B. Vermächtniß, C. Ernennung eines Testamentsvollstreckers. 5) Von der Abänderung und Aufhebung des Testaments) heben wir besonders hervor die Beseitigung jedes Unterschiedes zwischen Testament und Codicill, indem jede gültige

legtwillige Verfügung (außer dem Erbvertrag) Testament heißt und auch das Vermächtniß nur im Testament hinterlassen wird, dann die Anerkennung der Verträglichkeit gesetzlicher und testamentarischer Erbfolge mit einander. Beides ist der heutigen Entwicklung des Rechts ganz angemessen. Die Regel *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* mit ihren Konsequenzen wird wohl keine neue Gesetzgebung noch aufzunehmen sich versucht fühlen. Aber auch zwischen Erbeinsetzung und Vermächtnissen, welche letzte doch das ganze Vermögen umfassen können, rüchftlich der Form der betreffenden Verfügung einen so bedeutenden Unterschied zu machen, wie es im römischen Rechte geschieht, besteht kein genügender innerer Grund. Nur das könnte etwa noch in Frage kommen, ob nicht Vermächtnisse von ganz geringem (relativen) Betrage von der strengeren Form des Testaments auszunehmen seien, wobei es natürlich sehr darauf ankommt, wie streng diese letzte geordnet ist. 3. ist aber in dieser Beziehung strenger als der Code Napoléon, insofern er das eigenhändige Testament (*testamentum olographum*) nur unter der Bedingung, daß es einem Notar zur Aufbewahrung übergeben worden, als gültig anerkennt. Außer dem Testament kennt der Entwurf nun auch noch den Erbvertrag (Abschn. VII. §. 702—717.), unter ähnlichen Formen wie jenes, als begründend die Erbfolge, möglicher Weise auch neben der gesetzlichen und testamentarischen, oder ein Vermächtniß, so zwar, daß das vertragsmäßig zugesicherte Erbrecht oder Vermächtniß gegen Schmälerung geschützt wird wie der Pflichttheil der gesetzlichen Erben, diesen selbst aber natürlich nicht beeinträchtigen kann. Andererseits kann auch ein Erbe auf sein Erbrecht, nicht auch auf ein selbständiges Erbrecht seiner Kinder oder Erben verzichten.

Endlich macht den Schluß des vorliegenden Theils des Entwurfs der Abschnitt von den Stiftungen und zwar Cap. 1. von den Familienstiftungen (§. 718—726.), Cap. 2. von anderen Stiftungen (§. 727—734.). Unter jenen sind Familienstiftungscommissen („durch welche eine eigenthümliche fortdauernde Erbfolge der Familie für ein bestimmtes Stiftungsgut angeordnet wird“), unter dieser sogenannte *pia corpora* in weitestem Umfange verstanden („Stiftungen, durch welche eine dauernde Anstalt begründet oder einem Vermögen ein besonderes Dasein zu bestimmtem Zwecke über den Tod des StifTERS hinaus verschafft werden soll“), die nur wenn sie einen staatlichen oder kirchlichen Zweck haben, der Genehmigung des Staates bedürfen. Ueber beide ist in wenigen §§. Angemessenes bestimmt.

Hiermit schließen wir die Recension, die ohnehin schon eine Aus-

dehnung gewonnen hat, welche uns den Vorwurf zuziehen könnte, den Leser ermüdet zu haben. Möge denn das Interesse, welches diese neuesten Erscheinungen im Gebiete der bürgerlichen Gesetzgebung zumal dem Rec., der eben zu einer ähnlichen äußerst schwierigen Arbeit berufen ist, erregen mußten, diesem zur Entschuldigung gereichen. Mit Begierde sehen wir der Fortsetzung wie dem weiteren Schicksale dieser Entwürfe entgegen.*

13.

Des hessischen Entwurfs zweite Abtheilung.**

Nach der im X. Jahrgang der krit. Jahrbücher beurtheilten ersten Abtheilung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Großherzogthum Hessen, die nun bereits die Feuerprobe ständischer Berathung bestanden hat, sind alsbald zwei andere Abtheilungen der Deffentlichkeit übergeben, welche das Sachenrecht und das Erbrecht enthalten. Gern suche ich anderen Arbeiten einige Stunden der Muße abzugewinnen, um auch diese, und zwar zunächst in diesem Artikel die zweite Abtheilung, einer Beurtheilung zu unterziehen, um so lieber, als ein solcher Versuch wohl nicht ohne Nutzen für einen anderen weit schwereren Versuch sein möchte. Vorerst muß ich hier rücksichtlich des Systems hervorheben, daß die in der früheren Recension S. 139 erwähnte Andeutung sich nicht bestätigt hat. Nach den jetzt vorliegenden Entwürfen folgt das Erbrecht nicht unmittelbar auf das Familienrecht, sondern bildet erst die dritte Abtheilung, nach dem Sachenrecht. Demnach weicht dieser Entwurf in der Reihenfolge der Rechtslehren nicht viel ab von dem französischen Gesetzbuche, in welchem ebenfalls die Bestimmungen über Erbfolge zunächst an die über Eigenthum und Dienstbarkeiten sich anschließen. Dennoch ist systematisch ein erheblicher Unterschied nicht zu verkennen. Denn im französischen Gesetzbuche bildet das Erbrecht nebst der Lehre von Vermächtnissen und Schenkungen nur den ersten und zweiten Titel des dritten und letzten Buches: „von den verschiedenen Arten der Erwerbung von Gütern“; im hessischen Entwurf erscheint das Erbrecht als

* Der Züricher Entw. ist bekanntlich zu einem vollständigen Gesetzbuch gebiehn, publicirt 1854. 1855., mit manchen Aenderungen im Einzelnen, auch in der Anordnung des Ganzen, indem das Erbrecht den letzten Theil bildet.

** Erschienen 1846 unter dem Titel: Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen. Zweite Abtheilung enthaltend die Titel von den Vermögensgegenständen und deren Eintheilung, von dem Besitze, von dem Eigenthume, von den Dienstbarkeiten, von der Verjährung und Erskung (80 Seiten, Motive dazu 230 S.): recensirt in den krit. Jahrb. Jahrg. XI. S. 799—835.

eigene selbständige Abtheilung, wie im bairischen Landrecht, welcher dann vermuthlich als vierte Hauptabtheilung das Schuldrecht folgen wird. Gegen jenes System des Code Napoléon kann man freilich gegründete Einwendungen erheben, insofern das Wesen sowohl der Erbfolge als der Schuldverhältnisse nicht dadurch erschöpft wird, daß man sie als Erwerbungsarten der im zweiten Buche besprochenen Güter auffaßt. In der Anordnung des hessischen Entwurfs aber vermißt man jeden systematischen Gedanken. Wenigstens kann ich überall keinen systematischen Grund dafür ausfinden, warum das Erbrecht, das sich auf alle Vermögensverhältnisse gleichmäßig bezieht, zwischen die beiden Hauptarten derselben, das Sachenrecht und das Schuldrecht, mitten hinein geschoben wird.

Auch die zweite Abtheilung für sich enthält einen auffallenden Verstoß gegen das System. Der fünfte Titel derselben handelt „von der Verjährung und Ersizung“. Nun wäre zwar dagegen nicht viel einzuwenden, daß man die Vorschriften über Ersizung gemeinschaftlich für Eigenthum und Dienstbarkeiten in einem Titel zusammenstelle. Aber wie kommt die Verjährung der Klagen an diesen Ort? Beim Eigenthum und bei den Dienstbarkeiten kann sie kaum in Betracht kommen (Tit. V. Art. 2. Tit. IV. Art. 81.); von den Schuldforderungen aber, auf welche sie vorzugsweise sich bezieht, ist bis dahin im Gesetzbuche noch gar keine Rede gewesen. Glaubte man, einer alten aber verkehrten Idee zu gefallen, das Institut der Verjährung im weiteren Sinn (Verjährung der Klagen und Ersizung) in einem Titel zusammenstellen zu müssen, so mußte man diesem Titel auch, wie der Code, einen anderen Platz anweisen. Der Umstand, daß einige Bestimmungen der Verjährung und Ersizung gemeinschaftlich sind (Tit. V. Art. 32. 50. 55—58.), rechtfertigt diese systemwidrige Einschaltung der Klagenverjährung in das Sachenrecht nicht. Indessen ist nach einer Andeutung in den Mot. S. 157 zu vermuthen, daß die systematische Anordnung aller Theile des Civilgesetzbuchs überhaupt erst später definitiv festgesetzt werden soll und daher auch die Aufeinanderfolge der bereits vorliegenden Abtheilungen und Titel noch manche Abänderung erfahren könne. Ich wende mich zur Betrachtung des Einzelnen. Die zweite Abtheilung zerfällt in folgende fünf Titel:

I. Von den Vermögensgegenständen und deren Eintheilung. — Hier finden sich

1) Allgemeine Bestimmungen (Art. 1—3.). Der erste Artikel macht die Unterscheidung zwischen Staats- und Privatgut; der dritte spricht aus, daß auf beide regelmäßig die Vorschriften dieses Gesetzbuches gleiche

Anwendung finden; der zweite sagt: „Sachen und Rechte können Gegenstand des Vermögens sein“. Dieser abstracte Satz wäre in dem Gesetzbuche jedenfalls entbehrlich. Er ist aber nicht einmal richtig. Es scheint ihm eine Erinnerung an die römische Eintheilung der Sachen in körperliche und unkörperliche zum Grunde zu liegen, von welcher schon Kreittmayr bemerkte, daß sie sich eigentlich in Nichts auflöse, offen gestehend, daß er sie nur „dem hergebrachten Schlendrian der Doctrin“ zu gefallen in sein Rechtsbuch noch aufgenommen habe. Was heißt es: „Sachen können Gegenstand des Vermögens sein?“ Nichts anderes als: sie können Gegenstand von Rechten sein, die zum Vermögen gehören oder den Inhalt des Vermögens bilden. Sollen nun die Rechte, natürlich nur Vermögensrechte, selbst auch wieder Gegenstand des Vermögens sein? Das Eigenthum ist ohne Zweifel ein Recht, ein Vermögensrecht: ist nun dieses Recht Gegenstand des Vermögens, wie soll dann zugleich die Sache, die dem Eigenthum unterworfen ist, Gegenstand des Vermögens sein? ist aber die Sache unmittelbar Gegenstand des Vermögens, wo bleibt dann das Recht des Eigenthums? Offenbar ist hier dieselbe Lücke im Gedanken, wie in der Bemerkung des römischen Juristen, welcher sagt: *nec ad rem pertinet, quod in obligatione res corporalis est; nam ipsum ius obligationis incorporale est*, ohne zu bedenken, daß man eben so gut sagen könnte: *nec ad rem pertinet, quod in dominio res corporalis est; nam ipsum ius dominii incorporale est*, wornach sich von selbst nur unkörperliche Sachen, d. i. Rechte, als eigentlicher Vermögensinhalt ergeben. — Obiger Fehler zieht sich auch durch die Bestimmungen hindurch, welche in der nächstfolgenden Abtheilung

2) von den beweglichen und unbeweglichen Sachen und Rechten sprechen (Art. 4—8.). „Alle Sachen sind beweglich oder unbeweglich“, sagt der vierte Artikel, und nach näherer Bestimmung dieses Unterschiedes heißt es dann in Art. 7.: „Alle Vermögensrechte sind beweglich, mit Ausnahme solcher, die das Gesetz als unbeweglich erklärt. Unbeweglich sind die Grunddienstbarkeiten, die persönlichen Dienstbarkeiten und Pfandrechte an unbeweglichen Sachen“. Aus diesem Artikel könnte man logischrichtig die absurde Folgerung ableiten, daß das Eigenthum an Grundstücken zu den beweglichen Rechten gehöre; denn unläugbar ist es ein Vermögensrecht, und das Gesetz nennt es nicht unter den als beweglich erklärten Rechten. Nach Erwägung des ganzen Zusammenhangs findet man freilich, daß das letzte nur deshalb nicht geschehen ist, weil der Verfasser des Entwurfes das Eigenthum nach Weise der römischen Juristen mit seinem Gegenstande identificirte, wie sich namentlich

aus Art. 8 ergibt, wornach unter beweglichem Vermögen Alles zu verstehen ist, „was nach vorstehenden Artikeln zu beweglichen Sachen und Rechten gehört.“ — In diesem Satz möchte übrigens richtiger sein zu sagen: „Sachen oder Rechten.“ Auch ist noch ein anderes Bedenken dagegen zu erheben. Soll denn auch das Pfandrecht an einer unbeweglichen Sache zu dem unbeweglichen Vermögen gehören? So könnte man nach Art. 7 behaupten. Aber die Forderung, zu deren Sicherheit es dient, gehört nach Art. 7 zum beweglichen Vermögen; wie kann nun das Pfandrecht, ein bloßes Accessorium derselben, zum unbeweglichen gerechnet werden? Dieses Bedenken wird auch durch die Motive Seite 4 und 8 nicht genügend beseitigt. — Auch die Begriffbestimmung über bewegliche und unbewegliche Sachen befriedigt nicht. Zwar ist es zu billigen, wenn als unbewegliche Sachen schlechtweg Grundstücke angegeben werden; es würde sich in einem Gesetzbuch sonderbar ausnehmen, wenn es dieselben etwa definiren wollte als diejenigen Sachen, die in einem unverrückbaren Verhältniß zum Mittelpunkt der Erde stehen. Aber die Begriffbestimmung beweglicher Sachen („alle Sachen, welche sich ohne Aufhebung ihrer Substanz von einem Orte zum anderen bringen lassen, sei es durch eigene Kraft wie die Thiere, oder durch fremde Kraft wie die leblosen Dinge“) scheint mir für ein Gesetzbuch auch noch zu lehrreich. Sie ist zudem nicht genau; denn eine Kohl- oder Salatpflanze, eine Staude u. dgl. läßt sich ohne Aufhebung, ja ohne Verletzung der Substanz an einen anderen Ort bringen, und ist dennoch nach Art. 5 eine unbewegliche Sache, so lange sie im Boden wurzelt. Meines Erachtens genügt es, nachdem bestimmt ist, welche Sachen unbewegliche seien, „alle anderen“ für bewegliche zu erklären. Das erste aber kann dadurch geschehen, daß man, wie Art. 5 es versucht, angibt, welchen Sachen als Bestandtheilen eines Grundstücks gleich diesem das Merkmal der Unbeweglichkeit zukommt. Jedoch scheint mir der allgemeine Zusatz in Art. 4: „alles was mit denselben (mit Grundstücken) durch Natur oder Kunst verbunden ist“, nicht unbedenklich. Manches kann durch Kunst mit dem Boden verbunden sein, ohne deshalb zu den unbeweglichen Sachen zu gehören, z. B. ein Zelt, das man beim Aufschlagen möglichst im Boden zu befestigen sucht, eine Schiffmühle, die durch Anker im Boden oder Ketten an den Ufern des Flusses festgehalten wird. Dagegen ist es angemessen, von einigen Sachen, in Ansehung derer man im Leben Zweifel haben könnte, besonders auszusprechen, zu welcher Klasse von Sachen sie gehören (Art. 5. 6.). Auch ist es zu loben, daß der Entwurf nicht nach dem Beispiel des Code die Bestimmungen über

Zubehör mit den vorliegenden Begriffbestimmungen vermischt. Er spricht vielmehr zuvor

3) „von den schätzbaren, verbrauchs- und vertretbaren Sachen und von den Gesamtsachen“, Art. 9—12., worin namentlich die Unterscheidung zwischen Verbrauchbarkeit und Vertretbarkeit als beachtenswerth hervorzuheben ist, und dann erst

4) „von den Hauptsachen und Zubehörungen“. Art. 13—25. Die letzten betreffend wird nur angegeben, was Zubehörung von Gebäuden und von Grundstücken sei und der richterlichen Beurtheilung überlassen, „nach Maßgabe“ dieser Bestimmungen zu entscheiden, ob eine bewegliche Sache Zubehör einer anderen beweglichen Sache sei. Darin aber wird treffend auf die Bestimmung und bereits geschehene, wenn auch vorübergehend unterbrochene Verwendung zum ausschließlichen und beständigen Gebrauche für die Hauptsache das entscheidende Gewicht gelegt. Man könnte jedoch Anstoß nehmen an dem Ausdrucke („alle bewegliche Sachen, welche... für dasselbe bestimmt und mit ihm verbunden sind“ Art. 15. 16.), wenn man ihn mit Art. 4. vergleicht, wornach Alles, was mit Grundstücken durch Natur oder Kunst verbunden ist, unbewegliche Sache sein soll. Bei Gebäuden insbesondere werden noch unterschieden bewegliche Sachen, welche zur Vollendung derselben gehören, z. B. Fenster, Thüren, Läden, oder nicht, z. B. Wandmalereien, Wandspiegel, eingemauerte Behälter u. dgl. Bei den letztern soll, wie überall, im Zweifelsfalle die Vermuthung gelten, „daß eine Sache keine Zubehörung sei“, während auf jene diese Bestimmung keine Anwendung leidet (Art. 20.). Dieser Unterschied ist aber nicht genügend bestimmt. Es ist nicht einzusehen, warum Läden oder in besonders hergerichteten Nischen aufgestellte Bildsäulen mehr zur Vollendung des Gebäudes gehören sollen, als ein Wandspiegel, ein Herd oder Wasserbehälter, wofür Wände und Mauern besonders eingerichtet sind. Auch ist es unpassend, eine Vermuthung gegen die Pertinenzqualität aufzustellen; es genügt die Vermuthung für dieselbe abzuweisen. Zwischen Art. 15. und 20. könnte man sogar einen Widerspruch finden; denn jener begründet bei gewissen Sachen die Vermuthung für die Pertinenzqualität, nach diesem soll im Zweifelsfall das Gegentheil vermuthet werden, wovon nur die in Art. 14. bezeichneten Zubehörungen ausdrücklich ausgenommen werden, so daß *argumento a contrario* die in Art. 15. genannten nicht davon ausgenommen wären. Freilich hat die Vermuthung dieses Art. 15. auch ihre bedenkliche Seite. Es muß doch darauf ankommen, wer die Verwendung vorgenommen hat. Der Miether z. B. hat gewiß nicht die

hier erforderliche Absicht (Mot. S. 11.), wenn er eine solche Verbindung vornimmt, oder wenn er z. B. in einer dazu eingerichteten Nische eine ihm gehörende Antike aufstellt. — Wünschenswerth möchte noch ein gesetzlicher Ausspruch über Deseu sein, da man gerade darüber in verschiedenen Gegenden oft abweichende Meinungen findet. — Die Frage, ob ein Gutsinventar für Zubehör zu halten sei, beantwortet der Entwurf stillschweigend verneinend, gegen den Code, aber aus wohl erwogenen Gründen (Mot. S. 11. 12.). Eben so setzt er stillschweigend voraus, daß nur bewegliche Sachen Zubehör einer unbeweglichen sein können. (Mot. S. 13.). Indessen kann sich wohl auch eine unbewegliche Sache mit vollkommener Gewißheit als Zubehör einer anderen darstellen, und die Verkennung dieses natürlichen Verhältnisses könnte leicht bewirken, daß der Vertrauende durch den pffiffigen Gesetzwisser unredlich getäuscht werde. — Die Art. 21—25. enthalten endlich noch einige Worterklärungen, ähnlich den Art. 533—536. des Code civil. Bei der Erklärung von „Hausgeräthe“ und „ein Haus mit allem, was sich darin befindet“ wird hier unbedingt nur auf den Umstand, ob sich die Sachen im Hause befinden, Rücksicht genommen, obgleich es doch gewiß auch darauf ankommen muß, ob sie dem Urheber einer in Frage stehenden Verfügung, z. B. eines Vermächtnisses oder einer Schenkung, gehören und ob sie mit dessen Wissen und Willen im Hause sich befinden, bloß geliebene Sachen, z. B. gewiß nicht von der Verfügung betroffen werden. Nur bei entgeltlichen Verträgen könnte etwa der in gerechter Voraussetzung Getäuschte ihretwegen auf Ersatz Anspruch machen. Nachdem hierauf auch die Art. 26. 27.

5) von Sachen, die dem Verkehre entzogen sind, und von herrenlosen Sachen sprechen, beginnt ein neuer Titel

II. „Von dem Besitze“. Dieser handelt in zwei Abtheilungen 1) vom Besitze der Sachen, Art. 1—27., 2) vom Besitze der Rechte, Art. 28 bis 37., und enthält außer allgemeinen Begriffbestimmungen die Regeln über Erwerb und Verlust des Besitzes und über den rechtlichen Schutz desselben. Vielleicht wäre es angemessener, die erste Abtheilung dem Titel vom Eigenthum, die zweite dem von den Dienstbarkeiten unterzuordnen; denn der Besitz ist doch nach dem Entwurfe wesentlich nichts anderes, als factische Ausübung des Eigenthums, beziehungsweise der Dienstbarkeiten (Art. 29.), und die Bestimmungen über den Besitz der letzten können nicht einmal verstanden werden, ohne die erst im vierten Titel vorkommenden Grundsätze über Dienstbarkeiten vorauszusetzen. Ein anderes wäre es, wenn der Entwurf einen Besitz von Rechten in

weiterem Umfange anerkannte, huldigend dem durch die neuere Rechtsentwicklung ausgebildeten allgemeinen Grundsatz, daß jedes factisch bestehende Verhältniß rechtlichen Inhalts als solches auch rechtlich zu schützen sei, so lange es nicht als rechtlich unbegründet erkannt ist, einem Grundsatz, der seine Wirksamkeit auch auf solche Rechtsverhältnisse erstreckt, die an sich nicht privatrechtlicher Natur sind, z. B. standesherrliche oder gerichtsherrliche Gerechtsame, Patronat u. dgl., die aber in so weit einem civilrechtlichen Gesichtspunkte unterliegen. Aber der Art. 29. sagt ausdrücklich: „Nur Dienstbarkeiten sind außer den Sachen Gegenstand des Besitzes“. Die Motive (S. 21.) rechtfertigen diesen Satz durch die Bemerkung, daß in Ansehung von Forderungsrechten kein Besitz anzunehmen sei, was allerdings richtig ist, für Zehnt-, Grundzins-, Frohn- und Banrechte aber, die nur als allmählig absterbende Institute betrachtet werden, besondere Bestimmungen vorbehalten bleiben, wodurch denn auch für diese, so lange sie noch vorkommen, dem praktischen Bedürfnisse Genüge geleistet wäre. Doch möchte sich der Art. 29. mit seinem ausdrücklichen Nur nicht gut ausnehmen, wenn doch vielleicht noch geraume Zeit hindurch andere wichtige Rechtsverhältnisse fortbestehen, in Ansehung derer man Besitzeschutz als nothwendig anerkennt. Man hätte diesen eigentlich bloß negativen Satz, der zu bedenklichen Folgerungen Anlaß geben könnte, leicht vermieden, wenn man sich darauf beschränkt hätte, erst in dem Titel von den Dienstbarkeiten über den Besitz derselben und dessen Schutz das Erforderliche positiv festzusetzen.

Uebrigens verdient der Titel vom Besitz im Ganzen wegen der Kürze, Klarheit und Bestimmtheit seines Inhalts alle Anerkennung und insbesondere gebührt ihm in Vergleichung mit den entsprechenden Theilen der französischen Gesetzgebung unbedenklich der Vorzug. Bekanntlich ist nach dieser letzten die Lehre vom Besitz nichts weniger als klar und unbestritten. Es war schon ein Fehler, im bürgerlichen Gesetzbuche nur Rücksicht auf die Verjährung vom Besitz zu sprechen, und die wichtige Frage über den Rechtsschutz desselben durch einige Artikel in dem Gesetzbuch über das bürgerliche Rechtsverfahren abzufertigen. Diese haben aber zudem eine wesentliche Lücke gelassen, welche dann die Praxis durch künstliche Combinationen auszufüllen suchen mußte. Der vorliegende Entwurf hat diese Fehler vermieden. Das Einzelne betreffend erlaube ich mir jedoch folgende Bemerkungen:

1) über den Besitz von Sachen. — In Art. 4. scheint mir der Ausdruck: „möge nun u. s. w.“ nicht genau. Nach den Motiven S. 30 beabsichtigte man nur eine „gesetzliche beispielweise Erwähnung

wenigstens der Hauptarten der Besitzüberkommung“; nach jenen Worten aber könnte der Leser in dem Folgenden eine erschöpfende Angabe finden und dadurch zu einer unpraktischen Beschränkung des Begriffs der Apprehension verleitet werden. — In Art. 6 sind die Worte „in Besitz zu nehmen“ in doppelter Beziehung ungenau. Wer durch einen Stellvertreter Besitz erwerben will, braucht nicht nothwendig zur Besitznahme im eigentlichen Sinn Auftrag zu geben; der Stellvertreter braucht nicht zu wissen, ob der Auftragende die Sache besitzen oder bloß innehaben will; dagegen ist erforderlich der Auftrag, die Sache für den Auftragenden zu ergreifen, da man Jemanden auch beauftragen kann, eine Sache für sich selbst oder für einen Dritten in Besitz zu nehmen. — In Art. 10. 11. wird erklärt, wer rechtmäßiger und wer redlicher Besitzer sei, beides mit Bezugnahme auf eine abgeleitete Erwerbart; aber kann nicht auch der Besitznehmer einer herrnlosen Sache rechtmäßiger und redlicher Besitzer sein?

Die Bestimmungen über den Schutz des Besitzes finden sich in Art. 14—23. Diese gewähren eine Klage wegen Besitzstörung (= *interdictum retinendae possessionis*) und wegen Besitzentziehung (= *int. recuperandae poss.*). Aber nur dem ruhigen Besitz wird dieser Schutz gewährt, wie die Motive S. 37. besonders hervorheben. Ich halte dafür, daß dieses Beiwort zu streichen sei. Wenn gesagt wird: niemand sei befugt, den ruhigen Besitz eines Andern eigenmächtig zu stören oder zu entziehen, so könnte man *argumento a contrario* daraus folgern: den unruhigen Besitz eines Andern zu stören sei jedermann befugt. Und was ist ein ruhiger oder unruhiger Besitz? Ist der Besitz, der eben erst gegen gewaltthätigen Angriff vertheidigt oder nach gewaltthätiger Entziehung wieder gewonnen wurde, ein ruhiger? oder will das Gesetz einen solchen Besitz jeder willkürlichen Störung preisgeben? Das Beiwort sollte, nach den Motiven, wohl nichts anderes ausdrücken, als daß derjenige, welcher einen Andern aus dem Besitze verdrängt hat, von diesem aber sofort wieder verdrängt worden ist, deßhalb nicht klagen könne. Dieß braucht aber nicht auf jene Weise angedeutet zu werden, weil es der Art. 14; noch ausdrücklich ausspricht, und weil dieses geschieht, könnte man glauben, das Erforderniß ruhigen Besitzes müsse noch eine andere allgemeinere Bedeutung haben.

Was nun die Klage wegen Besitzstörung betrifft, so ist es bekanntlich nach gemeinem Recht streitig, ob das *interdictum retinendae possessionis* eine solche Störung voraussetze, wobei die Absicht, sich selbst den Besitz anzumaßen, zum Grunde liegt. Ich kann der bejahenden

Meinung (vgl. Vangerow, Pand. I. S. 605.) nicht bestimmt; obgleich ich noch weniger mit Thibaut annehmen möchte, daß auch gegen den Spectaculanten, der nächtlich ins Haus dringt, darin herumschreit u. s. w., das Interdict Anwendung finde. Das römische Recht schützt den Besizer gegen jede Störung, durch welche er qualiter velit suo uti prohibetur (L. 8. §. 5. D. 8. 5.), welche liberam possessionem non relinquit (L. 11. D. 43. 16. vgl. L. 52. §. 1. D. 41. 2. L. 1. pr. D. 43. 17. „uti . . . possidētis, quominus ita possideatis vim fieri veto“), und dieses entspricht auch dem praktischen Bedürfnis, z. B. wenn jemand den Besizer hindern will, zu pflügen, zu säen, zu ernten (L. 11. cit.), nicht bestreitend, daß derselbe zur Zeit im Besitze sei, aber behauptend, daß er kein Recht dazu habe. Andere Klagen reichen da nicht immer aus, weil sie den Besizer leicht in die Nothwendigkeit, sein Recht zu beweisen, versetzen könnten. Der Entw. Art. 15. setzt aber die Absicht „sich selbst den Besitz anzueignen“ voraus. Soll dieses heißen: den Besitz, den man noch nicht hat, zu gewinnen, indem man hofft, daß der Gegner weichen werde? oder: den Besitz jetzt schon sich beizulegen, indem man behauptet, der Gegner besitze nicht? Nach Art. 19. scheint jenes gemeint zu sein (arg. „wenn beide . . . Besizer zu sein behaupten“). Dann wäre die Bestimmung von unserer Ansicht nicht wesentlich abweichend. Die Motive S. 38. aber sprechen von „Anmaßungen des Besitzes“, von „Besitzbeeinträchtigung“, und sagen, ein Besitzproceß lasse sich vernünftiger Weise nicht denken „ohne daß ein Theil dem andern den Besitz einer Sache ganz oder theilweise streitig macht“, so wenig „als ein Eigenthumsproceß möglich ist, ohne daß jeder der streitenden Theile das Eigenthum an dem bestimmten Object für sich in Anspruch nimmt“. Das letzte ist offenbar unrichtig, da der Beklagte nur das Eigenthum des Klägers zu verneinen braucht. — Unrichtig steht übrigens in Art. 15. der unbestimmte Artikel: „über eine Sache“; es muß allemal die Sache sein, deren Besitz in Frage steht.

Eine erheblichere Abweichung vom gemeinen Rechte finden wir in Betreff der Klage wegen Besizentziehung. Ich rechne nicht dahin, daß diese für bewegliche wie für unbewegliche Sachen stattfindet; denn bekanntlich wird auch schon nach neuerem römischem Recht die Anwendbarkeit des *int. de vi* auf bewegliche Sachen behauptet (Cavigny, Besitz S. 522—535.). Auch das will ich nicht dahin rechnen, daß die Klage jedem gegeben wird, welcher „durch Gewalt oder Drohung heimlich, oder durch Mißbrauch einer Vergünstigung aus seinem Besitze verdrängt worden“, obwohl das eigene *interdictum de clandestina possessione*

im neueren römischen Recht für veraltet gilt (Savigny S. 552—555.). Aber es wird bei jeder Klage wegen Besitzentziehung, wie wegen Besitzstörung die *exceptio quod vi clam aut precario* zugelassen, ausgenommen, wenn sich der Beklagte den ihm vom Kläger entzogenen Besitz durch Gewalt oder Drohung wieder verschafft hat (Art. 17. 18.). Nach römischem Recht ist von dieser Einrede bei dem *interdictum de precario* keine Rede, und sie ist hier auch der Natur der Sache nach unpassend. Auch bei der *clandestina possessio* kommt sie dort eben so wenig wie bei gewaltsamem Besitze vor, und auch hier spricht die Natur der Sache dagegen. Die Motive S. 40 fg. rechtfertigen den Art. 18. durch die Bemerkung: das Gesetz müsse nicht minder gegen die Wiedererneuerung wie gegen das Beginnen von Gewaltthätigkeiten zu wirken streben und dem Beklagten, der, statt den gesetzlichen Weg zu betreten, durch Gewalt oder Drohung den Besitz sich wieder verschafft hat, zur Strafe die Einrede des vitiosen Besitzes versagen, deren Zulassung in diesem Falle eine bedingte Gestattung der Gewaltthat enthalten würde. Aber soll denn das Gesetz unredliche List und Heimlichkeit als Mittel, sich den entzogenen Besitz wieder zu verschaffen, begünstigen? bedingt gestatten? Schützt es so nicht auch denjenigen, welcher — nicht den Rechtsweg betritt, sondern eigenmächtig entweder durch Verletzung des Vertrauens oder durch Heimlichkeit den Besitz sich wieder verschafft?

Auch ein quasi-summariissimum kennt der Entwurf (Art. 19.); falls nämlich kein Theil seinen Besitz vollständig erweisen kann, soll das Gericht die Sache einstweilen in Beschlag nehmen oder einer Partei, für welche überwiegende Gründe sprechen, überlassen, worauf dann nur noch das *petitorium* stattfindet. Dieß scheint mir zweckmäßig; nur möchte es angemessen sein, anzudeuten, daß einen überwiegenden Grund vor allem die größere Wahrscheinlichkeit des gegenwärtigen Besitzes abgebe. — Beifallswürdig ist es ferner, daß gegen die Besitzklage keine auf das Recht an der Sache gegründete Einrede oder Widerklage, daß auch keine Verbindung der Rechts- und Besitzklage gestattet und die letzte selbst demjenigen, der einmal zu der ersten gegriffen hat, versagt wird (Art. 20. 21.), obwohl das römische Recht (L. 12. §. 1. D. 41. 2.) anders entscheidet. Vgl. Mot. S. 43.

Zu Bedenken geben dagegen wieder die Art. 22. 23., über Vererbung und Verjährung der Besitzklagen, Anlaß. Sie stellen als Regel auf, daß die Besitzklage zwar *activ* auf die Erben übergehe, *passiv* gegen die Erben aber nur, wenn diese selbst die Besitzstörung fortsetzen oder den Besitz vorenthalten, daß sie ferner durch Ablauf eines Jahres

erlösche. Hier ist nun vorerst der Anfangstag dieser Verjährungszeit ungenügend bestimmt. Es soll der Tag sein, an welchem die Störung oder Entziehung des Besitzes stattgefunden, oder, im Falle gewaltsamer Besitzentziehung, die Gewalt aufgehört hat. Dabei fragt sich: soll das letzte auch von der Besitzentziehung durch Drohung gelten, obwohl die Art. 16 bis 18. Gewalt und Drohung unterscheiden? Man kann aber auch einwenden, es könne hier wesentlich nur auf die Vollendung der Besitzentziehung ankommen und nach dieser die Fortdauer der Gewaltübung nur etwa in sofern in Betracht kommen, als dadurch dem Entsetzten die Anstellung der Besitzklage unmöglich gemacht werde; dagegen könne bei heimlicher Besitzentziehung der Tag ihrer Vollendung nicht wohl der entscheidende sein, sondern es müsse erst die Kunde des verdrängten Besitzers hinzukommen. Diese Bestimmung ist also weniger befriedigend als das römische: *intra annum, quo primum experiundi potestas erit*. Sodann möchte diese kurze Verjährung für den Fall der Besitzentziehung „durch Mißbrauch einer Vergünstigung“ kaum passend gefunden werden; das *interdictum de precario* des römischen Rechts ist keiner besondern Verjährung unterworfen. (L. 8. §. 7. D. 43. 26.). Sollte nicht vielleicht diese Besitzklage besser ganz aufgegeben werden, da ja doch die *actio commodati* für denselben Zweck ausreicht? — Noch mehr Zweifel erregt der Schlußsatz des Art. 23., welcher dem „gewaltsamer Weise“ gestörten oder verdrängten Besitzer gestattet, auch nach Ablauf des Jahres der Besitzklage und gegen die Erben „auf Ersatz des durch die Gewaltanwendung verursachten Schadens“ zu klagen? Soll man hierunter etwa nur den Schaden verstehen, welcher durch Beschädigung der Person oder der Sache mittels der Gewaltanwendung dem Besitzer zugefügt ist? Dann würde freilich nur die gewöhnliche Schadensklage (*legis Aquiliae actio*), ganz verschieden von der Besitzklage, in Betracht kommen? Oder ist der Schaden gemeint, welcher durch den gewaltsamen „Eingriff“ oder durch die gewaltsame „Besitzentziehung“ (Art. 15. 16.) zugefügt worden ist? Die Motive (S. 44. 45.) sprechen für diese Erklärung, indem sie allgemein von Verantwortlichkeit der Erben für den vom Erblasser zugefügten Schaden reden und auf die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches die kurze Verjährung nicht beziehen. Dann aber fragt sich wieder, ob nicht auch bei der Besitzentziehung durch Drohung dasselbe gelten solle, obwohl sonst Gewalt und Drohung unterschieden wird? und ob nicht auch bei der heimlichen Besitzentziehung dasselbe gelten müsse? Ist ja doch auch in diesen Fällen „Gewalt und Eigenmacht verübt“ (Mot. S. 45.), wenn man den Begriff nicht zu enge nimmt, und nach

römischen Recht fielen sie auch unter das *interdictum de vi*, so fern sie überhaupt ein *Interdict* begründeten. (Cavigny, S. 405—409. 519—522. 553.). Und ferner, könnte man einwenden, wenn nach Ablauf des Jahres noch Ersatz des durch die Besitzentziehung zugefügten Schadens gefordert werden kann, wobei es nicht darauf ankommt, ob der Gegner noch einen Vortheil davon hat, wie ist es dann zu rechtfertigen, daß derselbe den widerrechtlich entzogenen Besitz, den er noch hat, jetzt vorenthalten könne? Nach römischem Recht findet das *interdictum de vi post annum* überhaupt nur statt in *id quod ad deicientem pervenit*, so daß dieser also den Besitz, wenn er ihn noch hat, auch jetzt noch zurückerstatten muß, nicht aber allen Schaden mehr zu ersetzen braucht; und mit derselben Beschränkung findet es auch gegen die Erben Anwendung, was aber bekanntlich durch das canonische Recht und die Praxis abgeändert ist. Was dagegen die Klage wegen Besitzstörung betrifft, *interdictum retinendae possessionis*, so unterliegt dieses nach römischem Recht an sich keiner Verjährung; nur die damit verbundene Ersatzklage verjährt in einem Jahr. Der Entwurf aber scheint die Sache gerade umzukehren, indem auch hier die Besitzklage in einem Jahre erlöschen, die Schadensklage länger dauern soll. Und doch ist es nicht möglich, die Besitzklage auszuschließen, wenn die Störung, die den Besitz nicht aufhebt, noch fort dauert; wenn sie aber nicht mehr fort dauert, so bedarf es einer Verjährung der Besitzklage nicht, weil diese alsdann ohnehin keinen Anlaß mehr hat. So erscheint mir hier Vieles unklar und unbefriedigend, während das gemeine Recht klar und befriedigend ist. Vielleicht geht indessen die Absicht des Entw., entsprechend den Grundsätzen des französischen Rechts, dahin, daß durch Ablauf eines Jahres jede Klage, sofern sie sich bloß auf den Besitz und dessen Verletzung gründet, sowohl die Klage auf Schadensersatz wegen Besitzverletzung als die auf Wiedererstattung des Besitzes, verjähren und die Schadensersatzklage nur in sofern, als sie sich auf Verletzung eines wirklichen Rechts des Besitzers gründet, länger dauern solle, so daß also bei der später angestellten Schadensklage auch das Dasein des angeblich verletzten Rechts zu erweisen wäre. Dagegen würde ich, vom legislativen Standpunkte, nichts einzuwenden haben, aber es müßte dieses klarer, als im Entw. geschieht, ausgedrückt werden, und es dürfte dann vollends dieser Vorbehalt nicht auf die Schadensklage im Fall gewaltfamer Besitz-Störung oder Entziehung beschränkt werden. Warum aber gegen die Erben nicht jedenfalls in demselben Maße, wie gegen den Erblasser (nach Art. 15. 16.) die Klage stattfinden solle, dafür kann ich keinen

genügenden Grund finden, wenn man nicht überhaupt den römischen Grundsatz über beschränkte Haftbarkeit der Erben für die unerlaubten Handlungen des Erblassers aufnimmt. Daß eine Klage auf Unterlassung der Störung oder Wiedererstattung des Besizes gegen sie nicht mehr statthabe, wenn sie jener von selbst sich enthalten oder diese freiwillig gewähren, versteht sich freilich von selbst; es würde beim Erblasser nicht anders sein.

Die Art. 24—27. endlich sprechen vom Verlust des Besizes, kurz und gut. Nur das ist mir bedenklich, ob es praktisch angemessen sei, den römischen Satz: *fundi possessionem solo animo retineri* mit seinen Consequenzen völlig aufzugeben, wie es hier stillschweigend geschieht. — Beim Besitz durch Stellvertreter nimmt der Entwurf Verlust an, wenn der Stellvertreter die Sache einem Dritten einhändig, gegen Savigny's Ansicht, aber wie ich glaube mit Recht. Eine eigene Unterscheidung aber macht er für den Fall, wenn der Stellvertreter den Besitzgegenstand nur verläßt oder den Entschluß faßt, solchen für einen Dritten innezuhaben. Hier soll der Besitz verloren gehen, wenn der Stellvertreter ein gesetzlicher ist, nicht aber wenn er ein freiwilliger ist. Der Grund dieser Unterscheidung liegt darin, daß der erste denjenigen, für welchen er besitzt, wegen Mangels natürlicher Willensfähigkeit desselben auch in Ansehung des *animus possidendi* vertritt und daher für ihn diesen *animus* auch aufgeben kann, während der andere seinen Vollmachtgeber nur in Ansehung der Innehabung, nicht in Ansehung des Besitzwillens vertritt (Mot. S. 48.). Der nothwendige Stellvertreter einer willensunfähigen Person muß ja für diese auch veräußern können. Allein das bloße Verlassen des Besitzgegenstandes scheint mir hier nicht bezeichnend genug; es muß auch der Wille den Besitz für den Vertretenen aufzugeben vorhanden sein; ohne diesen *animus non possidendi* ist kein Grund, in diesem Falle dem Aufgeben der Detention eine andere Wirkung beizulegen, als wenn ein freiwilliger Stellvertreter diese aufgibt. Und dann scheint mir auch der bloße Entschluß, die Sache fortan für einen Dritten innezuhaben, nicht genügend, so wenig wie der Entschluß, fortan für sich zu besitzen, wenn er sich nicht durch äußere Handlung kund gibt.

2) Ueber den Besitz von Rechten. Der Entwurf gibt hierüber außer dem Begriff nur Bestimmungen über Erwerb und Verlust, im Ganzen befriedigend. Bei affirmativen Grunddienstbarkeiten fordert er zum Erwerbe, daß die Errichtung der erforderlichen Anstalt bei ständigen, wie die Vornahme der Ausübungs-Handlung bei unständigen Dienstbar-

keiten „mit Wissen und ohne Widerspruch des Besitzers des dienenden Gutes“ geschehen sei. Die Motive S. 50. erkennen an, daß es für den Begriff an sich hierauf nicht ankomme, aber sie halten dieses Erforderniß für zweckmäßig, um frivolen Besitzanmachungen besser zu begegnen. Aber es ist nicht consequent, wenn man den Besitz einer Sache auch durch Gewalt und Heimlichkeit erwerben läßt. Es ist auch zum Schutze des widersprechenden Eigenthümers nicht nöthig, wenn man diesem bei der negatorischen Klage nicht den Beweis der Freiheit des Eigenthums aufbürdet und gegen die Besitzklage in Ansehung der Servitut ebenfalls die *exceptio quod vi clam precario* zuläßt. Es ist endlich nicht praktisch; denn wenn nun ungeachtet des Widerspruchs die Anstalt vollendet wird und bestehen bleibt, soll daraus niemals Besitz des Rechts hervorgehen? auch nicht gegenüber einem andern Besitzer des dienenden Grundstücks, der nicht einmal sein Recht von dem Widersprechenden ableitet? und wenn kein Besitz des Rechts daraus entsteht, soll denn das factisch einmal Bestehende jeden Schutzes gegen Eigenmacht entbehren? Jedenfalls aber ist der Art. 31. in seiner Fassung zu enge; denn es kann ja auch erst nach Vollendung der Anstalt der früher unkundige oder widersprechende Besitzer nicht bloß stillschweigend sich beruhigen, sondern selbst ausdrücklich einwilligen, und auch in diesem Falle den Besitzerwerb auszuschließen, das kann nicht die Absicht des Entw. sein. — In Art. 32. sind die Beiwörter ständig und verborgen überflüssig, da sie sich bei den bloß in einem Untersagungsrechte bestehenden Grunddienstbarkeiten von selbst verstehen. — In Art. 34. möchte der Ausdruck: „sobald die Ausübung unmöglich geworden ist“ wohl zu streng sein. Auch ist zu bemerken, daß der Besitz persönlicher Servituten nicht immer durch den Verlust der Innehabung verloren geht, z. B. dann nicht, wenn der Nutznießer die Sache miethweise einem Andern überläßt. — Uebrigens sollen nach Art. 37. die Regeln über den Besitz der Sachen auch auf den Besitz der Rechte Anwendung finden, so weit es nach deren Natur möglich ist. Demnach sind also in so weit auch die Besitzklagen auf diese anwendbar.

III. „Von dem Eigenthume“. Dieser Titel enthält

1) allgemeine Bestimmungen. Wir finden hier in Art. 1. das Eigenthum ganz kurz als das Recht zur vollkommenen Herrschaft über eine Sache bezeichnet. Die Begriffe von Gesamteigenthum, Ober- und Nußeigenthum werden mit Stillschweigen übergangen, wie die Motive S. 57 fg. rechtfertigen. Ich bekenne mich ebenfalls zu der hier ange deuteten Ansicht, daß sich ein Begriff des Gesamteigenthums nicht

construiren läßt, ohne eine ideelle Person als Subject desselben sich zu denken, wo es denn eben nichts anderes ist als Eigenthum dieser fingirten Person, welches aber eigenthümliche Nutzungsbefugnisse bestimmter natürlicher Personen nicht ausschließt. Nicht minder pflichte ich der Ansicht bei, daß die römische Superficies und Emphyteusis nur als dingliche Rechte an einer fremden Sache, nicht als sog. Nußeigenthum, zu behandeln, und spreche noch entschiedener als die Motive die Meinung aus, daß auch das Recht des Vasallen am Lehengute und das deutschrechtliche Erbpachtrecht unter denselben Gesichtspunkt falle. Wenn nun aber der Entwurf theils die bereits begründeten Erbbestandsverhältnisse als wohl erworbene Rechte nicht kränken will, theils sich vorbehält, im Obligationenrechte auch für die Zukunft die Begründung dinglicher Pachtrechte, wenn gleich abweichend von den bisherigen Rechtsinstituten dieser Art, möglich zu machen, so veranlaßt mich dieses, wiederholt den Art. 29. des Tit. II. „Nur Dienstbarkeiten sind Gegenstand des Besitzes“ als unpassend anzusehen. Denn gewiß wird der Entwurf die Möglichkeit des Besitzes dieser Rechte nicht ausschließen wollen; er kann aber in dieser Beziehung auch nur Besitz eines Rechts annehmen, wenn er einerseits zum Besitz der Sache wahren animus domini als wesentlich erfordert und andererseits jene Rechte nicht als eine Art von Eigenthum ansieht. (Vgl. meine Abhandl. über den Besitz der Emphyteuse in der Giesener Zeitschr. n. F. Bd. III., oben Bd. I. Nr. 22.).

Die folgenden Artikel enthalten zunächst kurze aber genügende Bestimmungen über Miteigenthum (Art. 2., worin nur der Ausdruck: „über den ganzen Gegenstand“ ungenau ist, weil auch über den kleinsten körperlichen Theil nicht ohne Einwilligung aller Miteigenthümer verfügt werden kann), über den Umfang des Grundeigenthums (Art. 3.), über die Vermuthung für die Freiheit des Eigenthums (Art. 4.) und die negatoria actio (Art. 5.), woran sich denn zuletzt die Bestimmungen über die Eigenthumsklage anknüpfen (Art. 6—23.).

Hier ist nun vor allem wichtig die Beschränkung der Eigenthumsklage in Ansehung beweglicher Sachen. In dieser Beziehung räume ich gern den deutschrechtlichen Ansichten einen gewissen Einfluß ein und lasse mir einige Beschränkung der unbedingten Wirksamkeit der römischen rei vindicatio wohl gefallen. Es fragt sich nur, wie weit man darin gehen solle? Der Code Napoléon stellt bekanntlich die Regel auf: En fait des meubles la possession vaut titre (art. 2279.), welche in der französischen Rechtswissenschaft, wenn gleich nicht ohne Widerspruch (vgl. insbesondere Toullier XIV. 114 ff.), doch von den meisten, und wie

ich glaube mit Recht, so verstanden wird, daß der Besizer einer beweglichen Sache sofort als Eigenthümer gelte, daher denn auch eine Ersizung derselben nicht stattfinde. Jedoch soll derjenige, welchem eine Sache verloren gegangen oder gestohlen ist, noch binnen drei Jahren nach dem Verlust oder der Entwendung gegen jeden Inhaber dieselbe vindiciren können (revendiquer), aber nur gegen Erstattung des Kaufpreises, wenn dieser sie auf einer Messe oder einem Markte, in öffentlicher Versteigerung oder von einem dergleichen Gegenstände feilhabenden Kaufmanne gekauft hat (art. 2279. 80.). So huldigt das französische Recht strenge dem deutschrechtlichen Grundsatz: Hand muß Hand wahren. Der vorliegende Entwurf aber hat diesen nur mit bedeutender Milderung aufgenommen, indem er als Regel aufstellt, daß nur gegen denjenigen Besizer einer beweglichen Sache, welcher dieselbe rechtmäßig und in gutem Glauben an sich gebracht hat, die Eigenthumsklage nicht stattfinde (Art. 7.), ausgenommen, wenn die Sache verloren, entwendet oder geraubt worden ist, aber auch dann in den im Code art. 2280. bezeichneten Fällen nur gegen Erstattung des dafür gezahlten Preises (Art. 8.). Demnach ergeben sich freilich sehr erhebliche Verschiedenheiten. Denn während der Code der Regel nach jeden Besizer als solchen vollkommen schützt, ohne nach der Erwerbart zu fragen, schließt der Entwurf nur gegen den redlichen Besizer die Eigenthumsklage aus. Er sagt nicht, daß dieser Eigenthümer sei; dann könnte er nicht mehr von dem gegen ihn klagenden Eigenthümer reden; er läßt vielmehr noch die Ersizung offen (Tit. V. Art. 43.), und man könnte daraus folgern, daß gegen einen spätern unredlichen Erwerber immer wieder der ursprüngliche wahre Eigenthümer die Eigenthumsklage habe, was jedoch vielleicht nicht die Absicht des Entwurfs ist. Nach dem Code ferner kann verlorene und gestohlene Sachen derjenige, dem sie verloren oder gestohlen sind, nur innerhalb einer Klagfrist von drei Jahren vindiciren, nach dem Entwurf kann sie der Eigenthümer vindiciren, so lange er nicht durch Ersizung von Seiten des andern ausgeschlossen ist, und nach jenem muß jedem, nach diesem nur dem redlichen Erwerber der Preis der Sache erstattet werden, wenn er sie auf einer Messe u. s. w. angekauft hat. — Fragt man nun, welches System den Vorzug verdiene, so wird man sich leicht dafür entscheiden, daß der Grundsatz des französischen Rechts nicht aufzunehmen sei. Es ist kein Grund einzusehen, warum man dem Eigenthümer die Verfolgung seiner Sache gegen denjenigen nicht gestatten sollte, welcher dieselbe entweder in bösem Glauben oder gar auf widerrechtliche Weise an sich gebracht hat, nachdem sie von jenem einem andern anvertraut war. Daß der

Eigenthümer ohnehin durch seinen persönlichen Anspruch gegen den letzten gedeckt sei, kann man nicht für alle Fälle behaupten, und jedenfalls kann ihm vor allem daran gelegen sein, seine Sache an sich ziehen zu können, wo er sie findet; der unredliche Erwerber aber kann keine Schonung für sich in Anspruch nehmen. Wie sollte der Schonung verdienen, welcher wissend von dem treulosen Depositar oder Commodatar die fremde Sache gekauft oder gar zum Geschenke erhalten hat? Daher haben auch deutsche Particularrechte die Einrede „Hand muß Hand wahren“ auf die redlichen Erwerber beschränkt; daher suchen auch französische Rechtsgelehrte die praktischen Folgen des Grundsatzes künstlich zu beschränken, indem sie vermöge willkürlicher Ausdehnung des art. 1141. gegen den unredlichen Besizer die *actio doli* geben, oder indem sie die vom Depositar veräußerte oder durch Gaunerei dem Eigenthümer entzogene Sache für gestohlen erklären, worüber es denn an Streit nicht fehlt.

Aber selbst gegen den redlichen Erwerber braucht man die Eigenthumsklage nicht völlig auszuschließen, wie der Entwurf als Regel annimmt. Es ist bekannt, daß der deutschrechtliche Grundsatz in Deutschland fast überall durch das römische Recht verdrängt ist, und ich glaube, daß er auch im Rechtsbewußtsein des Volkes wirklich ausgelöscht ist. Ohne entscheidende Gründe aber sollte man dagegen nicht angehen. Nun ist allerdings nicht zu verkennen, daß die Unbedingtheit der römischen *rei vindicatio* gegen den redlichen Erwerber zu unbilliger Härte führen könne und ein lähmendes Mißtrauen im täglichen Verkehr zu erregen geeignet sei. Es ist in tausend Fällen fast unmöglich, sich vollkommene Gewißheit über das Verfügungsrecht desjenigen, von dem man eine bewegliche Sache überkommt, zu verschaffen. Aber die Gefahr, die daraus für den Erwerber hervorgeht, besteht doch nur darin, daß er zu Schaden komme, indem er dem Eigenthümer ohne Entschädigung die Sache wieder herausgeben muß. Gegen diese Gefahr eines Verlustes aber ist er sicher gestellt, wenn der Rechtsatz besteht, daß er nur gegen Ersatz desjenigen, was er für den Erwerb der Sache gegeben hat, dem klagenden Eigenthümer dieselbe herauszugeben schuldig sei. Mehr als dieses ihm zu gewähren, dazu sehe ich keinen genügenden Grund. Ich sehe nicht ein, warum nicht vielmehr der Eigenthümer die Sache, die vielleicht einen hohen Werth besonderer Zuneigung für ihn hat, erhalten soll, als der Käufer, wenn dieser schadlos gehalten wird; nicht, warum derjenige, dem ein treuloser Inhaber unentgeltlich die Sache überlassen hat, auf Kosten des Eigenthümers einen Gewinn machen soll. Niemand wird

das letzte besonders redlich finden, wenn es auch das Recht gestattet; auch der redlichste Erwerber kann sich nicht beschweren, wenn er nur keinen Schaden erleidet. Dem Eigenthümer aber darf man billig jenen Ersatz zumuthen, wenn er selbst die Sache aus der Hand gegeben hatte, indem er sich alsdann an denjenigen halten mag, dem er vertraute. Der Entwurf scheint mir also in der Beschränkung der Vindication zu weit zu gehen. Er geht darin auch weiter, wie die Gesetzgebungen der beiden größten deutschen Staaten. Das österreichische Gesetzbuch (§. 367. 68.) spricht zwar dem redlichen Erwerber das Eigenthum zu, aber doch nur, wenn er die Sache in einer Versteigerung oder von einem zu diesem Verkehr befugten Gewerbmänn oder gegen Entgelt von jemanden, dem sie der Kläger selbst anvertraut hatte, an sich gebracht hat; es verpflichtet zudem jeden Besitzer zu unentgeltlicher Herausgabe der Sache, wenn nur gewisse Umstände bewiesen werden, aus denen derselbe gegen die Redlichkeit seines Autors hätte Verdacht schöpfen können. Das preussische Landrecht aber (I. 15. §. 24 ff. vgl. §. 42 ff.) verpflichtet den unentgeltlich Erwerbenden ebenfalls unbedingt zur Herausgabe der Sache, und gibt andern redlichen Besitzern regelmäßig nur dann, wenn sie von einer unverdächtigen Person erworben haben, Anspruch auf Erstattung dessen, was sie dafür gegeben haben. In gewissen Fällen übrigens ist es allerdings angemessen, die Vindication völlig auszuschließen, und dahin gehört namentlich der Fall, den der Entwurf in Art. 9. berücksichtigt, wenn jemand auf den Inhaber lautende Schuldurkunden (eben so auch Geld) redlich erworben hat, obwohl auch hier gegen den unentgeltlich Besitzenden wenigstens in subsidium die Rückforderung billig gestattet werden könnte (preuß. Landr. I. 15. §. 45 ff.). Auch in Ansehung der auf Messen und Märkten oder in öffentlicher Versteigerung redlich erkauften Sachen möchte die Ausschließung der Vindication wohl zu billigen sein.

Was nun ferner den Eigenthumsstreit selbst betrifft, so sind zunächst die Vorschriften über den Beweis des Klägers, dabei über die *Publiciana actio*, die jedoch nicht etwa unter diesem Namen vorkommt, sodann über den Besitz des Beklagten, zwar sehr kurz aber untadelhaft. Nur in Art. 16. scheinen mir die Worte: „behauptet . . . zu besitzen“ keine passende Bezeichnung für das „*liti se offerre, quasi possideret sc. teneret*“ zu sein. Den andern Fall der sogenannten *facta possessio*, nämlich *si dolo malo fecit, quominus possideret*, hebt der Entwurf nicht besonders hervor, schließt ihn aber doch nicht völlig aus. Zwar soll die Veräußerung des Streitgegenstandes nach Art. 18. nur, wenn

sie nach Mittheilung der Klage geschieht, gegen den Beklagten eine Forderung auf Ersatz des höchsten Werthes begründen; aber aus Art. 19. ergibt sich, daß der unredliche Besitzer auch für den vor Mittheilung der Klage durch seine Schuld bewirkten Untergang der Sache haften soll, da er nach mitgetheilter Klage sogar für den Zufall einsteht, und darin ist denn auch ein Fall, wo er *dolo malo fecit quominus possideret*, mitbegriffen, in welchem also, obgleich er nicht mehr besitzt, doch die Eigenthumsklage noch mit Erfolg gegen ihn stattfindet. Ich sehe indessen keinen genügenden Grund zu einer solchen Beschränkung des römisch-rechtlichen Grundsatzes, der aus dem sog. *Sc. Iuventianum* hervorgegangen ist, am wenigsten in einer Gesetzgebung, welche die Eigenthumsklage gegen den redlichen Besitzer nur unter Beschränkung zuläßt und daher gegen den unredlichen um so mehr den Angriff freilassen sollte. — Für den Zufall soll übrigens nach Art. 19. der unredliche Besitzer nur haften, wenn er nicht erweisen kann, daß solcher den Streitgegenstand auch im Besitze des Eigenthümers betroffen haben würde. Meines Erachtens wäre diese Beschränkung ganz zu streichen oder wenigstens anders zu fassen. Es kann nur darauf ankommen, ob der Schaden durch zufälligen Untergang oder Verschlechterung der Sache den Kläger auch dann betroffen haben würde, wenn ihm dieselbe sofort nach Mittheilung der Klage unweigerlich herausgegeben wäre; dieses aber wird kaum jemals zu erweisen sein, da immer die Möglichkeit, daß der Kläger inzwischen die Sache veräußert haben würde, in Betracht zu ziehen ist; den unredlichen Besitzer schlechthin schon dann von der Ersatzpflicht freizusprechen, wenn er nur erweist, daß die Sache auch zu Grunde gegangen sein würde, wenn der Kläger selbst sie besessen hätte, würde ungerecht sein. Auch sollte klarer ausgesprochen sein, ob beim Dieb und gewaltsamen Besitzer diese Beschränkung ebenfalls gelte oder nicht. — Außerdem sind die Bestimmungen über die Leistungen des Beklagten (Art. 17—21.) befriedigend und namentlich zu loben, daß der redliche Besitzer auch nach Mittheilung der Klage nicht als unredlicher behandelt wird. Abweichend vom römischen Recht, aber übereinstimmend mit dem französischen ist es, daß derselbe die vor Mittheilung der Klage gezogenen Früchte gar nicht herauszugeben braucht; doch könnte dieses klarer ausgedrückt werden, als durch die Worte: er hafte nicht dafür, die man namentlich in dem Zusammenhange des Art. 21. etwa auch so verstehen könnte, daß er keinen Ersatz dafür zu leisten brauche, wenn er sie nicht mehr habe (*fructus consumptos suos facere*). Auch vermißt man eine Vorschrift für den Fall, wenn die Sache weder untergegangen

noch veräußert, aber doch durch Schuld des Beklagten aus dessen Besitze gekommen ist. — Betreffend die Gegenansprüche des Beklagten wegen Verwendungen wüßte ich gegen den Entwurf nichts einzuwenden, ausgenommen, daß mir die Verbindung der Sätze in Art. 22. „dagegen ist er u. s. w.“ nicht ganz passend scheint.

2) Von der Erwerbung des Eigenthums Art. 24 — 65. und zwar

a) von der Erwerbung des Eigenthums durch Zueignung Art. 24 bis 31. Hier finden wir nur den allgemeinen Satz über Besitznahme einer herrenlosen Sache, und nähere Bestimmungen über Erwerb eines Schatzes (Art. 25—29.); in anderen Beziehungen wird auf besondere Gesetze verwiesen. Den Schatz betreffend kommt es nach der Allgemeinheit des Ausdrucks in Art. 25. vgl. Tit. I. Art. 27. nicht darauf an, ob er in einer beweglichen oder unbeweglichen Sache gefunden wird. Der Finder wird als der eigentliche Erwerber angesehen, der nur verpflichtet ist, den Schatz zur Hälfte, oder, wenn er darnach gesucht hat, ganz dem Eigenthümer der Sache herauszugeben.

b) von der Erwerbung des Eigenthums durch An- und Zuwachs Art. 32—52. — Der Zuwachs durch Flußbett und Insel findet nur bei Privatflüssen und nur in so weit statt, als nicht ein Anderer nachweist, daß ihm ursprünglich der Boden gehört habe; das verlassene Bett öffentlicher Flüsse wird den Eigenthümern der durch den neuen Lauf des Flusses überschwemmten Grundstücke zur Entschädigung überlassen. — Das *avulsum* kann nur binnen Jahresfrist zurückgefordert werden, auf das *coalescere* kommt es nicht an; Entschädigung braucht dafür nicht geleistet zu werden. — Betreffend die *inaedificatio* und *implantatio* stellt der Entwurf die Regel auf, daß der Eigenthümer der Materialien niemals deren Hinwegnahme, sondern nur einfachen Ersatz dafür fordern könne, und verweist übrigens auf die Grundsätze über Verwendungen. Es kann aber, wenn ein unredlicher Besitzer, oder der redliche nach Mittheilung der Klage, gebaut hat, der Fall auch so beschaffen sein, daß er das Gebäude auf seine Kosten wegzuräumen und das Grundstück in seinem früheren Zustande wiederherzustellen schuldig ist. — Hat ein anderer als der Grundeigenthümer mit fremden Materialien gebaut, so soll deren Eigenthümer nur von dem Bauführer Ersatz fordern (ebenso bei Pflanzungen und Sämereien); während der letzte nach den Grundsätzen von Verwendungen gegen den ersten Ersatzansprüche hat; aber in diesem Fall ist es billig, daß der Eigenthümer der Materialien sich auch unmittelbar an den Grundeigenthümer halten könne, soweit dieser dem Bauenden Ersatz zu leisten hat. — Was Pflanzungen betrifft, so scheint

es mir nicht angemessen, in Ansehung derselben die Klage auf Herausgabe ganz auszuschließen; ich würde, jedoch mit Beschränkung auf etwa ein Jahr, eine *actio ad exhibendum* gestatten, sofern die *Vindication* derselben als beweglicher Sachen noch zulässig wäre. Warum sollte mir das Gesetz die Möglichkeit abschneiden, den Baum, den ich mit Sorgfalt gepflegt, den Blumenstock, der mir ein theures Andenken ist, wiederzuerlangen, wenn er mir entwendet und in fremden Boden verpflanzt worden ist? — Sorgfältige Bestimmungen finden wir in Art. 46—52. über den Erwerb durch Vermengung, Vermischung, Verbindung und Verarbeitung. Der Entwurf weicht darin, wie andere Gesetzgebungen, vom römischen Rechte bedeutend ab. In den drei ersten Fällen gibt er, wenn die Absonderung unmöglich oder mit unverhältnißmäßig großem Schaden oder Kostenaufwande verbunden ist, zunächst dem Eigenthümer der werthvollsten Sache das Recht auf das vereinigte Ganze, gegen Entschädigung der übrigen, und gestattet, wenn jener davon keinen Gebrauch machen will oder die verschiedenen Sachen gleichen Werth haben, jedem Eigenthümer, auf Versteigerung des Ganzen anzutragen; wenn aber einer der Eigenthümer in bösem Glauben die Vereinigung bewirkt hat, so soll der andere die Wahl haben, das Ganze zu behalten oder jenem zu überlassen, gegen Leistung oder Empfang entsprechender Vergütung. Nach gleichem Gesichtspunkte wird denn auch der Fall der Verarbeitung (*specificatio*) beurtheilt, indem die Arbeit einer mit dem verarbeiteten Stoffe vereinigten Sache gleichgeachtet wird; jedoch mit der Abweichung, daß sie nur dann als Hauptsache gilt und daher dem Bearbeiter das Recht gewährt, die Sache zu behalten, wenn sie den Werth des Stoffes bedeutend übersteigt, und daß jedenfalls der Eigenthümer des Stoffes, statt die Sache zu behalten, Ersatz für den Stoff verlangen kann. Sind Stoffe verschiedener Eigenthümer verarbeitet, so hat wieder der Eigenthümer des werthvollsten den Vorzug, und hat der Bearbeiter selbst eigenen Stoff dazu gegeben, so kann er die Sache behalten, falls der Werth der Arbeit und des eigenen Stoffes zusammen genommen den Werth des fremden Stoffes bedeutend übersteigt, während, wenn dieß nicht der Fall, aber wenigstens Werthgleichheit vorhanden ist, die Sache gemeinschaftlich werden soll. Wenn jedoch der Bearbeiter in bösem Glauben war, so soll allemal der Eigenthümer der verarbeiteten Sache die Wahl haben, gegen Vergütung den ganzen Gegenstand zu behalten oder dem Bearbeiter zu überlassen. — Endlich sollen diese Vorschriften über die Berücksichtigung des Werths der Arbeit auch zur Anwendung kommen, wenn durch Vermischung oder andere Verbindung eine Sache

anderer Art hervorgebracht worden ist. — Es ist nicht zu läugnen, daß auf diese Weise eine ansprechende Vereinfachung des Principis gewonnen ist. Gleichwohl habe ich gegen die praktische Angemessenheit obiger Bestimmungen einiges Bedenken. Vorerst kann man, wie mir scheint, mit der Natur der Sache leicht in Widerstreit gerathen, wenn es schlechthin von dem Werthverhältniß der verbundenen Sachen abhängig gemacht wird, welche als die Hauptsache, welche als Nebensache anzusehen sei. Es kann leicht ein an sich kostbarer Stoff augenscheinlich nur zur Ausbesserung, Verzierung oder Ergänzung einer anderen Sache verwendet sein. Daher macht auch für den Fall bloßer Ausbesserung einer Sache durch die andere das österreichische Gesetzbuch, welches sonst im Princip am meisten mit dem Entwurf übereinstimmt, eine Ausnahme von seiner Regel; noch angemessener aber scheint es mir, wie der Code art. 567. 569., überhaupt nur in subsidium, wenn keine der verbundenen Sachen mit Sicherheit als Hauptsache erkannt wird, das Werthverhältniß entscheiden zu lassen. — Was sodann die Vermengung oder Vermischung betrifft, so wird das dadurch entstandene Ganze meistens eine Quantität sein, die sich ohne Schwierigkeit reell theilen läßt, und da ist kein Grund vorhanden, sofern nicht eine Specification vorliegt, einem der Eigenthümer gegen Entschädigung der übrigen ein ausschließendes Recht auf das Ganze zu geben; näher liegt es, wie nach römischem Recht, das Ganze für gemeinschaftliches Gut Aller zu erklären, deren Anthelle sich nach dem Werthverhältniß der vermischten Sachen bestimmen. — Bei anderer Verbindung dagegen, welche die Absonderung nicht mehr zuläßt (sog. adiunctio), desgleichen bei der Verarbeitung (specificatio) sollte m. E. auf den guten oder bösen Glauben desjenigen, der sie vorgenommen, nicht so viel Gewicht gelegt werden. Zwar geschieht dieß auch in andern neueren Gesetzgebungen; allein ich halte dafür, daß das Princip des römischen Rechts, wornach die vereinigte oder verarbeitete Sache als vernichtet angesehen wird, und wornach denn consequent, obwohl es bei der Specification streitig ist, auf den guten oder bösen Glauben nichts ankommen kann, praktisch befriedigender sei, und billige es daher, wenn der Code von diesem Umstande stillschweigend abstrahirt, ausgenommen sofern er auf die Bestimmung der Entschädigungspflicht von Einfluß ist. Die Theorie des Entwurfs kann zu wahrhaft absurden Resultaten führen. Wenn jemand wissentlich ein fremdes Blatt Papier nimmt und zu einem Schuldschein oder zu einem vertraulichen Briefe verwendet, oder wenn ein Maler ein fremdes Stück Leinwand zu einem Gemälde benützt, so kann der Eigenthümer des Papiers oder der Leinwand das beschriebene

Blatt oder das Gemälde als sein Eigenthum in Anspruch nehmen; wenn Raphael in Eile den Deckel eines Fasses ergriff, um eine schöne Gruppe darauf festzuhalten, so konnte der Eigenthümer des Fasses das Werk seiner Hand an sich ziehen und wir hätten vielleicht nicht die berühmte Madonna della Sedia; oder wenn ein Phidias aus rohem Marmorblock ein Meisterwerk gemeißelt, aus Lehm ein herrliches Modell gefertigt hätte, so könnte der Eigenthümer der rohen Marmors oder Lehmklumpen das künstlerische Produkt sich zueignen; und wenn ich wissentlich zu dieser Recension ein nicht mir gehörendes Buch Papier verwendete, ich wäre dessen nicht sicher, daß sie das Licht der Oeffentlichkeit erblicken werde. Die Sache, die mit einer andern Hauptsache unlösbar vereinigt oder zu einer andern Sache verarbeitet ist, existirt als dasjenige, was sie früher war, nicht mehr. Die Farbe in dem gefärbten Tuche ist so wenig der verwendete Farbstoff, die Statue so wenig der Marmorblock, woraus sie gebildet ist, wie die Asche das verbrannte Holz ist. Wer die Verwandlung bewirkt hat, muß dem beeinträchtigten Eigenthümer dafür Ersatz leisten, kann selbst als Dieb strafbar sein; aber die verwandelte Sache ist sein Eigenthum; die früher bestandene Sache ist für deren Eigenthümer verloren gegangen, wie das Brod, das der Dieb verzehrt hat. In den meisten Fällen handelt es sich ja hier auch nur von vertretbaren Sachen, die in gleicher Gattung, Menge und Güte ersetzt werden können; warum sollte man da dem Eigenthum an der bestimmten Sache dieser Gattung eine solche Kraft beilegen, daß es den wichtigsten Zuwachs nach sich ziehe, während man den vollkommensten Ersatz in gleicher Gattung gewähren könnte? Uebrigens muß die römische Beschränkung des Erwerbes durch Specification, wornach dieser nur dann stattfindet, wenn die Sache nicht auf ihre frühere Gestalt zurückgeführt werden kann, wenigstens in sofern aufgegeben werden, daß er dann jedenfalls eintrete, wenn der Sache durch die Verarbeitung ein eigenthümlicher höherer Werth verliehen worden ist; denn es ist unerträglich, daß bei einer in Metall gegossenen oder in Lehm modellirten Statue ein anderes gelten soll, als bei einer aus Stein gehauenen. Ebenso unerträglich ist die schon oft gerügte Inconsequenz des römischen Rechts, daß es zwar das Gemälde im Vergleich zur Tafel oder Leinwand als Hauptsache, die Schrift aber in Vergleich zum Papier als Nebensache behandelt.

c) von der Erwerbung des Eigenthums durch Uebertragung, Art. 53 bis 65. In dieser Beziehung weicht der Entwurf sowohl einerseits vom römischen oder bisherigen gemeinen Rechte, als andererseits vom

französischen Rechte bedeutend ab, indem er der deutschrechtlichen Institution der Ingrossation erheblichen Einfluß einräumt und insbesondere dem österreichischen Gesetzbuch in wesentlichen Bestimmungen sich anschließt. Nach französischem Rechte wird bekanntlich die Uebertragung des Eigenthums schon durch den bloßen Vertrag vollendet, nach gemeinem Recht dagegen ist dazu die Uebergabe erforderlich, aber auch bei allen Sachen genügend. Der Entwurf nun verwirft, und mit gutem Rechte, den französischen Grundsatz, unterscheidet aber zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen und erfordert zur Eigenthumsübertragung außer dem Erwerbstitel bei den ersten die Uebergabe, bei den letzten die Eintragung in das dazu bestimmte öffentliche Buch. Für unbewegliche Sachen ist hiernach die Uebergabe allein nicht genügend; für bewegliche Sachen aber ist sie auch da erforderlich, wo sie nach römischem Recht nicht nöthig ist, nämlich wenn der Erwerbstitel in einem richterlichen Urtheile oder in einem Vermächtniß besteht. In dem letzten Punkte stimmt auch sowohl das preussische wie das österreichische Recht mit dem Entwürfe überein, und es läßt sich diese Abweichung vom römischen Recht allenfalls durch die darin liegende Vereinfachung des Principis wohl rechtfertigen, obgleich bei Adjudication und Vermächtniß keineswegs gleich starke Gründe für das Erforderniß der Tradition sprechen, wie beim Verträge. In der ersten Beziehung dagegen geht das preussische Recht nicht so weit, wie das österreichische und der vorliegende Entwurf, ohne doch den Zweck, den diese erreichen wollen, zu verfehlen. Es läßt auch bei unbeweglichen Sachen die Eigenthumsübertragung durch Uebergabe als möglich zu, macht aber die vollständige Wirkung dieses Ueberganges des Eigenthums im Verhältniß zu dritten Personen von der Eintragung in das Hypothekenbuch abhängig, während nach jenen ohne die Eintragung in das öffentliche Buch der Eigenthumsübergang gar nicht stattfindet. Diese letzte Bestimmung aber geht über ihren Zweck hinaus; es würde genügen, den Grundsatz aufzustellen, daß rücksichtlich der Rechte an unbeweglichen Sachen das in dem betreffenden öffentlichen Buche Eingetragene für richtig gelte, daß daher jeder im Vertrauen darauf mit vollkommener Sicherheit Rechtsgeschäfte eingehen, und demzufolge derjenige, welchem von dem wahren aber nicht eingetragenen Eigenthümer das Eigenthum übertragen ist, diesen Erwerb nicht geltend machen könne gegen denjenigen, welcher von der als Eigenthümer eingetragenen Person seinen Erwerb ableitet, und eben so wenig der nicht eingetragene Erwerber gegen denjenigen, welcher von dem eingetragenen Eigenthümer zwar erst später erworben, aber die Eintragung dieses Erwerbes bewirkt

hat. Es ist dagegen kein Grund vorhanden, dem nicht eingetragenen Erwerber, selbst dem rechtmäßigen Erben (Mot. S. 64.), gegen dritte unrechtmäßige Besitzer oder überhaupt gegen solche, die nicht von einem eingetragenen Eigenthümer ihr Recht ableiten oder deren Erwerb ebenfalls nicht eingetragen ist, die Eigenthumsklage zu versagen und auch in Beziehung auf sie dem Eigenthümer keine Wirkung zuzugestehen. Es scheint mir daher in diesem Punkte das preussische Recht den Vorzug zu verdienen, welches auch so „eine feste und zuverlässige Basis für das ganze Hypothekenrecht“ (Mot. S. 61.) gewonnen hat. Das aber ist unzweifelhaft, daß Rheinhessen nach den im Entwurf angenommenen Grundsätzen ein solideres Hypothekenrecht zu erwarten habe, als es bisher besaß, nachdem die in dem Gesetz vom 11. brumaire Jahres VII. des enthaltenen und auch von den Redactoren des Entwurfs zum Code civil vorgeschlagene Vorschrift der Transcription des Eigenthümerwerbes in das Gesetzbuch nicht aufgenommen worden ist. Zwar ist in neuester Zeit die Beseitigung des Hypothekenwesens als eine Forderung der Rechtsphilosophie bezeichnet worden (Röder S. 267.). Gewiß aber werden die Landbesitzer am wenigsten geneigt sein, den Vortheil erhöhten Credits, der ihnen durch ein wohlgeordnetes Hypothekenwesen gewährt ist, wieder aufzugeben, und es nicht als eine Art von Leibeigenschaft drückend finden, daß ihnen kraft desselben mehr als sonst und zu geringern Zinsen creditirt wird.

Um noch Einzelnes zu berühren in diesem Abschnitt, frage ich: warum heißt es in Art. 53. 54. „im Gefolge eines rechtmäßigen Erwerbstitels?“ Hat man doch längst bemerkt, daß es nicht ganz genau sei, eine *iusta causa praecedens* zu erfordern. Und warum „Erwerbstitel?“ Ein schlechtgebildetes Wort, da der Römer wohl von *titulus possessionis*, aber nicht von *titulus acquirendi* spricht. Warum nicht lieber: Erwerbgrund, „kraft“ oder „vermöge eines rechtmäßigen Erwerbgrundes?“ In Art. 54. wird nun gar dasselbe Wort „Erwerbstitel“ einmal in der allgemeinen Bedeutung von *iusta causa acquirendi* und einmal in der Bedeutung einer Urkunde über den Erwerb gebraucht. Wenn übrigens die mit der Einhändigung des Erwerbstitels (in diesem Sinn) verbundene Erklärung, daß die Sache zur Verfügung des Erwerbers stehe, die Wirkung der Uebertragung haben soll, so muß doch, und das sollte der Artikel deutlicher aussprechen, diese Erklärung der tatsächlichen Wahrheit entsprechen, wie auch die Mot. S. 103 *vacuum possessionem* erfordern. — In Art. 53. 58. ist von einem richterlichen Urtheil als Erwerbstitel die Rede. Darunter ist nach den Mot. S. 60.

die richterliche Zuerkennung (Adjudication) einer Sache zu verstehen, welche auch allein einen wahren Erwerbgrund bildet, nicht das Urtheil über streitiges Eigenthum, durch welches nur schon erworbenes Eigenthum anerkannt wird. Jene Bedeutung ist also auch in Art. 60. vor- auszusetzen, worin von einer Vormerkung wegen noch nicht rechtskräftigen Urtheils die Rede ist. Eine solche Vormerkung kann aber auch wegen eines noch nicht rechtskräftig gewordenen Urtheils im Eigenthumsstreite nothwendig werden, und selbst schon vor dem Urtheil, nach Beginn des Rechtsstreites, wenn nämlich gegen denjenigen, der im öffentlichen Buche als Eigenthümer eingetragen ist, das Eigenthum in Anspruch genommen wird, also die durch die Eintragung begründete praesumptio pro dominio beseitigt werden soll (Art. 11.). Es scheint daher wünschenswerth, daß darüber bei Art. 11. oder 18. etwas bestimmt werde (vgl. Tit. V. Art. 53.). — In Art. 64. scheint mir der Ausdruck „mit rechtlicher Wirkung gegen Dritte“ nicht ganz passend, da man bei diesem Worte zunächst an andere Personen außer dem Erwerber und dem Uebertragenden zu denken veranlaßt ist, während doch andere Personen, außer dem bisherigen Eigenthümer der belasteten Sache und demjenigen, welchem das der Last entsprechende Recht zusteht, gemeint sind; es möchte besser heißen: „mit rechtlicher Wirkung gegen jeden Besitzer“, wenn man den Ausdruck „mit dinglicher Wirkung“ vermeiden zu müssen glaubt. — Art. 65. ist ungenau gefaßt, in sofern man daraus schließen könnte, daß auch die Ersetzung zu den Fällen der Uebertragung gerechnet werde, während sie doch nicht zu den abgeleiteten Erwerbarten gehört.

Nach den Bestimmungen über Erwerb des Eigenthums kommt endlich in diesem Titel noch eine Abtheilung

3) von den Rechten und Pflichten der Eigenthümer benachbarter Liegenschaften, Art. 66—101. Hier finden wir sehr ausführliche Bestimmungen über die sogenannten gesetzlichen Grunddienstbarkeiten, die servitudes, qui derivent de la situation des lieux, und die servitudes établies par la loi (Code Nap. art. 640—685.), größtentheils übereinstimmend mit den Bestimmungen dieses Gesetzbuchs, aber in veränderter Ordnung und an anderem passendem Orte. Diese Vorschriften sind praktisch von großer Wichtigkeit und daher mit Recht sorgfältig ausgeführt; für die Charakteristik des Rechtssystems aber sind sie weniger bedeutend; daher enthalte ich mich einer näheren Beleuchtung des Einzelnen, um noch für Wichtigeres Raum zu behalten, und wende mich zum Titel

IV. von den Dienstbarkeiten. Dieser enthält

1) allgemeine Bestimmungen (Art. 1—7.), worin der rein römische Begriff der Servituten (persönlicher oder Grund-Dienstbarkeiten) angedeutet und einiges Allgemeine über Umfang und Ausübung derselben festgesetzt wird. Die Geltendmachung persönlicher Dienstbarkeiten an beweglichen Sachen unterliegt consequent denselben Beschränkungen, wie die Vindication derselben.

2) Von der persönlichen Dienstbarkeit des Nießbrauchs Art. 8—60. Der Entwurf stellt den Nießbrauch als einzige persönliche Dienstbarkeit auf. Gebrauch und Wohnungsrecht sind ihm nur andere Ausdrücke für dasselbe Recht; jedoch wird theils im Allgemeinen anerkannt, daß der Umfang der Befugnisse des Nießbrauchers (der Entwurf schreibt immer „Nießbräucher“) durch den Erwerbstitel mehr oder weniger eingeschränkt werden könne (Art. 7.), theils noch besonders bestimmt, wie die ausdrückliche Beschränkung „auf das Bedürfnis des Berechtigten“ im Zweifel zu verstehen sei (Art. 30.). Diese Abweichung vom gemeinen wie vom französischen Rechte wird gerechtfertigt (Mot. S. 125.) durch die Erwägung, daß im Sprachgebrauch unseres Rechtsverkehrs bestimmte Unterschiede zwischen Nießbrauch (Nuznießung, Fruchtgenuß, Nutzung, Abnuzen), Gebrauch und Wohnungsrecht (Einsitz, Sitz im Hause u. dgl.) sich nicht behaupten lassen, wie denn auch im römischen Recht die Grenze zwischen jenen Rechten sehr schwankend ist. Doch möchte es nicht unangemessen sein, das „Wohnungsrecht“ im Zweifel als ein rein persönliches (für sich und seine Angehörigen) anzusehen, dessen Ausübung einem Andern nicht überlassen werden könne (Code art. 634.), obwohl gerade bei der habitatio das römische Recht die locatio zuläßt. Was den Gebrauch betrifft, so hat schon Savigny bemerkt, daß es nicht natürlich sei, darunter ein auf das Bedürfnis beschränktes Nutzungsrecht zu verstehen, und daß jenes Wort auch nicht mit entsprechender Bestimmtheit dasjenige bezeichne, was die Römer unter ihrer servitus usus verstanden. Dagegen vertheidigt Puchta die heutige Anwendbarkeit des römischen Usus, welchen er gerade als die wahre ursprüngliche Personal-servitut betrachtet, deren Wesen eben in dem Recht des Gebrauchs nach Bedürfnis einer Person bestehe. Allein gegen diese Theorie sind schon vom Standpunkt des römischen Rechts aus erhebliche Einwendungen gemacht worden (Scheurl de usus et fructus discrimine. Erlangen 1846.), und vom Standpunkt des praktischen Lebens aus betrachtet kann sie noch weniger auf Beifall Anspruch machen. Wenn jemanden der Gebrauch, vielleicht ausdrücklich der freie oder volle Gebrauch, eines

Fruchtfeldes eingeräumt ist, heißt das nicht so viel als: es solle ihm gestattet sein, das Feld zum Fruchtbau zu gebrauchen? Wenn er nun Kartoffeln darauf baut, mehr als er selbst für sich und die Seinigen braucht, soll er den Ueberfluß nicht verkaufen oder vertauschen dürfen, um sich dafür seinen Bedarf an Brodfrucht zu verschaffen? oder wenn ihm der Gebrauch einer Wiese eingeräumt ist, soll er genöthigt sein, so viel Vieh zu halten, daß es den ganzen Heuertrag verzehrt, während es ihm an Stroh zur Streu fehlt? Und wenn er an allem Nahrungsbedarf mehr als genug hat, warum soll er den überflüssigen Ertrag des Feldes nicht gebrauchen, um sich die nöthigen Kleider, um seinen Dienstboten den Lohn zu verschaffen? Wo hat das Bedürfniß der Person seine Grenze? Ist eine Sache den Bedürfnissen einer Person zu dienen bestimmt, so ist es eine keineswegs natürliche Beschränkung, dieß so auszulagen, daß nur der unmittelbare Genuß der Sache und ihres Ertrags gestattet, die mittelbare Benutzung des letzten zur Befriedigung anderer Bedürfnisse mittelst des Tauschverkehrs ver sagt sein solle. Ich glaube daher, daß das umfassendere Benutzungsrecht, mit vollständigem Genuß der natürlichen Früchte, zuerst anerkannt war und der Gegensatz des beschränkteren Usus erst einer späteren Abstraction seine Entstehung verdankt, wobei mir jedoch wahrscheinlich ist, daß die Befugniß des Nutznießers, auch die Ausübung seines Rechts im Ganzen mitsammt der Detention der Sache entgeltlich oder unentgeltlich einem Andern zu überlassen, und auf solche Weise sogenannte bürgerliche Früchte von derselben zu ziehen, auch erst später vermöge einer Folgerung aus dem ausgebildeten Begriffe des Usus-fructus, im Gegensatze des bloßen Usus, zugegeben worden sei. Praktisch ist es nun aber gewiß das Angemessenste, von dem umfassenderen, vollständigeren und gewöhnlicheren Rechte des Nießbrauches auszugehen, und nur, ohne dem Sprachgebrauch des Lebens Gewalt anzuthun, beliebigen Beschränkungen dieses Rechts durch besondere Willensverfügungen Raum zu lassen; daher ich dem System des Entwurfs gern beistimme. Einen Fehler aber begeht derselbe darin, daß er in Art. 8. eine Begriffbestimmung des Nießbrauches aufstellt, nach welcher ein beschränkter Nießbrauch gar keiner mehr ist, indem jener als das Recht, die Sache vollständig zu gebrauchen und alle Früchte von derselben zu ziehen, bezeichnet wird. Dieser Umfang des Benutzungsrechts mußte vielmehr nur als der regelmäßig anzunehmende, nicht als den Begriff bestimmend bezeichnet werden, wie denn auch in Art. 11. dieselbe Bestimmung eigentlich noch einmal wiederkehrt.

Mit seiner an die Spitze gestellten Begriffbestimmung kommt der

Entwurf auch noch in anderer Beziehung in Widerspruch. Der Nießbrauch ist ihm nämlich das Recht, eine fremde Sache unbeschadet ihrer Substanz zu gebrauchen. Nichtsdestoweniger wird in Art. 19. ein Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen mit dem Rechte der Consumtion anerkannt, und in Art. 22. ein Nießbrauch an Forderungen mit dem Rechte, diese selbst einzuziehen. Es wäre nach Aufstellung jener Definition consequenter gewesen, diese Fälle des Quasi-Ususfructus auch im Gesetze als bloße Analoga hervortreten zu lassen. Uebrigens sind die Bestimmungen über die Rechte und Pflichten des Nießbrauchers (Art. 11—50.), mit Rücksichtnahme auf verschiedene Arten von Sachen, befriedigend. — Was die Entstehung und Erlöschung des Nießbrauches angeht, so ist zu jener außer dem Erwerbttitel die Uebergabe der Sache beziehungsweise die Eintragung erforderlich, wie zur Uebertragung des Eigenthums; die Erlöschungsgründe aber sind fast ganz übereinstimmend mit dem Code art. 617—624., also auch größtentheils mit dem römischen Rechte angegeben; die einzige, auch zu billigende, Abweichung von jenem ist die, daß die Dauer des einer juristischen Person eingeräumten Nießbrauches durch besondere Bestimmung auf das Doppelte (auf 60 Jahre) erstreckt werden kann, und daß eine völlige Aufhebung der Rechte des Nießbrauchers wegen Mißbrauchs nicht stattfinden soll, weshalb die darauf bezüglichen Bestimmungen passender bei der Bestimmung der Pflichten des Nießbrauchers eingeschoben sind. Nicht einverstanden bin ich mit der Aufnahme der Bestimmung daß der Nießbraucher eines Gebäudes nach dessen Zerstörung kein Recht mehr an dem Bauplatze oder dem wiederhergestellten Gebäude haben soll, obwohl damit das römische wie das französische Recht übereinstimmt. Kreittmayr bemerkt darüber schon, der Grund des dießfalligen Unterschiedes zwischen *servitutibus realibus et personalibus*, so klar ihn der Buchstabe des Gesetzes enthalte, sei nicht recht begreiflich; und ich gestehe, daß ich ebenfalls keinen genügenden Grund einsehe, warum sich hier das Recht des Nutznießers nicht auf den bloßen Grund und Boden erstrecken soll, da doch dieser sonst als das *principale* gilt, *cui cedit superficies*. Es ist nicht selten der Fall, daß ein Bauplatz an sich seiner vortheilhaften Lage wegen mehr werth ist, als das darauf stehende Gebäude, und es kann leicht vorkommen, daß der Nutznießer im Vertrauen auf mögliche längere Dauer seines Rechts bereit ist, das zerstörte Gebäude sogar auf eigene Kosten wieder herzustellen, um ferner den Genuß davon zu haben: warum soll ihm dieß nicht gestattet sein? warum nicht eben sowohl die Wiederherstellung des zufällig zerstörten Gebäudes ihm freistehen, als

die eines zum Zwecke des Neubaus abgebrochenen? (Art. 41.) Mir scheinen hier die Bestimmungen des preussischen Landrechts (I. 21. §. 55 bis 60.) der Natur der Sache angemessener zu sein. (Vgl. auch das österr. Gesetzb. §. 515. 516. 525.). Uebrigens erkennen es die Motive S. 163. als billig an, daß der Nießbrauch an einem Hause wieder auflebe, wenn es aus Brandentschädigungsgeldern wieder aufgebaut worden ist, und halten nur für zweckmäßig, eine darauf bezügliche Vorschrift dem Brandassurancesgesetze einzuverleiben. Soll es denn nicht eben so billig sein, das Recht wieder aufleben zu lassen, wenn mit dem eigenen Gelde des Berechtigten das Gebäude wieder hergestellt ist?

3) Von den Grunddienstbarkeiten Art. 61—87. Hier beschränkt sich der Entwurf auf die Festsetzung der allgemeinen Grundsätze, ohne über einzelne Arten von Grunddienstbarkeiten, die nur gelegentlich beispielweise angeführt werden, etwas Besonderes zu bestimmen. Auch übergeht er ganz die Unterscheidung von Gebäude- und Felddienstbarkeiten, und, wie mir scheint, vollkommen mit Recht (Mot. S. 127.). Bekanntlich ist das Wesen dieses Gegensatzes nach römischem Recht noch immer streitig, und man gelangt auch zu keinem ganz befriedigenden Resultat, mag man nun den Unterschied nach der Beschaffenheit des herrschenden oder dienenden Grundstücks bestimmen; daher denn neuere Rechtslehrer schon den Versuch gemacht haben, den Unterschied bloß mit Rücksicht auf den Inhalt zu bestimmen (Vangerow I. S. 631 fg.), wornach aber die Bezeichnung eigentlich unpassend ist. Der Code art. 687. hat zwar den Gegensatz noch, aber ohne irgend eine praktische Folge daran zu knüpfen. Dagegen hat der Entwurf nach dem Beispiel des Code (art. 688. 689.) die Unterscheidung von ständigen und unständigen, offenen (wofür ich lieber sagen würde: „augenfälligen“) und verborgenen Grunddienstbarkeiten aufgenommen (Art. 64. 65.), ohne jedoch die gleichen praktischen Folgen damit zu verbinden, indem die Verborgenheit sonst nur an einer Stelle, bei dem Besitz von Untersagungsrechten, zur Sprache kommt.

Was sonst über die Natur und Ausübung der Grunddienstbarkeiten bestimmt wird, ist kurz und gut. Nur das kann ich nicht billigen, daß nach Art. 74. 75. bei Anweisung der Stelle zur Ausübung der Dienstbarkeit schlechterdings nur darauf gesehen werden soll, wie das dienende Gut am wenigsten belästigt werde; es ist doch auch zu berücksichtigen, daß die Ausübung der Dienstbarkeit nicht gegen die Absicht des Constituenten ungebührlich erschwert oder geschmälert werde. Auch wundert es mich, daß sowohl hier wie beim Nießbrauch gar keine Bestimmung

über die *confessoria actio* und deren Erfolg sich findet, außer dem kurzen allgemeinen Art. 3. — Zum Erwerb der Grunddienstbarkeiten wird, ebenso wie zum Erwerb des Nießbrauches an unbeweglichen Sachen, nach Art. 68. außer dem Erwerbstitel (Vertrag, Vermächtniß, richterliches Urtheil) allgemein die Eintragung in das öffentliche Buch erfordert. Dieß ist nach den für die Eigenthumsübertragung aufgestellten Bestimmungen consequent, während ich in Consequenz meiner oben angedeuteten Ansicht auch hier dafür stimmen würde, daß nur die unbedingte Wirksamkeit gegen Dritte von der Eintragung abhängig gemacht werde, und selbst in dieser Beziehung möchte sich in Ansehung augensälliger Servituten wohl noch eine Ausnahme rechtfertigen lassen. (Vgl. preuß. Landr. I. 22. §. 13. ff.). — Was endlich die Erlöschung der Grunddienstbarkeiten betrifft, so bestimmt der Entwurf, daß auch sie, wie der Nießbrauch, durch Nichtgebrauch während dreißig Jahren erlöschen, wie nach dem Code art. 706. Ungenügend scheint mir die Bestimmung des Art. 81. über den Anfang der Verjährungszeit, nachgebildet dem Code art. 707. Sie sagt, bei einer ständigen Grunddienstbarkeit solle die Verjährung von dem Tage anfangen, „wo der Inhaber des herrschenden oder dienenden Gutes eine dieser Gerechtfame widersprechende Handlung vorgenommen hat“. Aber wenn der Inhaber des herrschenden Gutes den Balken aus des Nachbars Mauer herausgenommen oder den darauf ruhenden Aufbau abgebrochen hat, in der Absicht der Wiederherstellung, so kann man nicht sagen, daß dieß eine seiner Gerechtfame widersprechende Handlung sei; dennoch, wenn die Wiederherstellung des früheren Zustandes unterbleibt, muß ohne Zweifel die Verjährung eintreten. Strenge genommen gibt es sogar überall keine dem eigenen Rechte widersprechende Handlung, da es dem Rechte nicht widerspricht, wenn man keinen Gebrauch davon macht. Zudem aber ist eine vollständige Nichtausübung einer ständigen Dienstbarkeit auch ohne irgend eine Handlung eines Inhabers des einen oder andern Grundstücks denkbar; sie kann auch durch bloßen Zufall oder durch Handlung eines Dritten herbeigeführt sein, z. B. wenn die Mauer, worauf die Last ruhte, eingestürzt, die metallene Wasserrinne gestohlen, der an der Grenze stehende Baum vom Blitz zerschlagen ist u. dgl. m. Der Ausdruck des Entwurfs ist auch enger als der des Code: „où il a été fait un acte contraire à la servitude“. — Mit Recht wird übrigens die Wirksamkeit der Erlöschung einer Grunddienstbarkeit gegen dritte Personen wiederum von der Eintragung in das öffentliche Buch abhängig gemacht (Art. 85—87.), in welchem die Dienstbarkeit als erworben eingetragen war.

Es bleibt uns nun von der vorliegenden Abtheilung noch übrig der Titel

V. von der Verjährung und Ersizung, welcher nämlich

1) von der Verjährung der Klagen (Art. 1—29.) und 2) von der Ersizung (Art. 30—58.) handelt. Ich will zunächst den letzten Abschnitt etwas näher betrachten, weil nur dieser mit den vorangehenden Titeln sachlich zusammenhängt, während der erste, wie gleich zu Anfang bemerkt wurde, gar nicht hieher gehört. Die Ersizung kommt nur vor als eine Erwerbart des Eigenthums und der Dienstbarkeiten, „der Sachen und Rechte, welche Gegenstand des Besizes sind“ (Art. 31.). Die Grundsätze sind gemeinschaftlich für die Ersizung von Sachen und Rechten. Beide können unter wesentlich gleichen Voraussetzungen, durch ordentliche oder außerordentliche Ersizung erworben werden. Zu der letzten ist nichts erforderlich als ein offener, ruhiger, ununterbrochener Besitz der Sache oder des Rechts während dreißig Jahren, wogegen auch die Einrede unredlichen Glaubens nicht zulässig ist; zu der ersten bei beweglichen Gegenständen ein dreijähriger, bei unbeweglichen ein zehn- oder zwanzigjähriger Besitz von gleicher Beschaffenheit, welcher zudem im Gefolge eines rechtmäßigen Erwerbtitels, in redlichem Glauben (der jedoch vermuthet wird), erlangt worden sein muß. Hierin liegen, in Ansehung der Ersizung von Dienstbarkeiten, bedeutende Abweichungen sowohl vom römischen wie vom französischen Rechte, indem das erste nach der richtigen Ansicht zu dieser Ersizung nichts als zehn oder zwanzigjährige fehlerlose Ausübung, ohne Erwerbgrund, erfordert, das letzte aber nur eine dreißigjährige Ersizung, und auch diese nur bei ständigen und zugleich augenfälligen Grunddienstbarkeiten, zuläßt. Ich billige aber jene gleichmäßige Behandlung der Ersizung des Eigenthums und der Dienstbarkeiten; sie empfiehlt sich durch die Einfachheit des Princips und würde wohl auch im römischen Rechte stattgefunden haben, wenn dasselbe eine civilrechtliche *usucapio servitutum* anerkannt hätte. Die große Beschränkung der Ersizung der Dienstbarkeiten im Code Napoléon scheint mir praktisch nicht angemessen. — Der redliche Glaube wird, übereinstimmend mit dem römischen und französischen Recht, nur zur Zeit der Besitzerwerbung erfordert, und auch diese Abweichung vom heutigen gemeinen Rechte scheint mir genügend gerechtfertigt (Mot. S. 208—213.). — Ebenso ist es gewiß zu billigen, wenn nach Art. 43. die kürzere oder längere Dauer der Ersizungszeit für Immobilien, wie nach dem Code art. 2265., davon abhängig gemacht wird, ob derjenige, gegen welchen die Ersizung gerichtet ist, in derselben Provinz, worin das Immobile

liegt, seinen Wohnsitz hat, während das römische Recht ungeeigneter Weise auf den Wohnsitz des Ersetzenden Rücksicht nimmt. Auch die näheren Bestimmungen in Art. 44. sind zweckmäßig. Es könnte sich nur fragen, ob es nicht angemessener sei, diese Unterscheidung für das Großherzogthum Hessen ganz fallen zu lassen? Das baierische Landrecht „hält hierinfall's nur jenen für abwesend, der sich auswärts an einem der Churfürstlichen Landshoheit nicht unterworfenen Ort die ganze Zeit über aufhält“. Dagegen halte ich nicht für angemessen, die Ersetzungszeit, falls der Erwerbgrund im öffentlichen Buche eingetragen ist, noch unter zehn Jahre herabzusetzen. Derjenige, welcher von einem im öffentlichen Buche als Eigenthümer eingetragenen Besitzer rechtmäßig erworben hat, ist ohnehin gesichert durch die praesumptio dominii, die für jenen spricht. Außerdem aber dem eingetragenen Erwerber eine kürzere Ersetzungszeit zu gewähren, dazu ist kein genügender Grund vorhanden. Zur Beförderung des Vertrauens auf die öffentlichen Grundbücher ist es nicht nothwendig; dem wahren Eigenthümer aber gibt die ihm vielleicht unbekannt eingetragene Eintragung keinen stärkeren Anlaß, sein Recht zeitig geltend zu machen, als der offenkundige Besitz des Gegners. Das österreichische Gesetzbuch freilich verlangt hier sogar nur dreijährigen Besitz.

Uebrigens hat selbst die vollendete Ersetzung einer unbeweglichen Sache oder eines Rechts an derselben noch nicht sofort die volle Wirkung eines dinglichen Rechtsbegriffes. Das erworbene Recht kann nicht zum Nachtheil desjenigen geltend gemacht werden, welcher von dem bisher eingetragenen Eigenthümer die Liegenschaft oder ein Recht an derselben erwirbt, bevor der Erwerb des Ersetzenden in dem öffentlichen Buche eingetragen oder wenigstens vorgemerkt ist (Art. 54., wo es heißen muß: „vom bisher eingetragenen —“ statt „vom bisherigen — Eigenthümer“). Der Ersetzende kann daher die Zuschreibung des erlassenen Grundstückes oder Rechtes auf seinen Namen verlangen, oder da diese nur auf den Grund einer die Ersetzung beweisenden gerichtlichen Urkunde zu bewirken ist, einstweilen durch eine Vormerkung seinen Erwerb sichern, wenn er nur eine gerichtliche Urkunde darüber vorlegt, daß er wider den bisherigen (bisher eingetragenen?) Eigenthümer eine Klage auf Anerkennung des erlassenen Eigenthums oder Rechtes erhoben habe. (Art. 51 bis 53.). Hier finden wir also eine solche Vormerkung zur Sicherung streitigen Eigenthums, wie wir sie oben bei Titel III. Art. 60. als wünschenswerth bezeichnet haben, ausnahmsweise (vgl. Mot. S. 214.) zugelassen. Die Art aber, wie hier auf jene Bestimmungen beim Eigenthum zurückverwiesen wird, kann Zweifel darüber erregen, ob es richtig

sei, wenn wir dort unter dem das Eigenthum zuerkennenden Urtheil, mit Rücksicht auf die Parenthese in den Mot. S. 60., nur eine *adiudicatio* im gemeinrechtlichen Sinne verstanden; ob nicht vielmehr auch ein Urtheil, wodurch streitiges Eigenthum zuerkannt wird, darunter zu verstehen sei. Denn der Ersitzende will ja nur die Anerkennung des durch die Ersitzung bereits erworbenen Eigenthums erwirken, und es kann auch an sich keine Frage sein, daß man auf den Grund eines obsieglichen rechtskräftigen Urtheils im Eigenthumsstreite gegen den bisher eingetragenen unterliegenden Gegner allemal die Zuschreibung im öffentlichen Buche verlangen könne. Allein das Urtheil muß in solchem Falle doch immer auf einen außer ihm liegenden Erwerbgrund sich stützen, kraft dessen dem Kläger das Eigenthum zuerkannt wird; es selbst ist nicht sowohl der Erwerbgrund, als es vielmehr nur den Erwerbgrund im Verhältniß zu dem unterliegenden Gegner entscheidend beweist. — In der That übrigens wäre nach dem System des Entwurfs die Ersitzung unbeweglicher Sachen und Rechte, sofern sie sich nicht auf einen eingetragenen Erwerbgrund stützt, consequenter Weise nicht als vollendete Erwerbung, sondern nur als ein Erwerbgrund anzusehen, durch dessen Eintragung erst die Erwerbung des Eigenthums oder des Rechts vollendet würde. Und so sagen auch die Motive S. 214., durch das die Ersitzung anerkennende Urtheil erlange der Ersitzende vorerst nur einen beweiskräftigen Titel, um daraufhin gegen den bisherigen wahren (eingetragenen?) Eigenthümer die Ingrossation zu erwirken. So wie durch die Uebergabe in Folge eines Veräußerungsgeschäfts von Seiten des wahren Eigenthümers die Uebertragung noch nicht vollendet ist, bis die Eintragung in das öffentliche Buch hinzukommt, so auch wäre die Ersitzung, so lange diese fehlt, noch keine wahre Eigenthümerserwerbung. Die Fassung des Entwurfs entspricht jedoch dieser Consequenz nicht ganz; der Art. 54. spricht vielmehr in Beziehung auf die Ersitzung nur den Gedanken aus, welchen ich oben zu Titel III. Art. 53. ff. in Beziehung auf die Uebertragung von Liegenschaften überhaupt befürwortete; und die Ausführung in den Motiven S. 213 fg. beweist selbst, daß auch auf diese Weise der Zweck, den man erreichen will, schon genügend erreicht werde. Nach einer Bemerkung der Mot. S. 214. a. G. hatte man auch in Erwägung gezogen, ob nicht die Ersitzung gegen ingrossirte Rechte ganz auszuschließen sei; man hat sich jedoch, und ich glaube mit Recht, dafür entschieden, dieselbe in der angegebenen Art, ohne den Zweck der öffentlichen Bücher zu gefährden, zuzulassen. Indessen wird der Entwurf des Hypothekenrechts noch Anlaß geben, auf diese und verwandte Fragen

näher einzugehen. Vgl. Gönner, Commentar über das baier. Hypothekengesetz I. S. 331 ff.

Um endlich auch noch über die Verjährung der Klagen Einiges zu sagen, so enthalten die betreffenden Artikel (1—29.) auch wieder mehrere meines Erachtens zweckmäßige Abweichungen vom gemeinen Rechte. Dahin rechne ich vor allem die Festsetzung einer kürzeren Verjährungsfrist für eine ganze Reihe von Fällen (Art. 9—16., vgl. Code Nap. art. 2271—78.). Wenn auch ein geistreicher Schriftsteller „mit den neuerdings so beliebten legislativen unmäßigen Abkürzungen der Präscriptionsfrist“ nicht überall zufrieden ist, vielmehr darin, insbesondere auch in einigen baierischen finanziellen Gesetzen, oft wahre Proscriptionen des Rechts findet und sie einem gegen gewisse Privatrechte unternommenen Kesseltrieb vergleicht (Künßberg, das Recht der Deutschen S. 235.), so ist doch im Allgemeinen nicht zu läugnen, daß in unserer Zeit, die so schnell lebt, der Zeitraum von dreißig Jahren für die Verjährung einer großen Reihe von Forderungen viel zu weit ausgedehnt ist; der vorliegende Entwurf aber hat im Vergleich mit dem Code die kurzen Verjährungsfristen für viele Fälle noch etwas erweitert. — Zweckmäßig sind ferner die Bestimmungen über Unterbrechung der Verjährung (Art. 18—26.), die zugleich für die Ersetzung bedeutend sind. — Auch das scheint zweckmäßig, was Art. 5. in Ansehung der Klagen minderjähriger oder entmündigter oder geisteskranker Personen verordnet; nur so lange diese keinen gesetzmäßigen Vertreter haben, kann die Verjährung ihrer Klagen nicht beginnen; die einmal begonnene erleidet keinen Stillstand, wird aber nicht vor Ablauf von fünf Jahren nach Beendigung jenes persönlichen Zustandes vollendet. — Endlich gebe ich auch der Entscheidung der gemeinrechtlichen Streitfragen über das Erforderniß des guten Glaubens bei der Klagenverjährung und über den Einfluß derselben auf das der Klage zum Grunde liegende Recht, meinen Beifall. Die Einrede des bösen Glaubens soll regelmäßig gar nicht zulässig sein, das Recht nach vollendeter Verjährung für erloschen gelten. Beides entspricht dem Zwecke der Verjährung. Dagegen kann ich nicht billigen, die Bestimmung des Art. 4., wornach die Verjährung einer auf Kündigung zahlbaren Forderung erst von der geschehenen Kündigung an laufen soll. Kraft dieser Regel werden die meisten Darlehensforderungen gar keiner Verjährung unterliegen oder noch nach sechzig und hundert Jahren eingeklagt werden können, weil die Kündigung nicht dargethan ist. So viel sich auch theoretisch einwenden läßt gegen den von vielen Rechtsgelehrten angenommenen Satz: *toties praescribi actioni nondum*

natae, quoties nativitas sit in potestate creditoris, so ist doch nicht zu verkennen, daß er praktisch angemessen ist. Ich würde daher vorschlagen zu verordnen, daß in dem fraglichen Falle die Verjährung mit dem Tage beginne, an welchem zuerst gekündigt werden konnte, nur mit Zurechnung der nach der Kündigung dem Schuldner noch zustehenden Zahlungsfrist.

Blicken wir nun zum Schlusse noch einmal zurück auf das ganze hier besprochene Werk, so haben wir zwar über manches Einzelne Tadel ausgesprochen, über Anderes abweichende Ansichten vorgebracht, im Ganzen aber müssen wir auch hier wieder, wie bei der ersten Abtheilung des Entwurfs, anerkennen, daß uns in demselben eine sehr achtungswerthe gesetzgeberische Arbeit geboten sei, die eben sowohl von der gründlichen Rechtskunde ihrer Urheber Zeugniß gibt, als sie sich durch Sorgfalt und Gewandtheit in der Redaction empfiehlt. Vielleicht wird es dieser Abtheilung auch auf ihrer weiteren Laufbahn leichter ergehen, als der ersten, weil sie es nicht mit Institutionen zu thun hat, die Gegenstand besonderer Vorliebe oder eines Principien-Kampfes sind. Die Rheinbessen freilich werden, wie es scheint, dem ganzen Unternehmen immer abhold bleiben, und können für diese Abneigung auch einen allerdings gewichtigen Grund anführen, den nämlich, daß ihnen die Rechtsgemeinschaft mit dem ganzen Gebiete des französischen Civilrechts von größerer Bedeutung sei, als die Erzielung einer gemeinschaftlichen Gesetzgebung des ganzen Großherzogthums. Könnte man sagen: „des ganzen Deutschlands“, so würden sie wohl freudiger mit Hand ans Werk legen.

München, den 7. März 1847.

14.

Die neuesten Versuche deutscher Civilgesetzgebung.*

A.

„Der Reichsgewalt liegt es ob, durch die Erlassung allgemeiner Gesetzbücher über bürgerliches Recht, Handels- und Wechselrecht, Strafrecht und gerichtliches Verfahren die Rechtseinheit im deutschen Volke zu begründen“.

* Unter dieser Ueberschrift erschien 1853 der folgende Aufsatz in 2 Abtheilungen in der kritischen Ueberschau I. S. 128—149. S. 339—386.

So sprach in ihrem §. 64. die am 28. März 1849 von der deutschen Nationalversammlung verkündigte „Verfassung des deutschen Reichs“. Diese erscheint uns jetzt nur mehr als eine fast geisterhafte Reminiscenz aus wild aufgeregter Zeit. Der besonnene Beobachter konnte sich auch damals schon kaum darüber täuschen, daß durch jenen Act souveräner Machtvollkommenheit nichts haltbares geschaffen und des deutschen Volkes Rechtseinheit so wenig wie manche andere berechnigte oder unberechnigte Forderung, die in der sogenannten Reichsverfassung ihren Ausdruck gefunden, der Verwirklichung werde näher geführt werden. Das aber ist unläugbar, daß der angeführte §. 64. der Ausdruck eines namentlich unter den Rechtskundigen Deutschlands weitverbreiteten sehulichen Wunsches war. Und wer möchte dem seine Berechtigung absprechen? Wer erwägt, welche Kräfte fortwährend in verschiedenen deutschen Staaten für Gesetzgebung in Anspruch genommen werden, und in wie geringem Maße die Verschiedenheiten, die sich in neuern Entwürfen allgemeiner Gesetzgebung finden, durch specifische Verschiedenheit der Verhältnisse in den einzelnen Staaten motivirt, wie sie vielmehr häufig geringer sind, als die zwischen verschiedenen Entwürfen für einen und denselben Staat: wie mag er sich des Gedankens erwehren, daß es gescheidter wäre, solche Kräfte zu gemeinsamer Arbeit für ein höheres Ziel der Gesetzgebung zu vereinigen? Was insbesondere das Privatrecht betrifft, so betrachtet man zwar dieses, und nicht ohne Grund, als einen vorzüglich schwierigen und bedenklichen Gegenstand allgemeiner Gesetzgebung; aber andererseits wäre gerade darin, bei der täglich zunehmenden Lebendigkeit und Innigkeit des Verkehrs, eine größere Uebereinstimmung besonders wünschenswerth. Wo sich dieses Bedürfniß am meisten fühlbar macht, im Handelsverkehr, da war zum Theil schon vor 1848 durch Verständigung unter den deutschen Staaten die Abhülfe vorbereitet; eine Frucht dieser Verständigung, die deutsche Wechselordnung, besteht nun wirklich als gemeinsames Recht fast für ganz Deutschland und sämtliche österreichische Staaten, obwohl auch dieser Erfolg nicht unmittelbar durch die anmaßliche Promulgation von Seiten der Frankfurter Nationalversammlung erzielt worden ist¹. Ebenso war der Plan einer vollständigen gemeinsamen Handelsgesetzgebung schon mehrfach in nähere Erwägung gezogen, und das sogenannte Reichsministerium der Justiz suchte deren Verwirklichung durch Ausarbeitung eines Entwurfes vorzubereiten, dessen erste Abtheilung im Jahr 1849 gedruckt erschien². Aber auch der Idee eines

¹ Vgl. darüber Mittermaier im Archiv f. civ. Prag. XXXI. 17. XXXII. 5.

² Vgl. Brinkmann ebendas. XXXII. 15. XXXIII. 4. XXXIV. 7.

allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs für Deutschland hatte schon vor Verkündigung der Reichsverfassung ein praktischer Rechtsgelehrter durch einen aus eigenem Antrieb verfaßten Entwurf Leib und Leben zu geben versucht. Am Ende des Jahres 1848³ erschien bei Brodhäus in Leipzig:

„Entwurf zu einem allgemein deutschen Civilgesetzbuch, nebst Motiven, von Friedrich August Freiherrn von Preuschen-Liebenstein, nassauischem Hofgerichtsrathe“,

bestehend in 1565 §§. (S. 1—280.), deren Motive auf S. 283—474. ausgeführt sind. Der Verfasser hat das Werk zum Theil schon 1846 bis 1847 ausgearbeitet, und dann nur Einzelnes mit Rücksicht auf die inzwischen eingetretenen politischen Ereignisse abgeändert oder weggelassen. So namentlich enthielt sein ursprünglicher Entwurf noch 3 §§. über Standesverschiedenheit und 70 §§. vom Adelstande, die nun als bloße Antiquität unter dem Texte mitgetheilt werden, nachdem damals schon in den „Grundrechten des deutschen Volks“ der Satz aufgenommen war: „Der Adel als Stand ist aufgehoben“. Jetzt, nach vier Jahren, sind diese Grundrechte selbst schon eine Antiquität geworden, als Erzeugniß eines Zustandes, von dem man verwundert ist in §. 10. unseres Entwurfs folgende Begriffbestimmung zu finden: „Die vorübergehende, durch den Genuß aufregender Lebensmittel oder in anderer Weise herbeigeführte Geistesstörung wird Berauschung genannt“. Daß das vorliegende Werk an solchem Fehler des Ursprungs leide, kann man ihm nicht vorwerfen, man möchte denn in Bitterkeit oder Nüchternheit der Seele jede das ganze Deutschland umfassende patriotische Gesinnung nur für einen Rausch erklären; aber allerdings ist schon dieser §. 10. mit seinen neun Vorgängern geeignet, gegen den Beruf des Verfassers zur Abfassung eines bürgerlichen Gesetzbuchs Bedenken zu erregen. Wer möchte wohl, wie er, ein Gesetzbuch für Deutschland mit dem Satze beginnen: „Der Staat erkennt als selbständige geistige Wesen, welche durch ihren Körper mit der Außenwelt in Verbindung treten, nur Menschen?“ — wer dem §. 2. seinen Beifall schenken, welcher fortfährt: „In dem Menschen, als einem selbständiger Rechtsfähigkeit theilhaftigen freien Wesen, beruht der Ursprung aller Persönlichkeit?“ Wer wird nicht Anstoß nehmen an der Fassung des §. 3.: „Regelmäßig ist jede Person vor dem Gesetze gleich“, wenn er auch in den beliebten obwohl eigentlich sinnlosen Ausdruck der Gleichheit vor dem Gesetze noch so sehr verliebt ist? Wir vermögen denn auch das Werk im Ganzen nach Form und Inhalt nicht als ein gelungenes zu bezeichnen, wenn gleich wir dem Wagniß des Versuches

³ Die dem Buche vorgelegte Ansprache an die Leser ist vom 4. Dec. 1848 datirt.

schon an sich und der Vaterlandsliebe, woraus er hervorgegangen, so wie den Kenntnissen, die sich darin an den Tag legen, unsere Anerkennung nicht versagen können und wohl wünschen, daß in allen höhern Gerichten unseres großen Vaterlandes viele eben so entschlossene Männer sitzen möchten. Wäre aber auch das Werk vortrefflich, der Hoffnung, daß es wirklich Grundlage einer gemeinen deutschen Civilgesetzgebung werde, müßte der Verfasser doch vorerst wohl entsagen; vernahmen wir doch erst vor kurzem, daß man sogar den Plan der Herstellung eines gemeinsamen Handelsrechts in Preußen wieder fallen lasse, und dürfen wir uns wahrlich Glück wünschen, wenn der deutsch-österreichische Handelsvertrag etwa nach Ablauf der ersten zwölfjährigen Vertragsperiode eine gemeinsame Handelsgesetzgebung ins Leben ruft.

Während nun die Aussicht auf eine allgemein deutsche Civilgesetzgebung zurücktritt, verfolgt die Gesetzgebung einzelner deutscher Länder, besonders solcher, in denen bisher noch sogenanntes gemeines Recht gilt, die Aufgabe, wenigstens in ihrem Gebiete dem gegenwärtigen disharmonischen Rechtszustande Abhülfe zu bringen. So wie nach der Aufnahme des römischen Rechts in Deutschland eine Menge von Landrechten entstand, hauptsächlich um den durch jene veranlaßten Rechtswirrnissen zu begegnen und festzustellen, was von einheimischem Recht dem fremden gegenüber noch jerner erhalten bleibe, so, scheint es, sollen wir jetzt eine Reihe von Einzelgesetzgebungen erhalten, die dem Entwicklungsgange des deutschen Rechtslebens nach der entgegengesetzten Richtung eine Art von Abschluß geben, indem sie der formellen Geltung oder äußern Autorität der fremden Rechtsquellen ein Ende machen. Man mag es beklagen, daß auf diese Weise die Zersplitterung in Recht und Rechtswissenschaft verewigt werde; man möchte wohl wünschen, daß, wie jüngst in Sachen des Handels, so auch einmal in Sachen der bürgerlichen Gesetzgebung wenigstens unter den mittlern und kleineren Staaten Deutschlands eine Coalition sich bilde, um mit vereinter Kraft nach gemeinsamem Ziele zu streben; aber wo sich noch so wenig Mittel und Aussichten zu dessen Erreichung darbieten, da läßt sich eben nichts anderes erwarten, als daß die Einzelkräfte dem gefühlten Bedürfniß zu entsprechen suchen, und wenn auch in Folge davon formell der letzte Rest einer gemeinrechtlichen praktischen Rechtswissenschaft dahin schwindet, die materielle Verschiedenheit der wirklich geltenden Rechte in Deutschland wird darnach doch kaum so groß bleiben, als sie bisher war.

Ein energischer Ansaß zur Schöpfung eines bürgerlichen Gesetzbuchs wurde schon vor zehn Jahren im Großherzogthum Hessen gemacht. Der

Entwurf der ersten Abtheilung (Personen- und Familienrecht) nebst Motiven erschien gedruckt 1842¹ und neu bearbeitet 1844²; darauf folgte 1845 die zweite Abtheilung (Sachenrecht³), und die dritte Abtheilung (von der Erbfolge). Ueber die erste Abtheilung liegt ein ausführlicher Bericht der ständischen Ausschüsse vor, gedruckt 1846, die zweite Abtheilung aber ist, nachdem indessen ein besonderer Gesetzentwurf über Hypotheken und Erwerb von Grundeigenthum erschienen war, im Jahr 1851 als revidirter Entwurf wiederum veröffentlicht worden. Von einem Entwurf über das Recht der Schuldverhältnisse ist noch nichts bekannt geworden. Dagegen ist jüngst auf einmal als Ganzes der „Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen nebst allgemeinen Motiven und Inhaltsverzeichnisse“ dem Publikum vorgelegt worden (Dresden 1853. XX. und 430 S. 8^o.), wozu gleichzeitig „Specielle Motiven“ (so heißt der Titel) im Druck erschienen sind. Daß auch in andern deutschen Staaten fortwährend ähnliche Pläne gehegt werden, ist bekannt, wenn auch neuestens keine Resultate der betreffenden Vorarbeiten ans Licht der Oeffentlichkeit getreten sind. In Baiern insbesondere scheint das seit 1808 immer wieder auftauchende Vorhaben eines neuen bürgerlichen Gesetzbuchs seit 1847 zu ruhen, auf tischhohen Entwürfen der vorhergehenden Jahrzehnte, wie sehr auch dort die Ansicht verbreitet ist, daß der Codex Maximilianeus nicht lange mehr sein hundertjähriges Jubiläum überleben sollte, daß wenigstens die lebenswürdige Buntstüchtigkeit des Rechtszustandes innerhalb des Königreichs dringend Abhülfe begehre. Doch wird wohl auch hier bald andern Händen die Wiederaufnahme der darauf gerichteten Bestrebungen anvertraut werden!

Fruchtbarer an Versuchen im Gebiete der bürgerlichen Gesetzgebung ist die Schweiz. Dort verhält es sich ähnlich wie in Deutschland, obgleich das Band der politischen Einigung dort jetzt straffer angezogen ist als hier; weil auf eine gemeinsame Gesetzgebung wenig Aussicht eröffnet war, so sind die einzelnen Cantone jeder für sich darin vorgegangen⁴. Wir heben darunter namentlich hervor den vor kurzem vollendeten (ersten) Entwurf eines privatrechtlichen Gesetzbuchs für den Canton Zürich, den wir als ein bedeutendes Product deutscher Rechtswissenschaft in den Kreis unserer Betrachtung zu ziehen uns nicht enthalten können. Der erste

⁴ Beurtheilt von Zöpfl in Heibelb. Jahrb. 1843. Nr. 4—6.

⁵ Vgl. meine Recension in den krit. Jahrb. v. 1846. S. 128 fg. 215 fg. (oben S. 280 fg.)

⁶ Vgl. dieselben Jahrb. v. 1847. S. 799 fg. (oben S. 349 fg.)

⁷ Vgl. darüber, sowie über andere nicht deutsche Gesetzgebungen der neuesten Zeit Mittermaier im Arch. f. civ. Prag. XXXV. 5.

Theil desselben (Personen-, Familien- und Erbrecht) erschien bereits 1844⁸, das Personen- und Familienrecht nach Berathung durch die engere und weitere Gesetzgebungscommission in neuer Redaction 1847, das Sachenrecht im ersten Entwurf 1851, das Recht der Forderungen und Schulden 1852, wornach es nun vermuthlich nicht lange mehr anstehen wird, bis das Ganze zur Promulgation gereift ist, da man in der Schweiz den Luxus mit Gutachten, Berichten und stenographirten Verhandlungen der verschiedenen Factoren der Gesetzgebung nicht so weit wie in Deutschland zu treiben und der vernünftigen Ansicht zu sein scheint, daß das Berathen und Ueberarbeiten einmal ein Ende haben müsse, um zur That der Gesetzgebung zu kommen.

Wir wollen übrigens zunächst den sächsischen, als den neuesten vollständigen Entwurf eines deutschen Bundesstaates zum Gegenstand und Anhaltspunkt näherer Betrachtung wählen, und dabei die andern erwähnten Werke nur zur Vergleichung heranziehen. Der Kürze wegen bezeichnen wir die verschiedenen Entwürfe durch die Anfangsbuchstaben S. (den sächsischen), H. (den hessischen), Z. (den züricher), und P. (den Entwurf von Frhrn. von Preuschen).

Der Haupturheber von S., Dr. G. Fr. Held, hat sich zugleich vorgefetzt, über den Entwurf in einigen besondern Abhandlungen sich zu verbreiten, von denen die erste bereits (Leipzig 1852) erschienen ist. Er bespricht darin 1) die Abgränzung des bürgerlichen Gesetzbuchs gegen andre Theile des Rechts, 2) dessen Haltung in materieller und formeller Hinsicht und 3) die systematische Ordnung. In der ersten Beziehung stimmt S. im wesentlichen überein mit H. und Z.; er beschränkt sich auf das allgemeine Privatrecht, schließt jedoch davon eine Reihe von Gegenständen, die zum Theil das öffentliche Recht berühren, und worüber besondere Gesetze bestehen, aus, übergeht auch, mit H., gewisse Rechtsinstitute, „welche, wie die Erbzins- und Erbpacht-Qualität, Realleistungen und gewisse Dienstbarkeiten, in der Auflösung und Ablösung begriffen sind“, und überläßt bloß reglementäre Vorschriften den von ständischer Zustimmung unabhängigen Verordnungen. Unter dem zweiten Gesichtspunkte berührt der Verfasser fünf Punkte, welche die allgemeine Charakteristik des Entwurfes betreffen. Ueber den ersten derselben, nämlich daß ein Werk dieser Art, wenn es einmal unternommen wird, sich nicht bloß auf Codification des bestehenden Rechts beschränken könne,

⁸ Bgl. darüber meine Beurtheilung in den krit. Jahrb. v. 1846 (in Verbindung mit dem hessischen Entw., oben Nr. 12.). Obgleich der Verfasser bekanntlich jetzt mein Colleague und Mitherausgeber dieser Zeitschrift ist, so wollte ich mich dadurch doch nicht abhalten lassen, auch jetzt wieder auf eine so bedeutende Erscheinung im Fach der Gesetzgebung vergleichend Rücksicht zu nehmen.

wird sich kaum noch eine Meinungsverschiedenheit ergeben, wenn dabei zugleich zweitens anerkannt wird, daß die Absicht nicht auf Erdenken und Erfinden eines neuen Rechts gerichtet sein könne, sondern dem bestehenden Recht gebührende Beachtung zu Theil werden müsse. Allerdings könnte auch durch jene Arbeit schon, namentlich in Ländern des gemeinen Rechts, sehr Erhebliches für Verbesserung des Rechtszustandes geleistet werden, schon dadurch allein, daß sie eine Menge praktischer Streitfragen abschneide, die bisher immer wiederkehrend nicht nur, wie uns in Seuffert's Archiv anschaulich vor Augen liegt, einen großen Kraftaufwand gelehrter und doch unfruchtbarer Rechtserörterung in Anspruch nimmt, sondern auch viele Rechtstreite veranlaßt. Aber es wäre doch, zumal bei dem complicirten keineswegs harmonischen Zustande des bisherigen Rechts, eine in der That wunderliche Enthaltksamkeit des Gesetzgebers, dabei auf jedes reformatorische Eingreifen zu verzichten, und würde sich der mit der Arbeit Betraute, je mehr er seinen Stoff wissenschaftlich beherrscht, desto widerwilliger einer solchen Beschränkung unterwerfen, abgesehen davon, daß in den meisten deutschen Staaten von einigem Umfang selbst die nothdürftigste Vereinfachung des Rechts ohne vielfältige materielle Aenderung der manchfaltigen Statutarrechte gar nicht möglich wäre. Zweifelhafter ist schon die Frage, in welchem Maße ein neues Gesetzbuch an das bestehende Recht sich anlehnen solle? Doch wird auch darüber: ob Volksrecht oder Juristenrecht? ob deutsches oder römisches Recht? in allgemeiner Beantwortung der Verständigen nicht Mancher mit dem Verfasser in Hader gerathen. Jeder wird verlangen, daß das Gesetzbuch den wirklichen Volkszuständen entspreche, und wünschen, daß es auch in Form und Ausdruck dem ganzen Volke möglichst verständlich und zugänglich sei; aber kein Verständiger wird wollen, daß darnach auf Kosten der juristischen Durchbildung und grundsätzlichen Folgerichtigkeit gestrebt werde, deren Mangel bei scheinbar populärer Fassung in der Praxis gerade leicht mit sich bringt, was man vermeiden will, daß das Recht eine Domäne der Rechtsanwälte und ein Tummelplatz ihrer Spitzfindigkeiten wird; daher man mit gutem Grund auch da, wo ultrademokratisches Regiment besteht, zum Werke der Gesetzgebung einen wissenschaftlichen Juristen sich aussucht, ohne sich darum zu kümmern, daß dieser politisch zu den Gegnern jenes Regiments gehörte. Und was das Verhältniß von römischem und deutschem Recht betrifft, so werden Romanisten und Germanisten im allgemeinen ziemlich einig darin sein, daß ein Rechtsatz nicht deshalb, weil er römisch ist, aufrecht zu erhalten, daß nicht, was deutschrechtlich vor Zeiten gegolten hat, als solches wieder-

herzustellen sei. Einig darin, daß übertriebener Verehrung des römischen Rechts manches Einheimische unbarmherzig zum Opfer gefallen, werden beide doch auch den Eifer, womit vor beiläufig 18 Jahren zur Wiedervergeltung ein gewisser Kaulfuß das römische Recht zu den Füßen des Hermannsdenkmals hinopferte, als unverständige Idolatrie belächeln, und sich einander gern zugeben, einerseits daß es ein unvernünftiges Beginnen wäre, den mächtigen Einfluß, welchen die lange Geltung des römischen Rechts auf unser Rechtsbewußtsein ausgeübt hat, gewaltsam wieder zu beseitigen, andererseits daß es nicht minder unvernünftig wäre, bei dem römischen Rechte stehen zu bleiben, wo die neuere Rechtswidmung darüber hinausgegangen ist, dagegen nach Umständen sehr wohl thunlich sei, einheimisches Recht, welches durch das fremde nur geknickt und geschwächt worden, wieder zu beleben und aufzurichten. Es kommt eben nur darauf an, was noch eine lebenskräftige Wurzel in unserm Rechtsleben hat, und was dem gegenwärtigen Stande der Gesittung und des Verkehrs entsprechend ist; worüber denn im Einzelnen freilich die Ansichten vielfach auseinandergehen mögen, In neuester Zeit zwar ist „der principielle Gegensatz zwischen dem römischen und germanischen Rechte“⁹ in einer Weise gezeichnet worden, die eine versöhnliche Mischung beider völlig auszuschließen scheint. Aber wie ansprechend und geistvoll auch diese Zeichnung ausgeführt ist, genauere Prüfung wird doch wohl ergeben, daß, was der Verfasser einseitig als römisches und germanisches Rechtsprincip hinstellt, das Princip der Subjectivität oder der Geltung des Ich, und das der Objectivität oder der Herrschaft des Ethos, nur zwei verschiedene Richtungen sind, die sich mit mehr oder weniger Energie in jedem Rechte geltend machen; und unläugbar ist jedenfalls, daß des Verfassers specifisch römisches Princip in unserm heutigen Rechtsbewußtsein, nicht bloß unter uns Juristen, sondern im Volke selbst, ja vielleicht mehr als irgend anderswo, im Bauernstande, eine sehr ausgedehnte Herrschaft gewonnen hat, daß wir also, mit dem Verfasser zu reden, stark romanisirt sind, während dieser selbst auf der andern Seite nicht umhin kann, schon im römischen Rechte „ausnahmsweise“ in vielen Verhältnissen den Einfluß des angeblich germanischen Rechtsprinzips anzuerkennen, ja sogar sich genöthigt sieht, eine Reihe der häufigsten und wichtigsten Rechtsgeschäfte, die *Consensualcontracte* und überhaupt alle sog. *negotia bonae fidei*, die schon bei Cicero anerkannt und von den spätern Juristen auf's feinste ausgebildet sind, ihrem Charakter nach für Ausnahmen vom römischen Rechtsprincip zu erklären.

⁹ Von R. A. Schmidt, großh. medlenb. Oberappellationsrathe, Posen 1853.

Eine andre Frage ist, ob man bei Einführung eines neuen bürgerlichen Gesetzbuches dem bisherigen Rechte, namentlich dem römischen, noch eine subsidiäre Giltigkeit belassen solle? S. sowohl wie H. schließen sie aus, und der Verfasser des ersten sucht in dem angeführten Aufsatze S. 23 fg. dieses zu rechtfertigen; dagegen wird es von einem Recensenten in Gersdorfs Repertorium bedauert. Wir müssen dem ersten beistimmen. Daß das bisherige Recht das bedeutendste Hülfsmittel zur Erklärung und praktischen Ausbildung der neuen Gesetzgebung bleiben werde, versteht sich von selbst; diese aber muß doch vor allem aus sich selbst und nach ihrem Geiste durch Analogie weiter entwickelt werden, und mißlich ist es, daneben bisherigen Rechtsquellen die formelle Giltigkeit eines subsidiären Rechts beizulegen; denn dieses kann leicht Veranlassung werden, daß jener nächste Weg vernachlässigt und bei wirklicher oder vermeintlicher Lückenhaftigkeit mechanisch nach einem Satze des ältern Rechts gegriffen wird, der vielleicht mit den Grundsätzen des neuen Gesetzbuchs im Widerspruch steht. Es ist nicht zu fürchten, daß jenes jetzt noch in einem deutschen Lande so einseitig getrieben und übertrieben und dem Studium des bisherigen, namentlich des römischen Rechts, eine so dürftige und untergeordnete Rolle angewiesen werde, wie es in Oesterreich nach Einführung des bürgerlichen Gesetzbuchs bis zur neuesten Zeit der Fall war, da man jetzt auch hier den Fehler erkennt und der Sache eine bessere Wendung zu geben beflissen ist, wovon uns so eben in einer Beurtheilung des sächsischen Entwurfs ein sehr erfreulicher Beweis gegeben wird¹⁰. Wenn sich indessen der praktische Nutzen, den das Studium des römischen Rechts auch ferner behalten wird, wie der Verfasser des S. bemerkt, bloß in Betreff der Stellen zeigen sollte, „welche nur Sätze des Naturrechts enthalten“, so wäre er unseres Erachtens nur sehr gering anzuschlagen.

Ein dritter Punkt, welchen der Verfasser von S. zur Charakteristik der Haltung des Entwurfs hervorhebt, betrifft die „Gleichheit vor dem Gesetze“, welche natürlich auch in der sächsischen Verfassungsurkunde als

¹⁰ Der Entw. eines bürg. Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen, mit besonderer Rücksicht auf das österr. allg. bürg. Gesetzbuch besprochen von Dr. Jos. Unger. (Allgemeiner Theil — bürgerliches Sachenrecht). Wien 1853. Der Verfasser bezeichnet es (S. XII. XIII.) als die Aufgabe der jetzigen österr. Jurisprudenz, das Element historischer und vergleichender Behandlung auszubilden und zu der ihm gebührenden Herrschaft zu bringen, und so einen frischen Zusammenhang mit der wissenschaftlichen Thätigkeit in den Nachbarländern anzustreben, da man nunmehr ziemlich allgemein überzeugt sei, „daß das Verhältniß zwischen einem durch und durch historischen Staat und einer rationalisirenden Wissenschaft auf die Dauer unhaltbar sei, und früher oder später zu einem schweren Bruche führen müsse“; und diese Schrift selbst ist schon ein keineswegs „unbedeutendes und schwaches“ Zeichen dieser neuen Richtung, indem der Verfasser durchweg eine gründliche civilistische Bildung und vertraute Bekanntschaft mit der deutschen rechtswissenschaftlichen Literatur an den Tag legt.

politisches Postulat figurirt. Daß aber trotz der so oft ausgesprochenen Gleichheit Aller vor dem Gesetze dennoch nach dem Gesetze im bürgerlichen wie im öffentlichen Rechte unmöglich alle Personen einander gleichgestellt sein können, hat bei einiger Besinnung nie verkannt werden können und ist auch in unserm Entwurf nicht verkannt worden. Wenn aber dieser, auf Vereinfachung des Rechtssystems bedacht, singuläre oder anormale Rechtsbestimmungen möglichst zu vermeiden gesucht und so z. B. nach dem Vorgange anderer Gesetzgebungen, namentlich der österreichischen, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und verschiedene andere Rechtswohlthaten gewisser Classen von Personen aufgehoben hat, so können wir dem nur unsern Beifall schenken, insofern jene überhaupt nicht mehr hinreichend begründet erscheinen oder durch anderweitige gesetzliche Bestimmungen, namentlich im Vormundschaftswesen, gegen unbillige Gefährdung schutzbedürftiger Personen ohnehin die wünschenswerthe Vorsorge getroffen ist.

Einige neuere Gesetzgebungen weichen bekanntlich vom gemeinen Rechte darin bedeutend ab, daß sie für alle wichtigeren Rechtsgeschäfte bestimmte Formen, namentlich für alle Verträge, sobald ihr Gegenstand einen gewissen Werth erreicht, schriftliche Abfassung vorschreiben. Daß er diesem Beispiel nicht nachahme, wird als ein vierter die Haltung des S. bezeichnender Punkt hervorgehoben. Formvorschriften für einzelne Rechtsgeschäfte finden sich natürlich auch in diesem; als Regel aber für Verträge stellt er in §. 705. 706. den gemeinrechtlichen Grundsatz auf, wornach weder, wie nach preußischem Landrecht, zu deren Giltigkeit, noch zum Beweise derselben, wie nach französischem Recht, eine bestimmte Form erforderlich ist, nachdem die römische Stipulation in unserem Recht keine Aufnahme gefunden hat. In mancher Beziehung ist es allerdings von Werth, wenn in der Sitte des Volks eine allgemein übliche und leicht anwendbare Geschäftsform besteht, als Ausdruck des entschiedenen Willens, sich zwangrechtlich zu binden. Aber es ist sehr bedenklich, solche Formen für Handlungen des alltäglichen Verkehrs gesetzgeberisch aus bloß rechtspolitischen Gründen zu erfinden. Wird die Giltigkeit des Vertrags von der Beobachtung der Form abhängig gemacht, so dient das Gesetz dem offenen Wortbruch zum Schutze, ganz entgegen dem Princip der Sittlichkeit, das R. A. Schmidt als germanisches Rechtsprincip auch in der Lehre von Verträgen behauptet¹¹, und kann zudem,

¹¹ a. a. D. S. 261 fg. Der Verfasser freilich findet die Vorschrift einer bestimmten Form, bloß um die Thatsache der Perfection des Vertrags zu constatiren, z. B. Handschlag, oder um leichtsinnige Verträge zu verhüten, z. B. gerichtliche Bestätigung, Schriftlichkeit, nicht übereinbar mit dem germanischen Rechtsprincip. Aber war denn die Stipulation im classischen römischen Rechte wesentlich

namentlich bei zweiseitigen Verträgen, wenn es nicht offenbare Unbilligkeit beschirmen will, sehr verwickelte Rechtsverhältnisse herbeiführen. Die preussische Gesetzgebung gibt in dieser Beziehung ein warnendes Beispiel. Die Strenge, womit ein Edict Friedrichs II., um die Leute zu schriftlicher Abfassung der Verträge über 50 Rthlr. zu nöthigen, die Nichtigkeit nichtschriftlicher Verträge statuirte, zeigte sich in der Anwendung so hart, daß sie lebhaften Widerspruch von Seiten richterlicher Behörden hervorrief; die milderen Grundsätze, welche dann das Landrecht darüber aufstellte, sind eine ergiebige Quelle von Streitfragen und widerwärtigen Rechtsstreiten geworden. Erfordert aber das Gesetz die Schrift nur zum Beweise, so verführt es gewissermaßen zu unredlicher Ablängnung des nicht schriftlichen Vertrags, und, wenn es zu deren Bekämpfung, wie der Code Napoléon, noch die Eideszuschreibung gestattet, so kann daraus das sonderbare Ergebniß folgen, daß der Abschwörende auf die Aussage von Zeugen, welche nichts gilt für den civilrechtlichen Beweis des abgeschlossenen Vertrags, strafrechtlich wegen Meineids verurtheilt werden könnte. Wir stimmen daher dem S. bei, und finden wohl beherzigungswerth, was Dr. Held zu dessen Rechtfertigung bemerkt, wie denn auch Z. §. 1210. gleichfalls als Regel aufstellt, daß es zur Giltigkeit und Klagbarkeit der Verträge keiner besondern Form bedürfe. Allerdings macht S. sowohl wie Z. einzelne Ausnahmen von dieser Regel; aber S. nimmt selbst Verträge über Grundstücke nicht davon aus, während für diese Z. §. 1211. schriftliche Abfassung oder notarielle Beurkundung erfordert, und in neuester Zeit auch in Württemberg ein ähnlicher Gesetzworschlag angenommen worden ist. In Baiern hatte man sogar in dem freilich nicht zur Annahme gediehenen Entwurfe des Notariatsgesetzes einen §. aufgenommen, wornach zu Verträgen über Immobilien schlechthin bei Strafe der Nichtigkeit ein notarielles Instrument erforderlich sein sollte. So weit geht selbst das preussische Recht (I. 10. §. 15—17.) nicht; nur die Eintragung des Besitztittels in das Hypothekenbuch bedingt es durch eine öffentliche Vertragsurkunde, legt aber dem schriftlichen Privatvertrage die Wirkung einer klagbaren Punctation bei. Und gewiß ist jener Gesetzworschlag zu weit gegangen. Zur Unterstützung desselben berief man sich in den Kammerverhandlungen darauf, es sei alldcutsches Recht, daß zur Veräußerung von Grundstücken eine gerichtliche Handlung erfordert werde. Dieß war aber ein starker Fehlgriff. Zur Uebertragung des Eigenthums an Grundstücken war gerichtliche

etwas anderes als eine Form, die dazu diente, die Thatsache des Abschlusses eines Vertrags, der Bindung durch ein zwangsrechtlich giltiges Versprechen, zu constatiren?

Auflassung erforderlich, und so wird auch keine neuere Gesetzgebung leicht noch ohne Eintragung in ein öffentliches Buch jener die vollkommene Wirkung des Eigenthumsübergangs, auch im Verhältniß zu Dritten, zugestehen; niemals aber hat das deutsche Recht auch die obligatorische Wirkung der Verträge über unbewegliches Gut allgemein von gerichtlicher oder notarieller Vertragserrichtung abhängig gemacht. Auch ist dieß unseres Erachtens gar nicht angemessen. Die Bevormundung aller Unterthanen, um sie vor unüberlegter Abschließung solcher Verträge zu bewahren, so weit zu treiben, ist um so weniger angemessen, da es eine bekannte Sache ist, daß die Landleute, die es doch hauptsächlich betreffen würde, durchgängig sehr zähe und vorsichtig sind, wenn es darauf ankommt ihren Grundbesitz zu schmälern, und nach demselben Gesichtspunkt müßte man consequent auch noch viel weiter gehen, da sehr häufig Verträge über weit werthvollere andere Gegenstände, als der der meisten Verträge über Grundbesitz ist, vorkommen. Zudem würde der pfiffige Contrahent gegen die Gefahr der Nichtvollziehung eines punktirten Vertrages durch Handgeld, Conventionalstrafe und andere Mittelchen doch sich zu decken wissen und nur der redlich Vertrauende darunter leiden. Und man glaube nur nicht, eine solche Vorschrift werde bewirken, daß die Landleute sich beeilen würden zu dem stundenweit entfernten Notar zu laufen, um ihren Verträgen die bindende Form zu geben. Die Erfahrung spricht dagegen. Zuverlässig würden bald Hunderte von Fällen vorkommen, daß einstweilen ohne diese in wechselseitigem Vertrauen Kauf oder Tausch von Grundstücken abgeschlossen und durch Besitzübergabe vollzogen und von dem neuen Besitzer Anlagen und Verbesserungen vorgenommen würden, und wenn dann nach Wochen, Monaten, selbst Jahren, der eine Contrahent vielleicht vor der Thür des Notars wieder umkehrte und auf das Gesetz gestützt sein Wort zu halten sich weigerte, so würden widerwärtige Entschädigungsprocesse die Folge sein. Ich bin überzeugt, das Gesetz würde mehr und ärgerlichere Processe veranlassen als verhüten, und zudem in vielen Fällen, von denen die Gerichte keine Kunde erhalten, grundlos dem Unrecht zum Schutze dienen. Weniger bedenklich scheint es, bei der allgemeinen Verbreitung der Schreibkunde, bloß schriftliche Abfassung für Verträge über Grundeigenthum zu erfordern, zumal wo es wahr ist, was kürzlich der württembergische Justizminister versicherte, daß ohnehin fast alle solche Verträge schriftlich errichtet werden, wogegen man freilich einwenden könnte, daß es dann ja der gesetzlichen Vorschrift nicht bedürfe. Auffallend strenge, unseres Erachtens verwerfliche Formvorschriften stellt P. auf (§. 911. 912.). Er

erklärt für nichtig alle nicht schriftlichen Verträge über 100 Gulden Werth, alle nicht in öffentliche Urkunde gebrachten Verträge über 500 Gulden oder mehr, und selbst die nicht schriftlichen Verträge über weniger als 100 Gulden, falls diese nicht binnen Jahresfrist wenigstens von einem Theile erfüllt sind.

Doch kehren wir zurück zu unserm Entwurf. Noch ein fünfter Punkt ist es, und ein besonders bedeutender, welcher zur Charakterisirung der Haltung desselben hervorgehoben wird. Vor der Ausarbeitung desselben hatte man sich natürlich die Frage aufgeworfen, welche der beiden unter einander bezüglich ihrer Haltung so wesentlich verschiedenen deutschen Gesetzgebungen man sich zum Vorbild wählen solle? das hauptsächlich nur auf Feststellung der allgemeinen Grundsätze und wesentlichen Bestimmungen der einzelnen Rechtsverhältnisse gerichtete österreichische Gesetzbuch? oder das in ein großes Detail abgeleiteter und besonderer Rechtsregeln, in möglichst erschöpfende Ausführung der verschiedenartigen Gestaltungen der Rechtsverhältnisse sich ausbreitende preussische Landrecht? Wie viel ausdauernder Fleiß auch, wie viel gewissenhafte Sorgfalt auf das preussische Landrecht verwendet worden ist, „dessen ungeachtet ist dieses Gesetzbuch das verfehlteste in seiner Anlage und das mißlungenste in der Ausführung“ — „wer in das preussische Landrecht hineinzusehen genöthigt ist, dem wird leicht das Sprichwort zu Sinne kommen: man sieht vor den Bäumen den Wald nicht. In vielen tausend §§. ist eine ungeheuere Gedankenarbeit niedergelegt; aber theils ist das System im Großen nicht klar, nicht natürlich; theils verlieren sich die leitenden Principien in einer Unzahl von kleinen Regeln. Und diese kleinen Regeln sind doch ungenügend, die Mannfaltigkeit des irregulären Lebens zu umfassen und zu beherrschen. — Es hat daher auch das preussische Landrecht seither nirgends eine Nachahmung gefunden, so vieles allerdings im Einzelnen von demselben und in demselben zu lernen ist“¹². Zu solcher Nachahmung hat auch S. sich nicht bestimmt gefühlt, dessen Verfasser nicht bezweifelt, „daß, wenn man schon jetzt einer Umarbeitung des Landrechts bedarf, der Grund hiervon zum Theil in einer zu detaillirten Bearbeitung des Rechts zu suchen ist“¹³, sowie auch das Stocken der längst unternommenen Revision wohl hauptsächlich darin seinen Grund haben mag, daß man sich schwer entschließen kann, dem lästigen Reichthum, dem Erzeugniß und dem Gegenstande beharr-

¹² Worte aus einem Aufsatze über das Gesetzbuch für Zürich, in dem Beobachter für die östliche Schweiz vom 19. Jan. 1844.

¹³ Geld a. a. D. S. 33. 34.

licher wissenschaftlicher Arbeit, zu entsagen. Dagegen hat das österreichische bürgerliche Gesetzbuch in seiner schlichten Kürze nicht nur in Oesterreich leicht Eingang gefunden und tiefe Wurzel geschlagen, sondern auch anderwärts mehrfach zum Vorbilde gedient; es ist die Grundlage mehrerer Gesetzbücher der deutschen Schweiz¹⁴; auch unter den bairischen Vorarbeiten zu einem neuen bürgerlichen Gesetzbuch findet sich ein vollständiger Entwurf, der bloß in einer Uebersetzung des österreichischen Gesetzbuchs besteht, und in Sachsen wurde sogar einmal der Antrag gestellt, dasselbe ohne weiteres dort einzuführen, in der Hoffnung, daß dieses Beispiel auch in andern deutschen Staaten Nachahmung finde und so vielleicht ein gemeinsames bürgerliches Recht für ganz Deutschland erzielt werde. Jetzt hat S. wenigstens in der Hauptsache die Haltung dieses Gesetzbuchs zum Muster genommen¹⁵, und „nicht bloß in der Methode, sondern auch im Geiste und im Ausdruck hat sich der sächsische Entwurf in der Regel an das österreichische Gesetzbuch gehalten, welches in einer überwiegenden Anzahl von §§. jenem fast wörtlich zum Grunde liegt“¹⁶. Jedoch hat S. „in mancher Hinsicht die etwas größere Ausführlichkeit des Code civil und der hessischen Entwürfe nachahmungswerth gefunden“, häufig nämlich einzelne streitige Fragen „durch eine speciellere Vorschrift zur Entscheidung gebracht“, oder „einen höhern Grundsatz in einige Folgesätze aufgelöst und auf die wichtigeren Fälle angewendet, um dadurch den Sinn und die Bedeutung des Principis deutlicher vor Augen zu führen“¹⁷. In den meisten Fällen dieser Art aber hat sich derselbe, nach dem Urtheil des österreichischen Kritikers, „jener Interpretation desselben angeschlossen, welche von den ausgezeichnetsten Rechtsgelehrten Oesterreichs als die richtige, dem Geiste des Gesetzes entsprechende aufgestellt wird“, und sich zugleich in der Fassung und Sprache, welche von den Verfassern des österr. Gesetzbuchs mit einer Meisterschaft behandelt wurde, wie vor ihnen nie und seither selten, diesem Vorbilde so sehr anzuschließen gewußt, daß die neu aufgenommenen Bestimmungen auch in dieser Beziehung in ungetrübter Einheit mit den aus jenem wörtlich entlehnten §§. stehen“¹⁸. Dem Umfange nach ist denn theils hierdurch, theils durch die Aufnahme des im österreichischen Gesetzbuche fehlenden Gantrechts S. größer geworden als dieses; jener zählt 2180 §§., dieses nur 1502. Im Ganzen müssen

¹⁴ Vgl. den Beobachter aus der östlichen Schweiz vom 26. Jan. 1826.

¹⁵ Held a. a. D. S. 36.

¹⁶ Unger a. a. D. S. 3.

¹⁷ Held a. a. D. S. 35.

¹⁸ Unger a. a. D. S. 4.

nun auch wir mit dieser Haltung oder Methode des S. uns einverstanden erklären, insofern er hauptsächlich nur darauf ausgeht, die leitenden Grundgedanken aufzustellen, jedoch auch hin und wieder durch nähere Bestimmungen die Anwendung zu sichern und zu erleichtern sucht. Auch Z. stimmt in dem Maße der Ausführlichkeit ziemlich mit S. überein; er zählt nur 24 §§. mehr als S. Aber was die Sprache und Fassung betrifft, können wir nicht ganz in das obige unbedingte Lob einstimmen. Zwar halten auch wir in einem Gesetzbuch Verständlichkeit und Klarheit der Ausdrucksweise für wichtiger als Kürze und Schönheit, und gern geben wir zu, daß auch in Ansehung der Sprache das österreichische Gesetzbuch seiner Zeit nicht ohne Verdienst war; aber es will uns doch bedünken, als ob jene Vorzüge, vereinigt und mit wissenschaftlicher Schärfe verbunden, wohl in höherem Grade erstrebt werden könnten, als es wirklich geschehen, und scheinen uns in dieser Beziehung Z. und H. schon besseres geleistet zu haben. Besonders tadelnswerth aber erscheint uns ein gewisser doctrinärer Charakter, der sich vorzüglich in der Eucht nach Definitionen und wissenschaftlichen Eintheilungen kundgibt, und worin S. das österreichische Gesetzbuch noch überbietet. Der Verfasser des ersten hebt es selbst als einen Vorzug vor diesem hervor, daß man in demselben „an vielen Stellen Definitionen gegeben habe, um die Fixirung des juristischen Begriffs in der Art zu bewirken, wie ihn der Gesetzgeber aufgefaßt haben will“¹⁹. Gewiß mit Recht aber bemerkt der Schweizer Gesetzverfasser: „Die schulmäßigen Definitionen taugen überall nicht für die Gesetzgebung, weil sie an die Stelle des lebendigen Wortes eine dürre todte logische Formel setzen — je mehr man definirt, desto mehr gewöhnen sich die Richter, das Recht bloß formal, bloß äußerlich zu nehmen; statt der Rechtsidee, die in sich Leben hat und leben läßt, regiert nun die Rechtsabstraction, welche das Leben abschneidet“. Und was der römische Jurist von Rechtsregeln versteht: „Omnis definitio in iure civili periculosa est“, gilt in hohem Grade auch von Definitionen in obigem Sinn; denn richtige Begriffsbestimmungen sind bekanntlich nicht leicht; unrichtige oder ungeschickte Begriffserklärungen aber, zu gesetzlichem Ansehen erhoben, sind hinderlich der freien Bewegung der Wissenschaft und sind schädlich für die Praxis, „weil sie leicht durch bloß logischen Gebrauch zu innerlich falschen und verkehrten Folgen führen“²⁰. Besser ist es: man mache nicht Begriffe durch das Gesetz, sondern überlasse es der Wissenschaft, aus

¹⁹ Helb a. a. D. S. 35.

²⁰ Vgl. den Beobachter aus der östlichen Schweiz von 1844. S. 20. 37.

den gesetzlichen Bestimmungen die Begriffsbestimmung zu abstrahiren, und nur wo in einer Begriffserklärung eine praktische Vorschrift liegt, nehme man solche auf. Das Gesetzbuch sei nicht ein Lehrbuch. Im Uebermaß leidet P. an diesem lehrbüchlichen Wesen. Hier finden wir, namentlich zu Anfang einer Lehre, oft eine Reihe von §§., die rein theoretische Sätze, Begriffsbestimmungen und Eintheilungen enthalten, z. B. §. 875 bis 890. „Begriff und Eintheilung der Verträge“, wo unter andern Ueberschlüssigkeiten z. B. vorkommt: §. 881. „Bedingte Verträge sind an Bedingungen geknüpft, unbedingte dagegen sind hiervon nicht abhängig gemacht“, und §. 887. „Sinnlose Verträge lassen keinen vernünftigen Zweck ihrer Eingehung erkennen, bei vernünftigen findet das Gegentheil statt“ u. dgl. m.

Lobenswerth ist E. auch darin, daß er sich regelmäßig deutscher Begriffsbezeichnungen bedient, ohne jedoch in übertriebener Sprachreinigungssucht auch solcher üblich gewordener fremdsprachlicher Bezeichnungen sich zu enthalten, welche durch allgemein-giltige deutsche Ausdrücke nicht leicht zu ersetzen sind; z. B. Commissionär, Sequestration, Indossament u. s. w. Bisweilen wird der Sicherheit wegen dem deutschen Ausdrucke der fremde eingeklammert zur Seite gestellt. Noch häufiger ist dieß im 3. der Fall, der zudem auch sonst öfter wohl entbehrlicher Fremdworte sich bedient, z. B. Compensation, Debitor und Creditor, Dolus u. a., während sich andererseits auch einzelne deutsche Ausdrücke darin finden, die uns unerhört sind, als Trölerei, Trotten, Trägerei. Am meisten befließigt sich P. deutscher Sprachreinheit und ist erfinderisch in Aufbringung neuer deutscher Ausdrücke, z. B. Verträger für Contrahenten.

Endlich ist nun noch in dieser allgemeinen Erörterung die systematische Anordnung der Entwürfe zu berühren. Referent hat sich über diesen Punkt schon bei einer andern Gelegenheit ausführlich ausgesprochen²¹. E. hat sich in der Hauptsache den dort entwickelten Ansichten angeschlossen²², indem er nach einem allgemeinen Theil als zweiten Theil das Sachenrecht aufstellt, als dritten Theil das Recht der Forderungen, als vierten das Familien- und Vormundschaftsrecht, und als fünften das Erbschaftsrecht. Diese Anordnung hat auch seitdem einen neuen Vertheidiger, namentlich im Vergleich mit dem System des österreichischen Gesetzbuchs, an dem österreichischen Beurtheiler des sächsischen Entwurfs gefunden²³. Natürlich können wir uns damit auch jetzt nicht

²¹ Krit. Jahrb. X. S. 137 fg. XI. S. 799 fg. (oben S. 288 fg. 319 fg.)

²² Held a. a. D. S. 36 fg.

²³ Unger a. a. D. S. 7 fg.

anders als einverstanden erklären. Doch schließt dieses nicht aus, daß wir an der Ausführung des Systems im Einzelnen manches anzusetzen haben. Ich lege nicht viel Gewicht darauf, daß S., wie auch Z., gegen meine Ansicht das Pfandrecht dem Sachenrecht anschließt. Zwar scheint es mir immer noch, auch für ein neues Gesetzbuch, angemessener, demselben, wie im Code Napoléon, hinter dem Sachenrecht und dem Recht der Forderungen seinen Platz anzuweisen, indem den letzten es nicht nur zur Sicherung dient, sondern auch in analoger Anwendung solche zum Gegenstande haben kann (S. §. 490 fg.); indessen kann man dagegen mit einigem Recht geltend machen, daß das Pfandrecht in seiner gewöhnlichern und wichtigern Gestalt doch eben unmittelbar auf eine Sache gerichtet und eine Aenderung in deren Eigenthumsverhältnisse herbeizuführen geeignet sei, und daß im heutigen Recht insbesondere das Pfandrecht an Liegenschaften mit dem Eigenthum an denselben wegen der Eintragung in öffentliche Bücher in näherer Beziehung stehe²⁴. Tadelnswerther scheint es uns, daß in den allgemeinen Theil so vieles aufgenommen ist. Dieser Tadel trifft namentlich, wie auch Unger S. 25 fg. bemerkt, die Abth. 5. „von dem Besitze“ (§. 118—168.) und Abth. 6. „von der Verjährung“ (§. 169—234.), in welcher letzten sowohl die Ersetzung als die erlöschende Verjährung vollständig abgehandelt ist. Ueber die Aufnahme der erstgenannten Abtheilung hat freilich der Recensent im Leipziger Repertorium seine besondere Freude geäußert, weil „den Besitz in das Sachenrecht verweisen“ so viel sei, als ihn aus dem System überhaupt verbannen. Aber wenn das Gesetzbuch ausdrücklich nur an Sachen und Dienstbarkeiten Besitz anerkennt, und an jenen Besitz im eigentlichen Sinn, im Gegensatz des bloßen Innehabens, bloß als Eigenthumsbesitz (*animo domini*), so ist nicht einzusehen, was damit gewonnen, daß man ihn von den Rechtsverhältnissen, denen er als thatächlicher Zustand entspricht, absichtlich losreißt; nicht einzusehen, warum er nun im System glücklich eingereiht zu halten, weil man ihm einen beliebigen Platz in einem beliebig begränzten sog. allgemeinen Theil gegeben hat. Die Verjährung aber im umfassenden Sinn dieses Wortes als ein Institut im allgemeinen Theil abzuhandeln, das hat man in den Lehrbüchern des Civilrechts seit geraumer Zeit ziemlich allgemein als einen Fehler vermieden, und in unserem Entwurf ist es gewiß auch nur deshalb geschehen, um dort einige gemeinsame Bestimmungen anzubringen, und so Wiederholungen oder Verweisungen zu vermeiden. Das aber ist unseres Erachtens überhaupt ein Fehler des

²⁴ Unger a. a. D. S. 27. Helfd a. a. D. S. 40.

Entwurfs, daß er h'ier und an andern Orten in diesem Stück zu doctrinär verfährt. In einem Lehrbuch mag es öfter am Plage sein, das Gemeinsame verschiedener Rechtsinstitute in abstrahirten Regeln zusammenzufassen, obwohl dieß auch dort übertrieben werden kann; in einem Gesetzbuch ist es gewiß angemessener, jedes Rechtsverhältniß von eigenthümlich ausgeprägtem Begriff und Charakter in seiner Ganzheit möglichst concret aufzufassen und zu bestimmen. Es schadet dann nichts, wenn theilweise gleiche Bestimmungen bei einem andern Rechtsverhältniß wiederkehren, und dabei unter Umständen der Kürze wegen etwa auf frühere Bestimmungen zurückverwiesen wird. Die Grundfähigkeit des Gesetzbuchs braucht durchaus nicht darunter zu leiden, und ist andererseits durch jene mehr abstracte Methode allein keineswegs verbürgt und gesichert; es kommt vielmehr auf die Schärfe der Auffassung und den praktischen Takt an, womit man ein jedes Rechtsinstitut durchdringt. Nicht einmal die Kürze und Gedrängtheit der Fassung gewinnt durch jenes Streben nach Vermeidung von Wiederholungen. Denn dieses macht nicht selten allgemeine Begriffbestimmungen und Sätze, Eintheilungen, Beschränkungen und Ausnahmen nothwendig, die nach anderer Methode ganz entbehrlich wären. So z. B. nimmt es sich zwar ganz logisch aus, wenn S. §. 169 fg. 1) von der Verjährung im Allgemeinen, 2) von der Ersetzung, 3) von der aufhebenden Verjährung handelt und unter 2. und 3. wieder zuerst allgemeine Regeln, dann besondere für verschiedene Fälle beider aufstellt. Aber eine Anzahl von §§., z. B. §. 169 bis 173. 178—80. könnten ganz entbehrt werden, wenn man sich darauf beschränkt hätte, an gehörigem Ort die positiven Vorschriften über Ersetzung des Eigenthums und der Dienstbarkeiten, über Verlust der letzten und der Forderungen durch Nichtausübung aufzustellen; der einfache Bürger aber, der sich z. B. darüber belehren möchte, ob und unter welchen Voraussetzungen er durch langjährigen Besitz das Eigenthum eines Grundstücks erwerben könne, wird nicht ohne Mühe aus den §§. 169—216. vgl. mit §. 279. 280. das kleine Resultat herausfinden, das ihm §. in 3 §§. 865—867. leicht darbietet. Z. scheint mir überhaupt in der fraglichen Beziehung glücklicher zu sein; er vermeidet so viel möglich sowohl Definitionen als bloß doctrinäre Eintheilungen und Erörterungen, ohne deßhalb wissenschaftliche Beherrschung des Stoffs vermissen zu lassen. In der Anordnung des Systems im Ganzen dagegen weicht Z. wesentlich ab von S.; er zerfällt zwar wie dieser ebenfalls in 5 Haupttheile (Bücher), aber diese enthalten 1) Personenrecht, in dem engern das Familienrecht ausschließenden Sinne, 2) Familien-

recht, 3) Erbrecht, 4) Sachenrecht und 5) Recht der Forderungen und Schulden. Von den Personen oder Subjecten der Rechte ausgehend, wendet sich diese Anordnung zunächst den besondern Rechtsverhältnissen zu andern Personen zu, dann dem Erbrecht, das an diese sich anknüpfend zugleich gewissermaßen als eine Fortpflanzung der Person aufgefaßt werden kann. Alsdann erst folgen die Rechtsverhältnisse der Personen zu den äußern Gütern, und zwar zuerst für sich betrachtet (Sachenrecht), dann in der Bewegung des rechtlichen Verkehrs aufgefaßt (Recht der Forderungen). So kann man dieser Anordnung einen bestimmten systematischen Gedanken unterlegen. Aber angemessener und natürlicher scheint es mir, zuerst das einfachste Verhältniß der Personen ins Auge zu fassen, das zu den äußern Gütern für sich, ohne besondere Beziehung zu andern Personen; dann zu dem schon verwickelteren fortzuschreiten, das durch die besonderen Beziehungen zu bestimmten andern Personen in Rücksicht der äußern Güter sich ergibt; darauf zu den zunächst rein persönlichen Verhältnissen des Familienrechts überzugehen, aber zugleich mit Berücksichtigung ihres Einflusses auf die Güterverhältnisse, und endlich mit dem Erbrecht den Schluß zu machen, das einestheils sich anlehnend an die Familienverhältnisse, andernteils alle Vermögensverhältnisse betrifft und doch wesentlich eine vermögensrechtliche Bedeutung hat.

Eigenthümlich ist die Anordnung, welche P. befolgt. Der Entwurf besteht aus 7 Theilen: 1) Personenrecht (im engern Sinn), 2) Ehrerecht, 3) Verwandtenrecht, 4) Vormundschaftsrecht, 5) Eigenthumsrecht, worin das Eigenthum im weiteren Sinn genommen („natürliches Eigenthum“ genannt) und daher auch die Lehre von Rechten und Verbindlichkeiten abgehandelt ist, das Eigenthum an körperlichen Sachen aber (sonderbarer Weise „gesetzliches Eigenthum“ genannt), sodann das Recht der Dienstbarkeiten nur besondere Abtheilungen ausmachen, 6) Vertragsrecht, worin nur die Lehre von den Verträgen überhaupt und den einzelnen Arten derselben vorkommt, und zwar nächst der Bürgschaft auch der Pfandvertrag (§. 1238—1255.), und endlich 7) das Erbrecht.

München, den 3. Mai 1853.

B.

Nachdem der erste Theil dieses Berichts kaum ausgegeben worden, erhielt der Unterzeichnete, durch gefällige Mittheilung des großherzoglich hessischen Oberappellations- und Cassationsgerichtsrathes Dr. Müller in Darmstadt, einen weitern wichtigen Beitrag zur deutschen bürgerlichen Gesetzgebung:

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen nebst Motiven. Vierte Abtheilung. Von den Verbindlichkeiten. Erstes Buch. Von den Verbindlichkeiten im Allgemeinen. I. Gesetzentwurf (Art. 1—365. 92. S.). II. Motive (184. S.).

Er ist kraft Ministerialrescripts vom 16. Febr. d. J. „durch den Druck zur allgemeinen Kenntniß gebracht, um bei der demnächstigen definitiven Redaction die inzwischen laut gewordenen Ansichten in- und ausländischer Männer vom Fach benützen zu können“. Diesem folgte sodann vor kurzem, mittelst gleichlautenden Ministerialrescripts vom 16. Aug. d. J. veröffentlicht, der vierten Abtheilung

Zweites Buch. Von den Verbindlichkeiten im Besondern. I. Gesetzentwurf (Art. 1—685. 186. S.). II. Motive (286. S.).

Ueber den bezeichneten Theil des Privatrechts liegen nun drei Entwürfe vor, die der Entstehung nach als gleichzeitig und von einander unabhängig zu betrachten sind. Inzwischen ist der erste Theil des Züricher Entwurfs, das Personen- und Familienrecht, nach einer deutschen Ständeversammlungen zur Nachahmung zu empfehlenden kurzen Berathung vom großen Rathe bereits definitiv angenommen worden, und als drittes Buch desselben Entwurfs das Sachenrecht (§. 474—901.) in der von der vorberathenden Gesetzcommission angenommenen verbesserten Gestalt im Druck erschienen, indem man von dem ersten Plane, wornach das Erbrecht den dritten Haupttheil des Ganzen bildete, abgegangen ist. Der sächsische Entwurf aber soll, öffentlichen Nachrichten zufolge, ebenfalls schon Aussicht auf baldige Durchführung haben. Ueber diesen Entwurf ist indessen schon eine kleine Literatur herangewachsen. Außer dem früher erwähnten ausführlichen Buche von Dr. Unger und mehreren nur Einzelnes besprechenden kleineren Aufsätzen hat jener Entwurf insbesondere zwei für die Wissenschaft des Rechts und der Gesetzgebung sehr beachtenswerthe Schriften hervorgerufen, deren Verfasser unter den heutigen Privatrechtsgelehrten einen hohen Rang einnehmen.

„Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen. Ein Beitrag zur Beurtheilung desselben von Dr. C. G. v. Wächter“, (zuerst im 12. Bande von Tauchnitz' Zeitschr. für Rechtspflege und Verwaltung, dann auch besonders gedruckt: Leipzig 1853., 271 S., mit Vorrede vom 13. Juni d. J. XIV. S.); und

„Zur Frage von den Civilgesetzbüchern“. Ein Votum in Veranlassung des Entw. e. b. Gesetzb. für das Königreich Sachsen,

von Dr. C. F. F. Sintonis, Leipzig 1853. (173 S., mit Vorrede vom 31. Mai d. J.).

Mancher, zumal unter den Laien, der sich der ersten anpreisenden Zeitungsberichte über den sächsischen Entwurf erinnert, mag staunen über die Meinungsverschiedenheit, die sich in dieser Literatur kund gibt. Während ein sächsischer Advocat, Fr. Poland, in seinen praktischen Bemerkungen zum Entwurf, mit dessen Plan und Ausführung im Ganzen sich noch zufriedener bezeigt, als der österreichische Kritiker, ihn ein Geschenk nennt, „weil ein so gelungenes Werk der Art sich auch von der besten Regierung nicht mit Sicherheit fordern läßt“, und daher nur zu einzelnen kritischen Aphorismen sich veranlaßt findet, werden von einem ausgezeichneten Mitgliede des obersten Gerichtshofes des Landes, Friedrich Hänel (in der angeführten Zeitschrift Bd. 11.), und vollends von dem genannten berühmtesten Rechtslehrer der sächsischen Landesuniversität so eingreifende Ausstellungen gegen den Entwurf gemacht, daß man dessen Erhebung zum Gesetzbuche ohne wesentliche Umarbeitung kaum noch für möglich halten sollte. Und während dieser Gelehrte, dem Versuche umfassender bürgerlicher Gesetzgebung überhaupt nicht abgeneigt, mit dem Verfasser des Entwurfs darin übereinstimmt, daß nach Einführung des neuen Gesetzbuchs dem römischen Recht nicht mehr subsidiäre Gesetzgebung vorzubehalten sei, erklärt sich Hänel sehr entschieden für die Beibehaltung der Subsidiarität des römischen Rechts; Sintonis aber, entschiedenster Beguer eines jeden Versuchs sogenannter Codification des bürgerlichen Rechts, sieht in der neuen Erscheinung, die ihn zu seinem Votum veranlaßt, „eine Gefahr für die deutsche Rechtswissenschaft, wie ihr keine größere drohen kann“. Auf Savigny's berühmtem Büchlein „vom Verufe unserer Zeit zur Gesetzgebung“ fußend behauptet Sintonis, daß „der Streit darüber in der Hauptsache schon seit längerer Zeit für diejenigen so gut wie entschieden zu betrachten, welche der Codification des gesammten bürgerlichen Rechts unter Losreißung vom gemeinen entgegengetreten sind“, und konnte diesen, seiner Meinung nach, „der Sieg auf dem Boden der Wissenschaft gar nicht streitig gemacht werden“. Ja, auf Haller und Vollgraff verweisend, zeigt er sich geneigt, der Staatsgewalt überall die Befugniß zur Erlassung von Civilgesetzbüchern zu bestreiten, findet es wenigstens unbestreitbar, daß, „wer der gesetzgebenden Gewalt die Befugniß zu einer solchen Reform des gesammten Privatrechts beilegt, sich dessen nicht erwehren könnte, den Communismus an die Stelle des Eigenthums gesetzt zu sehen“.

Nun, da möchte man wohl ausrufen: Bange machen gilt nicht!

Die Furcht vor dem unheimlichen Gespenst könnte uns dahin bringen, dem Staate alle gesetzgebende Gewalt im Gebiete des Privatrechts abzusprechen. Denn, wenn er einzelne privatrechtliche Gesetze erlassen, auch wohl etwas Neues dadurch einführen kann, wo, so fragen wir mit dem Recensenten in den Göttinger Anzeigen, wäre dann die Grenze zu finden? Durch eine Reihe einzelner Gesetze kann die Staatsgewalt eben sowohl Verwirrung und Unheil stiften, als durch ein umfassendes Gesetzbuch, und wenn einmal der Wahnsinn die Herrschaft gewinnen sollte, so wird er sich nicht lange abmühen mit Ausarbeitung eines wohlbedachten Gesetzbuches; mit einigen scharfen Streichen gesetzgeberischer Gewaltanmaßung wird er dem Idol des Communismus den Platz bereiten, auf dem es freilich bald unvermeidlich wieder in Staub zerfallen wird, nachdem seine Anbeter daran ihr Genüge gefunden.

Allerdings, eine umfassende privatrechtliche Gesetzgebung ist ein schwieriges, ein bedenkliches Unternehmen; Fehlgriffe, sei es in der Methode, sei es in Aufstellung neuer nicht erprobter Vorschriften und Grundsätze, können erhebliche Uebelstände mit sich bringen; an Erfahrungen fehlt's nicht. Und keine Zeit möge sich einbilden, sie werde ein vollkommenes Werk schaffen, das zu solchem Tadel überall keinen Anlaß gebe. Aber unverkennbar ist es auch, daß die Schattenseiten der bisherigen Versuche oft schärfer gezeichnet werden, als der schonenden Milde entspricht, womit die Mängel und Schwächen des bestehenden Rechtszustandes beurtheilt werden. Unbeschadet des unvergänglichen Werthes der Reliquien römischer Rechtswissenschaft, die uns Justinian in seinen Werken hinterlassen hat, darf man doch fragen, ob es denn ein gesunder Rechtszustand sei, wenn nach vielhundertjähriger Arbeit die Entscheidung praktisch wichtiger Fragen immer noch zunächst von den Deutungen einer Quelle abhängt, die unser Volk nicht versteht, sehr oft insbesondere von der zweifelhaften Auslegung von Gesetzen, welche, Erzeugniß einer von der unfrigen sehr verschiedenen und in rechtswissenschaftlicher Bildung dieser entschieden nachstehenden Zeit, im Gedanken nicht selten verfehlt oder ungenügend, öfter noch in dessen Ausdruck und Ausführung mangelhaft sind? wenn unsere Rechtsgelehrten und Richter es noch immer nicht dahin bringen konnten, über Gegenstände und Verhältnisse des täglichen Lebens deutsch zu denken und zu reden? Sintonis selbst hat ein oft gerühmtes Werk über „das praktische gemeine Civilrecht“ verfaßt; aber ob wohl mancher, der sich durch das dornenvolle Feld dieser Darstellung durchgearbeitet, das Gestrüpp des in den Anmerkungen zur Begründung und Erläuterung des Textes angehäuften gelehrten Materials über-

wältigt hat, mit Befriedigung auf dieses „praktische Civilrecht“ deutschen Landes zurückblicken mag? Welcher Masse von eben so schwierigen als wichtigen und zur Zeit immer noch unerledigten Streitfragen begegnet man hier, nicht nur über richtige Auslegung des römischen Rechts, sondern auch darüber, ob das richtig erkannte noch praktisch sei! Und dann ist das als gemeinrechtlich-praktisch zugelassene denn doch so häufig, selbst in Ländern des gemeinen Rechts, wirklich unpraktisch. Man vergesse nur nicht, daß seit langer Zeit in allen deutschen Ländern und Ländchen auch im Privatrecht die Gesetzgebung mehr oder minder thätig gewesen ist, mancherlei Flickwerk, manche Pflückerarbeit zu Tage gefördert und dadurch nicht nur auch ihrerseits in dem Gebiete ihrer Geltung zu einer Menge unnützer und lästiger Streitfragen, die deswegen nicht weniger vorhanden sind, weil sie in der Wissenschaft des gemeinen Rechts nicht paradiren, Anlaß gegeben, sondern auch in Deutschland überhaupt und in einzelnen aus früher getrennten Ländern zusammengewürfelten deutschen Staaten insbesondere eine Buntschichtigkeit des Rechtszustandes hervorgebracht hat, die nur wunderliche Liebhaberei schön finden könnte. Einförmigkeit des Privatrechts ist mitunter überschätzt worden, und es ist gut, daß, wie Sintenis S. 8. sagt, „der Modeartikel von der nothwendigen Einheit des Rechtszustandes“ nicht mehr unbedingt gepriesen wird. Aber zu läugnen ist doch andererseits nicht, daß eine unmotivirte Verschiedenartigkeit des Rechts sich vielfach lästig und nachtheilig zeigt, um so mehr, je lebendiger und vielseitiger der Rechtsverkehr zwischen den verschiedenen Rechtsgebieten ist; und unbedenklich mag man behaupten, daß bei weitem der größere Theil der in Deutschland noch bestehenden Rechtsverschiedenheiten nicht in Verschiedenheit provinzieller Charaktere und Verhältnisse begründet, sondern durch sehr zufällige Verschiedenheiten der Gesetzgebung entstanden ist; so weit aber das erste der Fall ist, könnte unschwer auch bei einer neuen einheitlichen Gesetzgebung den Besonderheiten freier Spielraum erhalten bleiben.

Daß etwas geschehen müsse, verkennt denn auch Sintenis nicht. Er macht folgende Vorschläge. Vorerst möge die Staatsregierung je eines Landes die Abfassung eines Handbuchs des gemeinen Civilrechts veranlassen, welches dasselbe durchaus vom praktischen Standpunkte darstelle (S. 161 ff.), das jedoch nicht etwa als ein ausschließlich geltendes den Richtern und Anwälten in die Hände zu geben und zu empfehlen sei, sondern vielmehr zum freien Gebrauch, wie ein neues neben älteren, deshalb aber nicht minder bald genug eine überwiegende Autorität gewinnen werde. Es möchte nicht übel sein, wenn eine Regierung ihren

Einfluß auf Hervorbringen eines solchen praktischen Handbuchs verwendete. Aber der Nutzen dieser Maßregel, gegenüber den dringenden Anforderungen des wirklichen Rechtszustandes, wird doch nicht hoch anzuschlagen sein. Gottlob bedarf es nicht erst einer amtlichen Anregung, um immer wieder neue Versuche solcher Art hervorzurufen, und die Erfahrung zeigt, daß von selbst ausgezeichnete Werke, je nach dem jedesmaligen Standpunkte der Wissenschaft, auch in der Praxis große Autorität, ja zeitweise eine Art von Alleinherrschaft gewinnen. Ob aber das amtlich veranlaßte und empfohlene zur Zeit auch nur das relativ beste sein werde, ist immerhin sehr zweifelhaft. Jedenfalls werden bald wieder andere Versuche sein Ansehen im Ganzen und im Einzelnen beeinträchtigen und beseitigen, und des Schwankens der Praxis wird kein Ende sein. Die deutschrechtlichen Elemente unseres Rechts, die sich meistens in particularrechtlicher Ausbildung vorfinden, soll jenes Handbuch nicht umfassen. Auf sie bezieht sich ein zweiter Vorschlag, und dieser besteht in Anlegung eines particulären Rechtsbuchs, dem dann auch einzelne particularrechtliche Normen, „die das eigentliche gemeine Civilrecht modificiren“, zuzuweisen wären. Was aber die dann noch etwa übrig bleibende „lediglich durch die Gesetzgebung entstandene Masse“ betrifft, so befindet sich in Ansehung ihrer, nach des Verfassers Zugeständniß, „die gesetzgebende Gewalt, wenn es noth thut, in ihrem vollen Rechte“. Deren Inhalt mag sie daher auch mit angemessen befundenen Abänderungen zu einem neuen förmlichen Gesetzbuch bearbeiten.

Bescheiden genug, wahrlich, ist dieser Vorschlag. Nicht bloß in der wissenschaftlichen Bearbeitung, nicht bloß im Rechtsunterricht, wo allerdings noch für lange Zeit gute Gründe dafür sprechen, auch in dem von der Staatsregierung veranlaßten unmittelbar für die Praxis berechneten Werke soll man sich noch auf lange hinaus dessen enthalten, das gesammte Privatrecht eines Landes als ein Ganzes zu begreifen und zusammenzufassen. So bescheiden aber diese Warnung, so kühn eingreifend ist der Rath, den der Verfasser zuletzt zur Anbahnung der Restauration des Rechtszustandes in solchen Ländern gibt, in welchen, wie z. B. in Baiern, nicht nur neben dem gemeinen Civilrechte manchfaltige Particularrechte, sondern auch umfassende, an die Stelle des gemeinen Rechts getretene Gesetzgebungen gelten. Vor allem, das ist sein Rath, müssen hier „die vorhandenen Gesetzbücher als solche weggeschafft und die Allgemeinheit des gemeinen Civilrechts wieder hergestellt werden“. Ich gestehe, daß die Vermuthung des Verfassers, manchem werde dieser Gedanke nahezu abenteuerlich vorkommen, bei mir in vollem Maße eingetreten

ist, und dieß Gefühl will mir auch bei ruhigerer Ueberlegung nicht weichen. Sonderbar! Mit den Erzeugnissen neuerer Gesetzgebung, auch wo sie seit einem halben Jahrhundert in Uebung gewesen, gestattet man ziemlich frei zu schalten, während man für das gemeine Civilrecht, in dem doch auch eine nicht unbeträchtliche, lediglich durch die Gesetzgebung, und nicht immer eine gute Gesetzgebung, entstandene Masse von Rechtsbestimmungen sich vorfindet, die zarteste Schonung verlangt.

Sintenis' Vorschläge in letzter Beziehung erscheinen denn auch dessen Recensenten in den Göttinger Anzeigen (Dr. N. Elvers) gewiß mit Recht zu bescheiden. Er ist der Meinung, die Gesetzgebung in den Ländern des gemeinen Rechts könne und solle doch schon jetzt, und zwar zweckmäßig durch gemeinschaftliches Vorgehen, eine Reihe von ewig wiederkehrenden Streitfragen (er erinnert z. B. an das Rotherbenrecht) lösen, auch durch sachgemäße neue Bestimmungen hie und da Lückenhaftes ergänzen, Mangelhaftes und unsern Verhältnissen nicht Entsprechendes, das doch oft nur noch ein scheinbares Leben fortführt, beseitigen. Zu einer umfassenden Codification des gesammten Privatrechts will er zwar nicht, wie Sintenis, dem Staate die Berechtigung absprechen, noch eine solche für alle Zeiten widerrathen; er glaubt nur, daß unsere Zeit dazu noch nicht reif sei, daß das Privatrecht in vielen Theilen noch erst den seit geraumer Zeit begonnenen wissenschaftlichen Gährungsproceß durchzumachen habe. Ich meinstheils gebe gern zu, daß auf jene Weise schon Bedeutendes für Besserung unseres Rechts geschehen könne, ja, daß es vielleicht ersprißlicher für die deutsche Rechtswissenschaft wäre, wenn, wie auch Seuffert vorgeschlagen, durch Zusammenwirken der Regierungen die praktisch wichtigen Streitfragen für alle Länder des gemeinen Rechts gemeinschaftlich entschieden würden, als wenn jedes einzelne mit einer besondern privatrechtlichen Gesetzgebung vorgeht. Allein ich kann nicht darin einstimmen, daß unsere Zeit sich noch immer als unreif dazu erkennen müsse, den Stoff des geltenden Privatrechts im Ganzen in legislativer Reproduction zusammenzufassen. Wenn wir nach vierzigjähriger Friedenszeit, einer Zeit erfolgreichster wissenschaftlicher Bearbeitung des Rechts, nach dem Vorgange dreier bedeutender Gesetzgebungen, die uns bald als Vorbilder bald auch und vielleicht öfter zur Warnung vor Abwegen dienen, noch nicht dazu im Stande sind, relativ Besseres als das Geltende zu schaffen, so gestehen wir lieber mit Sintenis, daß diese Zeit niemals kommen wird. Vor vierzig Jahren mochte Savigny mit Recht seine warnende Stimme erheben, und sein Büchlein wird stets seinen Werth behalten, weil es den Stempel des Classischen an sich trägt.

Die damalige Zeit konnte man mit Recht schon deshalb wenig geeignet zu einem solchen Unternehmen finden, weil kaum erst eine gewaltsame Zerrüttung aller Verhältnisse überwunden war, weil über die neuen Gesetzgebungen noch erst eine geringe Erfahrung vorlag, die Rechtswissenschaft aber im Beginn eines Aufschwungs begriffen war, von dessen Bedeutung gerade der Verfasser jenes Buches vor allen ein sicher vorahnendes Bewußtsein in sich tragen konnte. Aber wir können dessen Warnung nicht für alle Zeiten gelten lassen und nicht einen Fortschritt rechtswissenschaftlicher Bildung darin erkennen, wenn jetzt noch Sätze desselben in solcher zum Theil übertreibender Weise und nicht eben classischer Form als absolute Wahrheiten wieder aufgetischt werden, wie es in der Schrift von Sintonis geschieht. Auch in diesen Dingen ist der Muth der That etwas werth, wenn er sich nur zugleich frei hält von der zu allen Zeiten thörichten Einbildung, etwas absolut Vollkommenes und Untadelhaftes herzustellen. Auch hier findet Anwendung der Sag, der so oft im praktischen Leben sich bewährt, daß das Beste der Feind des Guten ist.

Man spricht so viel von den Leistungen der Wissenschaft in unserem Jahrhundert, von der Gefährdung derselben durch Eingreifen der Gesetzgebung. Aber gestehen wir aufrichtig: Ist denn die Zahl der praktischen Streitfragen, die durch jene zu vollständiger Erledigung gediehen, so erheblich? War nicht die Kluft zwischen Theorie und Praxis innerhalb der letzten vierzig Jahre geraume Zeit größer als jemals? Und müssen wir nicht in manchen Punkten, wo neuere Forschung richtiger erkanntes römisches Recht an die Stelle hergebrachter Meinungen setzte, wieder umkehren und zugeben, daß jenes nicht mehr geltendes Recht sei, daß diese vielmehr besser unserem gegenwärtigen Rechtsbewußtsein entsprochen? Höher als die Wissenschaft, die das Leben zum Gegenstande hat, steht jedenfalls das Leben selbst; Thorheit wäre es, dieses jener zu opfern. Wenn wir aber das Leben fragen, so tritt uns die von den Gelehrten nicht nach Gebühr gewürdigte Erfahrung entgegen, daß in den Ländern des gemeinen Rechts immer wieder und unabwieslich der Wunsch nach Codification emportaucht und Versuche dazu gemacht werden; daß dagegen dort, wo eine umfassende Privatrechtsgesetzgebung besteht, der Wunsch nach Vertauschung dieses Zustandes mit der Herrschaft des gemeinen Civilrechts sich nirgend hervormagt. Von Oesterreich sagt uns Sintonis selbst (S. 35.), daß dort „mit dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch und dem durch seine materiellen Rechtsbestimmungen bedingten Rechtszustande Zufriedenheit herrscht, und der österreichische Jurist in dem Besitze des Gesetzbuchs fast durchgehends von dem Bewußtsein

nicht geringer Selbstbefriedigung getragen wird“. Bestätigt wird dieß neuerdings durch die Schrift von Unger, um so mehr, als dieser Schriftsteller nicht blind gegen die Mängel des Gesetzbuchs ist und mit den Streitfragen, die es veranlaßt, sich wohl vertraut zeigt, auch die Losreißung der österreichischen Rechtswissenschaft von der gemeinen deutschen und die Beschränktheit ihrer Richtung auf bloßes Commentiren des Gesetzbuchs sehr beklagenswerth findet. Wollte aber Sintonis seinem wohlgemeinten Rathe für Baiern etwa in der bairischen Rheinpfalz Proselyten zu gewinnen suchen, ich fürchte, er würde dort, und nicht bloß von Advocaten und Justizbeamten, Prädicate darüber zu hören bekommen, die noch etwas schärfer lauten, als „abenteuerlich“. Ja selbst in den altbairischen Landen würde der Vorschlag, das bairische Landrecht, der Rechtseinheit zu Liebe, vorerst einfach abzuschaffen und das gemeine Civilrecht wieder an seine Stelle zu setzen, schwerlich bei praktischen Juristen viel Anklang finden, so wenig auch dasselbe dem heutigen Stande der Wissenschaft entspricht; eher möchte der Urheber jenes Vorschlags auch bei ausgezeichneten Rechtsgelehrten der Ansicht begegnen, es sei besser gewesen, wenn man schon vor vierzig Jahren dem bairischen Landrecht in allen dießrheinishen Kreisen des Königreichs Gesetzeskraft verliehen hätte, die ihm hin und wieder wohl unbefugter Weise bloß durch die Autorität eines Untergerichts beigelegt worden sein soll.

Unbegreiflich ist nach allem diesem die Zuversicht, womit Sintonis die Codificationsfrage auf dem Boden der Wissenschaft im Sinne ihrer Gegner dermaßen für erledigt hält, daß der entgegengesetzten Meinung kaum noch die Ehre einer Widerlegung zugestanden werde. Wollte man auch das so oft in Ständerversammlungen kundgegebene Verlangen, wollte man auch die Bestrebungen verschiedener Staatsregierungen, bei welchen vielseitig ausgezeichnete Praktiker und Theoretiker betheiligt waren, mit ungebührlicher Vornehmheit als unbedeutende aus Unkunde und Mißverständnis hervorgegangene Erscheinungen gering achten, so findet sich ja auch in wissenschaftlichen Werken, deren Verfassern Jedermann gründliche Kennerschaft des römischen Rechts zugestehen wird, mehr und mehr die Ueberzeugung ausgesprochen, daß die formelle Herrschaft des römischen Rechts sich ihrem Ende zuneige. So sagt R. A. Schmidt, in der Vorrede zu einem trefflichen Buche über das Interdictenverfahren der Römer: „Wenn erst seine (des römischen Rechts) praktische Bedeutung gefallen sein wird — und sie wird fallen, man mag es wünschen oder es beklagen —: dann wird die letzte Entscheidung einer großen Zahl von Streitfragen des justinianischen Rechts um deswillen nur noch

geringes Interesse einzuslößen im Stande sein, weil sie, lediglich hervorgegangen aus des Gesetzgebers Unklarheit im Gedanken oder im Ausdruck, an sich selber kein Interesse verdienen“. Und Thering, in dem geistreichen „Geist des römischen Rechts“ S. 1 fg. bemerkt: „Die gegenwärtige Generation der Juristen muß darauf gerüstet sein, das römische Recht in seiner bisherigen Gestalt scheiden zu sehen; sie hat jedenfalls die Aufgabe, dieß Ereigniß vorzubereiten, vielleicht auch noch die, selbst mit Hand an's Werk zu legen“; und weiter: „Es ist nicht die Aufgabe, in krankhafter Erregung des Nationalgefühls jede Partikel des römischen Rechts, bloß weil sie römischen Ursprungs ist, als einen mit unserer Natur unverträglichen Bestandtheil auszustoßen. Wie die Nationen im Handelsverkehr ihre Produkte und Fabrikate gegen einander umsetzen, so findet auch ein geistiges Austauschgeschäft unter ihnen statt, und täglich entlehnt die eine von der andern in Kunst, Wissenschaft, Recht u. s. w., ohne daß sie davon eine Gefährdung ihrer Nationalität befürchtete. Diese Entlehnung soll nur keine mechanische, sondern eine Assimilirung, eine innerliche Aneignung sein. Das römische Recht als Gesetzbuch in fremder Sprache hat diesen Assimilirungsproceß nie durchmachen können und muß darum auch wieder ausgestoßen werden; dahingegen ist von seinen materiellen Grundsätzen eine große Zahl im Laufe der Jahrhunderte ganz in unser Fleisch und Blut übergegangen, und dieser Bildungsproceß läßt sich weder rückgängig machen noch ignoriren“. Zwar könnte wohl, wie die Reception des römischen Rechts wesentlich durch die Macht der Wissenschaft bewirkt worden, so auch jenes Ausstoßen auf gleichem Wege vor sich gehen, und schon helfen selbst manche Romanisten dieses vorbereiten, indem sie die präsumtive Gesetzeskraft dem Corpus juris bestreiten. Aber wenn irgendwo, so ist gewiß hier ein Eingreifen der ordnenden sichtenden Thätigkeit der Gesetzgebung (Blume, Encyclopädie S. 40.) am Plage. Wenn uns einmal eine ins Einzelne eingehende pragmatische Geschichte der Einführung des römischen Rechts in Deutschland recht klar vor Augen legte, in welchem Maße das praktische Rechtsleben unter jenem allmäligen Proceß gelitten hat und noch mehr gelitten haben würde, wenn nicht auch damals hauptsächlich die Particulargesetzgebung einigermaßen sich ins Mittel gelegt hätte, ich glaube, wir würden einsehen, daß im Vergleich damit die Nachtheile der neuern Gesetzgebungen wenig erheblich erscheinen. Schon die Thatsache allein aber, daß ein Mann von so gediegener Rechtskenntniß und so vielseitiger Erfahrung, wie Wächter, dem Streben nach einem privatrechtlichen Gesetzbuch für Deutschland noch stets das Wort

redet, sollte billig davon zurüchhalten, auf diese Richtung als eine wissenschaftlich längst überwundene herabzusehen. Und wie Wächter schon vor Jahren auf der Germanistenversammlung in Lübeck sich darüber ausgesprochen, das ist uns vor kurzem erst durch Bipping's Mittheilungen aus dem Leben von Georg Arnold Heyse S. 281. wieder in Erinnerung gebracht worden.

Sintenis freilich ist wohlberechtigt, dagegen zu protestiren, daß man ihm „Voreingenommenheit und Pedanterie der Schule, schlechtberechtigte Vornehmheit und Einseitigkeit eines bloßen Theoretikers“ beimesse; er kann sich auf eine zwölfjährige „advokatorische Praxis“ berufen, auf mehrjährige akademische Lehrthätigkeit, und, außer vielen einzelnen Abhandlungen, auf ein ausführliches Handbuch des gemeinen Civilrechts, das sich zur Aufgabe gesetzt, „das und nur das zu schildern, was bei uns Rechts ist“; er führt jetzt seit Jahren den Vorsitz in einem hohen Gerichtshofe. Aber gegen das „sermocinari tamquam e vinculis“ ist er deßhalb doch nicht für vollkommen versichert zu halten, zumal sich seine praktische Bethätigung doch immer nur auf dem Boden des gemeinen Rechts bewegte, die gründlichere Beschäftigung vorzugsweise mit dem römischen Recht insbesondere aber, wegen seines tiefen wissenschaftlichen Gehalts, leicht eine Art von vinculirender Gewalt ausüben kann. Wir haben erfahren, wie sehr tüchtige Rechtsbeamte, die im preussischen Justizdienste ihre Schule gemacht, mit allem Eifer darauf bedacht waren, Provinzen, denen bisher das gemeine Recht belassen war, ohne Verzug der Segnungen der gesammten preussischen Gesetzgebung theilhaftig zu machen, obgleich schon eine durchgreifende Revision derselben in Aussicht gestellt war, während hinwiederum rheinischen Juristen fast das Haar sich sträubte, als ihnen die Vertauschung der französischen Rechts- und Gerichtsverfassung mit der preussischen bevorstand. Darum darf man wohl ohne Unart die Vermuthung äußern, daß des Verfassers Ansichten sich vielleicht anders gestaltet hätten, wenn er an einem rheinischen oder preussischen Gerichte zwölf Jahre als Advokat oder Präsident gewirkt hätte. Immer aber genießt derselbe mit Recht des Rufes eines gründlichen Theoretikers und eines erfahrenen Praktikers; und deßhalb mag es gerechtfertigt erscheinen, daß wir uns aus Anlaß seiner Schrift noch so lange bei der Besprechung einer nach dieser angeblich auf dem Boden der Wissenschaft längst erledigten Frage verweilt haben.

Sintenis hat übrigens auch (S. 57—152.) eine Reihe von einzelnen Ausstellungen gegen den sächsischen Entwurf vorgebracht, ohne eine vollständige Kritik desselben zu beabsichtigen, und diese verdienen

allerdings größtentheils bei der fernern Berathung des Entwurfs beherzigt zu werden. Darin trifft er mit Wächter zusammen, in dessen Schrift, obwohl auch sie sich nur auf beispielweise Hervorhebung einzelner §§. beschränkt, wohlbegründeter Tadel in noch reichlicherem Maße sich findet, in so reichlichem Maße, daß der Verfasser sich veranlaßt sieht, das S. 9. ausgesprochene, noch ziemlich günstige allgemeine Urtheil in der Vorrede S. IV. gewissermaßen zu entschuldigen und seine Schrift zu vertheidigen gegen den ihr gemachten Vorwurf, sie gleiche Marc Anton's berühmter Leichenrede, mit ihrer Versicherung: „Brutus und Cassius sind ehrenwerthe Männer“.

Nach einigen allgemeinen Bemerkungen über den Entwurf überhaupt, bespricht Wächter: II. „Unvereinbarkeiten und Unauflöslichkeiten im Entwurfe“, III. „das Verhältniß des Entwurfs zum bestehenden Rechte: mißliche Neuerungen“ (S. 42—176.); IV. „andere Seiten des Inhalts des Entwurfs, namentlich seine Construction der Begriffe, seine Sprache, Terminologie, Definitionen und das der Schule Angehörige“ (S. 176 bis 254.); V. „was der Entwurf nicht enthält“ und VI. „Entscheidungsquelle bei Lücken des Entwurfs“. Besonders reichhaltig sind der dritte und vierte Abschnitt, reichhaltig nicht nur an mehr oder minder wichtigen Ausstellungen gegen den Entwurf, sondern auch an Bemerkungen von allgemein wissenschaftlichem Gehalt, an beachtenswerthen Fingerzeigen für die Kunst der Gesetzabfassung. Hier findet denn auch vielfältige Bestätigung, was oben S. 144. über den doctrinären Charakter des sächsischen Entwurfs und über die Gefahren schulmäßiger Behandlung des legislativen Stoffs gesagt wurde. Je mehr man sich in das Buch hineinliest, desto mehr Bedenken regen sich gegen das Streben nach fertigen Definitionen, nach abstrakter Formulirung allgemeiner Begriffe und Grundsätze.

Den entschiedensten Gegensatz gegen den sächsischen bildet in dieser Beziehung der Züricher Entwurf. Dieser ist nicht nur möglichst sparsam in Definitionen; er hütet sich auch vorsichtig, allgemeine ausnahmslose Sätze aufzustellen, moderirt lieber selbst Hauptgrundsätze einer Lehre durch ein beigefügtes „in der Regel“ oder einen andern ähnlichen Zusatz, und vermeidet überhaupt mit absichtlichem Bedacht den äußern Schein einer doctrinellen Darstellung des Rechts. Es möchte vielleicht bisweilen die Redaction zu lax oder bequem erscheinen, aber die Praxis wie die wissenschaftliche Bearbeitung des Gesetzbuchs wird sich darnach auch bequemer und freier bewegen können, der wahren Intention des Gesetzgebers gemäß und ohne gegen dessen Buchstaben zu verstoßen, und so

wird sie den Uebelständen und Hemmnissen leichter entgehen, welche nach S. so häufig durch eine mangelhafte Begriffbestimmung oder einen ungenau gefaßten allgemeinen Rechtsatz ihr bereitet werden möchten.

Der Raum gestattet uns nicht, auf eine Beleuchtung des Inhalts der vorliegenden Gesetzentwürfe im Einzelnen einzugehen; dazu wäre ein Buch erforderlich. Aber es geziemt sich, wenigstens beispielweise einzelne Theile etwas näher zu betrachten. Ich greife zunächst in das Sachenrecht, das im sächsischen Entwurf unter den besondern Lehren voransteht.

S. macht in diesem (zweiten) Theil drei Abtheilungen: von dem Eigenthume (worin §. 368 fg. auch die Reallasten berührt werden), vom Pfandrecht und von den Dienstbarkeiten. Z. und H. (der Züricher und Hessische Entwurf) haben hier vorerst zwei Abschnitte allgemeiner Inhalts, von den Sachen oder Vermögensgegenständen und vom Besitze, welche S. schon im ersten oder allgemeinen Theil aufgenommen hat. Z. aber macht außerdem noch sechs Abschnitte. Er behandelt nämlich im Abschnitt III. und IV. gesondert das Eigenthum an Liegenschaften und das Eigenthum an beweglichen Sachen; daran schließt sich Abschn. V. „Von den Regalien und den aus ihnen hergeleiteten Gerechtigkeiten,“ und an Abschn. VI. „von den Dienstbarkeiten“ ein siebenter Abschnitt „von den Reallasten“ (im ersten Entwurf: „von der Erbleihe“), und endlich sind auch dem „Pfandrecht an Liegenschaften“ und dem „Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Vermögensmassen“ zwei besondere Abschnitte (VIII. und IX.) gewidmet. H. dagegen hat das Pfandrecht einem besondern Gesetz überlassen, läßt aber nach Tit. III., vom Eigenthum, und Tit. IV., von den Dienstbarkeiten, systematisch unrichtig, noch Tit. V. „von der Verjährung und Ersizung“ folgen, welche Lehre in diesem Umfange nicht ins Sachenrecht gehört, richtiger daher von S. ebenfalls schon im allgemeinen Theile erledigt, noch besser aber von Z. gar nicht als Gegenstand eines besondern Abschnitts ausgeschieden, sondern je bei den Rechtsverhältnissen, die davon berührt werden, an geeignetem Orte berücksichtigt ist.

Als einen Gegenstand von besonderm wissenschaftlichem Interesse hebe ich zunächst die Behandlung der Besitzlehre in den drei Entwürfen hervor, worin diese wesentlich von einander abweichen. H. und S. unterscheiden gleichmäßig Besitz der Sachen und Besitz der Rechte, und erkennen den letzten nur bei Dienstbarkeiten an. Bezüglich des Sachenbesitzes unterscheiden beide ziemlich gleichlautend den Inhaber („wer eine Sache in seiner Macht oder seinem Gewahrsame hat“, oder: „wer eine Sache dergestalt in seiner natürlichen Gewalt hat, daß er auf solche mit

Ausschluß Anderer einwirken kann“) und den Besizer (der zugleich den Willen hat, die Sache „als die seinige“ oder „als seine eigene zu behandeln“ — S. §. 116. G. II. Art. 1.). Aber ein großer Unterschied besteht dennoch zwischen beiden Entwürfen. G. gewährt nur dem Besizer die Besitzklagen wegen Störung und Entziehung des Besitzes; der Inhaber der Sache genießt als solcher keines besondern Rechtsschutzes; nur als Besizer des Rechts, sofern nämlich seine Inhabung Ausübung einer Dienstbarkeit ist, hat er die Besitzklagen. S. dagegen (§. 140.) legt den bloßen Inhabern dieselben Rechte bei, welche (nach §. 136—139.) mit dem Besitze verbunden sind, „selbst gegen diejenigen, in deren Namen sie besitzen, wenn nicht die Zeit für das Inhaben verfloßen ist“. Anders wiederum Z. (§. 488 fg. des verbesserten Entwurfs). Ohne eine Definition zu geben, geht er vom Begriff des Besitzes im weitern Sinn aus, indem er §. 488. bemerkt: „Zu dem Besitzerwerbe gehört in der Regel zweierlei: a) die Aeußerung körperlicher Macht über die Sache, an welcher Besitz ergriffen wird; b) der Wille diese Macht in eigenem Interesse zu üben“, und, in welchem Sinn dieses zu verstehen, erklärt näher §. 496.: „Wer den Nießbrauch an einer Sache inne hat, der Faustpfandgläubiger und andere Personen, welche ihren Besitz zwar regelmäßig vom Eigenthümer ableiten, aber ein selbständiges Interesse daran haben, wie der Pächter eines Grundstücks, der Miether einer Sache u. s. f. haben zwar keinen Eigenthums-, wohl aber Nießbrauch, Pfand-, Pacht-, Miethbesitz, und werden in demselben in so weit geschützt, als die Natur des Rechtsverhältnisses reicht, welches sie durch diesen Besitz ausüben“. Als Besitz von Rechten führt dann Z. in §. 529—531. nur den Besitz von Servituten und andern Realrechten auf „welcher sich zwar nicht in thatsächlicher Herrschaft über eine Sache, aber in thatsächlicher und bewusster Ausübung des entsprechenden Rechts äußert“, und dieser soll denn auch ähnlich wie der Sachenbesitz geschützt sein. Im ersten Entwurf fehlten diese §. 529—531.; daß aber doch auch er schon einen Besitz von Rechten in gleichem Umfange anerkenne, ließ sich aus §. 845. entnehmen, wo von einer Klage gesagt wird, daß sie nicht bloß für Eigenthumsbesitz, sondern auch für anderweitigen rechtmäßigen Besitz, „als z. B. Pacht-, Faustpfand-, Mieth-, Servitutenbesitz“ anwendbar sei. Der §. 490. dagegen findet sich im Wesentlichen auch schon im ersten Entwurf als §. 816.; nur stehen hier der Pächter und Miether voran und fehlt die Bezugnahme auf „ein selbständiges Interesse“. Welche Fälle aber hierunter zu begreifen, darüber gibt das Recht der Forderungen einigen Aufschluß: denn hier finden wir nicht nur den Mieth- und Pachtbesitz

wieder (§. 1783. 1805.), sondern auch Leihbesitz beim Commodat (§. 1424.). Dagegen ist beim Depositär, Sequester, Mandatar von Besitz keine Rede; es wäre also nach dem Entwurfe anzunehmen, daß alle diese nur als Stellvertreter im Besitze angesehen werden, wie vom Mandatar auch ausdrücklich gesagt wird (§. 491.), daß sie also nicht als Besitzer gelten, nicht in eigenem Namen Besitzklagen anstellen können; wie denn auch bei ihnen der Wille, in eigenem Interesse Recht über die Sache zu üben, in der That nicht vorhanden ist. Darin macht uns freilich zum Theil wieder zweifelhaft die Vergleichung mit Bluntschli's deutschem Privatrecht I. §. 56. Denn hier wird auch bezüglich des Depositärs die Frage, ob ihm Besitz an der Sache beizulegen sei, im Sinne des deutschen Rechts und der modernen Entwicklung bejaht. Sollte aber dieß die Meinung auch des von demselben Verfasser herrührenden Entwurfs sein, so müßte unseres Erachtens der §. 490. anders gefaßt oder wenigstens beim Depositär ebenfalls ausdrücklich hervorgehoben werden, daß er (Hinterlegungs-) Besitz habe. Denn daß er ein selbständiges Interesse an dem Inhaben habe, kann man nach der Natur der Sache von ihm nicht mit besserem Recht behaupten, als von dem Knechte, der Sachen des Herrn, oder von dem Anwalte, der Acten seiner Partei in Händen hat; er hat so gut, wie diese, die Sache lediglich im Interesse eines Andern, und das Interesse am Behalten der Sache, das man etwa, wie bei der römischen Diebstahlsklage, aus der Verantwortlichkeit wegen Rückgabe der Sache ableiten möchte, tritt bei den Letzten nicht minder wie bei jenem, bei dem Anwalte sogar, der für jede Fahrlässigkeit haftet, noch in höherem Grade ein; der Umstand aber, daß wohl beim Commodat, nicht aber beim Depositum, ausdrücklich bemerkt ist, es begründe (Leihe-) Besitz, berechtigt um so mehr zu der oben angenommenen Auslegung des §. 490.

Sehen wir nun zunächst auf den praktischen Erfolg, so ergibt sich, daß S. in der Ausdehnung des Besitzschutzes weiter geht als B., selbst wenn wir den Letzten nach Bluntschli's Privatrecht a. a. O. auslegen; nach diesem ist immer noch manchen Personen, die zu den Inhabern gehören, der Besitzschutz versagt, während S. denselben schlechthin allen Inhabern gewährt, wobei es wenig bedeutet, daß er diese nicht Besitzer nennt. Unger (S. 80.) billigt diese Ausdehnung, Wächter (S. 47.) nennt sie bedenklich. Unbedenklich ist es wohl, jedem Inhaber als solchem das Recht der Selbstvertheidigung gegen Gewalt beizulegen, noch vielmehr also Anspruch auf obrigkeitlichen Schutz gegen beabsichtigte Gewalt; beides ist ihm auch nach gemeinem Recht nie versagt, und wird ihm wohl auch

§. zu verjagen nicht gesonnen sein, da in dieser Beziehung schon die heutigen Grundsätze über Selbsthülfe eingreifen. Aber die Besizklagen in ihrem ganzen Umfang und mit ihren eigenthümlichen näheren Bestimmungen auf alle Fälle des Inhabens, wo dieses sich nicht als thatsächliche Behauptung eines Rechts von dauerndem Bestande darstellt, anzuwenden, scheint weder Bedürfnis, noch auch nur angemessen. Es möchte leicht eine unnütze Mehrung der Prozesse veranlassen. Ein Streit um den Besitz (das eigentliche Possessorium) wird ohnehin nicht leicht in solchen Fällen vorkommen, und von der ändern Hauptwirkung des Besitzes, der Erziehung, kann dabei vollends keine Rede sein.

Fassen wir ferner die Terminologie und Construction der Begriffe ins Auge, so gibt die Art, wie §. Sachenbesiz und Besitz von Rechten unterscheidet, zu einem Bedenken Anlaß. Es ist wenigstens nicht genau, wenn der §. 529. stillschweigend voraussetzt, daß der Besitz von Grunddienstbarkeiten sich nicht in thatsächlicher Herrschaft über eine Sache äußere. Der Besitz eines Wegerechts z. B. und vollends einer ständigen und in einer körperlichen Anstalt sich darstellenden Dienstbarkeit (§. 700.) äußert sich allerdings in einer thatsächlichen (der letzte auch in einer sichtbaren) Herrschaft über das dienende Grundstück. Freilich ist es nur eine beschränkte partielle Herrschaft, aber auch der Miethe- oder Nießbrauchbesiz ist ja keine vollständige Herrschaft über die Sache (Bluntschli's Privatrecht I. S. 241). Andererseits ist auch aller Sachenbesiz, nach §., in Wahrheit „thatsächliche und bewußte Ausübung eines entsprechenden Rechts“. Das bloße äußerliche Inhaben einer Sache ist an sich noch gar keine Thatsache von bestimmtem juristischen Gehalt; es kommt auf den Willen an, der sich damit verbindet; ist dieser darauf gerichtet, thatsächlich eine Herrschaft über die Sache auszuüben, wie sie ihm kraft eines bestimmten Rechtsverhältnisses, wenn es wirklich bestände, zustehen würde, so kann das Inhaben der Sache als Besitz des entsprechenden Rechts (Rechtseinhalts) aufgefaßt werden, als „thatsächliche Darstellung jenes Rechtsverhältnisses“ (Bluntschli a. a. D. S. 145.). So erkennt auch §. §. 490. an, indem er dem Nießbrauch-, Miethebesizer u. s. w. in so weit Schutz zusagt, „als die Natur des Rechtsverhältnisses reicht, welches sie durch diesen Besitz ausüben“. Ja, genau betrachtet ist aller Sachenbesiz Besitz eines Rechts; denn auch der Eigenthumsbesiz, welchen §. den obengenannten Arten des Besitzes entgegensetzt, ist gleichfalls „thatsächliche Darstellung eines Rechtsverhältnisses“, des Eigenthums. Wenn man den Eigenthumsbesizer schlechthin Besizer der Sache nennt, so ist dieß dadurch veranlaßt und gerechtfertigt, daß das Eigenthum

seinem Grundbegriffe nach als das Recht zu vollkommener und ausschließlicher Herrschaft über die Sache aufgefaßt wird, diesem aber eben die wirkliche vollkommene und totale Herrschaft über dieselbe als Thatsache entspricht: wie man denn unbedenklich auch von Haben, Erwerben, Veräußern u. s. w. der Sache spricht, wo man nicht die Sache bloß als körperlichen Gegenstand, sondern vielmehr das Recht des Eigenthums an derselben im Sinne hat. Freilich ist aller Begriff des Besizes ursprünglich von der natürlichen Anschauung jener gewissermaßen äußerlich sichtbaren Herrschaft ausgegangen, aber ihre rechtliche Bedeutung gewinnt sie doch erst durch den Willen, womit dieses äußerliche Verhältniß erfüllt ist. Man könnte wohl mit einigem Rechte sagen, daß der wahre juristische Begriff des Besizes gerade erst in dem Besitze der Rechte recht zu Tage getreten sei. Es ist nicht ein Umweg, die Anerkennung einer sog. *iuris quasi possessio*, um sich unter den Gedanken eines dem Besitze von Rechten zu verleihenden Schutzes zu flüchten; es ist dieß nur ein Herausziehen des den Thatsachen unterliegenden Rechtsgedankens, ein deutlicheres und bewußtes Erkennen der in der äußerlichen Erscheinung geborgenen Wahrheit, wozu sich das mittlere deutsche Recht auch hier noch nicht so, wie das römische Recht, erhoben hatte, obgleich auch in diesem jene innerliche Auffassung nicht zu vollkommener Klarheit und Durchbildung gediehen ist, sondern noch Nachwirkungen der äußerlichen Anschauung darin zurückgeblieben sind, wohin unter anderm auch das gehört, daß die Römer den Besitze von Rechten schlechthin *iuris possessio* zu nennen eine gewisse Scheu tragen, ein „quasi“ beizufügen für nöthig halten. In der That ist es nicht das Innehaben der Sache, Besitzen im natürlichen Sinn, schlechthin, worauf der Rechtsschutz gerichtet ist, sondern das mit bestimmtem Willen des Besizenden erfüllte Inhaben, das thatsächliche Ausüben irgend eines Rechts bezüglich der Sache; man darf nur nicht sagen: „die Ausübung eines vermeintlichen Rechts“; denn darauf kommt es zunächst allerdings nicht an; man kann auch *malae fidei possessor* sowohl eines Rechts wie einer Sache sein.

Die Wichtigkeit vorstehender Bemerkungen scheint mir durch folgende Erwägung bestätigt zu werden. Z. §. 502. 518. unterscheidet realen und ideellen Besitze, reelles und ideelles Besizrecht; das letzte legt er z. B. dem gesetzlichen Erben bei, der nach §. 493. *ipso jure* den Besitze des Erblassers fortsetzt. Man braucht aber nicht einmal diesen Satz und jene im Entwurf übrigens nicht näher erklärte Unterscheidung anzunehmen; gewiß ist dennoch, daß häufig jemand als Besizer gilt, der

doch nicht als Besitzer im natürlichen Sinn des Wortes „in einem äußerlich sichtbaren Herrschaftsverhältniß zur Sache“ steht. Auch §. ist nicht entgegen, daß zu gleicher Zeit einer Eigenthumsbesitzer, ein anderer Nießbrauch- oder Miethbesitzer u. s. f. sein und als solcher geschützt werden könne. Hier aber steht der erste nicht unmittelbar in jenem Verhältniß zur Sache; inne hat er sie nur mittelbar, insofern eius nomine der letzte definit, der aber doch auch nicht bloß als Stellvertreter des ersten, sondern weil er ein selbständiges Interesse daran hat, das thatsächliche Herrschaftsverhältniß zur Sache behaupten will (Bluntschli a. a. D. S. 244.) und selbst gegen jenen behaupten kann (S. §. 140.). Aber auch beim Nießbrauchbesitze kann wieder dasselbe vorkommen. Wenn der Nießbrauchbesitzer vermietet, so erlangt der Miether Miethbesitz, der Vermiether aber ist und bleibt nichtsdestoweniger Besitzer des Nießbrauchs, und es wird ihm nöthigenfalls Schutz dieses Besitzes nicht zu versagen sein; dann aber ist es offenbar nicht das Innehaben der Sache, in dem er geschützt wird, sondern das thatsächliche Verhältniß der Rechtsausübung, das hier darin sich äußert, daß er als Nutznießer einem Andern die Benutzung der Sache und deren Inhaben miethweise überläßt. Es scheint mir daher ein zweifelhafter Fortschritt, wenn man von dem Begriff des Rechtsbesitzes wieder zurückgeht auf das äußerlich sichtbare Herrschaftsverhältniß, um so mehr, da man in Wahrheit von solcher äußerlicher Sichtbarkeit in vielen Fällen, wo doch unbedenklich vollkommener Sachenbesitz angenommen wird, namentlich bei Grundstücken, nicht mit mehr Recht reden kann, als in andern Fällen, wo doch auch §. nur Rechtsbesitz annimmt, z. B. bei einem Wegerecht.

Dagegen freilich läßt sich von Seiten der juristischen Consequenz nichts einwenden, daß man den Begriff des Rechtsbesitzes und dessen praktische Bedeutsamkeit weiter ausdehne, als es im römischen Recht geschehen ist. Er beschränkt sich auch nicht nothwendig auf dingliche Rechte, ja nicht einmal auf Vermögensverhältnisse; nur darauf kommt es an, daß sich bei einem Rechtsverhältniß eine bestimmte thatsächliche Manifestation als etwas Dauerndes denken lasse, ohne daß dadurch das Recht selbst, wenn es existirte, ein Ende hätte. Die Anerkennung eines juristischen Besitzes bei Pacht und Mieth inbesondere erscheint um so unbedenklicher, wenn man dem Pächter und Miether ein auch gegen den Singularsuccessor des Verpächters oder Vermiethers geltend zu machendes, also gewissermaßen ein dingliches, wenn auch der Zeit nach beschränktes Recht beilegt, wie dieses auch §. §. 1785. 1809. thut. Wie weit man sonst darin gehen solle, ist eine Frage der Zweckmäßigkeit, wobei einer-

seits das Interesse der Rechtsordnung an der Abwehr jedes eigenmächtigen Angriffs auf thatsächliche Verhältnisse, andrerseits aber auch das zu erwägen ist, ob das Mittel zum Zweck in richtigem Verhältniß stehe und nicht vielleicht in gewissen Anwendungen die Gestattung bloßer Besitzklagen, gesondert von dem Streite über das Recht selbst, regelmäßig entbehrlich erscheint, ohne jenes Interesse erheblich zu gefährden.

Was nun die Terminologie betrifft, so scheint es mir beifallswürdig, daß H. und S. nach dem Vorgange des österreichischen Gesetzbuchs den Besitzer und Inhaber von Sachen unterscheiden. Nur möchte etwa bei dem letzten durch einen Beisatz angedeutet werden, daß auch er im weitern Sinn Besitzer heißt. Mit unserm Wort Besitz verhält es sich ebenso, wie mit dem römischen possessio. Es ist unverkennbar, daß man selbst auch in dem Sprachgebrauche des gemeinen Lebens unter Besitzer schlechthin vorzugsweise den Eigenthumsbesitzer versteht; in der Theorie des gemeinen Rechts ist dieser Sprachgebrauch ohnehin sehr allgemein geworden: warum soll man nicht dabei bleiben? Inhaber ist dagegen ein sehr guter und passender Ausdruck für das, was die Römer detentio oder detentatio nennen, und „Inhaber“ verdient daher als Gegensatz des Eigenthumsbesitzers in den gesetzlichen Sprachgebrauch aufgenommen zu werden. Jedenfalls ist diese Terminologie besser als der „vollständige und unvollständige Besitzer“ im preussischen Landrecht, I. 7. §. 6. 7., welcher uns unwillkürlich an den „wollenen Strumpfwirker“ erinnert. Am bestimmtesten und an sich untadelhaft sind allerdings die Worte Eigenthumsbesitz, Nießbrauch-, Miethebesitz u. s. w., deren sich auch Z. öfter bedient; sie bequemen sich zugleich der Vorstellung: Besitz der Sache zu Eigenthum, Nießbrauch u. s. w. und dem Begriffe: Besitz eines Rechts an oder bezüglich der Sache.

Alle drei Entwürfe unterscheiden redlichen und unredlichen, rechtmäßigen und unrechtmäßigen Besitz. Z. und S. vermeiden dabei den Fehler, den H. begeht, indem er diese Begriffe bloß mit Rücksicht auf abgeleiteten Erwerb definirt (vergl. oben S. 355 fg.). Dagegen behandeln S. und Z. als unredlichen Besitzer auch denjenigen, welcher aus verschuldetem Irrthum den Mangel seines Rechts zum Besitze nicht kennt, wogegen Wächter S. 49 fg. erhebliche Bedenken vorgebracht hat. Rechtmäßig nennen die Entwürfe den Besitz, der sich auf einen Titel gründet. Doch scheint es, daß Z. in §. 497. 498. unter unrechtmäßigem Besitz jeden dem Rechte eines andern widerstreitenden Besitz versteht, auch wenn er sich auf einen Titel gründet. Meines Erachtens wären auch diese Definitionen leicht ganz zu vermeiden.

Die Wirkungen des Besizes bestimmt Z. §. 501 fg. in dieser Stufenfolge: 1) Jeder Besizer ist berechtigt, seinen Besiz gegen unbefugte Gewalt oder eine Beeinträchtigung, die ein Vergehen begründet, zu vertheidigen und dafür auch gerichtlichen Schuz zu begehren; 2) ist der gegenwärtige Besiz streitig, so wird vorläufig dem der Vorzug gegeben, welcher zur Zeit den reellen Besiz hat, wenn nicht vorliegt, daß er auf widerrechtliche Weise die Gegenpartei aus dem Besize verdrängt habe; 3) der redliche Besizer hat überdem ein Recht auf Schuz gegen jede eigenmächtige auch nur theilweise Störung, selbst wenn darin kein Vergehen liegt; in jedem Fall kann auch auf Schadenersatz und cautio de non amplius turbando erkannt werden; 4) der redliche Besizer, welcher durch Gewalt, List oder Mißbrauch einer Vergünstigung aus dem Besize verdrängt worden, hat eine Klage auf Wiederherstellung des Besizes und Schadenersatz gegen den Schuldigen und dessen Erben, eine Klage auf Wiederherstellung auch gegen den dritten Besizer, wenn dieser zur Zeit des Erwerbes von der Fehlerhaftigkeit des Besizes seines Auctors Kenntniß hatte; 5) der redliche und zugleich rechtmäßige Besizer hat, insofern das seinem Besiz entsprechende Recht durch eine dingliche Klage geschützt wird, eine dieser nachgebildete dingliche Besizrechtsklage gegen jeden, welcher ihm ohne Recht den Besiz beeinträchtigt oder stört, oder ihm die Sache selbst vorenthält; ohne Wirkung jedoch gegen denjenigen, der ein gleiches oder besseres Besizrecht an der Sache hat und nur unter denselben Beschränkungen, welchen die Klage wegen des Rechts selbst unterliegt. Von diesen Bestimmungen weichen S. und G., abgesehen davon, daß der letzte nur dem Besizer im engern Sinn die Besizklagen gibt, darin wesentlich ab, daß sie nicht zwischen Besizbeeinträchtigung, die ein Vergehen begründet, und die kein solches enthält, unterscheiden, und nicht bloß dem redlichen Besizer die unter 3. und 4. bezeichneten Klagen geben. Auch enthalten beide für den Fall unter 2. eine abweichende Bestimmung, welche dem Richter die Wahl zwischen verschiedenen Mitteln zur vorläufigen Schlichtung des Besizstreites einräumt. S. stimmt dagegen mit Z. darin überein, daß er die Klage unter 4. auch gegen den dritten Besizer zuläßt, wenn dieser wußte, daß sein Vormann auf fehlerhafte Art besaß; ja sogar, wenn er dieß nur vermuthen mußte, soll auch gegen ihn die Klage zulässig sein, ingleichen gegen denjenigen, welcher die Sache ohne allen Rechtsgrund besizt. Es scheint bedenklich, der Besizklage eine so weite Ausdehnung zu geben und so in den Besizstreit verschiedenartige Fragen hineinzuziehen; wenn sie aber beliebt wird, so ist es gewiß gerechtfertigt, wenigstens dabei

mit §. die Beschränkung auf den redlichen Besizer anzunehmen, die sonst dem gemeinen Recht fremd ist. Eine bedeutende und bedenkliche Abweichung vom gemeinen Recht enthält übrigens S. auch darin, daß er nach §. 341. gegen jede Besitzklage, auch gegen die wegen Besitzentziehung, die sog. *exceptio quod vi aut clam aut precario* zuläßt; er geht darin noch weiter als H., welcher wenigstens gegen die Klage wegen Besitzentziehung durch Gewalt oder Drohung jene Einrede versagt (vergl. oben S. 360.). Gleichwohl sagt doch S. §. 136., daß Gewalt gegen Entziehung beweglicher Sachen nur in *continenti* geübt werden dürfe. Bemerkenswerth scheint noch, daß in Bestimmung der Voraussetzungen des Besitzschutzes S. und J. sich des Beiworts „ruhiger Besitz“, welches Referent im hessischen Entw. gerügt (oben S. 356.), die Revision desselben aber gleichwohl beibehalten hat, enthalten, was mir auch jetzt noch angemessen scheint.

H. wurde a. a. D. S. 809 fg. noch in einem andern Punkte gerügt, nämlich bezüglich des Artikels über Verjährung der Besitzklagen, nach welcher nämlich doch immer noch eine Schadensklage wegen gewaltsamer Besitzentziehung vorbehalten sein sollte. Die Bedenken gegen diesen Artikel sind in der Revision beseitigt, indem diese ausdrücklich bestimmt, daß alsdann nur noch mittels der Klage auf Anerkennung des Rechts an dem Besitzgegenstande selbst (in *petitorio*) der Anspruch auf Schadenersatz geltend gemacht werden könne, und dieß nicht bloß im Fall gewaltsamer Besitzentziehung. Darin ist nun klar ausgesprochen, daß nach Ablauf der Verjährungszeit jede Klage, die sich bloß auf den Besitz gründet, ausgeschlossen sein solle, was zwar auch vom gemeinen Rechte abweicht, aber an sich nicht verwerflich scheint. Man könnte nur etwa insofern noch an dem Ausdruck mäkeln, als darnach noch der Zweifel übrig bleiben könnte, ob denn nicht jene Schadensklage als persönliche Klage *ex delicto* unter allen Umständen noch zulässig sei, auch wenn zur Anstellung der dinglichen Klage auf Anerkennung des Rechts an dem Besitzgegenstande (des eigentlichen *Petitoriums*) die Verhältnisse sich nicht mehr eignen, z. B. wenn der Besitzentzeker oder dessen Erben *sine dolo malo* nicht mehr im Besitze der Sache sind. Dagegen hat S. in §. 225. eine Bestimmung aufgenommen, die ganz zu gleichen Bedenken Anlaß gibt, welche denn auch von Wächter S. 49 fg. dagegen erhoben sind. Der §. 225. behält demjenigen, und nur demjenigen, welcher gewaltsamer Weise im Besitze gestört oder aus demselben verdrängt worden ist, auch nach Verjährung der Besitzklage noch die Klage auf Ersatz des durch die Gewaltanwendung verursachten Schadens bevor.

Wollte S. damit denselben Gedanken ausdrücken, den der revidirte H. ausspricht, so hat er sich jedenfalls sehr unklar ausgedrückt. Z. §. 508. beschränkt die Dauer der Besitzklagen zur Vertheidigung oder Wiederherstellung des Besitzes, welche in der Regel „in Form des Befehlverfahrens“ erledigt werden, auf sechs Monate, gibt aber nach deren Ablauf noch, mit dem gemeinen Rechte übereinstimmend, eine gewöhnliche Klage gegen den Verlezer, insoweit derselbe aus dem begangenen Unrecht bereichert worden ist.

Beachtenswerth ist endlich die oben unter 5. erwähnte Besitzrechtsklage. Sie ist im Wesentlichen die römische Publiciana in rem actio, in Anwendung auf alle dinglichen Rechte, und zugleich auch als Publiciana negatoria actio (Z. §§. 516—519. und 531.). Im ersten Entwurf ertheilte der §. 842. eine dingliche Klage zum Schutze des Besitzrechts im Allgemeinen jedem redlichen und zugleich rechtmäßigen Besitzer, und der §. 845. erklärte näher: „Sie ist nicht bloß für Eigenthumsbesitz, sondern auch für anderweitigen rechtmäßigen Besitz, als z. B. Pacht-, Faustpfand-, Miethe-, Servitutenbesitz je nach Maßgabe und Art des entsprechenden dem Besitze zum Grunde liegenden Rechtsgrundes anwendbar.“ Dieser §. war freilich schon in seiner Fassung einer Aenderung bedürftig; er gab zugleich der Klage eine so weite Ausdehnung, daß diese z. B. auch dem Commodatar, der in gutem Glauben erworbenen Leihbesitz hatte, eingeräumt werden mußte, was gewiß praktisch unangemessen wäre. Aus der Revision ist nun der §. 516. hervorgegangen; er sagt: „Der redliche und zugleich rechtmäßige Besitzer hat, insofern das seinem Besitze entsprechende Recht durch eine dingliche Klage geschützt wird, eine dieser nachgebildete dingliche Besitzrechtsklage u. s. w.“; und der §. 531. gewährt denn nach Analogie des Sachenbesitzes auch für den Besitz von Rechten dieselbe Klage. Nun fragt es sich, welche Fälle sind es denn, die der §. 516. im Auge hat? Eine dingliche Klage, zum Schutze welcher Rechte findet sie statt? Es fragt sich: soll jetzt auch noch der im ersten Entwurf namentlich angeführte Pacht- und Miethebesitzer diese Besitzrechtsklage haben? Daß das Pacht- und Miethe Recht durch eine dingliche Klage geschützt sei, wird nirgend gesagt. Beide kommen unter den Schuldverhältnissen vor, welche als solche nur persönliche Klagen erzeugen. Aber der Entwurf bestimmt auch sonst nirgend genauer, wo dingliche Klagen stattfinden. Dagegen kann nach §. 1785. der Miether einer Wohnung oder eines Magazins nach Veräußerung derselben diese auch gegen den neuen Eigenthümer noch bis zum zweitnächsten herkömmlichen Ziel behaupten; nach §. 1809. kann den Pächter der neue Eigenthümer nur mit Beachtung einer Kündigungsfrist von 6 Monaten auf einen der

Landesübung gemäßen Jahrestermin vom Gute weisen. Beide sind also rücksichtlich ihres Nutzungsrechts an der Sache einem Nießbraucher zu vergleichen, dessen Nießbrauch bis zu demselben Termine dauert. Soll nun, wer vom Nießeigentümer redlich gemiethet oder gepachtet hat, auch, wie der Erwerber des Nießbrauchs, obiger Besitzrechtsklage theilhaft sein oder nicht? Ein praktisches Bedürfnis dafür möchte kaum zu behaupten sein. Auch macht die Vergleichung des revidirten mit dem ersten Entwurf geneigter zu verneinender Antwort. Aber größere Bestimmtheit wäre wünschenswerth, und diese wäre leicht erreicht, wenn die fragliche Klage erst bei den Rechtsverhältnissen, bezüglich deren sie zulässig sein soll, angeführt wäre. So geschieht es in §. Tit. III. Art. 12. 13. und in E. §. 360—362. in Ansehung des Eigenthums, in beiden aber vermisst man eine Bestimmung über analoge Anwendung der Klage bei Dienstbarkeiten und in E. eben so beim Pfandrecht. In Anwendung auf das Eigenthum bedienen sich beide Entwürfe des Ausdrucks: wer nur den rechtmäßigen Erwerbstitel nachzuweisen vermöge, werde „einem jeden schwächer Berechtigten gegenüber für den wahren Eigenthümer betrachtet“ (G.) oder „als Eigenthümer angesehen“ (E.). Wächter E. 71 fg. tadelt darüber E., weil er dadurch ein fingirtes Eigenthum schaffe, obwohl die Motive die Unterscheidung des österreich. Gesetzbuchs zwischen wirklichem und vermuthetem Eigenthum (§. 372.) verwerfen. In der That besteht der ganze Unterschied zwischen beiden nur darin, daß das letzte sagt: „wird für den wahren Eigenthümer gehalten“, wo E. sich ausdrückt: „wird als Eigenthümer angesehen“, und daß E. die Marginalrubrik „Eigenthumsklage aus dem rechtlich vermutheten Eigenthum“ nicht hat. Sachliche Bedenken wird wohl keine dieser Fassungen verursachen; sie wollen offenbar alle das Gleiche; im Ausdruck würde ich E. den andern vorziehen, jedoch mit einer kleinen Aenderung des §.: „Wer nur darthut . . . wird doch u. s. w.“ anstatt: „Wenn er (d. i. nach §. 358. „wer vermöge seines Eigenthums die Sache dem andern abfordert“) nur darthut . . . so wird er . . . als Eigenthümer angesehen“. Diese Fassung ist nämlich offenbar fehlerhaft, da, wer die Publiciana actio anstellt, nicht einmal zu behaupten braucht, daß er Eigenthümer sei, ja nach §. 203. unzweifelhaft auch dem redlichen Erwerber, der vor vollendeter Erziehung in malam fidem versetzt worden ist, die Publiciana actio noch einzuräumen ist. Besser übrigens möchte es sein, am Ende des §. zu setzen: „wird . . . dem wahren Eigenthümer gleich behandelt“ oder „geschützt“, wodurch die Annahme eines fingirten Eigenthums völlig ausgeschlossen wäre.

Noch in einer andern Beziehung aber erscheint die Fassung von D. Art. 12. und E. §. 360. mangelhaft. Beide treffen nur den Fall, wenn der Kläger darthut, daß der Streitgegenstand in Folge eines rechtmäßigen Erwerbstitels auf ihn übertragen worden sei, beschränken sich also nur auf die Fälle eines abgeleiteten Erwerbes. Nach gemeinem Recht findet die Publiciana actio auch in Folge ursprünglicher Erwerbarten statt, z. B. bezüglich der Erzeugnisse und des Zuwachses einer bona fide und iusto titulo erworbenen Sache (L. 11. §. 3. sqq. L. 12. §. 5. L. 13. pr. D. de Publ. act.). Nach E. und H. müßte man strenge genommen z. B. demjenigen, welcher das Mutterthier rechtmäßig erworben hatte, bezüglich des Jungen, dem Erwerber eines Grundstücks bezüglich der hinzugekommenen Insel als selbständigen Streitgegenstandes die Publicianische Klage versagen. Diesen Fehler vermeidet J. §. 516., indem er jedem redlichen und rechtmäßigen Besitzer die Besitzrechtsklage gibt, und ebenso auch das österreichische Gesetzbuch §. 372., indem es allgemein nur voraussetzt, daß der Kläger den gültigen Titel und die ächte Art, wodurch er zum Besitze gelangt ist, beweise.

Wünschenswerth wäre zudem eine klare Entscheidung über folgenden Punkt: Nach gemeinem Recht ist es streitig, ob und in welchem Umfange die Publicianische Klage auch einem solchen zustehet, welcher den Besitz der Sache gar nicht gehabt hat, falls er sich nämlich auf einen Erwerbgrund stützt, kraft dessen ihm auch ohne Besitzerwerb das Eigenthum erworben sein könnte? (Vangerow, Pand. §. 335. E. 756. Sintonis, Civilr. §. 53. Anm. 10.) Referent hält mit Vangerow im Allgemeinen die bejahende Antwort für richtig (Pand. §. 170.). Die vorliegenden Entwürfe wie das österreichische Gesetzbuch aber setzen überall wirklich erlangten Besitz des Klägers voraus. Haben sie nun dadurch stillschweigend, aber mit bewußter Absicht, die obige Frage verneinend entscheiden wollen? Haben sie festsetzen wollen, daß z. B. der redliche Erwerber des Mutterthiers das nicht in seinem Besitze gewesene Junge, der Erwerber des Grundstücks die Insel gegen einen schlechtern Besitzer nicht mit Erfolg vindiciren könne, wenn er nicht sein Eigenthum daran beweise? Kaum läßt sich dieß als deren Absicht annehmen, und doch kann man nur mit halber Sicherheit und mit ungenügendem Erfolge, z. B. aus E. §. 360. verglichen mit §. 144—154., etwa das Gegentheil ableiten. Für einen Fall dieser Art, den auch Sintonis a. a. O. nach römischem Recht anerkennt, bei Vermächtnissen nämlich, ist freilich diese Streitfrage dadurch abgeschnitten, daß das Vermächtniß nur als Erwerbstitel, nicht, wie nach römischem Recht, bei Sachen der Erbschaft

auch als Erwerbart anerkannt wird. Aber dieß ist eben auch eine Neuerung von sehr problematischem Werthe. Warum denn soll der Vermächtnißnehmer nicht ohne Uebergabe von Seiten des Erben gegen den dritten Besizer ohneweiters mit der Eigenthumsklage sein Glück versuchen? und warum nicht, wenn der Erblasser selbst nur zur Publicianischen Klage berechtigt war, eben so auch mit dieser? Mir scheint hier das römische Recht angemessener, das gegen den Erben selbst die Wahl zwischen dinglicher und persönlicher Klage, gegen den dritten Besizer die dingliche Klage gibt, zugleich aber eigenmächtiger Besizergreifung der vermachten Sache aus der Erbmasse durch das *interdictum quod legatorum* entgegentritt. Was den Erben selbst betrifft, so ist kein Zweifel, daß ihm wegen der vom Erblasser besessenen Sache die *Publiciana actio* zustehe, wenn gleich er selbst den (reellen) Besitz der Sache nicht gehabt hat. Es bedürfte dieserhalb nicht einmal der ausdrücklichen Bestimmung in *B. §. 518.* („Diese Klage dient auch zum Schutze des ideellen Besitzrechts, z. B. des Erben, und nicht bloß bei Störungen des reellen Besitzrechts“), und nicht des auch von *E. §. 2014.* angenommenen, von Wächter *E. 24 fg.* angefochtenen Satzes, daß der Erbe an den Erbschaftsgegenständen von selbst den Besitz des Erblassers fortsetze. Vermöge der unversessenen Natur des Erbrechts tritt auch nach römischem Recht, dem jener Satz fremd ist, der Erbe in das Recht der Publicianischen Klage ein, wo und wie es dem Erblasser zustehen würde.

Ich verlasse die Lehre vom Besitze, obwohl auch die Bestimmungen über Erbschaftspflicht des redlichen und unredlichen Besizers, sodann über Erwerb und Verlust des Besitzes noch Stoff genug zu Bemerkungen darbieten, und gegen *E.* insbesondere bezüglich des Inhalts wie der Fassung der betreffenden *§§.* manche beachtenswerthe Einwendungen erhoben worden sind. Richten wir unser Augenmerk auch noch auf die Lehre vom Eigenthum, in welche uns ohnehin schon die Berührung der Publicianischen Klage hineingeführt hat.

Was Eigenthum sei, wird weder der Jurist noch der Laie erst aus dem Gesetzbuch lernen wollen, und der erste wird an einer gesetzlichen Definition leichter zu kritisiren als durch dieselbe sich befriedigt finden. Mit richtigem Tact enthält sich daher *B.* auch hier einer Begriffserklärung. *H. (Tit. III. Art. 1.)* gibt eine solche, die das Eigenthum nach seinem Grundbegriffe und vollem Gehalte wohl gut bezeichnet („Eigenthum ist das Recht zur vollkommenen Herrschaft über eine Sache“), die aber doch sofort die Einwendung hervorrufen könnte, ob denn das Eigenthum an einer Sache, an welcher einem Andern der Nießbrauch oder

sonst eine Dienstbarkeit zusteht, nicht mehr Eigenthum sei? Dieselbe Einwendung trifft die, abgesehen von der ausdrücklichen Beschränkung auf körperliche Sachen, dem österreich. Gesetzb. §. 354. entlehnte, ausführlichere aber deshalb nicht bessere Begriffbestimmung des E. §. 270. — „Eigenthum ist das Recht, über das Wesen (die Substanz) und die Nutzungen einer körperlichen Sache nach Willkür zu verfügen und andere davon auszuschließen“. — Unger E. 158. bemerkt, daß das Eigenthum sich einer scharfen juristischen Definition in immer neuen Wendungen zu entziehen wisse. Während aber dieser Beurtheiler deshalb sich gern dabei beruhigt, daß E. die Begriffbestimmung des österreichischen Rechts aufgenommen habe, würden wir zufriedener sein, wenn diese Begriffbestimmung getrost der Wissenschaft überlassen wäre. Uebrigens stimmen die drei Entwürfe darin überein, daß sie Eigenthum im engern Sinn nehmen. E. deutet dieses dadurch an, daß er ausdrücklich von körperlicher Sache spricht, was freilich nach der weiten und ungenauen Definition von Sache in §. 62. durchaus nöthig war, um nicht auch hier zu Ausstellungen Anlaß zu geben, wie sie mit vollem Recht von Wächter E. 177. bezüglich dieses §. gemacht werden. Er schließt dadurch die weitere Bedeutung von Eigenthum, die im österreich. Gesetzb. angenommen war, aus und vermeidet so die theoretische Verwirrung, die sich daraus leicht ergeben kann. Ein wunderliches Gemisch enthält in dem Entwurf von Preussen der (fünfte) Theil „das Eigenthumsrecht“; er handelt in neun Abtheilungen 1) vom Begriff und Eintheilung des Eigenthums, wo Eigenthum im weitern Sinn als „natürliches Eigenthum“, das Eigenthumsrecht an körperlichen Gegenständen als „gesetzliches Eigenthum“ bezeichnet wird; 2) von den Gegenständen des Eigenthums; 3) vom Besitze; 4) von Rechten und Verbindlichkeiten; 5) vom gesetzlichen Eigenthum; 6) von Grundlasten; 7) von der beim Uebergange des Eigenthums an Liegenschaften und Grundlasten einzuhaltenden Form; 8) vom Recht der Dienstbarkeiten; 9) von der Verjährung; worauf dann als sechster Theil „das Vertragsrecht“ folgt.

Ein glücklicher Gedanke scheint es uns, wenn J. zunächst in eigenem Abschnitt bloß das Eigenthum an Liegenschaften (§. 532—624.), dann besonders das Eigenthum an beweglichen Sachen (§. 625—656.) behandelt. Beide Fälle des Eigenthums unterscheiden sich, insbesondere nach dem Inhalt der vorliegenden Entwürfe, fast in allen Beziehungen wesentlich von einander, in Beziehung auf Erwerb und Verlust, bezüglich des Umfangs und der gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums und in Ansehung der Eigenthumsklagen. Es stellt sich nun ganz

praktisch dar, wenn das Gesetzbuch die das wichtige Grundeigenthum betreffenden Bestimmungen vorerst im Zusammenhange aufstellt, unbekümmert um bloß logische Gliederung der Begriffe und Scheidung des Allgemeinen und Besondern. Was nützt es z. B., daß S. §. 272. unter der Ueberschrift: „von der Erwerbung des Eigenthums im Allgemeinen“ voraus bemerkt, Eigenthum werde erworben durch Zuwachs, durch Zueignung, durch Uebergabe, durch Erbrecht und durch Erfindung, wenn wir doch nachher erfahren, daß das Eigenthum an Grundstücken durch Zueignung und durch Uebergabe gar nicht, durch Erfindung eigentlich auch nicht, und durch Zuwachs in ganz anderer Weise als an beweglichen Sachen erworben wird? Und zudem welche Logik der Anordnung ist darin zu erkennen, wenn S. §. 272. von der Erwerbung des Eigenthums im Allgemeinen, §. 273. von dem Verlust des Eigenthums im Allgemeinen, §. 274 fg. von dem Erwerbe und Verluste des Eigenthums I) an gewissen beweglichen Sachen, II) an unbeweglichen Sachen spricht, und dann wieder §. 281. „Allgemeine Bestimmungen“ folgen, die über das Eigenthumsgebiet hinausgehen? abgesehen von dem logischen Fehler, der darin liegt, daß §. 279. apodiktisch sagt: „An Grundstücken wird das Eigenthum nur durch Eintragung in das Grund- und Hypothekensbuch erlangt, und dann doch §. 287 fg. unter der Rubrik „von der Erwerbung des Eigenthums durch Zuwachs“ Fälle des Erwerbs an unbeweglichen Sachen aufführt (Wächter S. 18.). — J. aber fehlt seinerseits darin, daß er in dem Abschnitt vom Eigenthum an beweglichen Sachen bloß vom Erwerb und Verlust und von den Beschränkungen der Eigenthumsklage spricht. Er will gewiß auch in Ansehung beweglicher Sachen ein Miteigenthum und sein sogenanntes Gesamteigenthum zulassen, und beim einfachen Eigenthum beweglicher Sachen gleichfalls das Recht freier Veräußerung anerkennen, spricht aber davon nur beim Eigenthum an Liegenschaften. Dagegen hat er in §. 650. unter der Ueberschrift: „Verlust des Eigenthums an beweglichen Sachen“ einen Satz, der ebenso auch vom Eigenthum an Liegenschaften gilt, nämlich, daß „in dem Erwerb des Eigenthums von Seite eines Inhabers der Sache“ (warum: von Seite eines Inhabers?) „zugleich der Verlust des Eigenthums auf Seite des bisherigen Eigenthümers“ liege — ein Satz, der übrigens unter jener Ueberschrift so allein hingestellt auch deshalb etwas Auffallendes hat, weil er den Schein erregt, als ob es keinen andern Fall des Eigenthumsverlustes gebe.

In Ansehung des Grundeigenthums ist in einem heutigen Gesetzbuche eine wesentliche Abweichung vom gemeinen Rechte, zusammen-

hängend mit dem neuen Hypothekenwesen, überall zu erwarten: darin nämlich, daß der Uebergang des Eigenthums an Liegenschaften irgendwie durch Eintrag in ein öffentliches Buch bedingt, wenigstens dessen vollkommene Wirkung davon abhängig gemacht ist. Ueber die Bewegung der Gesetzgebung in Bezug auf den Uebergang des Grundeigenthums und das Hypothekensystem hat neuerdings Mittermaier in einem längern Aufsatz Bericht erstattet (im Arch. f. civ. Prax. Bd. 33—36.). Die vorliegenden Entwürfe hulldigen dem strengern System; sie bedingen die Uebertragung des Eigenthums schlechthin durch jenen Eintrag (nach §. „kanzleiische Fertigung“), und erkennen ohne denselben nur einen Erwerbstitel an. E. sagt sogar ganz allgemein: Das Eigenthum an Grundstücken werde nur durch Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch erlangt, während H. vorsichtiger nur unter dem Titel: „von der Erwerbung des Eigenthums durch Uebertragung“ davon spricht, und J. des gefährlichen Nur sich enthält, auch zudem die Erbsfolge neben der kanzleiischen Fertigung als besondere Erwerbart nennt. Ich habe schon bei anderer Gelegenheit (oben S. 372.) gegen jenes System Bedenken erhoben, und diesen hat nun auch Wächter S. 65. sich angeschlossen.

Nach sächsischem Recht wurde bisher bürgerliches und natürliches Eigenthum an Grundstücken unterschieden; das erste nur durch Eintragung erworben, das letzte auch schon durch Uebergabe und andere Erwerbarten. E. hat nun diese Unterscheidung ganz aufgehoben, als nur geeignet, die Begriffe zu verwirren (Mot. S. 63.). Wächter aber findet nicht nur darin eine mißliche Neuerung, sondern wirft selbst die Frage auf, ob das junge Institut der Erwerbung des Eigenthums durch Eintragung in das Grundbuch, und zwar als der ausschließlichen Erwerbart des Eigenthums (in Sachsen nämlich erst seit 1843, anstatt der altdeutschen gerichtlichen Auflassung und Lebensreichung eingeführt) überhaupt beibehalten werden sollte; ob es nicht bedenklich sei, das wichtigste Vermögensrecht auf diese Weise bis auf einen gewissen Grad vom Papiere und vom Bureau abhängig zu machen, u. s. w.? Unger dagegen S. 109., mit dem auch Mittermaier übereinstimmt, billigt vollkommen die Aufhebung jener Unterscheidung, die er als eine abgeschmackte und unpassende Wiederbelebung des mit der Justinianischen Compilation zu Grabe gegangenen *dominium duplex* bezeichnet, macht aber freilich sofort S. 110. die Bemerkung, daß nach den Motiven zu §. 279. 280. dieselbe doch nur dem Namen, nicht der Sache nach aufgegeben sei. In der That läßt E. hier in Ansehung der Klarheit und Folgerichtigkeit

seiner Bestimmungen viel zu wünschen übrig. Was aber die Sache selbst betrifft, so wird keine Gesetzgebung, welche eine solche Form der Eigenthumsübertragung vorschreibt, wenn sie nicht mit dem wirklichen Rechtsleben in Widerspruch gerathen will, gänzlich dem sich entziehen können, ein Rechtsverhältniß anzuerkennen, das seinen wesentlichen Momenten nach mit jenem sogenannten natürlichen Eigenthum des bisherigen sächsischen Rechts zusammentrifft, und so auch eine gewisse Verwandtschaft mit dem römischen bonitarischen Eigenthum hat. Man braucht nicht erst Zeiten innerer Verwirrung und Kriegser eignisse vorauszusetzen; auch in gewöhnlichen ruhigen Zeiten wird es, wie die tägliche Erfahrung zeigt, immer häufig vorkommen, daß der wirkliche Besitz von Grundstücken kraft rechtsgiltiger Veräußerungsgeschäfte auf Andere übertragen wird, ohne sofort die Umschreibung in dem Grundbuche zu bewirken, daß es Jahre lang ansteht, bis diese formell gültige Uebertragung des Eigenthums nachfolgt. Unger's Theorie (S. 103 fg.), wornach in solchem Fall gar kein juristischer Besitz anzunehmen wäre, von der Auffassung des Besitzes als eines präsumtiven Eigenthums ausgehend, entspricht gewiß nicht den Anforderungen des praktischen Lebens; auch hat das österreichische Gesetzbuch, in dessen §§. 321. 322. er seine Theorie anerkannt findet, dieselbe keineswegs consequent festgehalten; vielmehr haben sich die österreichischen Rechtsgelehrten genöthigt gesehen, zwischen natürlichem und bürgerlichem (oder intabulirtem) Eigenthumsbesitz zu unterscheiden, insbesondere die Erßigung als eine Wirkung des ersten zu erklären, und sogar unter dem „rechtmäßigen Besitz“ in §. 321. den bürgerlichen Besitz zu verstehen, der selbst wieder wie jeder Besitz rechtmäßig und unrechtmäßig sein könne (Ellinger, Anm. zu §. 321.). Gibt man aber zu, daß der Erwerber eines Grundstücks auch ohne Intabulation wirklichen Eigenthumsbesitz erlange, so wird man ihm vorerst, solange er im Besitze ist, nicht nur den allgemeinen Besitzeschutz gewähren müssen, sondern auch selbst gegen die Eigenthumsklage seines Autors und der univcrsellen Rechtsnachfolger desselben eine Einrede, analog der *exceptio rei venditae et traditae* in ihrer altrömischen Bedeutung, nicht versagen können, so wie er gegen jene auch das Recht auf Intabulation geltend machen könnte. Es wird ihm aber ferner auch, wenn er aus dem Besitze gekommen, das Recht der *Publiciana actio* nicht abzuspochen sein, insofern er eben rechtmäßigen Besitz erworben hatte. Dieß leidet nach H. und J. keinen Zweifel, denn beide setzen zur Begründung jener Klage nichts anderes voraus, als redlichen Erwerb des Besitzes auf Grund eines an sich gültigen Erwerbstitels, und zum Erwerb-

titel gehört die Eintragung ins Grundbuch nicht, sondern es ist vielmehr diese durch des ersten Dasein bedingt. Nach §. könnte man freilich zweifelhaft darüber werden, wenn man §. 199. liest. Denn dieser §. erklärt nur den Titel für rechtmäßig, „welcher zur Erwerbung des in Frage stehenden Gegenstandes tauglich gewesen wäre und durch welchen man denselben wirklich erworben hätte, wenn er dem Vormanne zugestanden hätte“. „Nimmt man dieß so genau, wie man es bei einem Gesetze soll, so würde sich daraus ergeben, daß zur Rechtmäßigkeit des Besitzes eines Grundstücks auch Eintrag in das Grundbuch nöthig sei; denn ohne Eintrag ist ja die wirkliche Erwerbung des Grundstücks nicht möglich“ (Wächter S. 68.); dieser Eintrag würde einen Bestandtheil des rechtmäßigen Erwerbstitels ausmachen, und da nun nach §. 360. zur Publiciana actio Beweis des Erwerbes in Folge eines rechtmäßigen Erwerbstitels erfordert wird, so würde sich weiter ergeben, daß auch diese Klage keinem zustehen könne, der ohne Eintrag selbst vom Eigenthümer den Besitz erworben hat. Allein aus andern Umständen geht unzweifelhaft hervor, daß dieß nicht die Meinung des Gesetzbuches, sondern nur jener §. 199. in dieser, wie in anderer von Wächter S. 68. Anm. 37. mit Recht hervorgehobener Beziehung, mangelhaft abgefaßt ist. Der §. 339. erklärt allgemein, worin der Titel zur Uebertragung des Eigenthums liegen könne, wobei vom Eintrag keine Rede ist, und §. 279. jagt ausdrücklich, daß, wenn jemand ein Recht hat die Eintragung zu verlangen, so lange diese nicht erfolgt ist, doch ein Rechtstitel zur Erlangung des Eigenthums bestehe, mehr aber als solchen Rechtstitel ist man auch nach §. 360., der von Uebertragung des Streitgegenstandes in Folge eines rechtmäßigen Erwerbstitels spricht, zur Publiciana actio vorauszusetzen nicht genöthigt oder berechtigt. Zum Ueberflusse sprechen die Motive zu §. 279. deutlich aus, daß dem nicht eingetragenen Erwerber des Grundstücks sowohl die Publiciana als negatoria actio zu statten komme. Hiernach wäre nun schon eine unverkennbare Aehnlichkeit mit dem bonitairischen Eigenthum der Römer an bloß tradirten res mancipi vorhanden, indem die beiden vorzüglichsten Schutzmittel, die ohne Zweifel dem bonitairischen Eigenthümer zustanden, die exceptio rei venditae et traditae und die Publiciana actio, in analoger Weise jetzt dem nicht eingetragenen Erwerber eines Grundstücks zukämen. Um die Parallelisirung zu vollenden wäre noch erforderlich: erstens, daß beide Rechtsmittel auch sowohl den singulären als universellen Rechtsnachfolgern des Erwerbes zugestanden würden; zweitens, daß die Publiciana actio auch gegen den Veräußerer und dessen Erben mit Erfolg

angestellt werden könnte, indem man deren *exceptio domini* durch *replicatio rei venditae et traditae* entkräften ließe, und drittens, daß nicht nur gegen jeden Dritten, der nicht vom wahren eingetragenen Eigenthümer den Besitz rechtmäßig erworben, sondern auch gegen denjenigen, welchem später als jenem Erwerber vom wahren Eigenthümer der Besitz des Grundstücks übertragen worden, Klage und Einrede wirksam wären. Das erste hat gar kein Bedenken; die *Publiciana actio* hat der *Singularsuccessor* des ersten Erwerbers ohnehin kraft der Rechtmäßigkeit seines eigenen Erwerbes; demselben auch die Einrede gegen den *Auctor* seines *Auctors* zu geben, erscheint nicht unangemessen, indem man in der Veräußerung von Seiten des letzten zugleich eine Abtretung des Anspruchs auf Eintragung gegen den ersten finden kann. Auch das zweite könnte man zugeben, ohne den Zweck der Grund- und Hypothekbücher zu gefährden; es wäre auch civilistisch ganz consequent, die exceptionsweise Verufung auf das Eigenthum, wenn der Eigenthümer ohne Willen des Erwerbers wieder in Besitz gekommen, eben so durch Gegeneinrede entkräften zu lassen, wie dessen Eigenthumsklage von dem im Besitz gebliebenen Erwerber durch Einrede entkräftet würde. Indessen kommt hierauf wenig an, weil in solchem zudem gewiß seltenen Fall ohnehin regelmäßig die persönliche Klage aus dem ursprünglichen Veräußerungsgeschäfte zum Ziel führen würde. Das dritte endlich wäre ebenfalls unbedenklich, insofern dem Erwerber nur ein solcher als Gegner gegenübersteht, dem von einem andern als dem eingetragenen wahren Eigenthümer der Besitz übertragen worden ist. Mit *Neratius* (L. 31. §. 2. D. 19. 1.) kann man denjenigen, *qui a non domino emit*, füglich als schwächeren Besitzer ansehen, gegenüber demjenigen, welcher, wenn gleich ohne die Form der Eigenthumsübertragung, vom wahren Eigenthümer seinen Besitz ableitet. Und unter mehreren, die von demselben *Auctor* zu verschiedenen Zeiten den Besitz erhalten haben, wird ja nach bisherigem Rechte immer schon derjenige, welcher später Besitz erwarb, als schwächerer Besitzer betrachtet, was ganz angemessen auch dann Anwendung findet, wenn dieser gemeinschaftliche *Auctor* der wahre Eigenthümer war.

In einer Beziehung aber würde ein wesentlicher Unterschied übrig bleiben. Der Eigenthümer der *res mancipi*, der zuvor das bonitairische Eigenthum veräußert hatte, konnte durch spätere *mancipatio* an einen andern auch nur das *nudum ius*, das er noch behalten hatte, übertragen, und eben so denn auch keine wirksamen dinglichen Rechte an der Sache bestellen. Die Vorschrift der Eintragung in das Grundbuch

dagegen hat wesentlich den Zweck, daß jeder der Sicherheit seines Erwerbes, sei es des Eigenthums oder eines andern dinglichen Rechts, insbesondere des Pfandrechts, vollkommen soll vertrauen können, wenn er nur von dem noch eingetragenen Eigenthümer des Grundstücks ihn ableitet und dessen gehörigen Eintrag im Grundbuch erwirkt. Wer also auf diese Weise das Eigenthum erworben hat, dem kann es nicht von einem Dritten, dem ohne Eintrag das Grundstück veräußert worden, streitig gemacht werden; er hat nicht bloß ein nudum ius, sondern vollwirksames Eigenthum erworben, das er auch gegen jenen wie gegen jeden andern mit vollem Erfolg geltend machen kann.

Mag man nun das Recht, welches hiernach durch Uebergabe ohne Eintrag erworben wird, natürliches Eigenthum nennen oder nicht, praktisch stellt es sich doch als ein eigenthumsähnliches Verhältniß dar, das nur gegen diejenigen, welche nachher grundbuchmäßig Rechte an der Sache erworben haben, nicht wirksam ist. Man gelangt also praktisch im Wesentlichen zu demselben Resultate, das in den krit. Jahrb. a. a. D. als das zu erreichende bezeichnet worden ist. Freilich kann das Gesetz alle jene Rücksichten der Billigkeit ignoriren, der bloßen Uebergabe des Grundstücks als einer ganz nichtigen Handlung jede Wirkung absprechen, weder Klage noch Einrede daraus entstehen lassen, und durch so straffe Vorschrift größere Einfachheit erzielen; aber ob solche Einfachheit dem wahren Rechte entspreche und genüge, das ist eine andere Frage. In öffentlich-rechtlicher Beziehung, z. B. in Betreff der Steuerpflicht, der Anfassigmachung u. dgl., mag der Staat immerhin nur den gehörig eingetragenen Besitzer als Eigenthümer ansehen; es liegt darin zugleich eine heilsame Nöthigung, die Eintragung herbeizuführen; aber den privatrechtlichen Beziehungen sollte nicht ohne Noth solche Gewalt angethan werden.

Der Billigkeit zu Liebe macht übrigens S. §. 348. 349. eine andere Abweichung von der strengen Consequenz, die noch weiter greift, als was wir oben entwickelt haben. Bei der Veräußerung und Uebergabe einer unbeweglichen Sache an mehrere Personen hat nach §. 348. diejenige den Vorzug, welche das Eigenthum durch Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch erlangt hat, so wie nach §. 347. die an verschiedene Personen veräußerte bewegliche Sache derjenigen gebührt, welcher sie zuerst übergeben worden ist. Nach §. 349. aber kann die eine und die andere, wenn sie „bei Abschluß des Geschäfts schon kannte oder vermuthen mußte (sic!), daß einem Andern aus einem früheren Titel ein Recht auf die Sache zustehe“, das durch die Uebergabe oder

Eintragung erlangte Recht gegen diesen Andern nicht geltend machen, und auch dem dritten, der „von ihm weitere Rechte eingeräumt erhalten“, steht derselbe Einwand entgegen, wenn er nicht „seinerseits in gutem Glauben war“. Hier kommt denn auch wieder eine Art von nudum ius Saxonieum zum Vorschein. Der Eingetragene hat zwar (nach §. 348.) das Eigenthum erlangt, überträgt dieses auch durch weitere Veräußerung und Eintragung auf einen Dritten, aber wegen mangelnden guten Glaubens kann weder dieser noch er selbst gegen den früher Berechtigten das Eigenthum geltend machen; er hat keine wirksame Eigenthumsklage gegen diesen, wenn derselbe im Besitz ist, und dem letzten wird auch eine wirksame Publiciana actio gegen jenen oder doch eine Klage auf Eintragung seines Erwerbstitels einzuräumen sein. Auch in Ansehung beweglicher Sachen führt S. so eine Duplicität oder doch relative Unwirksamkeit des Eigenthums ein, abweichend vom gemeinen Recht, das überall den früheren Erwerb durch Tradition als entscheidend annimmt (L. 31. §. 2. D. cit.). §. Art. 64. hat in Uebereinstimmung mit dem österreichischen Gesetzbuch §. 430. 440. hier überall die einfache Regel festgehalten, daß wem zuerst übergeben oder wer zuerst eingetragen ist, Eigenthümer geworden sei.

Mit den bisher besprochenen Verhältnissen steht noch eine andere Frage in enger Verbindung, die Frage nämlich inwiefern eine Ersizung des Eigenthums unbeweglicher Sachen stattfindet? Nach älterem sächsischen Recht wurde durch Ersizung von 31 Jahren und 6 Wochen der Mangel gerichtlicher Auflassung ersetzt; jene gewährte bürgerliches Eigenthum. Nach dem Gesetz vom Jahr 1843 beschränkte sich die Wirkung der Ersizung auf Begründung natürlichen Eigenthums, dessen Eintrag alsdann gefordert werden konnte. Ob und in welchem Maße nun nach dem neuen Entwurf eine Ersizung unbeweglicher Sachen stattfindet? darüber wird ein Davus schwerlich zur Klarheit gelangen. Eine Unterscheidung zwischen natürlichem und bürgerlichem Eigenthum will der Entwurf nicht mehr gelten lassen; er kennt nur eine Art des Eigenthums. Dieses soll nach §. 279. nur durch Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch erlangt werden. Nach §. 183. soll auch gegen ein eingetragenes Recht eine Verjährung weder angefangen noch vollendet werden. Gleichwohl sagt §. 209. „die Ersizung unbeweglicher Sachen wird in dreißig Jahren vollendet“, und die Ersizung ist doch nach §. 270. eine Erwerbung des Rechts, also bei Sachen des Eigenthums, durch fortgesetzten Besitz. Soll nun die Ersizung nach §. 209. Eigenthum geben, dann tritt dieser in Widerspruch mit §. 279. Soll sie wenigstens natürliches Eigenthum

geben? dann wäre also nicht wahr, was die Motive zu §. 279. ausdrücklich sagen, daß die Unterscheidung zwischen natürlichem und bürgerlichem Eigenthum fallen gelassen sei. Oder soll die Erfizung nur einen Erwerbttitel begründen, einen Anspruch auf Eintragung gegen den bisher eingetragenen Eigenthümer, durch welche dann wirkliches Eigenthum erlangt würde? Dieß war unsere erste Auffassung; aber dann kommen wir in Widerspruch mit §. 183. Mit vollem Rechte läßt daher Wächter S. 17 fg. verglichen mit S. 63 fg. über die betreffenden §§. scharfen Tadel ergehen; der scharfsinnige Gelehrte ist nicht Oedipus genug, diese Widersprüche zu lösen. Unger S. 110. meint zwar, wer den Entwurf unbefangen prüfe, in dem müsse sich die Ueberzeugung feststellen, daß es nach demselben keine Erfizung gegen den intabulirten Eigenthümer gebe; aber er sagt uns nicht, worauf dann §. 209. zu beziehen wäre? auf Erfizung gegen den nicht intabulirten Eigenthümer? aber einen solchen gibt es nicht nach §. 279.; oder gegen dritte Personen, die nicht als Besitzer eingetragen sind, so daß diese nun alle dem Erfizenden gegenüber als schwächer Berechtigte (nach §. 360.) anzusehen wären? das hätte denn doch klarer gesagt werden müssen. Die Motive geben auch keinen Aufschluß; wenn sie zu §. 279. bemerken, demjenigen, welchem ein Grundstück ohne Eintrag übergeben worden, nütze auch, „wenn schon unter gewissen Beschränkungen“, die Erfizung, so ist eben nicht zu ersehen, wie und unter welchen Beschränkungen? Man kann nicht mit Sicherheit sagen, ob Unger das Rechte getroffen, wenn er in dieser Bemerkung den Beweis findet, daß die Verfasser dennoch eine Erfizung gegen den Tabularbesitzer zulassen wollten, zu deren Annahme der Entwurf selbst seiner Meinung nach nicht berechtigen würde.

Klarer und bestimmter sprechen sich H. und J. über diesen Punkt aus. H., an das gemeine und französische Recht sich anschließend, statuirt eine ordentliche Erfizung, in 10 oder 20 Jahren, unter Voraussetzung rechtmäßigen Erwerbttitels mit gutem Glauben, und eine außerordentliche, in 30 Jahren, ohne diese Erfordernisse — beide zu Gunsten des nicht eingetragenen Erwerbers, beide jedoch mit unvollkommener Wirkung, so zwar, daß der Erfizende ein Recht auf Eintragung erlangt, das durch die Erfizung erworbene Recht aber nicht zum Nachtheil desjenigen geltend machen kann, der die eressene Liegenschaft oder ein Recht an derselben vom früheren (eingetragenen) Eigenthümer erworben hat, bevor jene Zuschreibung im öffentlichen Buche erwirkt worden (vgl. krit. Jahrb. a. a. D. S. 830 fg., oben S. 380 fg.). H. stimmt in dieser Beziehung mit dem österreichischen Gesetzbuch §§. 1468. 1498. 1500. überein, wo nach

der richtigen, wenngleich nicht unbestrittenen, aber neuerdings von Unger, S. 111. mit vollem Recht vertheidigten Erklärung ebenfalls eine Ersizung der Liegenschaft gegen den sog. Tabularbesitzer, jedoch nur durch dreißigjährigen Besitz, mit gleich beschränkter Wirkung anerkannt ist. Unger findet dieses tadelnswerth und inconsequent. Nach seiner Meinung sollte das Gesetz, das den Eigenthumsübergang durch die Eintragung bedingt, ohne diese auch keinen wahren Eigenthumsbesitz, also auch keine Ersizung anerkennen. Nach dieser Ansicht wäre es auch inconsequent gewesen, daß die Römer Usucapion der bloß tradirten res mancipi zugelassen haben. So wie man durch diese römisches Eigenthum erwarb, obwohl der Besitzer wissen mußte, daß er es durch bloße Tradition nicht erworben hatte, eben sowohl wäre es zulässig, durch die Ersizung vollkommenes Eigenthum entstehen zu lassen, obwohl es an der Eintragung ins Grundbuch fehlte, wie denn auch nach älterem sächsischen Recht die Ersizung den Mangel der gerichtlichen Auflassung vollkommen ersetzte und bürgerliches Eigenthum gewährte. Insofern aber selbst der vollendeten Ersizung an sich nur erst jene beschränkte Wirkung beigelegt wird und doch nicht ein sogenanntes natürliches Eigenthum unterschieden vom bürgerlichen angenommen werden soll, muß man allerdings sagen, daß die Ersizung nicht eigentlich eine Erwerbung des Eigenthums, sondern vielmehr nur Erwerbung eines Rechtstitels zur Erlangung des Eigenthums sei (Wächter S. 68.). Wie man aber auch die Sache auffassen möge, jedenfalls halte ich dafür, daß es unpraktisch ist, jede Ersizung gegen den im Grundbuch eingetragenen Eigenthümer gänzlich auszuschließen, wie S. durch seinen §. 183. aussprechen zu wollen scheint. Meines Erachtens liegt darin eine Uebertreibung dessen, was in unserer Einrichtung von Grund- und Hypothekenbüchern wirklich gutes ist; es ist ein in einem Zeitalter büreaukratischer Papierherrschaft freilich leicht erklärlicher Wahn, wenn man glaubt, auf solche Weise die wirklichen Rechtsverhältnisse des Lebens unter dem Joch der Akten gefangen halten und aus Respekt vor einem vergilbten Papier altverjährten Besitzstand als unerheblich außer Acht lassen zu können. Wer erwägt, wie leicht durch mancherlei Ereignisse in der Führung jener Bücher Verwirrung und Ungehörigkeiten sich einschleichen können, die durch keine Controle jemals ganz und gar ausgeschlossen werden, und wer erfahren hat, seit wie langer Zeit oft bäuerliche Grundbesitzer einzelne Grundstücke, die sie nicht besitzen, in ihrem Kataster fortführen, und sogar geduldig mitversteuern, und andere besitzen, die nicht darin verzeichnet sind, so lange, daß sie gar nicht mehr anzugeben wissen woher das komme — der wird

es mit uns billigen, daß die hessische Gesetzcommission laut der Motive zum Sachenrecht S. 214. den strengen Grundsatz des S. §. 183. aufzunehmen sich nicht hat bewegen lassen. Dagegen möchte es bei gehöriger Einrichtung der Grund- und Hypothekenbücher wohl gerechtfertigt sein, die Zeit der Erfindung gegen den eingetragenen Eigenthümer mit dem österr. Gesetzbuch auf 30 Jahre zu erstrecken. Uebrigens erkennt gleich diesem (§. 1467.) auch H. (Tit. V. Art. 46. a. E.) noch eine Erfindung an zu Gunsten desjenigen, dessen Erwerbstitel eingetragen ist, durch fünf oder zehnjährigen (nach österr. Gesetzb. schon durch dreijährigen) Besitz, mit der Wirkung, daß nun die bisher noch etwa mögliche Anfechtung des eingetragenen Titels ausgeschlossen wird. Jedoch findet darin zwischen H. und dem österr. Gesetzbuch noch ein bemerkenswerther Unterschied statt. Nach dem letzten bedarf es außer dem Eintrag nicht auch wirklichen (natürlichen) Besitzes; der sog. bürgerliche Besitz allein genügt. Nach H. wird hier wie sonst wahrer Besitz *bona fide et iusto titulo* vorausgesetzt, und nur die Zeit der Erfindung ist abgekürzt. S. enthält darüber überhaupt nichts.

3. schließt die Erfindung gegen den im Grundprotokoll eingetragenen Eigenthümer stillschweigend ebenfalls völlig aus. Nach §. 537. ist Erfindung von Grundstücken zu Gunsten des rechtmäßigen und redlichen Besitzers nur „in folgenden Fällen“ zulässig: a) wenn zwar eine kanzleiische Fertigung vorgenommen war, diese aber an Mängeln leidet, also in dem Falle, auf den sich H. Tit. V. Art. 46. a. E. und das österr. Gesetzb. §. 1467. bezieht; b) wenn ein Richterbe ein vom Erblasser hinterlassenes Grundstück in gutem Glauben als Erbe übernommen hat; dieß hängt zusammen mit der Regel (§. 532.), daß der wirkliche Erbe auch ohne kanzleiische Fertigung das Eigenthum erwirbt; c) bezüglich eines Grundstücks, über dessen Eigenthumsverhältnisse in dem Grundbuch keine genügenden Aufschlüsse zu finden waren. Nach §. 538. aber bildet die Erfindung „in diesem Falle“ (sollte wohl übereinstimmend mit §. 537. heißen: „in diesen Fällen“) nur „einen Rechtsgrund des Eigenthums-erwerbs“, der nach §. 541. erst durch die erwirkte kanzleiische Zufertigung eigentlich vollendet wird, wobei es auffallend ist, daß darnach auch in dem Falle a) noch einmal „nunmehr vollgültige kanzleiische Zufertigung“ stattzufinden hat. Vorausgesetzt wird übrigens nach §. 538., daß a) „mit dem ideellen Besitzrechte während zehn Jahren reeller Besitz verbunden bleibt“, und b) „der wirkliche Eigenthümer oder sein Stellvertreter nicht innerhalb zehn Jahren sein Eigenthum einklagt oder dem Besitzer gegenüber zur Anerkennung bringt“. Durch das erste Erforderniß

soll wohl ausgeschlossen werden, daß schon bloß in Folge (mangelhafter) kanzleischer Zufertigung oder in Folge des Besizes der Erbschaft im Ganzen, ohne wirklichen und ununterbrochen fortgesetzten Besiz des fraglichen Grundstücks, Ersizung eintrete. 3. anerkennt aber auch noch (§. 539.) eine (außerordentliche) Ersizung durch dreißigjährigen Eigenthumsbesiz, zu Gunsten des redlichen Besizers, „auch in Ermangelung eines nachweisbaren auf Besizerwerb (nicht: Eigenthümerwerb?) gerichteten Rechtsgrundes“, aber nur bei Grundstücken, „deren Eigenthümer nicht aus dem Grundprotokoll ersichtlich ist“. Diese Bestimmung ist erst bei der Uebersarbeitung des Entwurfs hinzugekommen, mit dem wohl entbehrlichen Vorbehalt: „Wo das hergebrachte Eigenthum solcher Grundstücke schon aus den Umständen klar wird, bedarf es keiner Ersizung“. Ob zur Ersizung, sei es beweglicher Sachen oder Liegenschaften, Redlichkeit des Besizers bloß zur Zeit des Besizerwerbs oder fortwährend bis zum Ablauf der Ersizungszeit erforderlich sei, wird in 3. nicht bestimmt ausgesprochen. 4. und 5. haben, übereinstimmend mit dem französischen Rechte, das erste angenommen. Unger S. 115 fg. erklärt diese Rückkehr zu dem römischen Satze „mala fides superveniens non nocet“ für einen Rückschritt. Mir scheinen gleichwohl die Gründe, welche in den heftigen Motiven dafür entwickelt werden, überwiegend. Wenn man den moralischen Gesichtspunkt dagegen hervorhebt, so muß man nicht außer Acht lassen: vorerst, daß sich die unbedingte Wirksamkeit des Eigenthums gegen jeden, wengleich redlichen Besizerwerber überhaupt nicht als eine absolute Forderung des Sittengesetzes erweisen läßt, und es daher auch nicht als positiv unsittlich bezeichnet werden kann, wenn das Recht dem redlichen Erwerber nicht zumuthet, die Sache dem später erkannten Eigenthümer aus eigenem Antriebe darzubieten, sondern denselben vielmehr in Folge fortgesetzter Nachlässigkeit des lezten sogar das Eigenthum noch gewinnen läßt; sodann, daß sich praktisch das Verhältniß selten so darstellt, daß dem erwiesenermaßen von dem Rechte des Eigenthümers hinterher völlig überzeugten Besizer der Vortheil der Ersizung gewährt wird, sondern vielmehr nur der Streit darüber, ob dieser solche Ueberzeugung gewonnen, als unerheblich schlechthin ausgeschlossen wird.

Dem absoluten Charakter des Eigenthums, wie er im römischen Recht ausgeprägt ist, thun die vorliegenden Entwürfe allesammt mehr oder weniger Abbruch in Ansehung beweglicher Sachen. Im geringsten Maße geschieht es in 3., welcher im zweiten Capitel des Abschnitts vom Eigenthum an beweglichen Sachen (§. 651—656.) die Beschränkungen der

Eigenthumsklage festsetzt. Nur wenn der Eigenthümer seine Sache freiwillig einem Andern anvertraut hat, und dieselbe nun „veraberkundet“ wird, erleidet dessen Eigenthumsklage die Beschränkung, daß er von dem späteren rechtmäßigen und redlichen Erwerber nur gegen Erstattung des darauf verwendeten Preises die Herausgabe der Sache verlangen kann, und dabei ist ausdrücklich bestimmt, daß „Sachen, welche einem Handwerker oder Arbeiter zur Bearbeitung, oder einem Familiengliede oder Diensthoten zur Versorgung überlassen“ worden, nicht als anvertrautes Gut gelten, eine auch im Lübischen und Hamburgischen Rechte anerkannte Beschränkung der Regel „Hand muß Hand wahren“, ohne welche, wie Wächter S. 83. mit Recht bemerkt, der Eigenthümer in seinen Rechten auf das gefährlichste und auf eine Weise bedroht ist, gegen die ihn auch eine ängstliche Vorsicht nicht gehörig schützen kann. Sachen, welche gegen den Willen des Eigenthümers aus seinem Besitz gekommen sind, braucht derselbe (nach §. 655.) nur dann durch Ersatz des Preises wieder zu erkaufen, wenn sie der Besitzer „auf öffentlichen und amtlich geleiteten Versteigerungen oder auf öffentlichen Märkten bei einer Markthude von dem mit derlei Waaren handelnden Kaufmann oder Krämer“ erkaufte hatte. Im ersten Entwurf §. 973. steht auch noch: „in einem ständigen und offenen Magazin oder Kramladen“; diese Worte sind aber in dem aus §. 972. 973. desselben combinirten §. 655. des revidirten Entwurfs weggelassen. Demnach trifft dieser fast ganz zusammen mit dem, was Referent in den krit. Jahrb. XI. S. 815 fg. (oben S. 364 fg.) befürwortet hat; eine derartige Verschmelzung römischer und deutscher Grundsätze halte ich nicht mit Wächter a. a. O. für verwerflich, und die fragliche Bestimmung selbst dort, wo durch Gewohnheitsrecht die deutsche Rechtsregel abgeschafft war, wohl motivirt, insofern man nicht zweifellos zu behaupten vermag, was freilich Wächter behauptet, daß sie „in dem Rechtsgefühl des Volkes ein unterstützendes Moment nicht finde“. Wünschenswerth wäre übrigens in §. ein klarer Ausspruch darüber, daß auch in den Fällen des §. 655. nur der redliche Erwerber Anspruch auf Ersatz des Preises habe; nach der Folge der §. 652. 654. (worin dem unrechtmäßigen dritten Besitzer und dem unredlichen Erwerber dieser Anspruch abgesprochen wird) und §. 655. könnte man darüber allenfalls in Zweifel gerathen. §. ist auch in der Uebersetzung vollständig bei den Bestimmungen des ersten Entwurfs, ungeachtet der in den krit. Jahrb. a. a. O. dagegen erhobenen Einwendungen, stehen geblieben; ich finde darin, leider, nur die einzige Aenderung, daß die auf den Inhaber lautende Schuldurkunden betreffende Bestimmung des

Art. 9. nun ausdrücklich auch auf Metall- und Papiergeld erstreckt ist; leider, sage ich, weil die auch über das preussische und österreichische Recht hinausgehenden Bestimmungen des Entwurfs meines Erachtens, womit auch Wächter übereinstimmt, zu gewichtige materielle Gründe gegen sich und daher keine Aussicht haben, jemals gemeines Recht in Deutschland zu werden.

S. geht im Ganzen nicht so weit wie H., zum Theil aber überbietet er diesen noch in Nichtachtung des Eigenthumsrechts. Bei Geld nämlich soll nach S. §. 274., wenn „es zur Erfüllung eines entgeltlichen Vertrags, zur Erstattung zugezogener Schäden (sic) oder als Rückzahlung entrichtet wird“, die bloße Rechtmäßigkeit der Erwerbung, d. i. nach §. 129. 132. eben die Entrichtung aus einem der genannten, zur Erwerbung des Eigenthums an sich ja tauglichen Rechtsgrunde, ohne Rücksicht auf guten Glauben, die sofortige Erwerbung des Eigenthums für den Erwerbenden und dessen Verlust für den zeitherigen Eigenthümer zur Folge haben, während H. in Art. 9. sowohl wegen Metall- und Papiergeldes als wegen Obligationen au porteur doch gegen den, welcher sie in bösem Glauben an sich gebracht hat, die Zurückforderung gestattet. „Welchen bedenklichen Vorschub“, so sagt Wächter S. 76. mit Recht gegen jenen §. 274., „kann diese dem Entwurf eigenthümliche Bestimmung dem Diebstahle, der Unterschlagung und andern Mißbräuchen leisten! Und — wie sehr streitet sie gegen alles Recht! Wenn also z. B. mein Diener mir Geld stiehlt und eine eigene oder fremde Darlehensschuld bezahlt, so verliere ich sofort mein Eigenthum am Gelde . . . selbst dann, wenn der Empfänger . . . beim Empfange wußte, daß mir das Geld gestohlen oder unterschlagen wurde!“ Außerdem stellt S. §. 357. übereinstimmend mit B. als Regel bezüglich beweglicher Sachen auf, daß nur, wenn der Eigenthümer dieselben einem Andern anvertraut hatte, der redliche Erwerber sie nicht anders als gegen Ersatz des dafür bezahlten Entgelts herauszugeben brauche, ja er beschränkt diese Regel noch, abweichend von B., in doppelter Beziehung: einmal, daß nur wer die Sache von demjenigen, welchem sie der Eigenthümer anvertraut hatte, in gutem Glauben erwirbt, jenes Vortheils genießen soll; sodann, daß er auch gegen Bezahlung des gegenwärtigen Werthes, wengleich er geringer ist als der dafür gezahlte Preis, die Sache herausgeben muß, während H. in der Regel dem rechtmäßigen und redlichen Erwerber der beweglichen Sache schlechthin deren Eigenthum zuspricht, und diesen, selbst wenn er unentgeltlich erworben, von der Herausgabe der Sache entbindet, falls nur die Sache dem Eigenthümer nicht verloren,

entwendet oder geraubt worden war, ja selbst in diesem Fall noch unter gewissen Voraussetzungen dem redlichen Erwerber den Anspruch gibt auf Erstattung des bezahlten Preises. Doch sind von der Regel des S. §. 357. nach §. 275. ausgenommen: aus öffentlicher Versteigerung oder von Personen, die befugt sind, damit Handel zu treiben, gegen Entgelt erworbene Sachen, sodann Geld „auch in andern als in den §. 274. angegebenen Fällen der Herausgabe“, und öffentliche auf den Inhaber gestellte Creditpapiere; diese sollen jedem redlichen Erwerber sofort zu Eigenthum erworben sein, ohne Rücksicht darauf, auf welche Weise sie dem bisherigen Eigenthümer entkommen sind, und darin geht denn S. wiederum weiter als §., welcher nach Art. 8. doch in Ansehung verlorener, entwendeter oder geraubter Sachen (außer Geld und auf den Inhaber lautenden Urkunden) dem Eigenthümer das Recht gibt, selbst gegen denjenigen, welcher sie auf der Messe oder dem Markte, durch öffentliche Versteigerung oder in einem öffentlichen Kaufladen redlich erworben hat, die Herausgabe zu verlangen, wenn er ihm nur den bezahlten Preis zu erstatten bereit ist. Auch diese §§. des S. haben unseres Erachtens mit Recht von Wächter S. 77 fg. Tadel erfahren. Das österr. Gesetzb. §. 367—371. hat zwar ähnliche Bestimmungen, jedoch mit einiger Milderung, ist aber darin noch härter als S., daß es in Ansehung anvertrauter Sachen dem bisherigen Eigenthümer überall nicht einmal das Recht läßt, dieselben durch Ersatz des Preises von dem redlichen Erwerber wieder einzulösen, sondern diesem schlechthin das Eigenthum zuspricht, falls er gegen Entgelt erworben hatte. Das preussische Landrecht dagegen (I. 15. §. 24—26. §. 42. fg.) gibt dem redlichen Erwerber regelmäßig nur, aber auch in jedem Fall, Anspruch auf Ersatz des gezahlten Preises, schließt jedoch in einigen Fällen die vindication ganz aus. Die große Verschiedenheit in diesen Bestimmungen beweist, daß hier die Gesetzgebung noch mit Unsicherheit versuchend herumtappt, wie es überall leicht der Fall ist, wo man aus Nützlichkeitsrücksichten von der Consequenz eines Principis abweicht. Und eben deshalb darf man am sichersten denen seinen Beifall schenken, welche sich am wenigsten von dem festen Boden der gemeinrechtlichen Eigenthumstheorie entfernen.

Wir brechen hier ab, um zum Schluß noch zweier erst nachträglich uns zugekommener Schriften zu erwähnen, um welche die Literatur über den sächsischen Entwurf neuerdings bereichert ist. Sie sind:

- 1) Erläuterungen zu dem Entw. e. b. Gesetzbuchs für das K. Sachsen, zur Entgegnung auf die hierüber ausgesprochenen krit. Bemerkungen.

Allgemeine und den ersten Theil betreffende Erläuterungen. Von Dr. G. Fr. Held; Leipzig 1843. 83 S.

- 2) Die Anfechtungen der neuern Civilgesetzbücher, ein Beitrag zum Verständniß, von Dr. Gustav Marschner, k. sächs. Oberappellationsrath. Dresden 1853. 48 S.

Der Verfasser der ersten Schrift ist der Haupturheber des Entwurfs, der Verfasser der andern ist gewissermaßen Miturheber, indem er zur Revision des ersten Entwurfs herangezogen worden und erst aus den von ihm mit Dr. Held gepflogenen Berathungen der Entwurf in der Gestalt, wie er gedruckt vorliegt, hervorgegangen ist. Diese Schrift, im Ganzen weniger bedeutend, als man nach der angegebenen Stellung des Verfassers zum Entwurf erwarten sollte, in ihrem Ton aber etwas verletzte Empfindlichkeit verrathend, sucht nur hauptsächlich mit Rücksicht auf Sintonis, obwohl ohne ihn zu nennen, die Einwendungen und Bedenken gegen eine umfassende Civilgesetzgebung, insbesondere für Sachsen, zu bekämpfen und den vorliegenden Entwurf gegen einige allgemeine Vorwürfe in nicht eben tief eingehender Weise zu vertheidigen. Gegen die Ansicht, daß die Zeit für Civilgesetzgebung noch eben so wenig reif sei, wie früher in Preußen, Oesterreich und Frankreich, und daß es daher besser gewesen sein würde, wenn man dem heimlichen Walten der Rechtswissenschaft die allmähliche Fortbildung des Rechts überlassen hätte, bemerkt der Verfasser S. 39. mit Recht, daß da, wo eine große Verschiedenheit und Ungleichheit des Rechts herrsche, die Rechtswissenschaft allein doch niemals einen befriedigenden Zustand hervorbringen könne; daß aber auch abgesehen davon die Gegenwart nicht die Verpflichtung habe, sich einer fernen Zukunft zum Opfer darzubringen, gerechte Ansprüche auf schnelle Hülfe fallen zu lassen, weil es möglich sein soll, daß die Theorie im Bunde mit der Praxis die anzustrebenden Verbesserungen nach und nach, freilich vielleicht sehr spät, auch ohne Einschreiten der Gesetzgebung, erzeugen könne, und macht für die Nothwendigkeit der neuen Gesetzgebung noch besonders das Argument geltend, daß die beabsichtigte Verbesserung der bürgerlichen Rechtspflege nach den Grundsätzen der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit nothwendig ein einfaches bestimmtes, jedem leicht zugängliches bürgerliches Gesetzbuch voraussetze, ein Argument, gegen welches freilich der Gegner etwa auf England sich berufen könnte.

Die Schrift von Dr. Held, deren weitere Fortsetzung verheißen ist, enthält I. Allgemeine Bemerkungen über die den Entwurf betreffenden Schriften, worin einige allgemeine Punkte, namentlich am ausführlichsten

unter C die Aufhebung der Subsidiarität des römischen Rechts, und unter E das System besprochen werden; sodann II. Erläuterungen zu dem ersten oder allgemeinen Theil, welche paragraphenweise die einzelnen erheblichen Ausstellungen gegen den Entwurf prüfen, diesen meistentheils dagegen zu vertheidigen suchen, hin und wieder aber auch die Angemessenheit einer Aenderung anerkennen, und durchgängig in ruhiger, ja nüchterner Objectivität nur die Sache, freilich nicht immer scharf, ins Auge fassen. Wir beschränken uns darauf, nur zwei Punkte daraus hervorzuheben.

Zu §. 209., die Ersizung unbeweglicher Sachen in 30 Jahren betreffend, geben uns die Erläuterungen den Aufschluß; es folge aus §. 183., wornach gegen Rechte an einem Grundstück, welche in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragen sind, eine Verjährung weder angefangen noch vollendet werden kann, daß §. 209. nur so weit Anwendung finde, als nicht §. 183. entgegenstehe. „Dies ist z. B. der Fall, wenn sich zwei eingetragene Grundstücksbesitzer über ihre Gränzen streiten, worüber kein Ausweis in den öffentlichen Büchern vorhanden ist, welche (welcher?) die Verjährung ausschließt; es kommt dann die Frage, wie viel zu dem einen oder andern Grundstück gehört, zur richterlichen Entscheidung, welche sich auf die Verjährung stützt, und es ist demnach §. 209. maßgebend, in selbigem aber auch die Fassung so gewählt, wie sie der §. enthält“. Die letzte Versicherung ist von überzeugender Richtigkeit; der §. enthält die Fassung, wie sie gewählt ist; der ganze Aufschluß ist eben so überraschend. Davus sum; ich wäre auf diese Erklärung nicht verfallen. Ob es noch andere solche „z. B.“ gibt, ist uns noch jetzt unklar. Und dann immer noch §. 279.? „An Grundstücken wird das Eigenthum nur durch Eintragung erlangt“. Ist denn in jenem Fall der erlassene Gränzstrich nicht ein Grundstück? und kennt etwa der Entwurf sonst noch unbewegliche Sachen, die nicht zu den Grundstücken gehören? Uebrigens soll sich noch erst aus der Einrichtung der Grund- und Hypothekenbücher ergeben, inwieweit in solchen Fällen, wo noch eine Ersizung unbeweglicher Sachen stattfindet, auch noch Eintrag in jene gefordert werden könne.

Zu §. 225., über die Verjährung der Besitzklagen, wird uns die Erläuterung gegeben, es sei unschwer zu erkennen, daß die nach Ablauf des Jahrs noch vorbehaltene Ersatzklage sich auf Ersatz aller aus der widerrechtlichen Handlungsweise sonst entstandenen Schäden nach den Vorschriften über die Ersatzverbindlichkeit beziehe, und „daß demnach, wenn der Verletzte den Besitz nach Jahresfrist erst zurückverlangen will,

keine bloße Beziehung auf den Besitz genügt, sondern das Recht auf die Sache selbst geltend gemacht werden muß“. Was hiernach der §. 225. sagen soll, wäre in der That klarer bestimmt, wenn der zweite Satz ganz weggeblieben wäre, und ist dieser nicht nur, wie der Verfasser jetzt selbst zugibt, überflüssig, sondern in der vorliegenden Fassung auch verwirrend. Wenn aber der Verfasser bemerkt, daß man im hessischen Entwurf ungeachtet der von mir dagegen vorgebrachten Bemerkungen bei der Revision eine gleiche Bestimmung, wie sie der zweite Satz des §. 225. enthält, beibehalten habe, so ist dieß thatächlich ungenau, wie aus dem, was oben S. 422. bemerkt worden, leicht zu entnehmen ist.

15.

Der revidirte Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen.*

Während in neuester Zeit die Idee, dem eben vollendeten Handelsgesetzbuch auch ein allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für sämtliche deutsche Staaten folgen zu lassen, wieder lebhaft angeregt ist, nehmen die Codificationsbestrebungen in einzelnen Staaten ihren Fortgang. Am nächsten dem Ziele, ein neues bürgerliches Gesetzbuch in's Leben einzuführen, scheint eben das Königreich Sachsen gekommen zu sein, dem sich in dieser Bestrebung die thüringischen Staaten und Anhalt-Deßau angeschlossen haben. Der für jenes im Jahre 1853 veröffentlichte Entwurf ist seitdem durch eine Commission von namhaften Rechtsgelehrten umgearbeitet und das Resultat ihrer Berathungen, ein neuer Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, nun ebenfalls durch den Druck bekannt gemacht worden. Schon ist derselbe auch den Ständen des Königreichs Sachsen zur Annahme vorgelegt, und, wie neuestens verlautet, von der ersten Kammer gegen eine Minderheit von neun Stimmen bereits genehmigt worden. Es ist begreiflich, daß man, wo einmal das Bedürfniß einer solchen Codification anerkannt ist, in den zu dessen Befriedigung eingeleiteten Maßregeln nicht sich irre machen läßt durch die Aussicht auf eine gemeinsame deutsche Civilgesetzgebung, deren Vollendung, wenn

* Unter diesem Titel erschien 1861 eine Umarbeitung des in Nr. 14 besprochenen ersten sächsischen Entwurfs. Dieselbe wurde alsbald auch wieder in einer eigenen Schrift kritisch besprochen von Dr. Joseph Unger, Professor der Rechte in Wien. Leipzig 1861. Das Folgende ist als Anzeige dieser Schrift erschienen in der österreichischen Gerichtszeitung Jahrg. 1861. Nr. 57—59.

man nach verwandten Vorgängen schließen darf, doch kaum vor Ablauf der nächsten Decennien zu erwarten sein möchte, und durch dieses Vorgehen einzelner Staaten wohl auch nicht verhindert werden wird. Aber in dieser Rücksicht ist es von großem nicht nur wissenschaftlichen, sondern auch praktischen Interesse für das Gesamtvaterland, daß ein solches Gesetzbuch den Grad von Vollkommenheit erreicht habe, den man nach dem heutigen Stande der Rechtswissenschaft und Gesetzgebungskunst billiger Weise in Anspruch nehmen kann; denn nur dann kann man von einem solchen Product der Particulargesetzgebung eher Förderung als Hinderung für jene umfassendere Aufgabe erwarten. Daher ist eine genaue kritische Beleuchtung des Entwurfs eine sehr verdienstliche Arbeit. Der Verfasser der oben genannten Schrift hat sich dieses Verdienst erworben. Er hat sich in kurzer Zeit so vollständig und gründlich in den Entwurf hineingelesen, daß ihm überall fast jeder Paragraph desselben gegenwärtig zu sein scheint; er hat den Entwurf mit solcher Herrschaft über den Stoff und solcher Schärfe des Urtheils geprüft, daß seine Schrift als ein sehr beachtenswerther Beitrag zur Codification des Civilrechts überhaupt willkommen zu heißen ist. Der Verfasser war auch zur Kritik dieses sächsischen Entwurfs besonders legitimirt, indem er schon den frühern Entwurf vom Jahr 1853 einer eingehenden Prüfung unterzogen und seitdem das österreichische bürgerliche Recht, das, abgesehen vom System, auf jenen einen bedeutenden Einfluß geübt hat, unter durchgreifender Berücksichtigung der gemeinrechtlichen Wissenschaft in jener Weise bearbeitet hat, die trotz vielseitiger Antipathien durch ihre Gründlichkeit immer mehr Anerkennung und Beachtung findet. Das Gesammturtheil aber, das Unger über den neuen Entwurf abgibt, geht dahin, daß er den Anforderungen, welche die heutige Wissenschaft an ein Gesetzbuch zu machen berechtigt ist, nicht entspreche, daß er zur Beleihung mit Gesetzeskraft nicht reif sei. „Den Entwurf in seiner gegenwärtigen Gestalt mit Gesetzeskraft ausstatten, so sagt er am Schlusse, hieße in schwer verantwortlicher Weise ein Werk zum Abschluß bringen, dem die innere Reife und Vollendung fehlt, und auf Generationen hinaus einen vielfach unbefriedigenden und mangelhaften Rechtszustand begründen“. Das Urtheil lautet, obwohl der Verfasser im Vergleich mit dem ersten Entwurf einen bedeutenden Fortschritt anerkennt, bei weitem weniger günstig als dasjenige, welches er selbst vor sieben Jahren über diesen gefällt hat. Die Einleitung (S. 5.) hebt dieses selbst hervor, und erklärt es zugleich. Vom Standpunkte des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuchs „wie es im Jahre 1853 in Oesterreich noch als das nicht nur unüber-

troffene, sondern auch unübertreffliche Muster eines Gesetzbuchs angesehen wurde, das sich nur einer scholastischen unbedingt anerkennenden Behandlungsweise zu erfreuen hatte, dem der lebendige fördernde Zusammenhang mit dem gemeinen Rechte und der deutschen Wissenschaft gänzlich fehlte und an dem noch keine eingehende Kritik geübt war — von diesem Standpunkte und dem der österreichischen Rechtsliteratur“ aus hatte er damals sein Urtheil abgegeben, und darnach konnte jener ursprüngliche sächsische Entwurf immerhin als ein erheblicher Fortschritt erscheinen. Jetzt, nachdem der Verfasser „dem österreichischen Rechte auf Grundlage des gemeinen Rechtes ein sorgfältiges Studium und eine genaue kritische Betrachtung gewidmet“, stellt er sich auf den Standpunkt der heutigen deutschen Rechtswissenschaft und von diesem aus fällt er sein Urtheil. Und daß es so nicht anders als ungünstig ausfallen könne, sucht die Schrift durch kritische Besprechung einzelner Theile darzuthun. Ist ihr dieser Beweis gelungen, so kann sich davon auch die österreichische Rechtswissenschaft und Gesetzgebung ihre Nutzenwendung machen. Im Gegensatz gegen die lange Zeit hindurch dem bürgerlichen Gesetzbuche gewidmete übertriebene Verehrung wird sie mehr und mehr der Erkenntniß sich öffnen, daß dasselbe einer durchgreifenden Neubearbeitung bedarf, um dem Bedürfniß der Gegenwart zu entsprechen, welche schon jetzt unter einer Masse von durch dasselbe veranlaßten Streitfragen leidet, die der Zahl nach den im gemeinen Rechte vorkommenden praktisch erheblichen Streitfragen mindestens gleichkommt, und in dieser Erkenntniß wird sie um so geneigter sich zeigen, zur Herbeiführung einer gemeinsamen Civilgesetzgebung für die deutschen Staaten die Hand zu bieten, deren Idee bei den Regierungen der beiden deutschen Großstaaten schon beifällige Aufnahme gefunden hat.

Das Urtheil des Verfassers über den vorliegenden Entwurf ist nach meinem Erachten wirklich begründet. Wenn ich auch nicht in allen Einzelheiten mit jenem übereinstimme, wenn ich auch manche der von ihm gerügten Mängel nicht erheblich genug finde, um ihretwegen den Abschluß eines so weit gediehenen Gesetzgebungswerkes zu beanstanden, so bleibt doch des wohlbegründeten Tadelns so viel und so gewichtiges übrig, daß auch ich, wenn ich als Mitglied der sächsischen Ständeversammlung meine Stimme abzugeben hätte, mich entschieden gegen die Annahme des Entwurfs, so wie er vorliegt, erklären würde. Der Rechtszustand in Sachsen ist nicht von so verzweifelter Beschaffenheit, daß man sich nicht mehr die zu einer nochmaligen Revision erforderliche Zeit vergönnen könnte, wenn man sich auch nicht zu der patriotischen Resignation

entschließen mag, die Unger S. 125. den sächsischen Ständen anmuthet: die Einführung einer Sondergesetzgebung gänzlich abzulehnen und an ihre Regierung das Ansinnen zu stellen, daß sie die Förderung des nationalen Werks in ihre Hände nehme, und sich das schöne Verdienst erwerbe, in solcher Sache die Initiative zu ergreifen. Darauf wenigstens sollte man nicht um den Preis einer Verfrühung von einigen Jahren verzichten: „ein Gesetzbuch von solcher wissenschaftlicher Vollendung und legislatorischer Weisheit zu Stand zu bringen, daß man damit vor die ganze Nation hintreten und mit gerechtem Stolz auf seine Arbeit als auf ein Werk, mit deutscher Kraft und im deutschen Geist gearbeitet, hinweisen kann“. Und daß der Entwurf noch weit davon entfernt sei, ein Werk von solcher Vollendung genannt werden zu können, das hat Unger unseres Erachtens zur Evidenz bewiesen.

Die Schrift beschränkt sich darauf, nur den allgemeinen Theil und das Obligationenrecht eingehender zu beleuchten und auf das Sachenrecht einen flüchtigen Blick zu werfen, während sie das Familienrecht und Erbrecht außer Betracht läßt. Ich kann hier aus dem reichen Inhalt derselben, worin sich hunderte von Paragraphen mehr oder minder beanstandet finden, nur einzelne besonders treffende Belege für das oben ausgesprochene allgemeine Urtheil hervorheben. Vor allem macht die Schrift dem Entwurfe den Vorwurf, daß er viel zu lehrbuchartig gehalten sei. In der That enthält derselbe in beträchtlicher Anzahl Definitionen, Eintheilungen, Bemerkungen, die füglich der Doctrin überlassen werden könnten, und zudem viele entbehrliche Wiederholungen, die nur dem Drang nach lehrbuchmäßiger Vollständigkeit in einzelnen Lehren ihre Aufnahme verdanken. Sind solche Wiederholungen, wenn nur die Consequenz und Harmonie des Ganzen dabei gewahrt ist, ungefährlich, so ist es dagegen immer ein bedenkliches Beginnen, wenn ein Gesetzbuch sich auf Definitionen einläßt. Definiren ist eine wesentlich doctrinelle Operation. In einem Gesetzbuche ist es höchstens insofern am Plage, als dasselbe vorzuschreiben nöthig findet, daß ein Wort entweder im Gesetzbuche selbst oder in einzelnen Willenserklärungen (wenigstens im Zweifel) in gewissem Sinne verstanden werden soll. Ist dasselbe im Definiren nicht glücklich, so setzt es sich unnöthiger Weise in Conflict mit der Wissenschaft, von der es sich meistern lassen muß, und kann möglicher Weise Zweifel und Verwirrung in seiner Anwendung hervorrufen.

Bekanntlich hat sich noch in neuester Zeit die Wissenschaft vielfach bemüht, das Wesen der Obligatio genau zu bestimmen. Der Entwurf

macht es sich leicht damit, indem er in §. 678. sagt: „Forderungen sind Rechtsverhältnisse, vermöge deren eine Person auf eine einen Vermögenswerth in sich schließende Leistung einer andern Person berechtigt ist“. Die Redensart: „auf eine Leistung berechtigt“ mag als Geschmackssache auf sich beruhen bleiben. Mit Recht aber rügt Unger S. 52., daß hier von „Forderungen“ eine Definition gegeben wird, die, wenn richtig, doch jedenfalls nur auf „Schuldverhältnisse“, auf Obligationen im zweifschneidigen Sinn (activ und passiv betrachtet) paßt. Wenn jemals Recht und Rechtsverhältniß zu unterscheiden sind, so ist es hier; Forderungen sind Rechte, nicht Rechtsverhältnisse. Jene Verkehrtheit hat sofort eine andere zur Folge in §. 679., der „einseitige und gegenseitige Forderungen“ unterscheidet: eine gegenseitige Forderung! Doch sei es darum. Aber wie ist es mit dem Merkmal: „eine einen Vermögenswerth in sich schließende Leistung“? Unger erinnert dabei an den Verlagsvertrag, welcher nach §. 1170. den Verleger verpflichtet, das Werk in angemessener Ausstattung auf seine Kosten zu vervielfältigen und für den gehörigen Umsatz zu sorgen. Welchen Vermögenswerth schließt diese Leistung ein, die, wo der Verfasser kein Honorar ausbedungen hat, den ganzen Inhalt der Verlagsverpflichtung ausmachen kann? Wenn Jemand einen Wagen zu einer kostspieligen Lustfahrt gemiethet hat, welchen Vermögenswerth schließt die Leistung des Wagenvermiethers für den Miether ein, der durch Unterbleiben der Fahrt nur Geld erspart? Ich habe in meinem Lehrbuch §. 201. die Obligatio charakterisirt als auf eine Handlung gehend, „die einen Vermögenswerth in sich schließt oder sich darauf zurückführen läßt“. Dieß läßt sich wohl auch auf jene Fälle noch anwenden. Die Verpflichtung des Verlegers läßt sich zurückführen auf die Beschaffung der Kosten der Vervielfältigung und des Umsatzes, die des Wagenvermiethers auf Erstattung des Aufwandes, den der Miether anderweitig machen mußte, um seinen Zweck zu erreichen; der Entwurf hat in seiner Definition den letzten Zusatz weggelassen; dadurch ist sie weniger zutreffend geworden als jene eines ziemlich bekannten Lehrbuchs, der doch auch schwerlich Viele zugestehen, daß sie eine vollkommene sei. Wozu überhaupt dieser §. 678.? Wer wird das Gesetzbuch zur Hand nehmen, um sich darin eine Belehrung darüber, was eine Forderung sei, zu verschaffen? Wer, der das Gesetzbuch zur Hand nimmt, wird nicht auch ohne den §. 678. von dem Wesen der Forderungen eine eben so gute Vorstellung haben, als ihm dieser §. gewährt?

In §. 691. werden Zinsen definirt als eine bloß in Beziehung auf Geldschulden vorkommende Leistung. Warum diese Abweichung vom

gemeinrechtlichen Begriff? Der Entwurf wollte eigentlich vorschreiben, daß, was die folgenden §§. über Zinsen bestimmen, nur von Geldzinsen verstanden werden solle; zu dem Zweck beschränkt er den Begriff, und die Motive rechtfertigen dieß in fast unglaublicher Weise, indem sie unter anderm sagen: „So viel aber die Verzugszinsen betrifft, so paßt der Begriff von Zinsen nicht auf andere vertretbare Sachen als das Geld, indem bei jenen nicht eine so regelmäßigen Gewinn abwerfende Benutzung möglich ist wie bei diesem“. (Unger S. 53.). Die Definition des §. 691. ist aber auch in Beschränkung auf Geld ungenau. Man könnte es darnach für Zinsen halten, wenn ein Arbeiter für ein unverzinsliches Darlehen sich verpflichtet, bis zur Rückzahlung der ganzen Schuld für je 100 Thaler der restirenden Schuldsomme monatlich einen Tag ohne Lohn zu arbeiten.

In §. 1446. sucht das doctrinäre Bedürfniß, zu definiren, gleichsam versteckter Weise Befriedigung in einem Satze, der in der That „recht sonderbar gefaßt ist“ (Unger S. 57.). „Der Vertrag, durch welchen sich Mehrere verpflichten, ein zwischen ihnen Streitiges oder sonst zweifelhaftes Rechtsverhältniß durch den Ausspruch eines Schiedsmannes entscheiden zu lassen, ist von der aufschiebenden Bedingung abhängig, daß der Ausspruch des Schiedsmannes erteilt wird“. — „Also der Vertrag, einen Streit durch Schiedsrichter entscheiden zu lassen, ist dadurch bedingt, daß diese Entscheidung erfolgt?“ Bewundert liest man gleich darauf in §. 1447., was sonst ganz richtig ist: „Die Vertragsschließenden sind sich gegenseitig verpflichtet, den Schiedsman zur Annahme des Schiedsamtes zu veranlassen“.

Eine bedenkliche Definition möge noch aus dem allgemeinen Theile hervorgehoben werden. In §. 110. heißt es: „Bedingung ist die Nebenbestimmung, durch welche ein Rechtsgeschäft von einem künftigen, ungewissen Ereigniß abhängig gemacht wird“. Bekanntlich ist aber in neuester Zeit der Bedingung der Charakter einer Nebenbestimmung bestritten worden. Wenn ich selbst auch diese Bezeichnung in Schutz genommen habe, so muß ich doch fragen: ist es denn nöthig oder irgendwie von Nutzen, daß das Gesetzbuch sie sanctionire? Könnte doch möglicher Weise in der Wissenschaft die Meinung, daß sie verwerflich sei, die Oberhand gewinnen. Jener Definition liegt ferner die herkömmliche Unterscheidung zwischen eigentlichen und uneigentlichen Bedingungen zu Grunde. Auch diese ist jetzt beanstandet; sie ist theils ganz verworfen, theils anders und zwar so bestimmt worden, daß einige Bedingungen, die nach jener Definition keine wären, für eigentliche erklärt werden.

Auch diesen Conflict mit der Theorie hätte der Entwurf vermeiden können, indem er sich die Definition ganz ersparte und sich nur darauf beschränkte, wirkliche gesetzliche Dispositionen aufzunehmen. (Unger S. 28 fg.). Die Definition ist aber auch wieder selbst vom Standpunkte der bisherigen Theorie nicht genau. Ich will kein Gewicht darauf legen, daß es statt „von einem zukünftigen“ richtiger hieße „von einem in die Zukunft gesetzten“. Aber unrichtig ist es jedenfalls, wenn gesagt wird: Bedingung sei die Nebenbestimmung, von der ein Rechtsgeschäft abhängig gemacht wird. Es kann ja auch nur eine einzelne Bestimmung in einem Rechtsgeschäfte, ein einzelner selbst nur nebensächlicher Bestandtheil seines Inhalts von einer Bedingung abhängig gemacht werden. Unrichtig ist jenes vollends nach unserem Entwurf. Denn zu den Bedingungen gehören auch auflösende Bedingungen. Nun schließt aber der Entwurf sowohl bei diesen wie bei aufschiebenden Bedingungen die Retroactivkraft aus. Die Erfüllung einer auflösenden Bedingung hat die Wirkung, nicht, wie §. 115. unrichtig sagt, daß das Rechtsgeschäft für die Zukunft aufgehoben wird, sondern, wie die Vergleichung mit §. 302., 900., 1138. ergibt, daß die durch jene begründeten Rechtswirkungen für die Zukunft wegfallen sollen, worauf zunächst nur ein persönlicher Anspruch gegeben ist. Also ist es nicht das Rechtsgeschäft, dessen Bestand hier von der Bedingung abhängig gemacht ist; es ist überhaupt unlogisch, von der Auflösung des Rechtsgeschäfts zu reden, wenn der Bedingung nicht Retroactivkraft beigelegt wird, kraft welcher das Rechtsgeschäft als nicht geschlossen anzusehen ist. Noch auffallender verfehlt ist in demselben §. 115. der Ausdruck, wodurch die Ausschließung der Retroactivkraft in Ansehung der aufschiebenden Bedingung ausgesprochen wird (Unger S. 31.). Diese soll die Wirkung haben, „daß das Rechtsgeschäft von der Zeit der Erfüllung an zur Entstehung gelangt“. Also eine Erbeinsetzung unter einer Bedingung, die erst nach dem Tode des Erblassers erfüllt wird, gelangt jetzt erst zur Entstehung! Und wenn sonach ein bedingter Vertrag erst von Zeit der Erfüllung an, oder, wie es in §. 897. etwas besser heißt, mit dem Eintritte der Bedingung zur Entstehung gelangt, wie harmonirt es damit, daß doch unter Umständen nach §. 899. die Früchte, die *pendente conditione* gewonnen werden, dem bedingt Berechtigten bleiben?

Von dem Begriff der Bedingung, der nach dem Obigen nicht tadellos definiert ist, macht der Entwurf gelegentlich auch unpassenden Gebrauch. Ein Beispiel dafür gibt der vorhin erwähnte §. 1446. Ein

anderes wird von Unger S. 30. mit Recht gerügt in §. 1114. 1116., welche aussprechen, der Kaufvertrag, wobei der Preis nach Maß, Zahl oder Gewicht bestimmt oder der Kaufgegenstand erst aus einem Ganzen auszuscheiden ist, sei von der aufschiebenden Bedingung abhängig, daß die Ausscheidung, beziehungsweise die Zumessung u. s. w. erfolge. Wo ist denn hier die „Nebenbestimmung“? Nach den Motiven sollen jene Geschäfte nur nach Analogie bedingter zu beurtheilen sein; die §§. 1114., 1116. bezeichnen sie ohne weiters als bedingte, setzen aber sofort hinzu, daß auf Ausscheidung, Zumessung u. s. w. geklagt werden könne, während doch auf Erfüllung einer Bedingung nach §. 896. natürlich nicht geklagt werden kann. Dieß nennen die Motive eine „nur scheinbare“ Ausnahme: mit Recht wird dagegen bemerkt, daß diese Scheinbarkeit nicht die Klagbarkeit, sondern die Bedingtheit jener Verträge betreffe. Zudem ergibt sich aus §. 892. verglichen mit §. 898., daß bei der einen Classe jener Kaufgeschäfte auch in Ansehung der Frage, wen der Zufall treffe, nicht dasselbe gelten soll, wie bei bedingtem Kaufe: warum denn werden sie für bedingte erklärt?

In dem Abschnitt von Bedingungen finden sich aber auch materiell bedenkliche Sätze. Wie schon bemerkt, schließt der Entwurf auch bei Resolutivbedingungen die Retroactivkraft aus. Im Falle einer unter solcher Bedingung vorgenommenen Veräußerung entsteht demnach existente conditione nur eine Forderung auf Retrotradition der veräußerten Sache; es tritt nicht ipso jure Rückfall des Eigenthumes ein; auch die inzwischen Andern eingeräumten dinglichen Rechte fallen nicht zusammen, der Empfänger ist nur verpflichtet, dieselben abzulösen oder Schadensersatz zu leisten. Dieses Aufgeben der bekannten Regel: *resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum* ist an sich schwerlich zu billigen. Aber ist es einmal beliebt, so darf man sich billig wundern, in §. 140. allgemein ausgesprochen zu finden, daß Rechte erlöschen „durch Eintritt eines Endtermins oder einer auflösenden Bedingung“. Noch mehr! Nach §. 234. sind „Veräußerungen gegen ein in einem Vertrag mit der Wirkung einer auflösenden Bedingung festgesetztes Verbot nichtig“. In Folge dessen soll nach den Motiven S. 646. „Rückfall des Uebertragenen mit der Kraft gegen Dritte“ stattfinden, während sonst die Uebertretung des vertragsmäßigen Veräußerungsverbotes nur einen obligatorischen Anspruch erzeugt. Also: die auflösende Bedingung bewirkt nur einen obligatorischen Anspruch, nicht ipso jure Rückfall; das vertragsmäßige Veräußerungsverbot bewirkt ebenfalls nur obligatorischen Anspruch; das vertragsmäßige Veräußerungsverbot, mit der Wirkung einer auflösenden

Bedingung ausgestattet, soll — ipso jure Rückfall des Uebertragenen, „mit der Kraft gegen Dritte“ bewirken. Wie in aller Welt ist das möglich? darf man da gewiß mit Unger S. 35. fragen. Das Seltsamste aber bei der Sache ist, daß, wenn nach §. 234. die Veräußerung gegen ein solches Verbot nichtig ist, in Folge derselben keineswegs Rückfall mit der Kraft gegen Dritte, wie die Motive sagen, eintreten wird. Es liegt ein unrichtiger Schluß darin, wenn S. 646. hervorgehoben wird, „daß bloß diejenigen vertragsmäßigen Veräußerungsverbote Nichtigkeit der Veräußerung zur Folge haben, welche mit der Wirkung einer auflösenden Bedingung verbunden sind, also die Verletzung bloß dieser Veräußerungsverbote Rückfall des Uebertragenen mit der Kraft gegen Dritte bewirkt“. Die nichtige Veräußerung ist so gut wie keine Veräußerung; trotz derselben bleibt das Eigenthum der Sache bei dem, der es bisher hatte und nur den erfolglosen Versuch machte, es zu veräußern. Wie aber die Nichtigkeit der Veräußerung den Rückfall der Sache an denjenigen, von welchem der Veräußernde sie erhalten hatte, bewirken möge, ist nicht einzusehen. Der §. 234. enthält demnach nicht den Satz, den er nach den Motiven doch enthalten sollte. Wenn bei Uebertragung einer Sache dem Empfänger die Veräußerung untersagt und ausgemacht wird, daß, wenn derselbe dennoch veräußere, das Uebertragungsgeschäft aufgelöst sein solle, so kann die Erfüllung dieser Bedingung den Rückfall bewirken, und so dadurch die gegen Verbot vorgenommene Veräußerung in ihrem Erfolge vereitelt werden: man kann insofern etwa sagen, obwohl nicht ganz genau, die Veräußerung sei nichtig, weil durch die Erfüllung der Resolutivbedingung jener Rückfall eintritt; aber nimmermehr ist es zulässig umgekehrt zu sagen: weil die Veräußerung nichtig ist, so tritt Rückfall ein. Natürlich aber ist auch das erste nur richtig, wenn der Resolutivbedingung jene Wirkung beigelegt wird. Da dieß aber nach dem Entwurfe (§. 302.) sonst nicht der Fall ist, so müßte nach dem Sinne, den die Motive dem §. 234. beilegen, für diese Resolutivbedingung eine ganz besondere Ausnahme gemacht sein, und das wäre wieder, abgesehen von der unpassenden Weise, in welcher diese Ausnahme ausgesprochen sein soll, materiell sehr auffallend, da ein berühmter Civilist, welcher im Allgemeinen die Retroactivkraft der Resolutivbedingung anerkennt, gerade diesen Fall der Anwendung lebhaft bestritten hat (Böcking Pand. II. §. S. 195.).

Die Erfüllung der Resolutivbedingung begründet übrigens nach dem Entwurf auf vollständige Wiederherstellung des früheren Zustandes auch nicht einmal einen obligatorischen Anspruch. Nach §. 900. sollen

„die Früchte der Zwischenzeit demjenigen verbleiben, welcher sie während der Dauer des Vertrags gezogen hat“. Ist dieß im Allgemeinen dem Wesen der Resolutivbedingung und der regelmäßigen Intention der Parteien schwerlich entsprechend, so erweist es sich in einzelnen Fällen der Anwendung als handgreiflich verkehrt. So namentlich, wenn jemand eine Sache sub lege commissoria verkauft und tradirt hat. Und, „man möchte es nicht glauben“, der §. 1465. bestimmt noch ausdrücklich, daß, wenn der Verkäufer von seinem Recht aus der lex commissoria Gebrauch macht, die Vorschriften des §. 900. zur Anwendung kommen. „Hiernach wird also der Käufer als Prämie für seine Wortbrüchigkeit die in der Zwischenzeit gezogenen Früchte behalten dürfen und somit durch seine Treulosigkeit ein gutes Geschäft machen!“ (Unger S. 34.). Wie ganz anders entscheidet L. 5. D. de lege commissoria 18. 3.?

Materiell bedenkliche oder unbefriedigende Sätze, darunter auch manche absichtliche aber keineswegs glückliche Abweichungen vom bisherigen Rechte finden sich sonst noch viele im Entwurf. Ich hebe nur einige unter ihnen noch heraus.

In der gemeinrechtlichen Theorie hat man häufig die Regel aufgestellt: *toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas est in potestate creditoris*. Die Regel ist falsch, aber unverkennbar war es ein richtiges praktisches Gefühl, das zu deren Aufstellung mitgewirkt hat. Anstatt nun diesem Gefühl Rechnung zu tragen, ist der Entwurf jener Regel durch einen Satz entgegengetreten, der den Beginn der Klagverjährung in höchst zweckwidriger Weise auch in solchen Fällen hinauschiebt, in welchen nach der von Vielen vertheidigten, auch nach meiner Meinung richtigen Ansicht (meine Pand. §. 107. Anm. 2.) ein solcher Aufschub nicht begründet ist. Der §. 167. sagt: „Ist ein Recht von der Art, daß dessen Geltendmachung von der Willenserklärung eines Betheiligten abhängt, so beginnt die Verjährung erst von der Zeit der Willenserklärung, und, wenn von dieser an noch eine weitere Zeit für die Geltendmachung des Rechts festgesetzt ist, von Ablauf dieser Zeit an“. Vergleicht man damit den §. 1107. vom Darlehn („Ist über die Zeit der Rückgabe nichts bestimmt oder eine Kündigung ohne Zahlungsfrist bedungen worden, so kann die Rückgabe im ersteren Falle sofort, in dem letzteren, sobald gekündigt worden, verlangt werden“), so ergibt sich Folgendes: Die Verjährung der Darlehensklage beginnt, a) wenn das Darlehen ohne alle Bestimmung über die Zeit der Rückzahlung gegeben ist, sofort von der Hingabe des Darlehens an, b) wenn es auf

Kündigung ohne Zahlungsfrist gegeben ist, von der Zeit der geschehenen Kündigung an, c) wenn es auf Kündigung mit Zahlungsfrist gegeben ist, von der Zeit an, da nach geschehener Kündigung die Zahlungsfrist abgelaufen war. Demnach kann in den Fällen b und c die Darlehensklage noch nach mehreren hundert Jahren angestellt werden, ohne daß ihr die Verjährung entgegensteht, wenn nicht der Beklagte beweist, daß gekündigt worden sei! Wäre dieß bisher Rechts gewesen, so hätte doch eine neue Gesetzgebung durch die Rücksicht, daß auf solche Weise die wohlthätige Obliteration veralteter, vielleicht, wenn auch unerweislich, längst getilgter Rechtsansprüche durch den Zeitverlauf in vielen Fällen gegen alle Vernunft ausgeschlossen werde, sich bestimmt finden sollen, besonders festzusetzen, daß im Falle b die Verjährung sofort von der Hingabe des Darlehens an beginne, im Falle c aber, wenn nicht gekündigt ist, von der Zeit an, da die Zahlungsfrist abgelaufen wäre, wenn der Darleiher sofort bei der Hingabe gekündigt hätte. Nun ist aber jener Satz im Falle b auch von solchen, die die obenerwähnte Regel als falsch erkennen, mit guten Gründen bestritten, und was den Fall c betrifft, so muß ich bekennen, daß ich immer nur mit innerlichem Unbehagen mich gezwungen sah einzuräumen, daß sich was mir praktisch so angemessen schien theoretisch nicht begründen lasse, und ich fühlte mich daher wahrhaft frappirt, durch das neue Gesetzbuch in beiden Fällen das praktisch Unangemessene sanctionirt zu finden. Uebrigens ist auch der Unterschied, den man nach dem Entwurfe zwischen den Fällen a und b machen muß, durchaus unbegründet; denn, ob ich das Darlehen schlechthin ohne allen Beisatz oder auf Kündigung (ohne Zahlungsfrist) hingabe, ist, wie schon L. 48. D. de V. O. 45. i. bestätigt, völlig einerlei (Savigny System V. S. 295.).

In §. 1075. findet sich in Beziehung auf Inhaberpapiere ein Satz, der, absolut, wie er lautet, zu dem „exorbitanten Resultat“ führt, „daß der Aussteller, vor dessen Augen jemand das Inhaberpapier stiehlt, nicht berechtigt wäre, diesen Umstand gegen den Präsentanten geltend zu machen“. (Unger S. 42.).

Nach §. 1025. soll jeder Nachlaßvertrag, ohne Gegenleistung oder Uebernahme einer Verbindlichkeit, sich nach den Vorschriften über Schenkungen richten, als ob nicht einem Nachlaßvertrag auch noch eine andere Causa zum Grunde liegen könnte. (Unger S. 46.). Wäre es etwa Schenkung, wenn ein Legatar oder eingesetzter Erbe conditionis implendae causa eine Schuld erläßt?

Nach §. 725. würde der Commodatar, dem ein in Dresden

wohnender Reisegefährte in Paris seine Uhr auf eine weitere Reise geliehen hat, verpflichtet und berechtigt sein, diese Uhr nicht in Dresden, sondern in Paris zurückzustellen. (Unger S. 63.).

Der Entwurf bestimmt bei allen Conditionen (ob *causam dati* §. 1568., ob *turpem vel injustam causam* §. 1576., *sine causa* §. 1580.) die Leistung des Beklagten in gleicher Weise wie bei der *condictio indebiti* (1556—1561.). Nach §. 1557. aber hat zufolge der *condictio indebiti* der Empfänger in redlichem Glauben nur „dasjenige sammt Zuwachs herauszugeben, was er noch hat. Zufälliger Untergang der Sache befreit ihn von der Verbindlichkeit zur Rückgabe. Hat er die Sachen veräußert oder verzehrt, so haftet er, soweit er zur Zeit der Rückforderung bereichert ist“. Also haftet auch in den anderen *Condictionsfällen* der redliche Empfänger nur für die Bereicherung? Dieß ist gewiß „im höchsten Grade unpassend, da der Verpflichtete in diesem Falle weiß oder doch bei gehöriger Ueberlegung wissen kann und muß, daß ihm das Geleistete wieder abgefordert werden könne“ (Unger S. 68.), wohingegen bei der *condictio indebiti* der redliche Empfänger der Nichtschuld nothwendig der Meinung ist, daß ihm das Empfangene fest und unwiderruflich übertragen worden sei, und es daher unbillig und hart wäre, ihm mehr als die noch vorhandene Bereicherung wieder abzufordern. „Wie der Entwurf die Sache hinstellt, braucht der Empfänger das Gegebene nur sofort zu consumiren, um der *condictio ob turpem causam* oder *causa data causa non secuta* auf alle Fälle zu entgehen“. Doch vielleicht ist dieser Vorwurf zu scharf. Man möchte entgegnen: der Empfänger ob *turpem causam* könne nicht wohl ein redlicher sein, und auch bei der *datio ob causam futuram* lasse sich nicht wohl ein Empfänger in gutem Glauben im Sinne des §. 1557. denken, da hierbei wesentlich der Glaube an die Existenz der Schuld vorausgesetzt werde. Jedenfalls aber ist es dann verfänglich und verwirrend, daß bei diesen *Conditionen* schlechthin auf die §§. 1556—1561. als maßgebend verwiesen wird.

Auch aus dem Sachenrecht hat Unger manche bedenkliche Sätze ausgehoben. So den dem österreichischen Gesetzbuch (§. 429.) nachgebildeten §. 215., wornach der Besitz übersendeter Sachen dem Empfänger erworben sein soll, sobald jene in der von diesem bestimmten Art zur Versendung übergeben worden sind. Unger erklärt S. 104 fg. gewiß richtig die Tendenz dieser Bestimmung dahin gerichtet, daß die Gefahr der Sache von jenem Zeitpunkt an in Uebereinstimmung mit der bekannten aber falschen Regel: „*casum sentit dominus*“ auf den Besteller

übergehen sollte, was nach österreichischem Rechte wichtig war, weil danach das *periculum rei venditae* nicht sofort nach dem Kaufe den Käufer trifft, nach dem sächsischen Entwurf aber diese Wichtigkeit nicht hat, weil er die gemeinrechtliche Regel über das *periculum rei* beibehält. Nach diesem würde der §. 215. in jener Beziehung nur für die Fälle von Bedeutung sein, in welchen zum Uebergang der Gefahr Ausschcheidung der Waare erforderlich ist (§. 192.), in so fern darnach anzunehmen ist, daß schon die einseitige Ausschcheidung aus der Gattung, welche in der Abgabe zur Versendung liegt, den Uebergang der Gefahr auf den Besteller bewirke. Demnach aber hätte „der Inhalt des §. 215., jedoch in wesentlich anderer Fassung, hinter dem §. 892. seinen gesetzlichen Ausdruck finden sollen“. Dagegen: zu bestimmen, daß das Eigenthum der Waare in jenem Falle auf den Besteller übergehe, oder vollends gegen die sonst vom Besizerwerb geltenden Grundsätze die Uebertragung des Besizes durch jene Uebergabe zur Versendung überall für vollendet zu erklären, dazu lag für den sächsischen Entwurf kein Grund vor.

Ungeachtet der schon früher von Wächter dagegen erhobenen Bedenken hat der Entwurf den vom gemeinen Recht abweichenden Satz des früheren Entwurfs beibehalten, daß auch gestohlene und vom unredlichen Besizer veräußerte Sachen der ordentlichen Erfindung unterliegen. Mit Recht, scheint mir, wird dieß mißbilligt (Unger S. 107.). Auch in Ansehung der Beseitigung des bisher im sächsischen Rechte anerkannten natürlichen Eigenthumes an Grundstücken hat der neue Entwurf dem frühern sich angeschlossen. Ja, er hat aus den von Wächter und mir dagegen erhobenen Einwendungen, die auch Unger jetzt als begründet erkennt, nur den Nutzen gezogen, daß er noch eifriger darauf bedacht war, jeden Gedanken an einen unvollkommenen Eigenthumserwerb von Grundstücken völlig auszuschließen. Er sagt nämlich ausdrücklich und allgemein (§. 290.): „Eigenthum von Grundstücken kann nicht durch Erfindung erworben werden“. Er beschränkt ferner (§. 336.) auch die *Publiciana actio* auf bewegliche Sachen, während nach §. 279., 339. und 360. des ersten Entwurfs die Anwendbarkeit derselben auch auf unbewegliche Sachen noch behauptet werden konnte (Krit. Ueberschau I. S. 371.). Ich kann mein Erstaunen darüber nicht verbergen, dem sich ein Gefühl von Zaghaftigkeit zugesellt durch die Erkenntniß, wie wenig Beachtung findet, was man unwiderleglich dargethan zu haben glaubt (vergl. die krit. Ueberschau a. a. D. und V. S. 91 fg.) und dem auch andere so ausgezeichnete Civilisten, wie Wächter und Unger, beistimmen.

Dieses Gefühl aber vermag doch nicht die anmaßliche Meinung zu unterdrücken, daß in diesem Falle die Theoretiker einen richtigeren Blick in's praktische Leben bewährt haben, als die Praktiker, aus deren Berathungen der vorliegende Entwurf hervorgegangen ist. Wenn aber vielleicht in dem industriellen Sachsen die gesammte Bevölkerung civilistisch so gut geschult ist, daß aus dem absoluten Festhalten der öffentlichen Eintragung als einziger selbständiger Erwerbsart von Grundeigenthum nicht öfter sich unleidliche Unrechtsverhältnisse ergeben, daß die sächsische Gesetzgebung, ohne mit dem wirklichen Rechtsleben in Widerspruch zu gerathen, sich gänzlich dem entziehen kann, „ein Rechtsverhältniß anzuerkennen, das seinen wesentlichen Momenten nach mit dem bisherigen natürlichen Eigenthum des sächsischen Rechts zusammentrifft“, so muß ich doch die Aufnahme dieser Bestimmungen deshalb für bedauerlich halten, weil, meiner innigen Ueberzeugung nach, sie in einem allgemeinen deutschen Civilgesetzbuch aufzunehmenbarer Rechtsunverstand wäre.

Ist in der oben berührten Beziehung der Entwurf ganz verkehrter Weise von dem bisherigen sächsischen Rechte abgegangen, so hat er in einem andern Falle eine particularrechtliche gegen die ratio juris verstoßende Bestimmung verkehrter Weise festgehalten (Unger S. 111.). Nach §. 303. ist der Vorbehalt des Eigenthums (das sog. *pactum reservati domini*) zur Sicherung einer Forderung als Vorbehalt eines Pfandrechts zu betrachten, dessen Entstehung nach den über das Pfandrecht geltenden Vorschriften zu beurtheilen ist. Nur wenn das Eigenthum zu andern Zwecken vorbehalten worden, soll im Zweifel eine bedingte Eigenthumsübertragung angenommen werden. An was für andre Zwecke man dabei gedacht hat, ist aus den Motiven nicht zu ersehen; es scheint, daß man überhaupt nur eine irgendwie bedingte Uebergabe im Auge gehabt hat. Gewiß aber ist, daß jener Vorbehalt meistens eben die Sicherung einer Forderung, z. B. des Kaufpreises, bezweckt. Warum soll er denn hier, offenbar gegen die Worte des Vorbehalts und gewiß auch gegen die Intention der Parteien, die nicht den §. 303. vor Augen haben, nur ein Pfandrecht gewähren und damit eine mindere Sicherheit, als der Vorbehalt des Eigenthums geben würde, indem nun z. B. der Verkäufer als Pfandgläubiger sich in den Concurſ einlassen müßte? Allerdings sind auch in der gemeinrechtlichen Theorie über die Natur des genannten Vorbehalts irrige Vorstellungen vorgekommen und haben Manche früher behauptet, daß derselbe nur ein specielles Pfandrecht begründe. Allein nach der klaren Erörterung von Duncker (im Rhein. Mus. V. 4.) sollte man doch diese Meinung für völlig über-

wunden halten, und bezeichnet sie Vangerow I. S. 647. mit Recht als „ganz offenbar irrig und mit den Worten in grellem Widerspruch“, zugleich bemerkend, daß darüber heutzutage kein Streit mehr sei. Warum denn hat der Entwurf hier aus Respect vor jenem Particularrechtssatz einen Paragraphen aufgenommen, von dem mit Gewißheit vorauszu-
sehen ist, daß er in einem gemeindeutschen Civilgesetzbuch keinen Platz finden würde?

An diesen Beispielen, deren Zahl leicht bedeutend vermehrt werden könnte, möge es genügen, um das Urtheil, das zu Anfang dieses Aufsatzes über den Entwurf gefällt worden, zu belegen. Schließ-
lich aber kann ich mich nicht enthalten, auch noch gegen die Motive, insbesondere die speciellen Motive den Tadel auszusprechen, daß sie durchaus nicht mit der der Wichtigkeit und Würde des Werkes entsprechenden Sorgfalt und Gründlichkeit ausgearbeitet sind. Zwar ist es weder nöthig noch passend, die Motive zu gelehrten Abhandlungen auszuspinnen. Aber sie sollten doch über alle wichtigen Punkte, insbesondere über Abweichungen vom bisherigen Recht klare Auskunft geben, die Sätze des Entwurfs nicht bloß anführen, sondern auch begründen und zumal gegen abweichende Ansichten oder bisher geltende Rechtsätze wirklich rechtfertigen, vor Allem aber nicht leere oder handgreiflich unstichhaltige Bemerkungen vorbringen oder gar mit dem Entwurf sich in Widerspruch setzen oder etwas in denselben hineinlegen, was er nicht enthält. Gegen alle diese Anforderungen haben die vorliegenden Motive vielfach verstoßen. Nicht selten findet man, daß man sie füglich ungelesen lassen könnte, weil sie eigentlich gar nichts sagen, was nicht schon im Entwurf steht; oft begnügen sie sich mit der trockenen Constatirung der Abweichung vom gemeinen Recht; man vermißt oft jede Art von Begründung, wo man mit Recht begierig nach einer solchen sucht; sie erklären auch wohl und deduciren aus dem Entwurf, was nicht darin ist; anderwärts bringen sie Rechtfertigungen vor, die fast übel ärger machen, und es fehlt darin nicht an Argumentationen, die bis zur Unbegreiflichkeit unzutreffend und unhaltbar sind. Für alles dieses finden sich in Unger's Schrift gelegentlich schlagende Belege, z. B. S. 68—72., 99., 107., 111., 113., 119. u. m. Der Verfasser spricht seine Meinungen und seinen Tadel meistens in prägnanter Kürze und mit scharfer Bestimmtheit aus, aber immer nur an die Sache sich haltend. Wenn das manchmal hart und verlegend lautet, so sollten es die Miturheber eines solchen Werkes doch nicht ad animum laesum ziehen. Erkennt doch der Verf. im Allgemeinen das Verdienst desselben, selbst im Vergleich mit dem Gesetzbuch, das den

Gegenstand seiner täglichen Studien bildet, an, und weiß ja jeder Sachkundige die Schwierigkeit einer befriedigenden Codification des Civilrechts zu würdigen. Dem Verf. aber war es zunächst nur darum zu thun, durch einleuchtende Hervorhebung der Mängel des Entwurfs dahin zu wirken, daß er nicht, zum Nachtheil seines Heimathlandes und zum nachtheiligen Präjudiz auch für das Project einer gemeindeutschen Civilgesetzgebung, in seiner gegenwärtigen unvollkommenen Gestalt mit Gesetzeskraft beliehen werde. Daß er diesen Zweck erreichen möge, ist auch unser Wunsch.

Der in Nr. 57—59. der Gerichtszeitung von mir angezeigten und im Ganzen beifällig beurtheilten kritischen Besprechung des revidirten Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für Sachsen ist sehr bald eine geharnischte Gegenkritik entgegengetreten.* Es scheint mir angemessen, auch diese Gegenschrift in derselben Zeitschrift zu besprechen, um so mehr, da sie mir von dritter Hand mit dem ausgesprochenen Wunsche, daß ich ihr dieselbe Aufmerksamkeit, deren sich die Unger'sche Kritik bei mir zu erfreuen hatte, widmen möge, zugestellt worden ist. Wie ich hoffe, theilt Jedermann, der mich näher kennt, die dieser Aufforderung zu Grunde liegende Ueberzeugung, daß mir, zumal in wissenschaftlichen Dingen, nichts ferner steht, als Persönlichkeit und Parteiwesen, und traut mir auch die Selbstüberwindung zu, es offen zu bekennen, wenn ich es erkenne, daß ich mich in der Beurtheilung von Unger's Schrift, der Unparteilichkeit und Gründlichkeit desselben zu viel vertrauend, vergriffen habe. Wenn aber etwa die Fortdauer jener guten Meinung über mich bei Jemanden davon abhängt, daß ich der oben bezeichneten Gegenschrift nicht nur dieselbe Aufmerksamkeit, sondern auch dieselbe Anerkennung widme, wie der darin angegriffenen Schrift, so muß ich mich zu meinem Bedauern darein ergeben, daß ich an jener Meinung einige Einbuße erleiden werde. Wenn auch nach der vorliegenden Erfahrung zu wünschen sein möchte, daß Unger seinen Tadel in weniger scharfem und entschiedenem Tone ausgesprochen und etwa hin und wieder mit einigen Höflichkeiten mildernd versetzt hätte, wenn ferner auch in seinen Ausstellungen ein Duzend mehr oder minder erheblicher Versehen nachgewiesen werden sollte, so muß doch jeder Unpartheiische zugestehen, daß

* Ihr Titel lautet: Die Gegner des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen. Ein Wort für den Entwurf und insbesondere gegen Dr. J. Unger's kritische Besprechung desselben von Dr. Karl Magnus Pöschmann, K. S. Oberappellationsrath, Leipzig 1861. Die vorliegende Anzeige dieser Schrift erschien in der österreichischen Gerichtszeitung v. 1861. Nr. 66—38.

Unger's Kritik den Eindruck einer ernstlichen wissenschaftlichen Arbeit macht, und eine gewisse Achtung zumal deshalb einflößt, weil sie in verhältnißmäßig sehr kurzer Zeit geschrieben ist. In dieser durch den Wunsch, seine Bedenken noch vor dem entscheidenden Beschluß der Ständeversammlung zu veröffentlichen, gerechtfertigten Eilfertigkeit der Arbeit möchten wohl einige Versehen billige Entschuldigung finden; und ist der Ausdruck des Tadelns oft scharf oder ungenirt, so wird derselbe doch nirgend persönlich; mir wenigstens ist nicht eine Bemerkung aufgestoßen, welche zu dem Verdacht berechtigte, daß es dem Verfasser nicht bloß um die Sache zu thun sei. Dagegen kann ich nicht verbergen, daß mir Böschmann's Erwiderung den Eindruck eines Pamphlets macht, das einen Platz in der Literatur der Gesetzgebungswissenschaft einzunehmen unwürdig ist, eines Pamphlets zudem, welchem nicht einmal das Lob gebührt, das man manchem Tageserzeugniß, obwohl es eine schlechte Sache vertheidigt, wider Willen zugestehen muß, daß es gut und wichtig geschrieben sei. Pikant und wichtig zu sein, versucht der Verfasser zwar öfter, aber es gelingt ihm nicht, und der Stil ist nichts weniger als schön. Was aber der Erwiderung den Charakter des Pamphlets ausprägt, ist der durchgehende hämische und gehässige Ton gegen die Person des Gegners. Gleich zu Anfang schlägt dieser Ton an, indem S. 6. und 7. berichtet wird, wie eigenthümlich die sächsischen Praktiker der Zephyr anwehte, mit welchem Unger im J. 1853 den ersten Entwurf „belobfächelte“, und wie man es gern glaubte, „als damals erzählt wurde, daß er nicht wenig enttäuscht gewesen, als ihm theils aus von Wächter's Schrift, theils aus dessen Munde klar werden mußte, daß er sich in der Auswahl des Windschlauches (!) gründlich vergriffen habe“. Die Schrift, auf welche sich diese Bemerkung bezieht, und die ich damals (in der krit. Ueberschau I. S. 137.) als eine erfreuliche Erscheinung begrüßte, lobt oder billigt jenen Entwurf in vielen Stücken, rügt aber auch Manches darin, das eine wie das andere in ruhiger sachlicher Darlegung und vor allem in Vergleichung mit dem österreichischen Rechte und in Beziehung zur österreichischen Jurisprudenz. Das „belobfächeln“ in obiger Bemerkung ist ein völlig unberechtigter hämischer Ausdruck. An einem andern Orte (S. 34.) erwähnt Böschmann, daß Jemand bei Insinuation von Unger's Schrift an einer gewissen Stelle in Dresden versichert habe, Unger sei jetzt der bedeutendste Rechtslehrer Oesterreichs, und bemerkt dazu in schön stilisirter Wendung, wenn es wirklich Leute gebe, die das glauben, „so müssen „„die bedeutenden Rechtslehrer““ eine besondere Sorte dergleichen ausmachen, welche nicht etwa mit der Kategorie

„bewährte Rechtslehrer“, von denen man seither auch hier nicht angetanden hat, ein namhaftes Contingent aus Oesterreich zu erwarten und beziehentlich dort zu finden, zu verwechseln ist“. In der ganzen Schrift aber ist so oft von der unzureichenden Fassungskraft Unger's die Rede, daß man glauben sollte, dieser sei nur durch seine Unbedeutendheit bedeutend. Für jenes „an gewisser Stelle in Dresden“ ihm beigelegte Prädikat wird ihn Niemand verantwortlich machen. Daß aber Unger kein unbedeutender Rechtslehrer sei, das wissen doch Manche in und außer Oesterreich. Hier hat zwar dessen Hauptwerk, das System des österreichischen Privatrechts, manche Antipathien hervorgerufen und sogar Angriffe erfahren, die es ganz zu vernichten sich anschickten. Aber dennoch — unbedeutend muß es wohl nicht sein; es kann eben doch nicht ignorirt werden, und in der gemeinrechtlichen Jurisprudenz sogar ist demselben von manchen Seiten schon großes Lob gespendet. Hat etwa der Verfasser der vorliegenden Brochure bisher nicht Anlaß gehabt, aus diesem System sich eine etwas weniger geringschätzige Meinung von der Fassungskraft des Verfassers zu bilden, so kennt er doch Unger's Abhandlung von den Inhaberpapieren, die allein schon Jeden, der sie mit Verstand zu lesen weiß, obwohl er mit deren Resultaten nicht einverstanden sein mag, bestimmen wird, sich des Herumwerfens mit Redensarten, wie „gänzlicher Mangel an Fassungsvermögen“ u. dgl. zu enthalten, und sich zweimal zu besinnen, wo er demselben ein Mißverständniß vorwerfen zu können glaubt.

Und wie schwach sind die meisten persönlichen Invectiven dieser Art begründet!

Ein Mangel an Fähigkeit, Thatsachen scharf aufzufassen oder wiederzugeben, wird Unger zuerst S. 6. vorgeworfen. Man höre! Die Motive berichten S. 426., daß in der Redactionsdeputation Held und nach dessen Ableben Siebenhaar thätig waren. Unger erwähnt S. 2. dieser Deputation mit der Parenthese („bestehend aus den Herren Langenn, Held, Siebenhaar, Ortloff, Marschner, Schneider“). Böschmann findet darin ein Anführen, „das von dem Mangel an der einen oder andern Fähigkeit zeugt, nämlich das, wornach in der Redactionsdeputation gleichzeitig Held und Siebenhaar thätig gewesen sein sollen.“ Das großgedruckte gleichzeitig gehört nur ihm an; Unger aber hatte eben vorher S. 1. bemerkt, daß in der ganzen Commission zuerst Held, dann Siebenhaar die Function eines Referenten übernommen hatte, während der letzte sonst nicht als Mitglied der Commission genannt ist; er hat es dann nur unterlassen, bei der Redactionsdeputation auch wieder aus-

drücklich diese successive Theilnahme beider zu betonen: entsetzlich! wirklich ein schlagender Beweis des Mangels an der einen oder andern Fähigkeit!

§. 13. wird ein anderes Beispiel angeführt, um zu zeigen, „daß Unger entweder nicht klar zu denken oder nicht klar zu schreiben versteht, und die Erspürung seiner Ideengänge eine nutzlose ist“. Und welches! Der Entwurf gestattet in §. 647. die Bestellung eines Nießbrauchs an einem ganzen gegenwärtigen Vermögen; die vertragmäßige Bestellung desselben an einem ganzen gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen soll auch rücksichtlich des gegenwärtigen Vermögens nicht gelten. Darin findet Unger eine bedenkliche Ausnahme von der in §. 105. anerkannten Regel: *utile per inutile non vitiatur*, bedenklich um so mehr, als §. 647. von Verträgen schlechtthin, also auch von unentgeltlichen spricht. Die Erspürung des Ideengangs in dieser Bemerkung wird keinem Juristen von einiger Fassungskraft Schwierigkeit machen. Bei einem entgeltlichen Vertrag könnte man sagen: Wenn der Vertrag rücksichtlich des künftigen Vermögens ungiltig ist, so muß man ihn ganz fallen lassen, weil die Gegenleistung bloß für den Nießbrauch an dem gegenwärtigen Vermögen nicht zugesagt werden wollte; bei unentgeltlichem Vertrage fällt dieser Einwand fort und kann also füglich das in dem unzulässigen Plus enthaltene zulässige Minus aufrecht erhalten werden. Böschmann nun belehrt uns unter Verweisung auf die Motive S. 735.: aus einem von der Commission berathenen und adoptirten politischen Grunde — Gefährdung der bürgerlichen Existenz des Bestellers — sei eine Ausnahme von der Regel des §. 105. getroffen, so daß hier das theils nichtige, theils zulässige Rechtsgeschäft durch die nichtige Parthie ganz unwirksam werde, und diese Ausnahme wäre eben aus jenem Grunde bei unentgeltlicher Bestellung noch mehr gerechtfertigt. Dieß ist aber in den Motiven nicht gesagt. Sie erwähnen allerdings der Bedenken gegen die Zulassung vertragmäßiger Bestellung eines *ususfructus omnium bonorum* (worunter nach Vergleichung mit dem §. 647. eben der *ususfructus* an allem gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen verstanden sein muß) und entscheiden sich daher gegen dieselbe. Aber sie reden mit keinem Worte von der Ausnahme der Regel des §. 105., welche in §. 647. gemacht wird. Wer kann sich nun einbilden, daß die Gesetzcommission hinter den Coulissen folgendes „Manoeuvre“ verabredet habe: die vertragmäßige Einräumung des Nießbrauchs an gegenwärtigem und zukünftigem Vermögen verwerfen wir als die bürgerliche Existenz des Bestellers gefährdend; die des Nießbrauchs an dem

gegenwärtigen Vermögen müssen wir aber doch zulassen; da indessen auch diese die bürgerliche Existenz des Bestellers gefährdet, so wollen wir, wenn vertragsmäßig ein Nießbrauch der ersten Art bestellt wird, die gute Gelegenheit ergreifen und gegen die Regel des §. 105. durch die nichtige Parthie auch den sonst zulässigen Inhalt des Vertrags todt-schlagen lassen? Und bei dieser Gelegenheit spricht Böschmann von aller Orten wiederkehrenden, rein subjectiven, unmotivirten Bedenken Unger's, die er als „Sentiments“ bezeichnet, d. i. nach dem Ausdrucke eines namhaften Lehrers „als nutzloses Gerede“, und verliert sich sofort in diesen Ausdruck dergestalt, daß mir die „Sentiments“ mit ihren Gänsefüßchen auf den nächsten Blättern noch 5 bis 6 Mal begegnet sind.

Wiederum „ein neues Kriterium für Bemessung des U. inwohnenden Berufs zur Kritik des Entwurfs, ein totales Mißverständnis“ nämlich, begegnet uns S. 16. Der Entwurf statuirt in §. 1517. eine Haftung auch handlungsunfähiger Personen für den von ihnen verursachten Schaden, jedoch cum beneficio competentiae. Unger mißbilligt dieß, obwohl auch im österreichischen, preußischen, züricher Gesetzbuch eine solche Haftung anerkannt ist. Darüber kann man je nach seinem „Sentiment“ verschiedener Meinung sein. Auch Wächter ist nicht durchaus dagegen, während Sintenis mit Unger stimmt, und Böschmann es wenigstens nicht für unmöglich hält, daß auch die Vertreter des sächsischen Volkes es mit ihrem Rechtsbewußtsein nicht mehr verträglich erachten möchten. Aber das hätte ich bis jetzt nur wissenschaftlicher und partikularistischer Beschränktheit zugetraut, daß daran die Bemerkung geknüpft würde: „Einem Ausländer (d. h. einem Nichtsachsen) jedoch hierüber eine irgend maßgebende Stimme zuzugestehen, würde um so bedenklicher sein, als sein Rechtsgefühl auf dem eben durch das vaterländische Recht seit Jahrhunderten überwundenen Standpunkt des römischen Rechts beruht“; als ob in diesem Punkte von einem Gegensatz zwischen königlich sächsischem und preußischem oder österreichischem Rechtsbewußtsein die Rede sein könnte; als ob man da von Ueberwindung eines römischen Standpunktes durch einheimisches Recht reden könnte, wo es sich nur um partikularrechtliche Festhaltung eines Satzes handelt, der ursprünglich nur eine einzelne Anwendung eines allgemeinen ziemlich materiellen und durch die geistigere Auffassung des römischen Rechts längst verdrängten Grundsatzes war, und der für die Gegenwart anders als durch Zurückgehen auf jenen überwundenen Standpunkt gerechtfertigt werden muß. Jene Bemerkung erscheint um so unpassender, da Sintenis, Mitglied der Commission, in Beziehung auf das künftige Gebiet

des Gesetzbuchs kein Ausländer ist, und der Ausländer Unger seit Jahren als Lehrer und Schriftsteller das deutsche und österreichische Privatrecht erfolgreich bearbeitet hat. Mich, der ich ebenfalls ein „Ausländer“ und obendrein ex professo sogenannter Romanist bin, soll sie nicht abhalten, auch meine Meinung dahin abzugeben, daß, wenn man überhaupt eine Haftung unzurechnungsfähiger Personen statuiren will, jedenfalls der §. 1310. des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuchs, welcher dabei auf das Verhältniß des beiderseitigen Vermögens Rücksicht zu nehmen gebietet, den Vorzug verdiente vor §. 1517. des sächsischen Entwurfs, welcher allgemein die Haftung in quantum facere possunt festsetzt. Wenn etwa ein Wahnsinniger, der ein mäßiges Vermögen hat, einem reichen Herrn ein kostbares Gefäß oder Glashaus zertrümmert, wer wird es billig finden, daß er bis auf die Lebensnothdurft ausgezogen werde, um den Schaden zu ersetzen, damit der Beschädigte diesen nicht verschmerzen müsse, wie wenn ein Unwetter ihn angerichte: hätte? Doch ich wollte ja von einem „totalen Mißverständnis“ Unger's reden. Es soll darin liegen, daß derselbe S. 12. sagt: Eine solche beschränkte Haftung (in quantum facere possunt) lasse der Entwurf nach §. 1857., 1947., auch selbst bei Minderjährigen, welche durch widerrechtliche Begehungshandlungen Schaden verursachen, eintreten. Der Entwurf, so behauptet Böschmann S. 16. dagegen, gebe nicht den geringsten Anlaß zu dem Mißverständnis, daß die Beschränkung der Haftung nach §. 1517. auch für Minderjährige, die das Kindesalter überschritten, eintreten solle. Sehen wir näher zu. Der §. 1517. setzt für Schadenstiftungen durch Wahnsinnige und Kinder Haftung in quantum facere possunt fest, und macht außerdem diejenigen, welche in der Beaufsichtigung jener Personen etwas versehen haben, dafür verantwortlich. Die §§. 1857., 1947., bestimmen nun, daß aus unerlaubten Handlungen Minderjährige ohne Einwilligung des Vaters, Bevormundete (Minderjährige) ohne Einwilligung des Vormunds verpflichtet werden. In beiden §§. wird hinzugesetzt: „Haben sie“ (nämlich die Minderjährigen) „durch widerrechtliche Begehungshandlungen Schaden verursacht, so findet die Bestimmung in §. 1517. Anwendung“. Ich gebe zu, daß sich dabei die Verfasser allenfalls denken konnten: Minderjährige, wenn sie unter die Kategorie der §. 1517. genannten Personen fallen, haften jedoch nur in dem dort bestimmten Maße. Allein nimmt man die Worte logisch genau (und dazu ist man wohl berechtigt, wenn man keinen Grund hat, die Fähigkeit der Verfasser, richtig zu denken und den Gedanken richtig auszudrücken, in Zweifel zu ziehen), so drückten sie allerdings das aus, was

Unger darin gefunden hat: Haben Minderjährige, d. i. Personen unter 21 Jahren, also auch Personen zwischen dem 7. und 21. Lebensjahre, solche Handlungen begangen, so findet die Bestimmung Anwendung, die §. 1517. in Betreff der Schadentiftungen durch Kinder und Wahnsinnige aufstellt. Die Schlußsäge der §§. 1857., 1947., gerade so zu verstehen, wird man um so mehr veranlaßt, da ohnedieß beide gänzlich überflüssig wären. So finden wir anstatt eines totalen Mißverständnisses, „wozu der Entwurf nicht den geringsten Anlaß gegeben“, zwei ziemlich grobe Redactionsfehler, deren sich derselbe schuldig gemacht.

Haben wir bisher gesehen, daß Böschmann in mehreren Fällen ganz ohne Grund dem Gegner Mangel an Fassungsvermögen vorwirft, so ist es ein begreiflicher Klimax, wenn wir auf S. 17. auf den Vorwurf gänzlichen Mangels an Fassungsvermögen stoßen in einem Falle, wo der Polemiker einigermaßen Recht zu haben scheint. Unger S. 17. fragt: Wenn §. 1571. die Scheidung wegen Ehebruchs ausschliesse, wofern der unschuldige Ehegatte innerhalb eines Jahres nach erlangter Kenntniß des Ehebruchs den Antrag, auf Einleitung des Strafverfahrens zu stellen unterläßt, wozu es dann nöthig sei, daß §. 1572. die Scheidung wegen Ehebruchs, weil er als stillschweigend verziehen gelte, insbesondere ausschliesse, wenn der unschuldige Ehegatte nicht innerhalb jenes Jahres auf Scheidung klage? Böschmann S. 18. belehrt uns: dieß sei geschehen, um die Streitfrage zu entscheiden, ob es genüge, daß innerhalb des Jahres der Antrag auf Einleitung des Strafverfahrens gestellt sei, oder zudem auch, um die Scheidung zu erwirken, erforderlich sei, daß die Civilklage auf Scheidung vor Ablauf des Jahres erhoben sei, wengleich das Strafverfahren noch nicht zum Schlusse gediehen sei. Dieß hat Unger nicht gewußt und insofern konnte dieser Fall als ein Beweis dafür angeführt werden, „daß man das bestehende Recht kennen sollte, wenn man dessen Codification beurtheilen will“. Aber aus dieser Widerlegung leuchtet erst recht grell hervor, wie begründet der Vorwurf ist, den Unger principaliter gegen §. 1572. erhebt, der Vorwurf „unzukömmlicher“ oder „unzweckmäßiger Ausdrucksweise“. Wenn der unschuldige Ehegatte am letzten Tage des Jahres den Antrag auf Einleitung des Strafverfahrens stellt, aber nicht auch, sei es aus Rechtsirrthum, sei es aus Irrthum in der Zeitberechnung, an demselben Tage zugleich die Civilklage auf Scheidung erhebt, so gilt der Ehebruch als stillschweigend verziehen, und weil er verziehen ist, kann nun auf Scheidung wegen Ehebruchs nicht mehr geklagt werden. Wäre es dem betrogenen Eheeweibe, dem dieses entgegengehalten würde, zu verargen,

wenn es ob solcher erstaunlicher Fictionskraft der Herrn Juristen verwundert den Kopf schüttelte? Dem würden sie entgehen, wenn das Gesetz, wie Unger verlangt, einfach gesagt hätte, daß die Scheidungsklage durch Versäumung von einem Jahr ausgeschlossen werde.

Zur Abwechslung wird S. 42. der anmaßliche Kritiker auch einmal eines „unbegreiflichen Mangels an Fassungsvermögen“ bezüchtigt. Der revidirte Entwurf erklärt, in §. 1023.: „das Versprechen barer Zahlung enthalte einen Verzicht auf das Recht, Forderungen, welche zur Zeit des Versprechens vorhanden waren, aufzurechnen“. Unger mißbilligt diese vom ursprünglichen Entwurfe, §. 1014., vom gemeinen und preußischen Rechte abweichende Bestimmung, und fragt, was wohl die Verfasser des revidirten Entwurfs bewogen habe, sie aufzunehmen? Pöschmann S. 43. entgegnet: Unger habe den §. 1023. gelesen und abgeschrieben, ohne zu merken, daß durch die Worte „welche zur Zeit des Versprechens vorhanden waren“, ein viel speciellerer, ja „ein ganz anderer Fall als der von ihm im Sinne gehabte“ getroffen werde. So? Also wir sollen glauben, daß nach Dernburg's Ansicht (Compensation S. 443.), nach §. 1023. des frühern Entwurfs, nach dem preußischen Landrecht I. 16. §. 373. dem Baarzahlung Versprechenden nur das Recht, künftig erst entstehende Forderungen aufzurechnen, vorbehalten werde? Woraus denn ersieht der Antikritiker, daß der Kritiker den in den Worten des §. 1023. deutlich bezeichneten Fall nicht im Sinne gehabt habe? Wie ergibt sich dieses „unzweifelhaft zumal bei Vergleichung der Citate“? Allerdings hätte Unger ausdrücklich hervorheben können, daß der Verzicht auf das Compensationsrecht eben auch in Beziehung auf schon vorhandene Gegenforderungen mit Unrecht in §. 1023. angenommen werde; aber klar ist es, daß er auch bei genauester Erwägung der Worte denselben als abweichend von den citirten Autoritäten bezeichnen konnte, und daß man wenigstens die Frage aufwerfen könne, ob die Bestimmung, so wie sie lautet, rationell sei, gibt der Antikritiker stillschweigend selbst zu. Er bejaht die Frage; aber aus Gründen, welche höchstens dann zutreffen, wenn man voraussetzt, daß die Gegenforderungen als jetzt schon vorhandene dem Baarzahlung Versprechenden auch bekannt waren. So ergibt sich auch hier wieder, daß derselbe nur sich selbst schlägt, wenn er verächtlich äußert: „daß der schulmeisternde Kritiker Unger gar nicht gefaßt hat, worauf es bei der Sache ankommt“, und wenn er Unger's Bemerkung, daß man aus den Motiven hierüber nichts erfahre, die hössliche Erwiderung angebeißen läßt: es werde „sich wohl mit Recht einhalten lassen, daß für Leute von so wenig Fassungs-

gabe wie U. weder der Entwurf, noch die Motiven geschrieben sind“. Nach S. 10. der Brochure ist der Entwurf für „jeden Staatsbürger“, nach S. 11. sind die Motive insbesondere für die Rammern geschrieben: glückliches, fassungskräftiges Sachsen!

Den Mangel an Fassungsvermögen eines Professors der Rechte „unbegreiflich“ zu nennen, das findet unser Antikritiker ganz in der Ordnung; wenn aber jener einen §. des Entwurfs „vollends unbegreiflich“ nennt, das findet dieser „in der That etwas zu stark“ (S. 48.). Der §. 1290. des Entwurfs bestimmt: „Wer die Aufbewahrung einer Sache verspricht, hat kein Recht, die Hinterlegung zu verlangen, kann aber, wenn er in deren Erwartung bereits Aufwand gemacht hat, dessen Erstattung fordern, falls die Hinterlegung unterbleibt“. Unger bemerkt dagegen (S. 92.): wenn der Verwahrer zur Unterbringung des Depositums Aufwand gemacht habe, und nun die Hinterlegung stattfinde und die verabredete Zeit hindurch fort dauere, so müsse nach §. 1289. 1293. derselbe jene Kosten tragen; wie sollte nun, wenn die Hinterlegung unterbleibt oder vor der Zeit beendigt wird, der Verwahrer, der nunmehr über jenen Platz anderweitig verfügen kann, einen Anspruch auf Ersatz haben, „den er sonst nicht hätte“! Böschmann setzt dieser Bemerkung den Fall entgegen, daß B. dem A. die Aufbewahrung von 1000 Centner Wolle vom 1. Juli bis 1. October zugesagt, in Erwartung der Wolle einen Bodenraum für diese Zeit gemiethet, alsdann A. noch vor dem 1. Juli angezeigt habe, daß er die Wolle nicht hinterlegen werde: „Soll nun B., so fragt er, den Miethzins, den er im Fall des Zustandekommens des Depositi unzweifelhaft vergütet erhalten . . . aus seiner Tasche bezahlen, da er, wie U. den B. abfertigen will, — über jenen Bodenraum anderweitig verfügen kann?“ Aber steht dieses „unzweifelhaft“ so fest? Nach §. 1289. ist Hinterlegung „die Hingabe einer beweglichen Sache zum Zwecke der unentgeltlichen Aufbewahrung“, und nach §. 1293. umfaßt die Verbindlichkeit zur Aufbewahrung auch die Sorge für Unterbringung der Sache an einem sichern Orte, und für Erhaltung derselben“. Wenn nun Jemand die unentgeltliche Aufbewahrung von 1000 Centner Wolle zugesagt hat, kann man ohne weiters sagen, daß er Anspruch auf Ersatz des Miethzinses für den zu jenem Zweck gemietheten Bodenraum habe? Allerdings unter der „Sorge“ des §. 1293. kann man auch die persönliche Bemühung für Unterbringung der Sache verstehen, die ohne Entgelt geleistet wird; man braucht nicht nothwendig auch die Tragung des materiellen Aufwands zu jenem Zweck darunter zu begreifen. Auch ist nach §. 1301. in der

Regel der Hinterleger verpflichtet, dem Verwahrer die auf die Sache gemachten Verwendungen nach den Vorschriften bei der Eigenthumsklage zu erstatten, und zu den Verwendungen mag man unter Umständen auch den zur Unterbringung der Sache vom Verwahrer gemachten Aufwand rechnen können. Aber doch nur unter Umständen. Oder wird man wohl dem redlichen Besitzer eines Pferdes ohne weiters Anspruch auf Ersatz geben, wenn er, glücklich im Besitz desselben, zu dessen Unterbringung eine Stallung gemiethet oder erbaut hat? dem Verwahrer einer Bankactie Anspruch auf Ersatz der Anschaffungskosten einer feuerfesten Geldkiste? Und wenn ein Kaufmann oder Commissionär in Leipzig, der sich im Besitz ausgedehnter Magazine befindet, einem Producenten unentgeltlich die Verwahrung der 1000 Centner Wolle zugesagt, aber weil seine Magazine inzwischen von andern Waaren angefüllt sind, ein fremdes Magazin dafür gemiethet hat, kann er unzweifelhaft Vergütung des Miethzinses verlangen? Gesezt aber, der Anspruch auf Ersatz solchen Aufwandes sei in allen Fällen unzweifelhaft, so trifft den §. 1290. jedenfalls der Vorwurf einer ungenauen Fassung. Wenn es heißt: Es könne Erstattung gefordert werden „falls die Hinterlegung unterbleibt,“ so ist diese Ausdrucksweise logisch geeignet, den Gedanken zu erregen, Erstattung könne also nicht gefordert werden, falls die Hinterlegung erfolgt, und nur die juristische Unbegreiflichkeit einer solchen Bestimmung muß uns abhalten, das wirklich in dem §. zu lesen. Man hätte wenigstens sagen sollen: „ungeachtet die Hinterlegung unterbleibt“. Richtiger aber oder genauer wäre es zu sagen: „kann aber, ungeachtet die Hinterlegung unterbleibt, wegen des zum Zwecke der Verwahrung bereits gemachten Aufwands billigen Ersatz fordern, soweit ihm solcher nach wirklich erfolgter Hinterlegung gebühren würde“.

Haben wir bisher eine Reihe von fast durchaus grundlosen Invectiven, welche dem Leser eine recht geringe Vorstellung von der intellectuellen Fähigkeit des Gegners beizubringen suchen, kennen gelernt, so lassen sich dieser andere gegenüberstellen, welche dessen Charakter, seine wissenschaftliche Redlichkeit, antasten, damit der Antikritik auch dieser Charakterzug des Pamphlets nicht fehle. Es ist von absichtlichen Entstellungen die Rede, von Manövern, um Ausstellungen zu fabriciren und den Entwurf schlecht zu machen, von der Freude daran diesen zu decreditiren. So auf S. 17., 19., 29., 32., 46., und auch dieses durchweg ohne Grund. So z. B. wenn Unger S. 15. über die Aufnahme der Anerkennungsklage in §. 155. sich beifällig äußert, aber dabei den Anfang des §. („Ohne Voraussetzung einer bereits stattgefundenen Rechts-

verletzung“) bedenklich findet, weil man daraus die falsche Ansicht ableiten könnte, daß nach stattgefundener Rechtsverletzung eine Klage auf Anerkennung unzulässig und eine Klage auf Verurtheilung (worunter er nur die Verurtheilung zu materieller Leistung verstehen kann), nur nach bereits erfolgter Rechtsverletzung statthaft sei, so ist doch nicht der mindeste Grund gegeben, dahinter eine malitiose Verkleinerungssucht zu wittern, um so weniger, als die Bemerkung namentlich in ihrem zweiten Theile wirklich gegründet ist, die beanstandeten Anfangsworte aber füglich entbehrt werden könnten.

Die bisherige Beleuchtung der Brochure hat von selbst zugleich ergeben, daß dieselbe, abgesehen von ihrer tadelnswerthen Form, auch materiell in der Abwehr des gegen den Entwurf erhobenen Tadeln oft nichts weniger als glücklich ist. Dasselbe kann auch noch bei vielen andern Punkten behauptet werden, und einmal gelangt dabei der Verfasser zu einem juristischen Curiosum, das ich besonders herauszuheben nicht unterlassen kann. Indem er S. 26. die Bedenken Unger's gegen den vom gemeinen Rechte abweichenden Satz (§. 343.), daß ein in einem Rechtsstreite zwischen einem Miteigenthümer und einem Dritten wegen einer die gemeinschaftliche Sache betreffenden Dienstbarkeit ergangenes Urtheil weder für noch gegen die übrigen Miteigenthümer wirke, abzuwehren sucht, wird in Beziehung auf Unger's letztes Bedenken („Und wie, wenn verschiedene Urtheile gefällt werden?“) „andeutungsweise“ bemerkt: „daß, in dem Falle verschiedener Urtheile, dingliche Servituten in Betreff einzelner Berechtigter die Natur persönlicher annehmen werden“! Wie? Wenn ein Miteigenthümer *confessoria actione* ein dem gemeinschaftlichen Grundstück zustehendes Wegerecht geltend macht und obsiegt, der andere Miteigenthümer im gleichen Rechtsstreit unterliegt, dann soll das dem ersten als Grunddienstbarkeit zuerkannte Wegerecht die Natur einer persönlichen Dienstbarkeit annehmen? soll etwa nun durch seinen Tod erlöschen? Das fasse, wer es fassen kann! Und wenn umgekehrt der eine Servitutsberechtigte in dem Rechtsstreit gegen einen Miteigenthümer des dienenden Grundstücks obsiegt, gegen den andern unterliegt? Dann hat ebenfalls das Recht des Klägers die Natur einer persönlichen Servitut? gegen den einen oder gegen beide Gegner? Das fasse, wer es fassen kann!

Noch ein anderes Beispiel eines in der That unglaublich schwachen Widerlegungsversuchs möge zur Kennzeichnung der Antikritik dienen. Unger S. 10. tadelt als unrichtig in ihrer Allgemeinheit die Bestimmung des §. 108. „Giltig errichtete Rechtsgeschäfte können durch den Willen

sämmtlicher Personen, welche dadurch Rechte erlangt haben, wieder aufgehoben werden“; denn diese treffe nur zu bei obligatorischen Consensualverträgen, insofern der Vertrag re adhuc integra durch mutuus dissensus wieder aufgehoben werden kann; wenn man aber den Uebergang des Eigenthums, die Bestellung einer Servitut oder einen Realvertrag rückgängig machen wolle, so werde nicht das gültig errichtete Rechtsgeschäft wieder aufgehoben, sondern nur die Wirkung desselben durch ein neues Rechtsgeschäft beseitigt. Pöschmann S. 14. erwiedert darauf wörtlich Folgendes:

„Diese Sätze enthalten nach römischem Rechte im Wesentlichen Richtiges. Allein was soll der Einwand gegenüber dem Umstande, daß der Entwurf den römisch-rechtlichen Unterschied zwischen Consensual- und Realcontracten nicht kennt (§. 805. Motiven S. 759.)“?

Also glaubt er, daß es dem Entwurf möglich gewesen sei, den Unterschied zwischen Consensual- und Realcontracten, in soweit er im heutigen römischen oder gemeinen Recht, das Unger vor Augen hatte, noch besteht, zu beseitigen? und glaubt er, daß dieß bewirkt sei durch §. 805., welcher sagt: Forderungen entstehen durch Vertrag, wenn der übereinstimmende und gegenseitig erklärte Wille Mehrerer auf Begründung einer Forderung gerichtet ist“? Vergleichen wir nur §. 1097. des Entwurfs: „Ein Darlehensvertrag wird geschlossen, wenn vertretbare Sachen . . . zu Eigenthum gegeben werden“, wovon §. 1098. den Vertrag ein Darlehen zu geben, beziehungsweise anzunehmen, ausdrücklich unterscheidet. Ist es nun nach dem Entwurf möglicher als nach gemeinem Recht, den Darlehensvertrag bloß durch mutuus dissensus wieder aufzuheben?

Weiter: „Gibt es nicht dingliche Rechte, welche durch bloßen Willen der Contrahenten entstehen und erlöschen (§. 590. 618. in f.), und gehört nicht die vertragsmäßige Bestellung derselben zu den Rechtsgeschäften“? Diese Frage lautet, als sollte sie Unger's Bemerkung unterstützen, nicht bekämpfen. Wenn durch bloßen Vertrag sofort die Servitut als dingliches Recht begründet ist, so wird ja durch entgegengesetzten Vertrag eben dieses dingliche Recht, die Wirkung des früheren Rechtsgeschäfts, nicht dieses Rechtsgeschäft, wieder aufgehoben, und wenn der Erwerber inzwischen das Grundstück mit der dafür erworbenen Servitut auf einen Andern übertragen hätte, so wäre des ersten Zustimmung zur Aufhebung derselben weder nöthig noch zureichend.

Bei einer andern Gelegenheit (S. 17.) nennt Pöschmann es von einem Civilisten mehr als kühn, Etwas, was eben so gut so als so

normirt werden kann, als „unrichtig“ zu bezeichnen, und bezieht sich dabei auch auf meine Pandekten §. 73. Aber er muß dabei nicht die 3. Auflage derselben vor sich gehabt haben, auf die Unger S. 13. Bezug nimmt. Sonst hätte er ersehen, daß ich nicht der Meinung bin, es könne eben so gut gesagt werden: durch den dies certus werde nur die Ausübung, als: es werde dadurch das Dasein des Rechts hinausgeschoben, daß ich vielmehr das erste, unter Bezugnahme auf Unger's System, als „unrichtig oder wenigstens ungenau“ tadle, obwohl ich in den frühern Auflagen selbst mich so ausgedrückt hatte. Von einem „Normiren“ nach Gutdünken hier zu reden, ist vollends unpassend. Denn mag der §. 132. sich immerhin so ausdrücken, so wird dennoch und trotz der §§. 2460., 2485. die künftige Jurisprudenz Sachsens keinen Anstand nehmen zu behaupten, daß derjenige, dem ex die certo das Eigenthum einer Sache vermacht ist, vor Eintritt des Zeitpunktes Eigenthümer noch nicht ist, so wie nach §. 2047. der ex die Eingesezte ganz gewiß erst von da an Erbe sein kann, wenn bis dahin gesetzliche Erbfolge stattfinden soll.

Ich will mich übrigens darauf beschränken, nur noch die Gegenbemerkungen des Antikritikers in Betreff derjenigen Punkte, welche ich in meiner Recension der Unger'schen Kritik hervorgehoben, zu berühren. Größtentheils sind die Bemerkungen Böschmann's auch über diese Punkte so nichts sagend oder unzutreffend, daß es nicht der Mühe werth ist, dabei zu verweilen. Was soll man z. B. dazu sagen, wenn S. 34. die Beanstandung der Definition einer Forderung damit abgewehrt wird, daß die Aufstellung einer Regel selbstverständlich nicht die Möglichkeit von Ausnahmen ausschließe? als ob es Ausnahmen auch von (richtigen) Definitionen gebe. Ganz leer sind die Gegenbemerkungen gegen die Beanstandung der §§. 1446., 115., 1114., 1116., 234., 900., 1465. In der That merkwürdig aber ist, was S. 28. gegen den von Unger ausgesprochenen Tadel über die Bestimmungen des Entwurfs in Betreff der Bedingungen, welche Parthie des Entwurfs dem Verfasser als eine mit besonderer Sorgfalt ausgeführte erscheint, bemerkt wird. Zuerst heißt es: „Bei Einzelnem mag Manches von Unger Bemerkte an sich nicht unbeachtlich sein, allein der Benützung steht entgegen, daß sich in solchen Fragen ein absoluter Beweis der Richtigkeit nicht herstellen läßt“; gleich nachher aber: „Inzwischen läßt sich geradezu behaupten, daß Unger's Einwendungen S. 28 fg. in keinem Punkte einen beachtlichen Rückhalt haben“. Die Ausstellungen gegen §. 167. werden kurzweg als „im Hauptwerke subjectiver Natur“ abgewiesen; nur ein Wider-

spruch des §. 167. mit 166. wird wohl mit Recht in Abrede gestellt. Zu §. 1075. sagt die Gegenbemerkung ohne Grund, er sei falsch verstanden, beseitigt aber nicht den Vorwurf, daß er seinen Satz zu absolut hinstelle. In Beziehung auf §. 1026. wird Unger eines ganz eigenthümlichen Manövers bezüchtigt, weil er bei Beanstandung desselben, dem Register folgend, zweifelt, ob der vorhergehende §. 1025. auch schon auf den Nachlaßvertrag insbesondere zu beziehen sei, nicht eine allgemeinere Bedeutung habe. Daß dieß letzte nicht der Fall sei, wird durch den zweiten Satz des §. 1025. nicht bewiesen; daß es der Fall sei, geht aus der vorangehenden Ueberschrift und der Vergleichung mit §. 1027 fg. hervor. Der §. 1025. spricht von aufhebenden Verträgen überhaupt, worunter auch der Nachlaßvertrag gehört; §. 1026. spricht zuerst vom Nachlaßvertrag insbesondere. Dieß geht auch schon aus der Fassung des §. 1026. hervor. Spräche der vorhergehende §. nur vom Nachlaßvertrage, so dürfte §. 1026. nicht beginnen: „Ist der Vertrag ein Nachlaßvertrag“, sondern etwa umgekehrt: „Ist der Nachlaßvertrag ein Vertrag“ oder „ein solcher“ u. s. w. So wie derselbe lautet: „Ist der Vertrag ein Nachlaßvertrag“, durch welchen die Forderung von dem Gläubiger dem Schuldner ganz oder theilweise, ohne Gegenleistung oder Uebnahme einer Verbindlichkeit erlassen wird, so richtet sich dessen Eingehung nach den Vorschriften über die Schenkung“, deutet er vielmehr an, daß nur ein aufhebender Vertrag dieser Art insbesondere Nachlaßvertrag heiße, und Unger's Tadel dagegen erscheint daher noch im stärkeren Maße, als ich S. 233. der Gerichtszeitung angenommen habe, begründet; er fragt mit Recht: „gibt es denn nur einen schenkungsweisen Nachlaßvertrag oder kann diesem nicht vielmehr die verschiedenartigste Causa zum Grunde liegen“? Einen kolossalen Mißgriff aber begeht hiernach Böschmann S. 32., wenn er bemerkt: Der Ausdruck Nachlaßvertrag in §. 1062. beziehe sich ohne Zweifel „auf das durch §. 1025. betroffene genus, nicht aber auf die §. 1026. berührte species“. Der §. 1062. bestimmt, daß ein von einem Gesamtgläubiger oder Schuldner eingegangener Nachlaßvertrag den übrigen nicht schade, beziehungsweise nicht nütze. Das ließe sich noch allenfalls hören in Beziehung auf einen schenkungsweisen Nachlaßvertrag, obwohl es auch da nicht rationell ist, wenn eine vollständige Tilgung des Gesamtschuldverhältnisses beabsichtigt ist. Aber dasselbe auch von jedem Nachlaßvertrag, selbst gegen eine Gegenleistung, zu behaupten, das ist doch „etwas zu stark“; daß es nicht von jedem aufhebenden Vertrag gelte, fagen ohnehin ausdrücklich §§. 1060. 1061.

Zu §. 725. hütet sich Pöschmann wohl aus guten Gründen das in der Gerichtszeitung angeführte Beispiel zu beleuchten, glaubt aber ein anderes, das Unger daneben anführte, schlagend abzuwehren. Ein Depositar, der eine Sache in Hamburg übernommen hat und später nach Dresden übersiedelt ist, müßte den deponirten Gegenstand auf seine Kosten und Gefahr nach Hamburg zurücktransportiren? Warum nicht? fragt Pöschmann; warum hat er nicht von §. 1297. Gebrauch gemacht und vor der Uebersiedelung zurückgegeben? Aber, o weh! der Deponent hatte sich der Novaraexpedition angeschlossen und gar dem zurückbleibenden Freunde noch ausdrücklich empfohlen, das kostbare Depositum keinem Andern anzuvertrauen. Da wird doch wohl jedem einleuchten, daß das Verhältniß billiger beurtheilt würde nach L. 12. §. 1. D. depos. 16. 3. Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo ejus est, apud quem depositum est: ubi vero depositum est, nihil interest. Daß der Depositar auch nach dieser Stelle unter Umständen nicht entschuldigt wäre, wenn er vor der Uebersiedlung die Sache dem in Hamburg anwesenden Deponenten hätte zurückgeben oder vollkommen sicher einem Andern anvertrauen können, ist leicht einzusehen, wenn man sich erinnert, daß *lata culpa* dem *dolus* gleichzuachten ist.

Zu §§. 1568., 1576., 1580. beruft sich Pöschmann zwar darauf, daß nach §§. 1557., 1558. der Empfänger „in unredlichem Glauben“ (sic!) nicht bloß so weit, als er bereichert ist, hafte, benützt aber zur Vertheidigung des Entwurfs nicht, was ich S. 234. angedeutet habe, gibt vielmehr zu, daß auch der Empfänger ob *causam futuram* ein redlicher im Sinne des §. 1557. sein könne und dann nur so weit er bereichert hafte, und betrachtet die Bestimmung in §§. 1614., 1615. bezüglich der Brautgeschenke nur als Ausnahme. Warum jene Abweichung vom gemeinen Recht? Darüber sagt er kein Wort. Auf die Frage: Warum von der Regel diese Ausnahme? antwortet er: Darum — weil es hier angemessen befunden worden, „an dem zeitherigen Rechte festzuhalten“. Das ist freilich eine Kritik-vernichtende Kritik!

Wenn hier eine Abweichung vom bisherigen Recht zu vertheidigen für überflüssig gehalten wird, so wird dagegen S. 49. eine Reihe anderer Einwendungen, die vom Standpunkt des gemeinen Rechts nicht verwerflich seien, einfach in Folge des Umstandes zur Berücksichtigung nicht geeignet befunden, „daß in so weit eine constante partikulare Praxis entgegensteht“. Zu meiner Verwunderung wird darunter auch aufgeführt „der getadelte Ausschluß der *Publiciana* bei Immobilien und die gerrügte Nichtanerkennung des Unterschieds zwischen *dominium naturale* und

civile". Wie das letzte auch eine vom Standpunkt des gemeinen Rechts nicht verwerfliche Einwendung genannt werden mag, obwohl dem gemeinen Recht dieser Unterschied ganz fremd ist, möge dahin gestellt bleiben. Aber daß der Berücksichtigung dieser beiden Einwendungen eine constante partikuläre Praxis entgegenstehe, das ist mir eine überraschende Neuigkeit. Bis jetzt habe ich geglaubt, daß das bisherige sächsische Recht bei Immobilien allerdings eine Publiciana actio und einen Unterschied zwischen natürlichem und bürgerlichem Eigenthum — „man kann wohl sagen, seit es überhaupt ein ausgebildetes sächsisches Recht gibt“ — anerkannt habe (vgl. Kritische Ueberschau I. S. 362., 368 fg. Wächter über den Entwurf vom J. 1853., S. 64 fg. Unger über denselben S. 191 fg.); Wächter führt die beabsichtigte Aufhebung unter den Beispielen „mißlicher Neuerungen im Sachenrecht“ auf. Muß ich der Wichtigkeit der Versicherung eines k. s. Oberappellationsraths so unbedingt vertrauen, wie dieser für die Angaben der Motive in Anspruch nimmt, so muß ich freilich gestehen, daß ich mich in diesem Punkte gründlich geirrt habe, obgleich ich nicht begreifen kann, wie es gekommen sein möge, daß eine constante Praxis dem entgegenstehe, was aus einem Gesetze vom J. 1843 sich ergibt und was noch die Motive des Entwurfs vom J. 1853. S. 63. als geltendes Recht anführten. Zwar berichten auch die Motive des revidirten Entwurfs S. 647., daß es nach sächsischem Recht niemals ein dem dominium civile gegenüberstehendes dominium naturale gegeben habe, daß man mit dem letzten Ausdrucke nur gewisse rechtliche Wirkungen als Gegensätze zu dem dominium civile bezeichnet habe (Wirkungen, welche übrigens meines Erachtens unter jenem Ausdrucke eben so passend zusammengefaßt werden, wie die des römischen in bonis esse), daß aber diese Wirkungen seit dem Hypothekengesetze in Beziehung auf unbewegliche Sachen ganz weggefallen seien. Allein damit stehen die Angaben der Motive des frühern Entwurfs in offenbarem Widerspruch, es sei denn, daß die vorgenannten Motive ein mir unbekanntes neueres Hypothekengesetz im Sinne haben.

Doch genug! Es ist eine lange Recension, die ich dem kleinen Büchlein gewidmet habe. Handelte es sich bloß um dieses, oder nur um die Person des darin angegriffenen Gelehrten, nicht mittelbar zugleich um die Würdigung eines wichtigen Gesetzgebungsversuchs, so würden wenige Zeilen genügt haben, um jenem sein Recht angedeihen zu lassen, und vielleicht hätte ich mich gar nicht damit befaßt, sondern dem Angegriffenen allein die leichte Vertheidigung gegen den schwächlichen Angriff überlassen, wobei derselbe einiger Selbstüberwindung

bedürfen wird, mehr um den Unmuth über leichtfertige Anfechtung und schmähende Verdächtigung nicht sprechen zu lassen, als um einzelne kleine Fehlgriße oder Versehen einzugestehen. Mein Urtheil ist streng, aber es hat es nur mit dem Buche, nicht mit der Person des Verfassers zu thun, und die wissenschaftliche Kritik kann sich das Recht und die Pflicht nicht abnehmen lassen, so gut wie ein Preßgerichtshof, nach Umständen ohne Ansehen der Person gegen ein literarisches Erzeugniß selbst ein vernichtendes Urtheil zu fällen. Ein Oberappellationsrath in Sachsen hat die Vermuthung für sich, daß er ein tüchtiger Rechtskennner sei; Herr Böschmann hat zudem früher einige literarische Früchte seiner Studien ausgegeben, welche von der Kritik mit Beifall aufgenommen sind und den Beweis geben, daß er es liebt, selbst noch mit solchen rechtswissenschaftlichen Studien, welche dem Praktiker nicht nahe liegen, sich abzugeben. Man möchte es unbegreiflich finden, wie es einem Manne in seiner Stellung möglich war, eine Schrift, die in dem Maße wie die vorliegende unter aller Kritik ist, zum Besten zu geben, wenn man sich nicht erinnerte, daß schon öfter einem sonst tüchtigen Manne das richtige Urtheil auf Reisen gegangen ist, wenn er cum ira et studio die Feder ergriff.

16.

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern.*

Erster Artikel.

Der Unterzeichnete dürfte sich wohl besonders dazu berufen halten, über die interessante legislative Erscheinung, die in dem Titel der vorbezeichneten Schrift zuerst genannt ist, öffentlich ein Urtheil abzugeben. Nicht nur konnte ich, wie ohne Zweifel gleich mir viele andere Rechtsgelehrte, in der freundlichen Zusendung des Entwurfes von Seiten des königl. bayer. Justizministeriums eine Aufforderung dazu finden; der Entwurf mußte noch in besonderem Grade deßhalb mein Interesse in Anspruch nehmen, weil ich selbst in den Jahren 1844—1847 als Mitglied

* Recension der Schrift: Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern mit Berücksichtigung des hessischen und sächsischen Entwurfs, kritisch beleuchtet von Dr. J. J. Lang königl. bayer. Hofrath, Professor des Civilrechts an der Universität Würzburg. Erstes Heft: Das Hauptstück von den Rechtsgeschäften. München 1861. (157 S.). Zweites Heft: Das Recht der Schuldverhältnisse. München 1862. (214 S.). — Die Recension erschien 1863 in 3 Artikeln in der krit. Ueberschau V. S. 1—25. S. 162—185. S. 321—339.

der damals von König Ludwig berufenen Gesetzcommission mit der Ausarbeitung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuchs beauftragt war und damals auch schon, während der Theilnahme an den Berathungen über andere Hauptzweige der Gesetzgebung (Strafrecht und Strafprozeß, Handelsrecht, Civilprozeß), als Grundlage meiner Arbeit ein vollständiges Sachenrecht und Obligationenrecht im Brouillon entworfen und zu jedem Paragraphen mir die Abweichungen anderer Gesetzgebungen und früherer Entwürfe angemerkt hatte. Gleichwohl stehe ich dem vorliegenden Entwurfe völlig fremd gegenüber, und ich muß ausdrücklich der Vermuthung entgegenreten, die man aus einer Bemerkung von Pöschmann¹ schöpfen könnte, als ob ich an demselben irgend einen Antheil hätte; denn noch ehe nur einmal auf den von mir erstatteten Präliminarvortrag ein allerhöchster Bescheid erfolgt war, wurde ich in Folge einer bekannten Katastrophe 1847 aus der Gesetzcommission entlassen und jene Vorarbeit blieb unbekannt und unbenutzt in scriniis meis geborgen; die Ausarbeitung eines bürgerlichen Gesetzbuchs wurde überhaupt vertagt, dann später in andere Hände gelegt und erst, nachdem ich schon sechs Jahre von München geschieden war, soweit, wie sie jetzt vorliegt, gefördert. Sollte etwa der erwähnte Präliminarvortrag darauf einen Einfluß geübt haben, so würde sich dieser doch nur beschränken auf das System im Ganzen, auf die Bestimmung des Verhältnisses des neuen Gesetzbuchs zu den Partikularrechten, und die Ausschließung der subsidiären Gesetzeskraft des bisherigen gemeinen Rechts, worin der Entwurf nach der Einleitung zu den Motiven S. III fg. mit

¹ Duplit in der sächsischen Civilgesetzbuchfrage gegen die Repliken der DD. Danz, Unger, Arndts, von Dr. Karl Magnus Pöschmann, t. f. Oberappellationsrath, S. 9 u. 10. Da ich es nicht für nothwendig befunden habe, auf diese Schrift anderweitig noch etwas zu erwidern, so will ich doch diese Gelegenheit benutzen, en passant zu zeigen, wie verkehrt es ist, was Pöschmann mir dort entgegenhält. Er führt beispielsweise vier Punkte an, welche ich bei dem sächsischen Entwurf beanstandet habe, worin dieser aber mit dem bayerischen harmonire: 1) die Beschränkung der Zinsen auf Geldschulden. Aber der sächsische Entwurf beschränkt den Begriff der Zinsen auf Geldschulden (§. 691); dieses Mißgriffes macht sich der bayerische Entwurf nicht schuldig (Art. 633.), er beschränkt nur gewisse Rechtsvorschriften auf Zinsen von Geldschulden (vgl. Arndts Pand. §. 207. Anm. 2.). 2) Die Definition der Bedingung und die Unterscheidung zwischen eigentlichen und uneigentlichen Bedingungen. Aber die Definition im bayerischen Entwurf, Art. 34, ist erheblich verschieden von der im sächsischen Entwurf §. 110; und meine Ausstellungen gegen diese treffen jene größtentheils nicht; allerdings aber bin ich der Meinung, daß in beiden Entwürfen die Definition füglich hätte vermieden werden können. 3) Die Ausschließung der Retractivkraft auch bei auflösenden Bedingungen. Darin stimmt Bayern allerdings mit Sachsen überein, aber der erste drückt sich auch hier richtiger aus, und der bei S. gerügten Inconsequenzen macht sich wiederum B. nicht schuldig. 4) Die Bestimmung über die Rückgabe beweglicher Sachen (S. §. 725. B. Art. 90.). Aber hier ist übersehen, daß B. dem Vorwurfe gegen S. durch den vorhergehenden Art. 98 ganz entgeht. — Ich frage hiernach jeden Unbefangenen, ob es entschuldbar ist, wenn die Exhortation, mit welcher Pöschmann seine „Abrechnung“ mit mir schließt: „Sollte dieß für A. nicht ein Fingerzeig sein, daß man im Gesetzgebungsfache nicht a vista kritisiren kann?“ keinen tiefen Eindruck auf mich gemacht hat?“

meinen dort entwickelten Ansichten im wesentlichen allerdings übereinstimmt². Wenn ich nun auch alsbald mit eben so lebhaftem Interesse als vollkommener Unbefangenheit in den Entwurf mich hineingelesen habe, so waren doch meine Reflexionen darüber noch nicht zu einer eingehenden Würdigung desselben gediehen, als eine schwere Krankheit und langwierige Reconvalescenz meine Arbeitskraft für längere Zeit zu sehr lähmte, um mir eine solche Nebenarbeit aufzulegen. Inzwischen ist aber in der oben angegebenen Schrift eine ziemlich ausführliche und eingehende Beurtheilung des bayerischen Entwurfs erschienen, und da will ich es mir nicht versagen, als Mitarbeiter dieser Zeitschrift wenigstens darüber Bericht zu erstatten, und dadurch mittelbar vielleicht auch zur Beleuchtung des Entwurfs selbst einen Beitrag zu liefern.

Der Verfasser leitet seine Schrift zunächst mit einigen allgemeinen Betrachtungen ein. Er macht insbesondere an jeden Versuch einer neuen Landesgesetzgebung die Anforderung, daß dabei das Endziel der Einheit des deutschen Rechts nicht aus dem Auge gelassen werde. Was der Verf. darüber bemerkt, entspricht ganz den Ansichten, die ich schon vor sechzehn Jahren in Richter's krit. Jahrb. und seitdem an verschiedenen Orten, namentlich in der Kritischen Ueberschau und in Bluntschli's Staatswörterbuch (Art. „Civilgesetzgebung“) ausgesprochen habe. Es ist aber, wie der Verf. selbst schon in der Vorrede hervorheben zu können so glücklich war, nun auch schon die Erfüllung unserer Wünsche durch die vom Bundestag beschlossene Conferenz zur Bearbeitung eines gemeinsam-deutschen Obligationenrechts in nähere Aussicht gestellt. Was dagegen der Verf. S. 9 fg. über die Subsidiarität des gemeinen Rechts bemerkt, die auch nach Publication der neuen Gesetzgebung beizubehalten sei, scheint, wie den vorliegenden Entwürfen, von denen der eine, der sächsische, nun schon zum Gesetzbuch geworden ist, so auch meiner individuellen Ansicht, wie ich sie schon in meinem oben erwähnten Präliminärvortrage und wiederum in der Krit. Ueberschau I. S. 136. entwickelt habe, entschieden entgegenzutreten. Indessen ist diese Meinungsverschieden-

² Im System finde ich nur die Abweichung von meinen Vorschlägen, daß das Recht der Schuldverhältnisse dem Sachenrecht vorangestellt ist (S. V.). Ich finde es zwar begreiflich, daß man das erste zunächst in Angriff genommen hat, und heiße dieß willkommen, weil dadurch jetzt eine sehr brauchbare Vorarbeit für das projectirte gemeinsam-deutsche Obligationenrecht gegeben ist. Aber für das ganze Gesetzbuch finde ich diese Umstellung nicht natürlich und systematisch nicht gerechtfertigt, gebe vielmehr in dieser Beziehung dem sächsischen Entwurf den Vorzug. — In meinen Vorschlägen hatte ich übrigens eventuell, wenn nicht die Art an die Wurzel gelegt werden sollte, noch ein sechstes Buch für die eigenthümlich deutschrechtlichen Gütsverhältnisse aufgestellt, die jedenfalls eine besondere Weise legislativer Behandlung erforderten, wenn nicht eine durchgreifende Reform beabsichtigt wurde. Seit dem Jahr 1848 ist aber der Gegenstand dafür weggefallen und dieses schwerste Kreuz dem Verfasser eines bürgerlichen Gesetzbuchs abgenommen.

heit mehr scheinbar als wirklich. Denn was der Verf. eigentlich will, ist doch nur dieß, daß nicht die Benutzung der Wissenschaft des gemeinen Rechts als Hülfsmittel historischer Interpretation der neuen Gesetzgebung und als Anhaltspunkt analoger und ergänzender Weiterbildung des Rechts ausgeschlossen werde. Und das wollen auch wir. Wir wollen nicht, und befürchten auch kaum, daß man wieder in gleiche Verkehrtheit ver falle, wie hie und da nach Einführung früherer Gesetzbücher, daß man den materiellen Zusammenhang des neuen mit dem bisherigen Rechte nicht beachte, und die Wichtigkeit der wissenschaftlichen Erkenntniß des letzten für die praktische Durchbildung des ersten verkenne, daß etwa eine Präoccupation gegen die Rücksichtnahme auf die Quellen des gemeinen Rechts sich spreize, welche ein Mitglied eines obersten Gerichtshofes, das eine Stelle des römischen Rechts zur Unterstützung seiner Ansicht benutzen möchte, veranlassen könnte, den Inhalt derselben als anonymes Plagiat in seinen Vortrag einzuschwärzen, um nicht durch Allegation des Corpus juris den Widerspruch zu reizen. Wir befürworten in ausgiebigem Maße auch für die Zukunft die Herbeiziehung bisheriger Rechtsquellen aus der Wissenschaft des gemeinen Rechts, wie sie der französischen Jurisprudenz, die doch weniger als die künftige deutsche dazu Anlaß hatte, eigen ist. Aber etwas anderes ist es, dem gemeinen Rechte auch fernerhin „die formelle Geltung als subsidiäre Rechtsquelle einzuräumen, eine subsidiäre Gesetzeskraft des gemeinen Rechts aufrecht zu halten“, was die Motive zum b. G. (so wollen wir der Kürze wegen mit dem Verf. den bayerischen Entwurf bezeichnen) meines Erachtens mit Recht ablehnen. In der Polemik gegen die Motive zum s. G. S. 466 fg. 474 fg. muß ich jedoch dem Verf. großentheils Recht geben; denn diese Ausführung ist in Ton und Haltung im Ganzen, wie in einzelnen Auslassungen allerdings absonderlich, so daß es nicht zu verwundern ist, wenn unser Verf. S. 27. dieselbe als eine „den Verfasser der Motive wissenschaftlich compromittirende Ausführung“ qualificirt.

Indem der Verf. I. S. 27 fg. zur Kritik des b. G. sich wendet, erklärt er zunächst im allgemeinen, daß das darin Dargebotene im Vergleich mit andern Gesetzbüchern und Entwürfen unbedingt das Beste sei. Er rühmt daran namentlich die klare und verständliche Schreibart, wie die Genauigkeit und Umsicht des Ausdrucks, die körnige und concise Sprache, die feste so viel möglich deutsche Terminologie, die Uebersichtlichkeit des Ganzen, die Tüchtigkeit der Redaction der einzelnen Artikel, und das im Ganzen richtige Maßhalten zwischen zu großer (casuistischer) Ausführlichkeit und übermäßig dür rer Kürze. Es freut mich, diesem

Lobe im Ganzen mit voller Ueberzeugung beistimmen zu können. Ich kann insbesondere nicht verhehlen, daß es mir unbegreiflich ist, wie eine andere Stimme in dieser Zeitschrift (Bd. III. S. 433) in Hinsicht der Sprache dem f. G. vor dem b. G. den Vorzug geben konnte, indem sie die Sprache des f. G. zwar „bisweilen etwas platter, aber durchweg einfacher, gemeinverständlicher, weniger schulmäßig gehalten“ findet als die des b. G. Eine solche Meinungsverschiedenheit kann schließlich vor dem bekannten Sprüchwort stehen bleiben: „de gustibus non est disputandum“. Ich gestehe aber, daß ich es eines Gesetzbuchs würdig halte, auch in der Sprache, soweit nur die Deutlichkeit nicht darunter leidet, nach der höchsten Vollendung zu streben, daß ich Plattheiten darin nicht durch die Rücksicht auf schlichte Bürger und Bauern entschuldigt finde, daß meines Erachtens auch die Gemeinverständlichkeit nicht durch die Schönheit, ja Eleganz der Sprache zu leiden braucht. Und wenn ich die beiden Entwürfe in dieser Beziehung gegen einander halte, so spricht mich die Schreibart des b. G. entschieden mehr an, als die des f. G., und kann ich gleichwohl nicht finden, daß der letzte in Rücksicht der Klarheit und Verständlichkeit den ersten übertreffe. Dagegen muß ich dem Verf. auch beistimmen in dem Wunsche nach einer sorgfältigern Ausarbeitung der Motive, und in dem Tadel, daß der b. G. die Grenze zwischen wissenschaftlicher Darstellung und legislativer Feststellung nicht immer gewahrt habe, ein Tadel, der freilich den f. G. noch in stärkerem Maße trifft. Insbesondere finde ich auch dort noch eine ansehnliche Zahl von Definitionen, die meines Erachtens, auch wenn richtig, im Gesetzbuch entbehrlich und darum verwerflich sind. In meinem obenerwähnten Brouillon-Entwurf des Obligationenrechts findet sich kaum ein oder anderer Paragraph, der einer Definition ähnlich sieht, und ich glaube versichern zu können, daß man dieß nicht als einen Mangel empfinden würde.

Schließlich berührt der Verf. in der Einleitung S. 32 fg. noch das System des Entwurfes. Ohne bei dem in den Motiven angedeuteten System des Ganzen sich aufzuhalten, macht er mit Recht darauf aufmerksam, wie wichtig auch die systematische Correctheit in der Stellung und Verbindung der einzelnen Normen sei und erhebt in dieser Beziehung gegen eine Reihe von Stellen in dem Hauptstück „von den Rechtsgeschäften“ mehr oder weniger begründeten Tadel. Ich meinstheils habe überhaupt Bedenken dagegen, ob es angemessen sei, ein so ausgeführtes Hauptstück über Rechtsgeschäfte in den allgemeinen Theil des Gesetzbuchs aufzunehmen. Die betreffenden abstracten Bestimmungen erhalten doch größtentheils erst Leben und Verständniß durch die Beziehung

auf einzelne Arten der Rechtsgeschäfte, die im besondern Theil vorkommen; sie nehmen gar leicht einen doctrinären Charakter an und können gutentheils füglich der Doctrin ganz überlassen werden; auch können sie durch Generalisiren leicht zu Mißgriffen führen. Insbesondere aber glaube ich, im Hinblick auf das beabsichtigte deutsche Gesetzbuch über Schuldverhältnisse, welches, wenn es glücklich zu Stande kommt, ja auch einen Bestandtheil des bayerischen bürgerlichen Rechts bilden wird, daß jenes Hauptstück des b. C., wie das entsprechende des sächsischen Gesetzbuchs, einer erheblichen Reduction und Umarbeitung unterliegen müssen. Da jenes Gesetzbuch über Obligationenrecht zunächst für sich allein steht, so ist es unvermeidlich, darin fast alles was in dem Hauptstück von Rechtsgeschäften vorkommt, in so weit es nämlich auf obligatorische oder liberatorische Rechtsgeschäfte Anwendung findet, speciell zu normiren, z. B. Willenserklärung, Mangel der Willensbestimmung, Stellvertretung, Nebenbestimmungen; und dadurch wird dann der Inhalt jenes allgemeinen Hauptstücks größtentheils überflüssig werden, indem was davon auch auf andere Rechtsgeschäfte anwendbar ist, leicht durch Bezugnahme auf die im Obligationenrecht enthaltenen Paragraphen berücksichtigt werden kann, ohnehin aber manches bei andern Rechtsgeschäften anderer Bestimmung bedarf. Betrachten wir z. B. die Abtheilung von den Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte (Art. 34—68.), so stehen Art. 63—68., wie Lang S. 38. 92. bemerkt, ohnehin nicht am rechten Plage, da sie sich nach Art. 63. nur auf Schenkungen und Vermächtnisse beziehen; sodann ist Art. 61., wie ebenfalls Lang S. 90. richtig bemerkt, in seiner Allgemeinheit unrichtig, er ist nur für Forderungsrechte richtig, auch nicht einmal, wie Lang sagt, für das Vermächtniß, insofern nämlich durch dieses nicht bloß ein Forderungsrecht, sondern unmittelbar ein dingliches Recht gewährt wird; und die Art. 59. und 60., wornach der dies incertus an immer, der dies incertus quando nie als Bedingung wirken soll, würden sich auch von selbst richtiger gestalten, wenn sie z. B. speciell in Beziehung auf Schuldverträge, und wiederum speciell in Beziehung auf Vermächtnisse abgefaßt wären, bei der Erbeinsetzung aber bedarf es ohnehin wieder besonderer Bestimmungen über Zeitbestimmung; ferner, was die Bedingungen betrifft, so wird wiederum eine Unterscheidung zwischen andern Rechtsgeschäften und letztwilligen Verfügungen, zum Theil auch zwischen Erbeinsetzung und Vermächtniß nöthig in Beziehung der Erfüllung der Bedingung (Art. 47.); denn der Entwurf wird wohl nicht den gemeinrechtlichen Satz aufgeben, daß sie bei letztwilligen Verfügungen

bei Lebzeiten des Bedachten eintreten muß), in Beziehung auf die Rückwirkung der erfüllten aufschiebenden Bedingung (Art. 39., denn, wenn diese z. B. auch bei Vermächtnissen gelten sollte, so würde Art. 60. im zweiten Absätze unrichtig sein, vorausgesetzt, daß das Gesetzbuch den unmittelbaren Erwerb dinglicher Rechte durch Vermächtniß nicht auszuschließen beabsichtigt), in Beziehung auf die Wirkung der auflösenden Bedingung (Art. 43.), endlich auch, da der Entwurf (Art. 52. Motive S. 24 fg.) die Wirkung unmöglicher und unerlaubter Bedingungen abweichend vom gemeinen Recht bei letztwilligen Verfügungen und Rechtsgeschäften unter Lebenden gleich bestimmt, doch noch in Beziehung auf den Fall, wenn Jemanden für den Fall der Unterlassung einer unerlaubten Handlung ein Vortheil zugesagt ist (Art. 56.). Nimmt man nun alle betreffenden Paragraphen aus dem allgemeinen Theile weg, so bleibt wenig übrig, was durch Verweisung oder Wiederholung bei den einzelnen Rechtsgeschäften in Bezug zu nehmen wäre, zumal auch noch einige Paragraphen füglich der Doctrin überlassen werden könnten (Lang I. S. 65 fg.). Greifen wir noch einen andern Abschnitt heraus, die Art. 23—28. über Irrthum. In einem besondern Gesetzbuch über Obligationenrecht muß unumgänglich davon die Rede sein; scheint es uns doch selbst im b. C., ungeachtet darin der allgemeine Theil vorkommt, fast ein Mangel zu sein, daß der Einfluß des Irrthums bei Schuldverträgen nicht genauer bestimmt wird. Hier würde auch wahrscheinlich die von Lang S. 58 fg. mit Recht getadelte schulmäßige Unterscheidung zwischen wesentlichem und außerwesentlichem Irrthum und die Vermischung eigentlichen Irrthums mit einem Mißverständniß unter den Vertragsschließenden vermieden worden sein, auch vielleicht der bedenkliche Art. 28. über den Einfluß des Irrthums eines Stellvertreters genauer erwogen werden. Im f. C. (§. 855 fg.) finden wir wirklich nähere Bestimmungen über Zwang, Irrthum und Betrug bei Verträgen wie bei andern Rechtsgeschäften (§. 1624 fg., 2112 fg.); aber Unger in seiner Beurtheilung dieses Entwurfs S. 10. macht dazu auch mit Recht die Bemerkung, daß daneben die allgemeinen Bestimmungen darüber in §. 93 fg. überflüssig seien, da diese doch erst im besondern Theile ihre praktische bestimmte Ausbildung und Durchführung finden. Uebrigens betreffen die angeführten Art. des b. C. doch vorzugsweise die obligatorischen Verträge, und andererseits wird der Entwurf besondere Bestimmungen über Irrthum in andern Theilen des Gesetzbuchs nicht umgehen können, z. B. bei der Eigenthumsübertragung über Irrthum in Betreff des Eigenthums, bei letztwilligen Verfügungen über Irrthum

in den Voraussetzungen, wie über den Einfluß des Zwanges, wo auch der allgemeine Art. 30. sicher eine Modification erleiden wird. Endlich möge noch bemerkt sein, daß auch der Art. 19. über Simulation weder für alle Arten von Rechtsgeschäften gleich passend noch überhaupt genügend gefunden werden kann, und muß ich es als einen positiven Mangel bezeichnen, daß davon in der Lehre von den Schuldverträgen weiter nicht die Rede ist (vergl. meine Band. §. 237.).

Von S. 45. des ersten Hefts an wendet sich Lang zu einer in's Einzelne eingehenden Prüfung des Entwurfs, zunächst des Hauptstücks von den Rechtsgeschäften, indem er die Artikel der Reihe nach durchgeht. Er gibt vielen Artikeln seine volle Beistimmung und sein Lob, bringt aber auch gegen eine erhebliche Anzahl Einwendungen vor, theils die Fassung, theils den Inhalt derselben betreffend, und so gewinnt seine Recension einen Umfang (S. 55—157.), welcher den des Entwurfs (S. 4—27.) bedeutend überragt, woraus aber Niemand der Schrift einen Vorwurf machen wird, der erfahren hat, welchen Raum die Begründung des Tadelns gegen einen Gesetzkartikel von wenigen Zeilen in Anspruch nehmen kann. Ref. stimmt auch in den meisten Fällen sowohl der Billigung und dem Lobe als dem Tadel bei. Doch nicht überall! Ich enthalte mich, dem Verf. in allen Einzelheiten zu folgen, zumal da mir daran gelegen ist, für die Besprechung des wichtigern Hauptstücks von den Schuldverhältnissen mehr Raum vorzubehalten. Nur beispielsweise will ich Einiges anführen.

Mit den Art. 12—16. erklärt sich der Verf. vollkommen einverstanden. Wie sehr wir auch mit der Regel des Art. 14. übereinstimmen (vgl. krit. Ueberschau I. S. 138 fg., oben S. 393 fg.), so haben wir doch bei Art. 16.³ einiges auszusetzen. Vorerst, glaube ich, sollte das Wort „lediglich“ vermieden werden, da die Gültigkeit der Urkunde noch durch andere als bloß formelle Erfordernisse bedingt sein kann. Sodann: wenn über einen einseitig verpflichtenden Vertrag eine Privaturkunde ausgefertigt wird, soll nicht die Unterschrift des sich Verpflichtenden genügen? soll die Unterschrift beider „handelnden Personen“ erforderlich sein? (Vgl. b. C. II., Art. 21.) Und weiter: wie ist es, wenn eine Privaturkunde über einen gegenseitigen Vertrag in duplo ausgefertigt und, was unter Geschäftsleuten sehr gewöhnlich ist, jedem ein Exemplar mit

³ „Die Gültigkeit einer Privaturkunde ist, soweit nicht für einzelne Rechtsgeschäfte besondere Erfordernisse vorgeschrieben sind, lediglich durch die Unterschrift der handelnden Personen bedingt!“

„Ist eine der Parteien des Schreibens nicht kundig oder wegen körperlichen Gebrechens zum Unterschreiben unfähig, so hat sie statt der Unterschrift ihr Handzeichen beizusetzen, welches durch einen öffentlichen Beamten zu beglaubigen ist.“

der Unterschrift des andern Contrahenten versehen zugestellt wird? Soll, wenn jeder auch seine Unterschrift beizusetzen unterlassen hat und so etwa die Urkunde im Nachlaß gefunden wird, der Vertrag nicht gelten? Im zweiten Absatz des Art. 16. ist der Ausdruck „eine der Parteien“ ungenau, da der Artikel auch auf einseitige Privaturkunden Anwendung finden kann. Auch würde ich für richtiger halten, einfach zu sagen: „Kann eine Person ihren Namen nicht unterschreiben“; denn denkbar wenigstens ist es, daß ein sonst Schreibenskundiger aus anderm Grunde als „wegen körperlichen Gebrechens“ zur Zeit nicht unterschreiben kann, z. B. wegen Krankheit oder in Folge einer Operation oder Verwundung, was man doch nicht füglich unter den Begriff körperlichen Gebrechens (*vitium corporis*) subsumiren kann. Endlich habe ich auch Bedenken dagegen, daß überall Beglaubigung des Handzeichens durch einen öffentlichen Beamten erforderlich sein soll. Man denke nur an die Schwierigkeit, welche diese Vorschrift auf dem Lande verursacht, wo die Leute oft stundenweit laufen müssen, um den öffentlichen Beamten zu finden und dann noch oft vergeblich bei ihm anklopfen (vergl. Lang II. S. 125.). Ich würde daher vorschlagen zu setzen: „Durch einen öffentlichen Beamten oder durch Unterschrift von zwei Zeugen“, zudem aber noch erfordern, daß auch das Vorlesen des Inhalts der Urkunde als geschehen zu bestätigen sei, da meistens Schreibensunkundige auch Geschriebenes nicht lesen können. — In Art. 18., wornach mündliche Verabredungen vor, bei oder nach Errichtung nur zur Auslegung zweideutiger nicht aus dem übrigen Inhalt der Urkunde sich erklärender Bestimmungen dienlich sein sollen, erhebt Lang S. 63. das Bedenken, ob er es nicht zweifelhaft lasse, inwiefern durch nachfolgende mündliche Uebereinkunft die einzelne Bestimmung des schriftlichen Vertrags einen Zusatz erhalten könne. Mir scheint die Intention des Artikels, dieß abzuschneiden, kaum zweifelhaft, aber ich erblicke darin einen Fehler. Mag auch der §. 851. des b. C., nach welchem bei verabredetem schriftlichen Abschluß des Vertrags dergleichen mündliche Verabredungen gelten sollen, wenn eine Vereinigung getroffen ist, daß sie neben der Urkunde Gültigkeit haben sollen, zu mißbilligen sein — wenigstens sollte, wie mir scheint, dabei erfordert werden, daß eine solche Uebereinkunft durch Bezugnahme auf mündliche Nebenverabredungen aus der Urkunde erhelle — so gebe ich doch sonst diesem Paragraphen den Vorzug vor Art. 16. des b. C. deßhalb, weil jener nur auf gleichzeitige oder vorhergehende mündliche Nebenabreden sich bezieht. Auch der nachfolgenden mündlichen Nebenverabredung die Wirkung abzuspochen, ist kein Grund vorhanden, wenn nicht ihr Inhalt

an sich von der Art ist, daß gesetzlich schriftliche Abfassung dazu erforderlich ist. Wenn ein schriftlicher Vertrag oder eine dadurch begründete Verpflichtung durch mündliche Uebereinkunft sogar völlig aufgehoben werden kann, so ist es gewiß inconsequent, eine bloße Modification derselben durch nachfolgende mündliche Verabredung nicht zuzulassen. Freilich erfordert b. C. II. Art. 210. zur Gültigkeit des Nachlasses einer Schuld schriftliche Erklärung des Gläubigers; aber abgesehen von dem gerechten Bedenken das dieser Artikel erregt (Lang II. S. 125.), soll er doch wohl nur gelten für den Nachlaß donationis causa, nach Analogie des Schenkungsversprechens (I. 97.), nicht auch, wenn der Gläubiger gegen eine Gegenleistung seine Forderung aufgibt; auch findet er nicht Anwendung, wenn der Nachlaß durch Rückgabe des Schuldscheins erklärt wird (II. 219.); und wie ist es im Fall der Schuldumwandlung (II. 197 fg.)? wie im Fall der Aufhebung eines gegenseitigen Vertrags durch mutuus dissensus? worüber der Entwurf freilich, so viel ich sehe, keine allgemeine Bestimmung enthält. Ich bin übrigens der Meinung, daß, wo nicht gesetzlich schriftliche Errichtung vorgeschrieben ist, mündlichen Nebenabreden überall nicht die Gültigkeit schlechthin abgesprochen werden sollte; es sollte nur bestimmt werden, daß man sich nicht darauf berufen und einen anderweitigen Beweis derselben versuchen könne, wo nicht der Gegner dieselben freiwillig eingesteht, und selbst wo gesetzlich Schriftlichkeit vorgeschrieben ist, wie beim Schenkungsversprechen, wird dasselbe dann angemessen erscheinen, wenn die behauptete mündliche Nebenabrede bloß eine Milderung der schriftlich beurkundeten einseitigen Verpflichtung bezweckt; oder wird es Jemand erträglich finden, daß, wenn der Schenker behauptet, es sei bei oder nach dem schriftlichen Schenkungsversprechen verabredet worden, daß die Schenkungssumme nur terminweise bezahlt werde, und der Beschenkte dieß zugibt, dieser dennoch sofortige Bezahlung der ganzen Summe verlangen könne, weil die Urkunde nichts davon sagt? Hieße das nicht, das Gesetz, das doch eigentlich nur den Schutz der Schenkenden gegen Ueber-eilungen bezweckt, duriores interpretatione contra ipsorum commodum producere ad severitatem (L. 25., D. de legib.)?

§. 87. bemerkt Lang zu Art. 57., derselbe enthalte eine Abweichung vom bestehenden Recht, obwohl die Motive glauben, er spreche einen unbestrittenen Grundsatz aus. Der Art. erklärt nämlich, daß bei alternativer Verbindung einer unmöglichen oder unerlaubten Bedingung mit einer möglichen und erlaubten die erste als nicht beigefügt zu betrachten sei. Nach römischem Recht aber, sagt Lang, mache in diesem Fall die

verwerfliche Bedingung auch die nicht verwerfliche unzulässig. Allerdings entscheidet nun Ulpian in L. 8. §. 5. Dig. de cond. inst., daß demjenigen, welcher alternativ sub conditione jurisjurandi, oder einer andern Bedingung eingesetzt sei, die erste erlassen werde, ne alia ratione conditio alia eum urgeat ad jusjurandum? Die Folge davon ist, daß der Eingesezte sofort unbedingt Erbe werden kann, worauf er dann das zu Beschwörende als Modus zu erfüllen hat, daß er aber auch durch Erfüllung der andern Bedingung sich den Zutritt zur Erbschaft eröffnen und dadurch jene Leistung umgehen kann (Huschke in der Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß XIV., S. 398 fg.). In diesem Fall kann man also eigentlich nicht sagen, daß die alternativ gesetzte unverwerfliche Bedingung auch unzulässig werde. Allein setzen wir nun den Fall alternativer Verbindung einer schlechthin unmöglichen oder unsittlichen Bedingung, welche nach dem Sabinianischen Grundsatz bei letztwilliger Verfügung ohne weiters pro non adjecta habetur, mit einer möglichen, so müssen wir consequent, auch nach L. 8. §. 5. cit., anerkennen, daß hier auch die letzte aller Wirkung entbehre. Denn da die erste pro non adjecta habetur, so stellt sich der Fall ebenso heraus, als wenn Jemand einmal unbedingt und einmal bedingt zum Erben eingesetzt ist, wo dann die unbedingte Einsetzung allein entscheidet (L. 27. §. 1. L. 67. D. de hered. instit.; Huschke a. a. D. S. 400.). Allein da b. C. I. 52. übereinstimmend mit dem hessischen den Sabinianischen Grundsatz, den das Justinianische Recht anerkennt, verworfen und nach der Proculianischen Ansicht auch letztwillige Verfügungen unter unmöglicher oder unerlaubter Bedingung für ungültig erklärt hat, so war es ganz consequent, wie im Art. 57. geschieht, zu erklären, daß bei alternativer Verbindung die unmögliche oder unerlaubte Bedingung als nicht beigefügt betrachtet werde. Denn nun stellt sich der Fall so, daß dieselbe Person einmal ungültig und einmal gültig, aber unter Bedingung, bedacht erscheint, wo dann die letzte bedingte Verfügung allein zu Recht besteht. Der Art. 57. enthält also zwar eine Abweichung vom gemeinen Recht, aber eine solche, die sich als consequente Folge einer andern von Lang nicht mißbilligten Abweichung darstellt. Anders ist es beim f. C. Dieser behält die Sabinianisch-römische Regel bei (§. 2163.), und verordnet gleichwohl (§. 2172.) bei letztwilligen Verfügungen, dasselbe was der b. C. in Art. 57. allgemein ausspricht, was ich indessen, wenn auch abweichend von der Consequenz, doch nicht schlechthin verwerflich nennen möchte. Wie übrigens die Motive des b. C. den Satz des Art. 57. als „unbestrittenen Grundsatz“ bezeichnen konnten, sehe ich ebenfalls nicht

ein. Auch, glaube ich, wäre es nicht überflüssig gewesen, in Art. 57. zugleich im Gegensatz hervorzuheben, daß die copulative Verbindung einer unmöglichen und möglichen Bedingung das Rechtsgeschäft immer ungültig mache, obwohl ich zugebe, daß sich dieß schon aus Art. 52. consequent ergibt. Nach römischem Recht mußte auch hier bei letztwilligen Verfügungen das Gegentheil gelten; die unmögliche Bedingung fiel weg, die Verfügung aber blieb als abhängig von der möglichen Bedingung zu Recht bestehen (L. 8. §. 4. D. de cond. institut. 28. 7.).

Noch in einem andern Punkte will ich meine von der des Verf. abweichende Ansicht darlegen, und zwar etwas ausführlich, weil er eine wichtige Frage von allgemein wissenschaftlichem Interesse betrifft und die bezügliche Ausführung des Verf. mich so wenig befriedigt, daß ich dieselbe gleich bei der ersten Lectüre mit einer Anzahl von ? und ! zu verzieren mich veranlaßt fand.

Betreffend den Beweis der Rechtsgeschäfte bestimmt der b. C. Art. 69. folgendes:

„Wer aus einem Rechtsgeschäfte Ansprüche ableitet, hat die Abschließung desselben und, wenn eine bestimmte Form erforderlich ist, auch deren Einhaltung zu beweisen“.

„Derselbe hat, wenn der Inhalt oder die Wirksamkeit oder die gegenwärtige Klagbarkeit des Rechtsgeschäfts, namentlich vermöge des Einwandes einer aufschiebenden Bedingung oder eines Anfangstermins bestritten ist, zu beweisen, daß sein Anspruch in diesen Beziehungen begründet ist“.

Abgesehen davon, daß mir das Wort „Einhaltung“ im ersten Absätze nicht gefällt, habe ich meinerseits gegen den Inhalt dieses Artikels nichts einzuwenden. Lang aber (S. 97—103.) erhebt gegen den zweiten Satz desselben eine lebhaftere Opposition. Bekanntlich ist es eine streitige Frage, ob dem Beklagten, welcher der Klage entgegen eine Bedingung oder Zeitbestimmung behauptet, zunächst der Beweis dafür obliege oder nicht, eine Streitfrage, deren Erledigung vom Entwurf jedenfalls mit Recht erwartet werden durfte. Mag man nun auch der bejahenden Antwort huldigen: die Art, wie Lang dieselbe zu begründen versucht, scheint mir jedenfalls durch und durch verfehlt und eine baldige Widerlegung dringend zu erheischen, weil sie Grundbegriffe zu verwirren geeignet ist. Seine Beweisführung ist im wesentlichen folgende:

Eine Bedingung oder Zeitbestimmung gehört zu den sog. Accidentalien, die eine Abweichung von den Naturalien des Geschäfts involviren und daher der Nothwendigkeit des Beweises unterliegen. Beweist der

Kläger den Abschluß des Geschäfts, so ist die Unbedingtheit ein *Naturale*, die Bedingung ein *Accidentale*. Gibt der Beklagte den Abschluß des Geschäfts zu, so hat er an sich die Unbedingtheit zugegeben; behauptet der Beklagte eine Nebenbestimmung, so muß er diese beweisen. Ohne allen Zweifel haben die Römer die Behauptung von Seiten des Beklagten, es stehe eine *Suspensivbedingung* der Geltendmachung des Anspruchs entgegen, überall nicht als eine *Klagabläugnung*, sondern als *exceptio doli* oder *pacti* aufgefaßt; denn wo die Klage an sich ohne Angabe der *Suspensivbedingung* bestehen kann, ist diese Grund selbständiger *Vertheidigung* des Beklagten. Der bedingte Vertrag (die *conditionalis stipulatio*, *emptio* etc.), ist nur anfechtbar, so lange die Bedingung nicht eingetreten ist, und diese Anfechtung wird „durch eine wahre *Exceptio*“ geltend gemacht. Wer den bedingten Vertrag wie einen *purus contractus* geltend macht, handelt *dolo* (L. 1. §. 3. D. de doli except.); die *exceptio doli* sei „eine wahre *exceptio pacti conventi*“; da die Klage der *conventio* oder *pactio* (L. 1. §. 2. D. de pact.) über die *Suspensivbedingung* widerspricht. Dann aber versteht sich von selbst, daß die *Beweislast* den *Excipienten* trifft (L. 19. pr. D. de probat.).

So der Verf. Wäre, was er sagt richtig, so müßte man behaupten, daß nach dem Verfahren *per formulas* wenigstens in *stricti juris judiciis*, quibus non inerat *doli exceptio*, nicht nur die Behauptung einer Bedingung schon in *jure* vorgebracht, sondern auch mit Rücksicht darauf eine formelle *Exceptio* in die *Formula* aufgenommen werden mußte. Nun nehme man z. B. den Fall einer bedingten *Stipulation* eines *Incertum*, in welchem auch nach Keller eine *Demonstratio* die *Formula* einzuleiten pflegte. Diese würde sich etwa folgendermaßen gestalten:

Quod A. Agerio a N. Negidio usumfructum fundi Cornelianus sibi dari stipulatus est eumque N. Negidius A. Agerio dare spondit, quidquid N. Negidium A. Agerio dare facere oportet, extra quam si pactum conventum sit, ne N. Negidius aliter quam si navis ex Asia venerit obligaretur eaque conditio nondum impleta sit (oder: extra quam si N. Negidius sub ea conditione „si navis ex Asia venerit“ sponderit eaque conditio nondum impleta sit), iudex N. Negidium A. Agerio condemna etc.

Ich zweifle sehr daran, ob Lang selbst eine solche oder ähnliche *Formula* für eine von den Römern passend befundene ansehen möchte. Thäte er es, so würde sich daraus noch mehr ergeben, als er zugeben will, nämlich daß der Beklagte auch noch den Beweis der *Richterfüllung*

der Bedingung übernehmen müßte, oder es müßte, um dem Kläger den Beweis zuzuwenden, auch wieder der Erfüllung der Bedingung in Gestalt einer *Replicatio* in der *Formula* erwähnt werden: *aut si ea conditio impleta est*. Daß dieß unrömisch sei, daß nach der Ansicht der Römer die *actio* aus einer bedingten *Stipulation pendente conditione ipso jure non tenebat*, daß so lange das *dare facere oportere* schlechthin verneint werden mußte, daran kann doch wohl nicht zweifeln, wer erwägt, daß, wenn es anders wäre, nach dem römischen Formularwesen sogar dann, wenn der Kläger eine Urkunde producirte, worin die *Stipulation* als unter Bedingung geschehen bezeugt wurde, jene Ausstattung der *Formula* mit *exceptio pacti conventi* oder *doli* nothwendig gewesen sein würde; wer ferner erwägt, daß nirgend mit einem Wort einer *Exceptio* in dieser Richtung erwähnt wird, daß nach L. 40. D. de reb. cred. gemäß der schon zur Zeit des Paulus recipirten Ansicht selbst bei *stricti juris negotiis* ein *pactum in continenti adjectum*, geschweige denn eine Bedingung, die in der That gar kein *pactum adjectum* ist, nicht *ad exceptionem tantum proderat*, sondern den Inhalt des Vertrags *ipso jure modificirte*⁴, daß ferner ausgesprochen wird: „*ubi sub conditione quis stipulatus fuerit, neque cessit neque venit dies pendente adhuc conditione*“ (L. 213. D. de v. s.), und „*ante conditionem non recte agi, quum nihil interim debeatur*“ (L. 13. §. 5. D. de pignor), vielmehr: „*ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri*“ (§. J. 4. de verb. obl.).

Der Ausführung des Verf. liegt ein Mißverständniß zum Grunde, gegen das ihn eine Bemerkung von Fitting, den er sonst gelegentlich beistimmend anführt, hätte verwahren sollen. Fitting (im Arch. für civ. Prax. Bd. 39. S. 308) tadelt es, daß man die Bedingung unter die Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte stelle, und ihm stimmt Unger, Syst. des öst. Privatrechts II. S. 57, bei. Ich habe mich dagegen ausgesprochen (Pand. §. 65). Aber eine Wahrheit liegt, wie ich auch dort anerkenne, jener Bemerkung zum Grunde, und diese Wahrheit hat Lang a. a. O. außer Acht gelassen. In der Lehre von den Rechts-

⁴ Etwas anderes war es, wenn nach einer unbedingten *Stipulation* hinterher erst ein *Pactum* geschlossen wurde, wornach der Schuldner nur unter Bedingung zu leisten schuldig sein sollte. Dieß war nichts anderes als ein *pactum de non petendo* unter der entgegengesetzten Bedingung und wurde natürlich durch *exceptio pacti conventi* geltend gemacht. Beiläufig aber sei hier bemerkt, daß ich es für einen offenbaren Fehlgriß halte, wenn Lang S. 100. fragt: „Kann der bedingte Vertrag nicht durch ein späteres *Pactum* unbedingt werden?“ als ob diese Frage unzweifelhaft zu bejahen sei. War bedingt stipulirt, und wurde nachher die Bedingung durch bloßes *Pactum* erlassen, so konnte unzweifelhaft aus diesem *Pactum* weder *pendente* noch *deficiente conditione* geklagt werden; das wäre ein offenbarer Verstoß gewesen gegen die Regel: *ex pacto non nasci actionem, sed exceptionem* (L. 7. §. 4. D. de pactis).

geschäften mag man immerhin die Bedingung unter den Begriff der Nebenbestimmungen, der Accidentalien, stellen; aber in dem bedingten Rechtsgeschäft selbst die Bedingung als etwas nebensächliches, als einen Nebenvertrag hinzustellen, das ist offenbar verkehrt und begriffswidrig. Wer etwas verspricht unter Bedingung, verspricht eben für den Fall, daß die Bedingung nicht in Erfüllung geht, überall nichts; wer unter Bedingung einen Erben einsetzt, hat für jenen Fall den Erben nicht eingesetzt. Der Wille selbst hat sich von dem Eintritt der zur Bedingung gesetzten Thatsache abhängig gemacht; es ist wohl ein Rechtsgeschäft vorhanden, eine auf Erzielung eines juristischen Effects gerichtete Willenserklärung, aber es ist, wie Unger sagt, darin nur ein hypothetischer Wille erklärt, der, wenn die Hypothese wegfällt, kein wirklicher Wille ist. Nun ist es doch gewiß sachwidrig, z. B. bei einem bedingten Versprechen zu unterscheiden: 1) es ist versprochen worden; das ist die Hauptbestimmung des Rechtsgeschäfts; 2) aber es ist verabredet worden, daß das Versprechen nur unter Bedingung bindend sein solle; das ist die Nebenbestimmung, der Nebenvertrag. Vielmehr hat das Rechtsgeschäft nur einen unzertrennlichen Hauptinhalt: schlechthin ist gar nicht, nur bedingt ist versprochen worden. Ebenso ist es mit der Zeitbestimmung. Wer verspricht, nach 10 Jahren 1000 fl. zu zahlen, verspricht nicht 1) hauptsächlich 1000 zu zahlen, und verabredet daneben 2) nur nebensächlich, daß die 1000 erst nach 10 Jahren gefordert werden sollen; er verspricht überall nicht 1000 schlechthin, sondern nur 1000 nach 10 Jahren zu zahlen; der Verpflichtungswille fixirt sich auf jenen Zeitpunkt, er will nur dieß und nichts anderes.

Nun hat schon Unger a. a. O. bemerkt, nur von diesem Standpunkt aus lasse sich befriedigend die Frage lösen, wer zu beweisen habe, wenn behauptet werde, daß das Geschäft unter einer Suspensivbedingung geschlossen sei; und dieselbe Bemerkung paßt auch auf die Zeitbestimmung. Ist unbestritten nur dieß, daß bedingt versprochen worden, so kann der Kläger, wenn er nicht die Erfüllung der Bedingung beweist, nicht mit Erfolg Zahlung begehren, er möchte denn vorerst beweisen, daß unbedingt versprochen worden sei. Denn es genügt nicht, daß der Abschluß eines Rechtsgeschäfts unstreitig ist, aus welchem der Kläger möglicherweise einmal das eingeklagte Recht erwerben könnte; der Kläger muß das Entstandensein seines Rechts beweisen; constirt aber nicht mehr als ein bedingtes Rechtsgeschäft, so constirt eben noch nicht, daß das Recht daraus entstanden sei. Daran wird gewiß Niemand zweifeln in dem Falle, wenn der Kläger zum Beweise seines Rechts eine Urkunde

producirt, worin die Bedingung klar ausgesprochen ist. Liegt nun zunächst nichts anderes vor, als das Geständniß des Beklagten, daß das Rechtsgeschäft abgeschlossen sei, aber mit dem Beisatze, es sei nur unter Bedingung abgeschlossen, so ist unbestritten nur die Existenz des bedingten Rechtsgeschäfts, die geschehene Erklärung eines hypothetischen, also unmittelbar noch kein Recht gewährenden Willens. Lang, S. 98, sagt zwar, der den Abschluß des Geschäfts zugebende Beklagte habe an sich die Unbedingtheit des Geschäfts zugegeben. Aber das ist ein augenfälliges Sophisma, das einem gesunden Laienkopfe wohl ein leises Schütteln verursachen möchte. Dem Beklagten, der in einem Athem sagt: „ich habe versprochen, aber nur unter der oder der Bedingung“, oder noch vorsichtiger: „ich habe allerdings unter der oder der Bedingung versprochen“ — ihm soll der Richter in's Gesicht sagen: „damit hast du die Unbedingtheit des Versprechens zugegeben?“ Den Römern ist die *conditionalis emtio nondum perfecta*; soll der Beklagte, der eine solche zugibt, dennoch „an sich“ eine *perfecta emtio* zugegeben haben? Das begreife wer kann!

Lang polemisirt gegen die bekannten Aussätze von Götting (in der Zeitschr. für Civilr. u. Proceß, n. F. I., 6 u. III., 5), welcher behauptet, der bedingte Vertrag *existere pendente conditione* noch nicht, sei noch nicht geschlossen; also enthalte die Behauptung bedingten Abschlusses nur die Abläugnung, daß der Vertrag (schon) geschlossen sei. Man mag diesen Ausdruck tadeln, obwohl er nicht unrichtig ist, insofern man unter dem Geschlossensein nichts anderes versteht, als was die Römer *Perfection des Contractus* nennen (L. 7. pr. D. de contrah. emt. L. 8. D. de periculo et commodo; vgl. Wegell, Civilproc. S. 109). Ich selbst habe es mit Unger getabelt, wenn man sagt, das Rechtsgeschäft entstehe erst mit Erfüllung der Bedingung (Unger, der revidirte Entw. für Sachsen S. 31 fg. und dessen Replik Anhang S. 54.). Aber der Ausgang der Bedingung ist doch, wie Unger sich ausdrückt, entscheidend für das Entstandensein oder Nichtentstandensein des Vertrags, entscheidend in Betreff seiner Wirksamkeit. Daher ist es doch jedenfalls richtig, wie Götting auch gelegentlich sich ausdrückt, daß die bedingte Berechtigung *pendente conditione* noch nicht existirt oder doch deren Existenz noch nicht entschieden ist. Wenn Lang dagegen sagt, nach Götting müßte man behaupten, daß eine durch Bedingung suspendirte Berechtigung noch so wenig existire als eine bloße Hoffnung, und emphatisch fragt: „wie könnte man sagen, es sei keine Obligation, kein Vertrag vorhanden, wo das zukünftige Recht existirt und selbst zur Cautionsforderung

berechtigt?“ so ist dieß einerseits nicht frei von Verdrehung der gegnerischen Ansicht und andererseits schlägt es den Verfasser selbst in's Gesicht; denn er wird doch nicht behaupten wollen, daß eine durch Bedingung suspendirte Berechtigung, wie eine solche, deren Existenz schon jetzt entschieden ist, daß ein zukünftiges Recht, ein Recht dessen Existenz vielleicht in Zukunft entschieden werden wird, wie ein gewisses gegenwärtiges Recht schon jetzt durch Klage geltend gemacht werden könne! Wenn nun der Beklagte nicht mehr als eine solche noch suspendirte Berechtigung zugestanden hat, nur ein noch ungewisses zukünftiges Recht: wie kann man sagen, damit sei „an sich“ ein gewisses gegenwärtiges Recht zugestanden und constatirt? wie kann man den Kläger von dem Beweise freisprechen, daß das Recht, so wie er es geltend macht, als ein gegenwärtiges, dessen Existenz jetzt schon entschieden, bestehe?

Freilich, dem Kläger kann jenem Zugeständniß des Beklagten gegenüber nicht zugemuthet werden, direct die Negative zu beweisen, daß dem Geschäft keine Bedingung hinzugefügt worden sei oder nicht die Bedingung, die der Beklagte behauptet. Gegen eine solche verkehrte Zumuthung sichert ihn wohl auch der b. C. durch Art. 70. Aber es wird ihm kein Wehe angethan, wenn er nun ebenso beweisen muß, als hätte der Beklagte schlechtthin den Abschluß des Geschäfts geläugnet. Producirt er eine Vertragsurkunde, worin von einer Bedingung keine Rede ist, oder bestätigen den Abschluß des Vertrags zwei Zeugen, die von einer Bedingung dabei nichts wissen, so hat er seinerseits vorerst genug gethan und es kann nur etwa noch ein Gegenbeweis von Seiten des Beklagten versucht werden.

Hat der Erbe ein bedingtes Vermächtniß zugestanden, der klagende Vermächtnißnehmer aber bewirkt die Edition des Testaments oder bringt einen Codicill vor, worin das Vermächtniß ohne Bedingung vorkommt, so braucht er weiter nicht mehr noch besonders zu beweisen, daß dasselbe ohne Bedingung hinterlassen; aber bloß auf das beschränkte Zugeständniß des Erben allein diesen zur Auszahlung des Vermächtnisses, als sei ein unbedingtes Vermächtniß bewiesen, zu verurtheilen, dazu ist doch wahrlich kein vernünftiger Grund vorhanden. Man mache nur die Anwendung auf das sog. Fideicommiss. Der Fideicommissar klagt, indem er dem Erben den Eid anträgt. Dieser räumt ein, daß ihm unter einer Bedingung das Vermächtniß auferlegt sei. Nach Lang hätte er damit „an sich“ die Unbedingtheit des Vermächtnisses zugestanden und daher die Bedingung zu beweisen. Da es an andern Beweismitteln fehlt, wird er dem Kläger den Eid darüber antragen müssen, daß die

Bedingung nicht hinzugefügt sei. Dieser kann dann zwar den Eid referiren; er kann ihn aber auch schwören, etwa vorgehend, er sei selbst zugegen gewesen, als der Erblasser dem Erben das Vermächtniß auslegte, oder habe es hinterher vom Erblasser selbst vernommen. Wird man diese Behandlung der Justinianischen Constitution entsprechend finden? Nach unserer Ansicht wird ganz in Uebereinstimmung mit dieser die ganze Sache von vornherein und principaliter dem Erben in's Gewissen geschoben. Ein bedingtes Vermächtniß hat dieser eingestanden, und wenn sich der Kläger damit beruhigt, so mag er die Erfüllung der Bedingung beweisen; wenn nicht, so kann der Erbe schwören, daß ihm das Vermächtniß nicht anders als unter der angeführten Bedingung auferlegt sei.

So glaube ich die Bestimmung des b. C. Art. 69 ausführlich genug aber auch überzeugend gerechtfertigt zu haben. Es stimmt auch die Mehrzahl der Rechtsgelehrten damit überein; man vergleiche nur Bayer's Vorträge S. 738 fg., Weßell a. a. O. Anm. 14⁵; obwohl auch Lang bedeutende Autoritäten für sich anführt, unter andern Savigny und Bethmann-Hollweg, die jedoch seine ganze Argumentation schwerlich sich aneignen möchten⁶. Bayer, und wie es scheint auch Weßell, sind zwar abweichender Ansicht in Betreff des dies a quo; aber ich glaube mit Unrecht. Wer eine Forderung ex die certo zugesteht, verneint ebenso ein gegenwärtig klagbares Recht des Klägers (und darauf kommt es an), obwohl er ein gewisses künftig klagbares zugibt, wie der, welcher nur eine bedingte Forderung einräumt, die zudem jetzt auch noch ungewiß ist.

Ob die von Lang S. 101. angeführte Stelle aus der „Ordnung der Termine“ vom J. 1508, wo in Beziehung auf die Zeit des Vorbringens die Einwendung einer Suspensivbedingung oder eines dies a quo gelegentlich „Auszug, der den Haupthandel belangt“ genannt wird, für unsere Frage so gewichtig sei, wie er annimmt, das will ich den angeführten Prozessualisten zu beantworten überlassen. Aber Lang findet auch, wenn es sich nur de lege ferenda handle, die vom b. C. adoptirte Bestimmung ganz verwerflich. Darüber noch einige Worte! Man müßte

⁵ Weßell führt hier unter andern auch eine Abhandlung von Haffe, im Rhein. Mus. III. S. 134 bis 143, an, die unsere Frage mit Bezug auf einen Rechtsfall erörtert, und einen daran sich anschließenden Aufsatz von mir, a. a. O. S. 215–221. Der letzte betrifft zunächst den Beweis des Miteigenthums, wenn der Beklagte im Eigenthumsstreite dem Kläger nur pro parte Eigenthum zugesteht. Aber was ich darüber dort gesagt habe, läßt sich größtentheils auch auf unsere Frage anwenden.

⁶ Lang stellt unter andern auch Linde auf seine Seite. Aber dieser vertheidigte in seinen Abhandlungen S. 113 fg. die gegentheilige Ansicht, und hat diese meines Wissens auch später nicht zurückgenommen; in seinem Lehrb. 6. Aufl. S. 242. nimmt er noch auf jene Abh. Bezug. Daher zählt ihn Weßell mit besserem Recht zu den Anhängern seiner „in der Theorie und Praxis überwiegender“ Ansicht.

darnach, sagt er, es für eine Pflicht des Klägers erklären, alle Nebenbestimmungen des Geschäfts anzuführen, und die Nichtanführung als eine Perfidie auffassen, wodurch er dem Beklagten das Vorbringen und den Beweis der Accidentalien aufbürden wolle. Ich nehme gar keinen Anstand, es dem Kläger als Perfidie vorzuwerfen, wenn er wissenschaftlich eine Nebenbestimmung des Geschäfts verschweigt, die sein Recht bedingt oder beschränkt. Nach dem b. C. hilft ihm diese Perfidie glücklicherweise nichts, indem den Beklagten, der das Geschäft nur unter solcher Beschränkung zugesteht, doch nicht die Beweislast trifft.

Nun möge man sich fragen, sagt der Verf. weiter, ob jene Auffassung consequent sei gegenüber der Bestimmung, daß die Einrede der Zahlung der Beklagte vorzubringen und zu beweisen habe? da doch der Kläger, der schon Gezahltes einklagt, noch perfidier handle. Ohne Zweifel! wer das wissenschaftlich thut, handelt sehr perfid. Aber wenn das feststeht, so hat der Beklagte ja gewonnen Spiel, da braucht er nicht erst noch zu beweisen, daß schon gezahlt worden. Steht es aber nicht fest, so macht es doch einen erheblichen Unterschied, daß hier das Entstandensein des klägerischen Rechts schon ausgemacht ist; den Beweis der bestrittenen (ob perfid verschwiegenen? das weiß man nicht) Erlöschung desselben dem Beklagten, der sie behauptet, aufzulegen, scheint doch kein Verstoß gegen die Consequenz der Ansicht, die dem Beklagten nicht auch den Beweis des von ihm bestrittenen Entstandenseins des Rechts aufgebürdet wissen will. Das verhehlt sich auch der Verf. nicht; er greift daher zur *exceptio metus und doli*, und fragt: daß der Beklagte eine Nebenbestimmung beweisen müsse, sollte dieß härter sein, als daß er nach b. C. Art. 70. den Beweis für jene Exceptionen übernehmen muß? Ob es härter sei, das ist wohl nicht entscheidend; auch die geschene Zahlung beweisen zu müssen, kann eben so hart sein. Dagegen kann man sagen, hier sei doch die Entstehung eines Rechts, wenn auch eines anfechtbaren, bewiesen, die Anfechtbarkeit aber, als einen nicht zu vermuthenden Mangel, habe der sie behauptende zu erweisen. Andererseits läßt sich allerdings erwiedern: es sei doch nur ein in seinem Reime schon mangelhaftes, dem Beklagten gegenüber, wenn er will (und daß er will, gibt er durch den Einwand zu erkennen) unwirksames Recht erwiesen, der Kläger aber habe die Entstehung eines wirksamen Rechts zu erweisen. Dafür könnte man sich sogar auf b. C. Art. 69. selbst berufen, da das Wörtchen „namentlich“ nicht exclusiv ist, wenn nicht Art. 70. ein „der regelmäßigen Wirkung des Rechtsgeschäfts entgegenstehendes Hinderniß“ dem es Behauptenden zu beweisen auferlegte, und unter

diesen Begriff Zwang und Betrug allerdings subsumirt werden könnten. Betrachten wir die Sache vom legislativen Standpunkt, so muß vor allem auch hier festgehalten werden: Wenn der Kläger, anders als durch Bezugnahme auf ein Geständniß des Gegners, einen Beweis über den Abschluß des Rechtsgeschäfts liefert, welcher an sich genügend einen besondern Mangel rücksichtlich seiner Wirksamkeit nicht erkennen läßt, wenn er z. B. ein vom Beklagten unterschriebenes schriftliches Versprechen producirt, so hat er damit vorerst genug gethan, und es liegt dem Beklagten ob, den von ihm dagegen behaupteten Mangel zu beweisen. Anders aber ist der Fall zu behandeln, wenn zur Begründung der Klage nichts anderes vorliegt, als ein Geständniß des Beklagten, welches mit der Behauptung eines solchen Mangels verbunden war; der Beklagte z. B. hat das Versprechen gestanden, aber behauptet, daß er durch Zwang oder Betrug dazu bestimmt worden sei. Hier ist es in der That hart und unbillig, wenn der Kläger das Geständniß des Versprechens zu seinem Nutzen verwendend, aber den Zwang oder Betrug abläugnend, dem Beklagten den Beweis dafür zuwälzen und, wenn dieser mißlingt, bloß auf Grund jenes Geständnisses dessen Verurtheilung erwirken kann. Der arme Teufel, dem man in heimlicher Stunde der Nacht die Pistole auf die Brust gesetzt und so ihn zum Versprechen gezwungen hat, auf Erfüllung belangt, ist ehrlich genug, offen zu gestehen, daß er das Versprechen geleistet habe, aber mit dem Beisatze, er sei dazu auf jene Weise gepreßt worden. Ist es billig, ihn darauf hin zu verurtheilen, wenn er dieses nicht beweisen kann? Freilich kann er darüber dem Kläger den Eid deferiren. Aber von dem, der sich eine solche Gewaltthatung erlaubt hat, der durch Weigerung des Eides sich indirect selbst dieser Gewaltthatung beschuldigen würde, ist sehr zu besorgen, daß es ihm auch auf einen falschen Eid nicht ankomme, während von dem Beklagten, der sogar die fast entschuldbare Pfißigkeit und Unwahrhaftigkeit, das erzwungene Versprechen ganz in Abrede zu stellen, sich nicht erlaubte, ein falscher Eid gewiß weniger zu erwarten ist. Diese Erwägungen ergeben, daß der in der französischen Jurisprudenz recipirte Grundsatz, wornach ein Geständniß vom Gegner gar nicht oder nur mit seinen beschränkenden Zusätzen für seinen Vortheil benützt werden kann, sehr viel für sich hat. Dieser Grundsatz ist nun auch, meines Erachtens mit Recht, in dem bayerischen Entwurf einer Civilprozeßordnung aufgenommen. Derselbe bestimmt in Art. 305.:

„Das Geständniß kann nur in seinem ganzen Zusammenhange benützt und die demselben beigefügten Zusätze, welche den Klage-

grund oder die Einrede u. s. w. beschränken, können nicht davon getrennt werden, selbst wenn sie sich auf spätere Thatsachen beziehen. Jedoch werden solche Zusätze nicht berücksichtigt, welche ein dem Grunde der Klage oder Einrede fremdes einen selbständigen Klagegrund für den Bekennenden bildendes Rechtsverhältniß aufstellen“.

Darnach trifft den geständigen Beklagten, sofern der Kläger nicht unabhängig von dem Geständniß sein Recht erweist, die Beweislast nicht, wenn er mit dem Geständniß die Behauptung einer Bedingung oder Zeitbestimmung oder eine exceptio metus oder doli verbindet, ja selbst dann nicht, wenn er die Entstehung seiner Schuld zwar eingesteht, aber zugleich deren Tilgung durch geschenehe Zahlung behauptet. Das legislative Motiv dieser Anordnung ist, daß es nicht unbillig erscheint, vom Kläger, der sich nur auf das Geständniß des Beklagten stützt, zu verlangen, dasselbe auch im Ganzen so wie es abgelegt wurde hinzunehmen, nicht den Hauptsatz desselben als wahr zu seinem Vortheil herauszunehmen, die Beschränkungen als unwahr dem Geständigen zum Beweise aufzubürden; daß ihm dadurch auch keine Unbilde widerfährt, da es ihm unbenommen bleibt, den Grund seiner Klage unabhängig von dem Geständniß anderweitig zu erweisen; daß endlich das Gesetz, wenn es dem Beklagten den Beweis der seinem Geständniß hinzugefügten Beschränkungen aufbürdet, die er anders als durch Eidesantrag zu erweisen vielleicht nicht vermag, dadurch denselben stets in Versuchung führt, lieber auch das Wahre zu verschweigen und den Klagegrund einfach ganz und gar abzuläugnen.

Wird übrigens der angeführte Artikel des Entwurfs der Civilproceßordnung zum Gesetz erhoben, so ist von selbst einleuchtend, daß die besprochenen Artikel 69. 70. des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs einer erheblichen Aenderung bedürfen.

Mit dieser Andeutung wollen wir unsere Besprechung des ersten Hauptstücks dieses Entwurfs schließen, und einem zweiten Artikel die des Hauptstücks von den Schuldverhältnissen, beziehungsweise des zweiten Hefts der Lang'schen Schrift, vorbehalten.

Wien, den 19. November 1862.

Zweiter Artikel.

Das zweite Heft der genannten Schrift, „das Recht der Schuldverhältnisse“ betreffend, beginnt mit einigen einleitenden Bemerkungen

über die vom Verf. mit Recht gebilligte Aufstellung eines allgemeinen Theils von den Schuldverhältnissen überhaupt, dann über die Systematik dieses allgemeinen Theils und die Vollständigkeit. In der ersten Beziehung mit dem Entwurf im Ganzen zufrieden, macht der Verf. nur vier Ausstellungen, von denen die eine bei Art. 138. zur Sprache kommen wird; die andern betreffen die Nichterwähnung der Stellvertretung bei Abschließung von Verträgen, die jedoch den Verfassern des Entwurfs nach Thl. I. Art. 31 gerechtfertigt erscheinen mochte; sodann die Stellung des Strafgedings unter die Bestärkungsmittel der Schuldverträge, aber diese ist wohl gerechtfertigt durch den Umstand, daß Strafgedinge praktisch bei weitem am häufigsten in dieser Anwendung vorkommen; nur sollte allerdings nicht die Andeutung fehlen, daß eine Conventionalstrafe auch zur Sicherung der Erfüllung einer nicht durch Vertrag begründeten Forderung, ja auch ohne alle Beziehung auf eine Forderung, als indirectes Zwangsmittel zu einem Thun oder Unterlassen, das nicht Inhalt einer Obligation ist, ausbedungen werden kann; endlich die Stellung des allgemeinen Zinsrechts in dem Hauptstück vom Darlehensvertrag (Art. 624 fg.), während doch das Gemeinsame der Geldschulden in Art. 86 fg. zusammengestellt sei. Dieser Tadel ist begründet; zwar enthalten die Art. 624 fg. Bestimmungen über die Zinsen nur in Beziehung auf das Darlehen und ist davon in anderer Beziehung schon vorher in andern Artikeln die Rede, z. B. Art. 136, 170, 171, 283; aber dort finden sich doch auch einige Bestimmungen, die gewiß nicht bloß beim Darlehen gelten sollen (Art. 629—632, 634), daher die Stellung im S. C. §. 691 fg. richtiger erscheint.

In der zweiten Beziehung tadelt der Verf. unter anderm „die Verbannung des Compromisses aus dem Civilgesetzbuch“. Mir scheint dieser Punkt wenig erheblich. Da in der Civilproceßordnung jedenfalls davon die Rede sein muß, so kann dieser füglich auch das geringfügige civilrechtliche Moment, das dabei in Betracht kommt, überlassen werden. Vergleichen wir den Entwurf der Civilproceßordnung §. 36 fg. mit dem S. C. §. 1446 fg., worin Lang „das Uebereinkommen auf Schiedspruch erschöpfend normirt“ findet, so vermiffen wir dort nichts von dem, was hier normirt ist, es sei denn, daß §. 1450 ausdrücklich ausspricht, das Verhältniß zwischen dem Compromittenten und dem Schiedsmann sei nach den Vorschriften über Geschäftsführung wegen Auftrags zu beurtheilen. Das versteht sich wohl von selbst; es ist aber den Parteien wenig damit geholfen; denn eine Klage auf das Interesse wegen Nichterfüllung der Schiedsrichterpflicht

wird meistens schwer zu substantiiren sein; wichtiger wäre es, in der Civilproceßordnung zu bestimmen, welche Art des Zwanges gegen den säumigen Schiedsrichter anzuwenden sei. Nach römischem Recht schritt der Prätor *extraordinaria cognitione* ein und legte unter Umständen dem Arbitr eine *Mulcta* auf. (L. 3. §. 1. L. 32. §. 12. D. de recept. 4. 8.)

Gegründeter ist der Tadel, daß der B. C. über die Inhaberpapiere nichts enthält. Zwar können Bestimmungen darüber noch im Sachenrecht erwartet werden. Aber das ganze Verhältniß zu normiren, dafür scheint doch nur in dem Hauptstück von den Schuldverhältnissen der geeignete Platz zu sein. Auch daß das Zahlungsversprechen, von einer besondern Bestimmung in Art. 19. abgesehen, übergangen ist, scheint mir, wie dem Verf., ein Mangel zu sein; er wäre vielleicht vermieden worden, wenn die Verfasser des Entwurfs die gründliche Abhandlung über das *Constitutum* von Bruns in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. I. schon hätten benutzen können.

Gehen wir nun mit dem Verf. S. 11 fg. auf Einzelnes ein, so begegnen wir vorerst einem Tadel der Definition des Schuldverhältnisses (Art. 1.), obgleich der Verf. diese für besser erklärt als die des H. C. und S. C. und das mit Recht. Meines Erachtens wäre die Definition ganz zu vermeiden gewesen und auch die beiden folgenden Artikel 2. und 3. die Begriff und Verhältniß von Haupt- und Nebenverbindlichkeit betreffen, könnten hier füglich wegfallen; sie sind zu doctrinär und dem Laien in ihrer abstracten Fassung kaum verständlich, da man sich dabei erst vergegenwärtigen muß, daß von einer Nebenverbindlichkeit in zweifachem Sinn die Rede sein kann, objectiv, z. B. Zinsverbindlichkeit, und subjectiv, z. B. Bürgschaft, beide Arten der Nebenverbindlichkeit aber zum Theil einer verschiedenartigen Beurtheilung unterliegen. Dagegen würde ich es passender gefunden haben, wenn der Entwurf, wie S. C. §. 684 fg., zunächst in einem ersten Abschnitt von dem Gegenstande der Schuldverbindlichkeiten im Allgemeinen gesprochen hätte, wovon nur gelegentlich in besonderer Beziehung, z. B. bei Schuldverträgen (Art. 24 fg.), bei der Erfüllung (Art. 82 fg.) die Rede ist. Derjelke geht aber sofort mit Art. 4. zu den Entstehungsgründen der Schuldverhältnisse über, und zwar zunächst in der ersten Abtheilung (Art. 5—51.), welche wiederum mit einer entbehrlichen Definition beginnt, zu den Schuldverträgen, von deren Abschließung die Art. 7—23. sprechen.

Mit Recht belobt Lang die präcise Fassung des Art. 7. im Vergleich mit H. C. Art. 77. und vollends S. C. §. 80. Aber nicht zu

billigen ist es, daß in Art. 7. nach „abgeschlossen“ in Parenthese das Wörtchen „perfect“ hinzugefügt ist. Nach römischem Sprachgebrauch ist z. B. der bedingt abgeschlossene Kauf *pendente conditione nondum perfecta emtio* (L. 8. D. de peric. 18. 6.); man wird aber doch besser vermeiden, zu sagen, er sei vorher noch nicht „in bindender Weise abgeschlossen“, indem die erklärte Willenseinigung doch immer schon bindende Kraft hat, wenn auch die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts noch von Erfüllung der Bedingung abhängt. In Betreff der Frage, wann der Vertrag, namentlich in Folge eines Antrags von einer Seite, zu Stande gekommen, schließt sich B. C. in Uebereinstimmung mit S. C. §. 840 fg. den Bestimmungen des deutschen Handelsgesetzbuchs §. 318 fg. an und vervollständigt diese noch durch die Bestimmung (Art. 8.), daß ein Antrag mit Festsetzung einer Bedenkzeit bis zum Ablauf dieser Frist bindend sei, wenn nicht der Widerruf ausdrücklich vorbehalten ist. Lang ist damit ganz einverstanden; ich kann mich nicht ganz der Bedenken dagegen entschlagen und gestehe, daß ich in meinem Entwurf, auf dessen Abfassung freilich die Autorität des Handelsgesetzbuchs noch nicht einwirken konnte, von anderen Ansichten ausgegangen bin. Es ist nicht zu verkennen, daß jene Bestimmungen von der Natur der Sache sich entfernen. Wenn die Zurücknahme des Antrags dem andern Theile kund gegeben ist, noch ehe dieser seine Annahme erklärt hatte, so kann durch die nachher erklärte Annahme ein Vertrag eigentlich nicht mehr entstehen, weil eine erklärte Willenseinigung in keinem Zeitpunkte existirt; wenn gleichwohl, weil durch positives Gesetz dem andern Theil noch ein Recht zur Annahme beigelegt wird, ein Vertragsverhältniß anerkannt werden muß, so beruht dieß eigentlich auf einer Fiction. Jene Bestimmungen erheben gewissermaßen den Vertragsantrag zu einer wirksamen bedingten *pollicitatio de contrahendo*, bedingt nämlich durch die rechtzeitig erklärte Annahme von der andern Seite, legen aber dieser einseitigen Zusage insofern noch eine stärkere Wirkung bei, wie dem *pactum de contrahendo*, als dort in Folge der erklärten Annahme der in Aussicht gestellte Vertrag ohne weiters als abgeschlossen angesehen wird, wenn gleich der Antragsteller schon zuvor erklärt hat, daß er den Vertrag nicht mehr will. Mag es nun auch im Handelsverkehr angemessen sein, für Verträge unter Anwesenden dieß positiv festzusetzen, so scheint es mir doch sehr problematisch, ob es eben so angemessen sei, für alle obligatorischen Verträge dasselbe als Regel aufzustellen: daß der Antragende für eine gewisse Zeit gebunden sei, während es noch ganz in dem Belieben des andern steht, ob er dem Antrag Folge geben

und einen Vertrag daraus entstehen lassen will. Man setze den Fall: Jemand bietet einem Freunde, dessen Verlegenheit ihm bekannt ist, ein Geschenk von 1000 fl. an in einem der Post übergebenen Briefe, er meldet aber bald nachher durch den Telegraphen oder einen Eilboten, da er soeben erfahre, daß er selbst einen bedeutenden Verlust erlitten habe, so müsse er das Anerbieten zurücknehmen. Kommt dieser Widerruf vor jenem Briefe an, so ist nach Art. 11. das Anerbieten nichtig; kommt er eine Viertelstunde später an, noch ehe der Empfänger die noch mögliche „ordnungsmäßige, rechtzeitige Absendung der Antwort“ mit der nächsten Post bewerkstelligt hat, so bleibt das Anerbieten bindend und kann der Empfänger den Anbietenden durch seine Antwort verpflichten. Ebenso bei einem zweiseitigen Schuldvertrag: der eine offerirt sein Haus zum Kaufe für bestimmten Preis, meldet aber in obiger Weise seinen Widerruf, weil die Umstände für ihn sich geändert haben oder sich Gelegenheit gefunden hat, das Haus vortheilhafter zu verkaufen. Dabei ist zu bedenken, daß ein Antrag auch in Form einer Anfrage geschehen kann, wie C. C. §. 839. ausdrücklich anerkennt.

Also wer schreibt: „Bist du bereit, mein Haus zu 10,000 fl. zu kaufen?“ ist gebunden, wenngleich er die Anfrage zurückgenommen hat, sofern nur der Gefragte, ungeachtet ihm die Zurücknahme kund geworden, noch „ordnungsmäßig, rechtzeitig“ die bejahende Antwort absendet. Selbst wenn jener hinzugesetzt hätte, daß er binnen 14 Tagen Antwort erwarte, könnte ich dieß nicht angemessen finden, und habe daher auch gegen Art. 8., womit übrigens auch der sonst abweichende H. C. Art. 81. übereinstimmt, Bedenken. Dabei ist auch noch das zu bedenken, daß die Rechtzeitigkeit der Annahme-Erklärung nicht überall so leicht zu beurtheilen ist, wie da, wo regelmäßige etwa tägliche Postverbindung zwischen zwei Orten besteht, daß auf dem Lande die Correspondenz zwischen nahe gelegenen Orten oft die drei- und vierfache Zeit erfordert, wie die zwischen Wien und Paris, und nicht selten unsichere Gelegenheiten zu Anerbieten und Beantwortung derselben benützt werden. Sodann: Der Art. 12. des B. C. bestimmt ganz richtig, daß, wenn der Antrag die Aufforderung zur sofortigen Bewirkung einer Leistung enthält, „die gehörige rechtzeitige Bewirkung dieser Leistung“ der bindenden Erklärung der Annahme gleichsteht. Wenn nun z. B. ein Beamter bei einem Residenzschneider sich eine neue Uniform bestellt, so wird man einräumen, daß diese Leistung etwa in 8 Tagen rechtzeitig bewirkt werde. Wenn aber der Besteller, bevor der Schneider nur einmal das Tuch zugeschnitten hat, die Bestellung zurücknimmt, weil er unversehens

pensionirt sei, wird er die nachher innerhalb 8 Tagen gefertigte Uniform dennoch annehmen müssen? Nach römischem Recht nicht (L. 15. D. mand. 17. 1.); nach dem B. C. möchte man Ja sagen, weil der Antrag bis zu der rechtzeitig erklärten Annahme bindend sein soll, hier aber die rechtzeitige Bewirkung der Leistung die Stelle der rechtzeitigen Annahme-Erklärung vertritt. Uebrigens wird es von Lang S. 15. mit Recht als eine Inconsequenz gerügt, daß der Art. 14. die bindende Kraft des Antrags durch den Tod desjenigen, dem er gemacht ist, erlöschen läßt (ob auch durch den Tod des Antragstellers? darüber schweigt der Entwurf). Der S. C. §. 343. ist in dieser Beziehung vollständiger und consequenter. Von meinem Standpunkte aus kann ich mir indessen den Art. 14. gefallen lassen, weil er den Art. 8. in der Anwendung beschränkt, und über die Inconsequenz mögen sich die Verfasser immerhin trösten in der Erwägung, daß nicht jedes Recht nothwendig vererblich sein muß. Aber die Rechtfertigung in den Motiven S. 59. ist jedenfalls verfehlt, weil einmal nicht zu läugnen ist, daß die Art. 8. 14. schon aus dem Antrag eine eigene Art von Recht entstehen lassen. In jenem Art. 14. wird übrigens beiläufig auch ein offener Redactions- oder vielleicht Druckfehler bemerklich gemacht: „nach der Natur“ statt „nach dessen Natur“ oder vielleicht „nach der Natur der Sache“.

Bemerkenswerth sind die Verschiedenheiten der drei Entwürfe in der Auffassung der Versteigerung (Lang S. 17 fg.). Mir scheint die des B. C. die angemessenere. Dagegen kann ich mich nicht einverstanden erklären mit den Art. 17—19., welche sich auf Verträge, für die eine besondere Form vorgeschrieben ist, und die Wirksamkeit eines pactum de contrahendo beziehen. Der Art. 19. erklärt die Verabredung künftiger Abschließung eines Vertrags, für die eine besondere Form gesetzlich vorgeschrieben ist, wenn diese Form nicht bei jener schon beobachtet wurde, für ganz unwirksam, so daß daraus weder auf förmliche Abschließung noch auf Entschädigung geklagt werden kann. Mit Recht mißbilligt dieß Lang, wosern die Form nicht im Interesse einer Partei, um sie etwa vor Uebereilung zu bewahren, vorgeschrieben ist, sondern vielmehr die Rechtsicherheit Dritter bezweckt, z. B. bei Verträgen über Grundstücke. Ohne Grund wird hier der mala fides ein großer Spielraum gelassen. Wie sollen denn, wenn etwa gerichtliche oder notarielle Fertigung vorgeschrieben ist, Parteien, die vom Gericht oder Notar stundenweit entfernt sind, sich gegen offenbare Untreue und Veräugnung schützen, wenn auch der vollständig abgeschlossene vorbereitende Vertrag ohne jene Form gar keine Wirkung hat? Muß man aber dem vorberei-

tenden Vertrag für diese Fälle eine Wirkung zugestehen, so sagt auch der Art. 17. zu viel, indem er den Vertrag wegen Mangels der Form schlechthin für nichtig erklärt und die Forderung nachträglicher förmlicher Abschließung des Vertrags abweist; denn dem, wenn auch ohne Beobachtung der gesetzlichen Form, geschlossenen Verträge kann doch die Wirkung eines *pactum de contrahendo* ohne inneren Widerspruch nicht versagt werden. Aber auch für die Fälle, wo die Form im Interesse einer Partei vorgeschrieben ist, kann ich es nicht billigen, daß durch Art. 19. jeder Anspruch auf Entschädigung versagt wird. Wenn eine Partei mich veranlaßt, zu förmlicher Abschließung eines verabredeten Geschäfts mich bei Gericht oder beim Notar einzufinden, wozu ich eine Reise machen muß, dann aber erklärt, daß sie der Vertrag gereue, soll ich nicht wenigstens Ersatz der unnütz aufgewendeten Kosten, auch etwa des durch die vergebliche Reise sonst mir verursachten Schadens verlangen können? Wenn übrigens einmal, wie in Art. 17. Abs. 1. geschieht, Nichtigkeit des formlosen Vertrags statuiert ist, so scheint inconsequent was Abs. 2. daselbst bestimmt, daß die Partei, welche bereits die Erfüllung ganz oder zum Theil angenommen, verpflichtet sei, entweder den Vertrag mit Nachholung der erforderlichen Form auch ihrerseits zu erfüllen oder das Erhaltene zurückzugeben. Hiernach muß man dem Empfänger die Wahl zwischen beidem überlassen (arg. Art. 250.). Warum soll denn nicht auch der Erfüllende, vollends der nur zum Theil erfüllt hat, auf die Nichtigkeit des Geschäfts sich berufen dürfen und das Gegebene zurückfordern können? Und kann, wer zum Theil erfüllt hat, durch das Belieben des andern Contrahenten genöthigt werden, nun den ganzen Vertrag zu erfüllen, oder, wenn er das nicht will, auf das bereits Geleistete schlechthin zu verzichten? In der Redaction dieses Abjages ist zudem auch das noch zu rügen, daß von Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrags mit Nachholung der Form die Rede ist; es sollte nur von der Verpflichtung zur Abschließung des Vertrags in der erforderlichen Form gesprochen werden, woraus sich dann die Verpflichtung zur Erfüllung von selbst ergibt. Wird der Vertrag von beiden Seiten vollständig erfüllt, so kann nach Umständen, wo nämlich nicht die Wirksamkeit der Leistung von Beobachtung einer gewissen Form abhängig ist, die Nachholung der Form ganz entbehrlich sein.

Mit Recht vermist Lang S. 17. nach Art. 17. eine Bestimmung über verabredete Form, namentlich Schriftlichkeit des Vertrags. Der Art. 14. Thl. I. genügt nicht; es sollte ausgesprochen sein, was im Zweifel als die Willensmeinung der Parteien zu gelten habe, wenn

schriftliche Abfassung des Vertrags vorbehalten ist. Mit Recht auch macht Lang zu Art. 18. über *pacta de contrahendo* auf die Erörterung von Unger zum S. C. S. 91. aufmerksam.

Interessant ist der Art. 21. des B. C., wodurch die in neuester Zeit geltend gemachte Ansicht über die obligirende Kraft des Schuldscheins wie eines schriftlichen Zahlungsversprechens gesetzlich adoptirt und die Beschränkung der Wirksamkeit einer sogenannten *cautio indiscreta* beseitigt wird. Nicht ganz ohne Grund wird dem Art. in seinem zweiten Absatz Mangel vollkommener Consequenz des Ausdrucks vorgeworfen; doch kann diesem Vorwurf leicht ausgewichen werden, wenn nur gesagt wird: „der Aussteller kann diese Verbindlichkeit (anstatt: „die Urkunde“) durch den Nachweis entkräften, daß die Urkunde u. s. w.“ Eine bedeutlichere Frage aber ist es, ob diese Adoption einer erst neuerlich aufgestellten Theorie, die noch keineswegs unanfechtbar begründet, vielmehr jüngst erst von einem ausgezeichneten Civilisten als „eine von einem Praktiker erdachte, theoretische Speculation“ verworfen wird (Zeitschr. für Rechtsgesch. I. S. 122.), überhaupt zu billigen sei. Es würde aber zu weit führen, wenn ich auf diese Frage näher eingehen wollte, und verweise ich deshalb nur auf die Erörterung von Bruns a. a. D. in Vergleichung mit meiner eigenen Ausführung in der Krit. Ueberschau IV. S. 231. 245 fg. Nur eine Frage sei hier noch vergönnt: Der Art. 21. geht dem Erfolge nach darauf hinaus, daß das schriftliche Zahlungsversprechen oder Schuldbekennniß den Kläger jedes weiteren Beweises der Existenz seiner Forderung überhebt, der Beklagte, wenn er dieser ausweichen will, den Beweis zu führen hat, daß er dennoch nicht schuldig sei: soll nun ein nicht schriftliches etwa vor Zeugen abgegebenes oder eingestandenes Zahlungsversprechen oder Schuldbekennniß nicht dieselbe Wirkung haben? auch nicht einmal wenn darin zugleich der Rechtsgrund der Verpflichtung bezeichnet war, vom Beweise der Existenz der Forderung befreien? *Argumento a contrario* muß man die Frage verneinen, und damit stimmen auch die Motive S. 122. überein, und von Lang wird es im Gegensatz gegen S. C. §. 1426. gebilligt (S. 22.). Mir scheint darin eine erhebliche, durch die Motive keineswegs gerechtfertigte Abweichung von dem geltenden Rechte zu liegen (vergleiche Bruns a. a. D. S. 126 fg.). Ungegründet scheint mir dagegen die Einwendung gegen Art. 23., nach welchem die Ausstellung eines Schuldscheines über eine verjährte Schuld die Berufung auf die Verjährung ausschließen soll, wenn gleich dieser sonst die stärkere Wirkung beigelegt wird. Diese Wirkung tritt doch immer nur *per exceptionem* ein; auf die Exception

aber kann nach vollendeter Verjährung gültig verzichtet werden, und eine solche Verzichtleistung ist in der Ausstellung des Schuldscheines enthalten, wenn sie in Kenntniß der Verjährung erfolgt. Sofern aber Art. 23. auch auf den Fall der Unkenntniß derselben sich beziehen soll, was ausdrücklich auszusprechen angemessen wäre, statuiert derselbe eine Ausnahme von Art. 21., die sich wohl rechtfertigen läßt.

Die Art. 24—40. (vom Gegenstand der Schuldverträge) werden vom Verf. als materiell und formell vortrefflich belobt und nur einige weniger erhebliche, aber begründete Redactionsbemerkungen dazu gemacht. Auch ich finde wenig dagegen zu erinnern. Doch scheint mir Art. 23. ohne Grund vom geltenden Rechte abzuweichen, wenn er den Vertrag über *res extra commercium* oder zur Zeit nicht vorhandene Gegenstände schlechthin für nichtig erklärt, auch wenn die Vertragsschließenden oder einer derselben darüber im Irrthum waren. (Vgl. meine Pand. §. 239. §. 300. Anm. 6.) In jenen Artikeln sind auch diejenigen inbegriffen, welche die Verträge über Leistung an einen Dritten oder von Seite eines Dritten betreffen (Art. 33 fg.). Auch damit erklärt sich Lang vollkommen einverstanden; nur vermißt er Bestimmungen über den Fall, wenn Jemand *collective* oder *alternative* mit einem Dritten etwas verspricht oder sich versprechen läßt, wie H. E. solche in Art. 194 fg. aufstellt. In Betreff der sog. Verträge zu Gunsten eines Dritten ist aber seitdem ein beachtenswerther Aufsatz von Bähr erschienen. (Jahrb. für Dogmatik VI. S. 131—180.) Dieser faßt die genannten Verträge als Verträge zu Gunsten des Promissars selbst auf, wobei dieser die ihm zugesagte Leistung einem Dritten überweise. Diese Ueberweisung aber, sagt er, sei nur eine in der Regel einseitig widerrufliche Ermächtigung des Dritten zur Einforderung der Leistung vermittelt einer *utilis mandata actio*, und er polemisirt daher sowohl gegen die Ansicht, daß der Dritte das Versprechen sich durch *Acceptation* als ein ihm gemachtes Anerbieten *aneigne*, als auch gegen die, daß demselben das Recht auf die Leistung durch *Cession* oder gleichwie durch *Cession* erworben werde. Was Bähr darüber S. 144 fg. bemerkt (er sagt namentlich von der ersten Ansicht S. 148., daß sie eine eben so unnatürliche als in ihren Folgen maßlose Schöpfung in die Welt setze), trifft nun zwar unsern Entwurf nicht; denn dieser macht in Art. 33. jedes Recht des Dritten aus solchem Vertrage davon abhängig, daß dieser „nach vorgängiger Aufforderung der Vertragsschließenden oder eines derselben“ dem Vertrag beigetreten sei; er verlangt also *Aneignung* des Vertrags, nicht bloß des Rechts aus demselben, die durch Aufforderung dazu von Seiten

wenigstens eines der Vertragsschließenden bedingt ist. Aber dagegen erhebt sich doch ein dreifaches Bedenken: 1) ob es dem praktischen Bedürfnis entspreche, ein klagbares Recht des Dritten überhaupt nicht anders als unter jener Voraussetzung anzuerkennen? Darnach würde z. B. die Wittve nicht die ihr durch Einlagen des Mannes erkaufte Pension gegen die Wittwenkasse einklagen können, wenn ihr nicht auf ergangene Aufforderung durch Acceptation das Recht darauf erworben wäre; 2) ob es angemessen sei, in allen Fällen der Aufforderung des einen oder andern Vertragsschließenden die Wirkung beizulegen, daß der Dritte durch seine Einwilligung ein unwiderrüfliches Recht erwerbe? Das könnte unter Umständen sehr verstoßen gegen die Willensmeinung und das Interesse desjenigen, der sich versprechen läßt, daß dem Dritten geleistet werde; 3) ob es zu billigen sei, daß auch nur der Aufforderung von Seiten des Promissars überall diese Wirkung beigelegt und dieselbe für sich schon als bindendes Anerbieten nach Art. 9., 10. betrachtet werde? wobei sich auch noch fragen würde, ob man denn die bloße Kundgebung von dem Vertrage an den Dritten als eine Aufforderung demselben beizutreten anzusehen habe? Ich glaube, daß dieser Artikel noch einer reiflichen Erwägung zu unterziehen sei, welcher durch Bähr's angeführte Erörterung dankenswerthe Hülfe geboten wird. Ich bin aber nicht der Meinung, daß durch eine gelegentliche Bemerkung desselben (S. 150., Anm. 17.) der Entwurf sich auch sollte bestimmen lassen die den *adjectus solutionis causa* betreffenden Artikel 40. und 167. zu streichen. Ist auch dem Verf. ein solcher in der Praxis noch nicht begegnet, so kann er doch jederzeit vorkommen. Auch S. C. und H. C. kennen noch den Zahlungsempfänger. Warum aber H. C., Art. 195., dem Versprechen, mir oder einem Dritten zu leisten, die Wirkung abspricht, daß dem Dritten gültig geleistet werden könne, sehe ich nicht ein.

Erhebliche Bemerkungen finden sich bei Lang S. 30 fg. zu den Art. 42—51. von den Bestärkungsmitteln der Verträge, insbesondere zu Art. 47—51. vom Strafgeding, dann S. 36 fg. zu Art. 52—81. über die Obligationen aus unerlaubten Handlungen. Aus den letzten hebe ich namentlich hervor, daß der Verf. S. 41 fg. sich ausführlich und entschieden gegen Art. 65. ausspricht, wodurch unzurechnungsfähigen Personen wegen des durch sie angestifteten Schadens eine freilich beschränkte Ersazpflicht auferlegt wird. Uebereinstimmend mit Unger und Sintonis will er hier keine Abweichung vom römischen Recht zulassen, also nur eine *obligatio ex re*, soweit der Beschädiger bereichert ist, anerkennen. Erwägt man, daß schon mehrere Gesetzgebungen eine äh-

liche Bestimmung aufgenommen haben, daß auch ein Civilist wie Wächter die entsprechende Bestimmung des österreichischen Gesetzbuches wenigstens theilweise zu billigen scheint, so muß man wohl zugeben, daß ein gewisses Billigkeitsgefühl derselben das Wort rede, und jeder wird das bestätigt finden, wenn er sich den Fall denkt, daß etwa ein muthwilliger Millionär von 5 Jahren das Haus eines armen Rätbers in Brand steckt, oder ein reicher junger Mann, der plötzlich in Wahnsinn verfallen ist, die Auslage eines fleißigen Uhrmachers zerschlägt; beide, wenn sie zu Verstand kommen, und außer dem Verstand auch ein Herz haben, werden wohl aus freien Stücken den Schaden zu vergüten sich bewogen finden. Aber andererseits ist es schwer, den Entschädigungsanspruch gesetzlich zu bestimmen, ohne Gefahr unbilliger Härte gegen den willenslosen Beschädiger und ohne richterlicher Willkür einen bedenklichen Spielraum zu geben. Daher möchte doch wohl die natürliche Auffassung, dergleichen Schadenstiftung eben nur als einen unglücklichen Zufall zu betrachten, festzuhalten sein. Nur das wäre gesetzlich auszusprechen wohl gerechtfertigt, daß in Fällen dieser Art der Vormundschaft des Beschädigers unter Zustimmung der Obervormundschaft gestattet sei, aus dem Vermögen des Mündels dem Beschädigten einen billigen Ersatz zu gewähren, damit unter Umständen, was der unglückliche Schadenstifter selbst wohl thun würde, wenn er zu verfügen fähig wäre, für ihn durch seinen Vertreter geschehen könne.

Beachtenswerthen Tadel erhebt Lang S. 47 fg. ferner gegen den Art. 68. Dieser erkennt zuerst die Regel an: *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*, und bestimmt sodann in Abs. 2.: „Hat bei der Beschädigung, welche sich Jemand selbst zugefügt hat, ein Anderer rechtswidrig mitgewirkt, oder hat ein Anderer den Schaden rechtswidrig vergrößert, so kann der Beschädigte auf so weit, als er die dadurch herbeigeführte Vergrößerung des Schadens wahrscheinlich machen kann, von dem Andern Ersatz fordern“, und in Abs. 3.: „Ist bei der durch einen Andern verschuldeten Beschädigung der Schaden durch das Benehmen des Beschädigten selbst oder durch Schuld eines Dritten oder durch Zufall vergrößert worden, so fällt die Ersatzverbindlichkeit des Beschädigers auf so weit hinweg, als derselbe die dadurch herbeigeführte Vergrößerung des Schadens wahrscheinlich machen kann“. Darin wird vorerst gewiß mit Recht gerügt das „wahrscheinlich machen“. Die Verf. des Entwurfs wollten vermuthlich dadurch, daß sie an die Stelle des Erweislichen das Wahrscheinliche setzten, den Nachsatz des G. C., Art. 213., entbehrlich machen, nach welchem, wenn sich

der Schuldantheil des Beschädigten selbst und des Andern nicht ermitteln läßt, beide den Schaden zu gleichen Theilen tragen sollen, wie eine ähnliche Bestimmung der §. 1304. des österr. Gesetzb. enthält. Aber es ist immer bedenklich, den Richter auf das Wahrscheinliche zu verweisen, auch wo es die Natur der Verhältnisse mit sich bringt, daß ihm eine gewisse Freiheit der Beurtheilung in der Ermittlung thatsächlicher Verhältnisse eingeräumt werden muß, wie das in der Frage über Verschulden und dessen Folgen durchgängig der Fall ist. Wichtiger aber ist, daß auch ohnedies der Inhalt beider Absätze beanstandet wird. Den Absatz 2. betreffend gibt Lang vor dem B. C. wie dem S. C. und verwandten Bestimmungen anderer Gesetzgebungen entschieden dem S. C. §. 804. den Vorzug: „Wer sich selbst einen Nachtheil zuzieht, kann keinen Schadenersatz fordern. Ist ein Anderer dabei mit thätig gewesen, so haftet dieser nur im Fall absichtlicher Verschuldung“. Nur dies stimmt mit dem bestehenden Recht überein, und sei in der Praxis allein durchführbar. Die Stellen, welche Lang zum Beweise dafür anführt (L. 30. §. 4. L. 52. pr. D. ad leg. Aquil.) haben zwar keinen Bezug auf diese Frage (Demelius in den Jahrb. für Dogmat. VI. S. 69 fg.), aber es ist doch, wie eben daselbst nachgewiesen wird, richtig, daß nach römischem Recht, wo eigene Unvorsichtigkeit den Schaden verursacht, kein Ersatzanspruch stattfindet, es sei denn, daß der Andere in der Absicht den Schaden herbeizuführen mitgewirkt habe, in welchem Fall auch dieses absichtlich widerrechtliche Handeln allein eigentlich den Schaden verursacht, der ohne dieses ungeachtet der Unvorsichtigkeit des Beschädigten nicht eingetreten sein würde. Daß nun hierin vom römischen Recht abzuweichen kein Grund vorliege, hat ebenfalls Demelius a. a. D. S. 79 fg. gezeigt. Gleichwohl kann der Art. 68. Abs. 2. des B. C. immerhin noch insofern zulässig erscheinen, als er nur auf den Fall sich bezieht, wenn durch rechtswidriges Zuthun eines Andern erweislich ein größerer Schaden herbeigeführt wird, als durch das Verhalten des Beschädigten allein verursacht sein würde. Z. B. Jemand läßt unvorsichtig auf seinem Boden ein Feuer brennen, das sein anstoßendes Getreidefeld ergreift; ein Anderer gibt dem Feuer frische Nahrung, wodurch bewirkt wird, daß der Schaden sich weiter verbreitet, etwa noch ein Waldbrand entsteht oder ein Gebäude in Asche gelegt wird; gewiß ist es hier gerechtfertigt, den Letztern zum Schadenersatz heranzuziehen, auch wenn nicht gerade böswillige Absicht desselben zu erweisen ist. Bedenklicher ist es, dasselbe auf den Fall der Mitwirkung zur Schadensstiftung anzuwenden. Wenn z. B. in jenem Fall der Andere das Feuer befördert, noch ehe

es Schaden stiftet, so wird er wohl als der eigentliche Urheber für den ganzen Schaden haften, der alsdann erst sich ergeben hat. Jedenfalls aber scheint mir ein Fehler in der Ausdrucksweise des Art. 68. Abs. 1.: „bei der Beschädigung, welche Jemand sich selbst zugefügt hat“ zu liegen. Für eine solche Beschädigung kann in keinem Fall ein Anderer auch nur zum Theil ersatzpflichtig sein. Es wäre etwa zu sagen: „hat Jemand durch eigenes Verschulden sich einen Schaden zugezogen, ein Anderer aber durch rechtswidriges Zuthun den Schaden vergrößert, so u. s. w.“ Im umgekehrten Fall, wenn ein Anderer der eigentliche Urheber der Beschädigung ist, die dann durch das Benehmen des Beschädigten selbst vergrößert wird, läßt sich wohl nach gleichen Rücksichten auch eine Beschränkung der Ersatzpflicht des Ersten rechtfertigen, wie sie Art. 68. Abs. 3. annimmt. Für den Fall dagegen, wenn ein hinzutretender Zufall die Vergrößerung des Schadens verursacht, der ohne das Verschulden des Beschädigers überall nicht eingetreten wäre, scheint mir Lang's Einwendung gegen den B. C. vollkommen begründet, und was von dem Zufall gilt, muß auch Anwendung finden, wenn durch hinzukommendes rechtswidriges Thun eines Dritten der Schaden vergrößert ist. In diesem Fall kann aber allerdings auch der Dritte in Anspruch genommen werden, so weit eben durch ihn Schaden gestiftet ist, und dem ersten Beschädiger, wenn er den ganzen Schaden ersetzt hat, muß der Regreß gegen ihn offen stehen, insoweit seine Schadensersatzpflicht durch dessen rechtswidriges Zuthun erschwert worden ist. Einen solchen Rückanspruch gibt B. C. Art. 72. auch allgemein gegen den Mitschuldigen demjenigen, der den ganzen Schadensersatz geleistet hat, selbst dem dolosen Beschädiger, worin eine Abweichung vom bisherigen Rechte liegt, die der S. C. §. 1525. vermeidet und Lang S. 52. wohl mit Recht mißbilligt.

Beachtenswerth ist auch was Lang S. 53 fg. gegen Art. 73. Abs. 3., betreffend die Pflicht zur Wiederherstellung der beschädigten Sache, und über Art. 80. in Betreff der Beweislast bei Beschädigungen bemerkt.

Aus dem folgenden Hauptstück „Wirkungen der Schuldverhältnisse“ hebe ich zunächst die Bemerkungen über den Erfüllungsort (S. 60 fg.) hervor. Der Verf. billigt mit Recht den Art. 98. 7; er möchte es aber bei diesem Artikel bewenden und die beiden folgenden Art. 99. 100. ganz fallen lassen, weil der Erfüllungsort durch allgemeine Normen nicht wohl näher zu bestimmen, und daher angemessener sei, darüber bei den

7 „Zu der Ort der Leistung nicht ausdrücklich festgesetzt, so muß sie an demjenigen Orte geschehen, welcher der Beschaffenheit und dem Zweck des Schuldverhältnisses, sowie der nach den Umständen zu ermessenden Absicht der Parteien am meisten entspricht“.

einzelnen Schuldverhältnissen das Nöthige anzudeuten. Wie begründet diese Bemerkung sei, das leuchtet namentlich aus einer seitdem erschienenen Abhandlung über den Erfüllungsort von Reaß (Gießen 1862) klar hervor. Der Art. 99. entgeht zwar, wie schon oben bemerkt wurde, durch die Bezugnahme auf Art. 98. dem von Unger I. S. 62 fg. gegen S. G. §. 725. erhobenen Tadel. Aber er mag einem bequemen Richter leicht Anlaß geben, den Art. 98. im concreten Falle nicht gehörig zu erwägen, und entschieden verwerflich ist die allgemeine Bestimmung in Art. 100., wornach Geldzahlungen der Regel nach am Wohnort des Gläubigers zu leisten sind, und die Ubersendung auf Kosten und Gefahr des Schuldners zu geschehen hat. Wie wäre dieß, um nur eins zu erwähnen, bei der Schenkung zu billigen? (Vergl. Lang S. 61. Unger S. 64.).

Sehr begründet ist auch der Tadel gegen Art. 108. (die Klage aus gegenseitigem Vertrage betreffend); der Verf. sagt mit Recht, er sei geeignet, den theoretischen Irrthum eines hochbegabten Gelehrten (Keller's) zu verewigen; der Art. 107. sei genügend. Doch würde ich vorziehen, darin zu sagen: „jeder Theil ist berechtigt, die Leistung seinerseits vorzuenthalten, so lange nicht der andere Theil erfüllt hat oder die ihm noch obliegende Leistung der That nach anbietet“.

Treffende Bemerkungen finden wir ferner zu den Art. 109—123. über Haftung des Schuldners wegen Nichterfüllung, namentlich zu Art. 110—112. über Culpa, zu Art. 119. 120. über den Einfluß casueller Unmöglichkeit der Erfüllung, zu Art. 122. 123. über die Beweislast in Betreff dieser Punkte. Im Art. 119. hat B. G., übereinstimmend mit S. G. Art. 144., das Princip aufgenommen, daß in gegenseitigen Obligationen der durch unverschuldete Unmöglichkeit Befreite keinen Anspruch auf die Gegenleistung habe, während S. G. §. 893. bei Veräußerungsverträgen in Ansehung dieses Punktes an dem bisherigen Rechte festhält. Lang stellt sich hier auf die Seite des S. G., und rechtfertigt dieß in längerer Ausführung (S. 75—84.), indem er ein vom römischen Recht abweichendes angeblich deutschrechtliches Princip als eine Fiction ab-, auf die wesentlichen Differenzen in den neuern Gesetzgebungen hinweist, und die innere Verschiedenartigkeit des Verhältnisses bei Kauf und Miethe darlegt. Ich stimme ihm darin vollkommen bei. Mit Recht bemerkt er, daß in den Motiven zu Art. 119. der Satz: *casum sentit dominus* versteckt liege, dessen Unhaltbarkeit von Wächter überzeugend dargethan ist und, wie ich denke, auch in einer kritischen Bearbeitung des österreichischen Obligationenrechts, die wir mit

der Zeit von Unger erwarten dürfen, einleuchtend zu Tage treten wird. Mit Recht auch macht der Verf. darauf aufmerksam, daß man sich in dieser Frage nicht auf den Vorgang des französischen Gesetzbuchs berufen darf, der wohl dem H. C. zunächst vorschwebte, daß vielmehr dieses im Resultat wieder mit dem römischen Recht übereinstimmt, weil nach ihm der Eigenthumsübergang sofort durch den vollendeten Vertrag bewirkt wird, ohne daß die Uebergabe der Sache oder Zahlung des Preises vorausgesetzt wird. Auch in den Artikeln von den „Folgen des Verzugs insbesondere“ (124—141.), deren Vollständigkeit und Correctheit übrigens gerühmt wird, findet der Verf. im Einzelnen doch Manches auszusetzen. So, daß nach Art. 125. allgemein die Mahnung an den mit der Leistung Beauftragten genügen soll, den Schuldner in Verzug zu setzen; daß in Art. 130. und den Motiven dazu das Gespenst der gleichzeitigen Mora des Gläubigers und Schuldners spuke und dieser Art. zudem in unauf- löslichem theoretischem Widerspruch mit Art. 141. stehe; daß nach Art. 133. im Fall des Untergangs des Gegenstandes während der Mora auf den höchsten Werth der Sache Rücksicht genommen werden soll. Die beiden ersten Bemerkungen scheinen auch mir begründet. Der Art. 130. ist wenigstens im Ausdruck verfehlt, wenn er sagt, daß bei gegenseitigen Verbindlichkeiten derjenige, welcher seinerseits noch nichts geleistet oder zu leisten sich erboten hat, aus dem Verzuge des Andern keine Rechte ableiten könne; es sollte gesagt sein, daß der letzte so lange nicht in Verzug gesetzt werde. Nach Art. 107., vgl. mit Art. 124., könnte der Art. 130. auch füglich ganz wegfallen. Wenn aber die sog. exceptio non impleti contractus als wahre Exceptio aufgefaßt wäre und dabei mit Rücksicht auf die Fassung des Art. 124. die Hervorhebung dieses Verhältnisses für zweckmäßig erachtet würde, so fände die betreffende Bestimmung besser ihren Platz in Art. 127. „dem Schuldner fällt ein Verzug nicht zur Last“ 4) „wenn er sonst einen gerechten Grund hatte, die Erfüllung noch vorzuenthalten, insbesondere bei gegenseitigen Verbindlichkeiten, so lange der andere Theil pflichtwidrig die ihm ob- liegende Leistung weder bewirkt noch der That nach angeboten hat.“ Auch der Art. 141. ist nicht unbedenklich.⁸ Er könnte zu der Meinung verleiten, als ob bei gegenseitigen Verbindlichkeiten, um den Verzug des einen Theils aufzuheben, nicht auch der Art. 140. Nr. 1.⁹ gleich-

⁸ „Bei gegenseitigen Verbindlichkeiten hört der Verzug des einen Theils auf, sobald der andere seinerseits in Verzug kommt“.

⁹ „Der Verzug hört auf 1) sobald der säumige Theil bereit ist“ (besser: „sich bereit zeigt“), „das Versäumte vorzunehmen und überdies den andern Theil wegen des bisherigen Verzugs zufrieden zu stellen“.

mäßig und vollkommen Anwendung finde, sondern der andere Theil auch rücksichtlich seiner Gegenleistung in Verzug gesetzt werden müsse. Dieß wäre aber unrichtig. Derjenige, welcher auf die gehörig angebotene Gegenleistung seinerseits zu erfüllen nicht bereit war, wird zugleich in *moram accipiendi* und *solvendi* versetzt. Er purgirt die letzte, wenn er nach Maßgabe des Art. 140. Nr. 1. seine Leistung anbietet, wenn er auch die Gegenleistung noch nicht verlangt, ja nicht einmal anzunehmen bereit ist, der andere Theil also nicht in Verzug kommt. Er purgirt die eine und die andere Mora, wenn er unter Erbieten zu jener Leistung zugleich die Gegenleistung begehrt oder zu empfangen sich bereit erklärt. Daß der andere Theil in Verzug gesetzt werde, wie die Motive S. 97. vorauszusetzen scheinen, ist in beiden Fällen nicht erforderlich, man müßte denn dieß auch in den Art. 140. Nr. 1. als Voraussetzung hineinlegen, was nach Mommsen Beitr. III. S. 323. 338. unrichtig wäre. Andererseits ist auch bei einseitigen Verbindlichkeiten unzweifelhaft, daß der Verzug des Säumigen aufgehoben wird, sobald der andere Theil seinerseits in Verzug (*moram accipiendi* oder *solvendi*) versetzt wird. Der Art. 141. bleibe also besser ganz weg. Statt dessen möchte allenfalls ausdrücklich auszusprechen sein, daß bei gegenseitigen Verbindlichkeiten der im Verzug Befindliche durch Mahnung unter Erbieten zur Vereinerung seines Verzugs nach Art. 140. den andern in Verzug setzen könne, jedoch natürlich nur unter den allgemeinen Voraussetzungen der Art. 127—129. Was dagegen den Art. 133. betrifft, so scheint mir Lang's Tadel nicht begründet. Daß die Berücksichtigung des höchsten Werthes der Sache während des Verzuges nach gemeinem Rechte nur dem Diebe gegenüber stattfinde, ist keineswegs ganz ausgemacht. Auch Mommsen III. S. 210. schließt sie in andern Fällen nicht schlechterdings aus; er verlangt nur vom Gläubiger den Nachweis, daß er zur günstigsten Zeit verkauft haben würde und daran durch den Verzug des Schuldners verhindert worden sei, während er sonst den Anspruch auf früheren höheren Werth durch die Möglichkeit des Verkaufs zur günstigeren Zeit bedingt, falls nicht der Schuldner nachweist, daß der Gläubiger nicht damals verkauft haben würde (III. S. 205 fg., vgl. mit S. 191 fg.). Legislativ ist es nun aber wohl gerechtfertigt, diese verschiedenen Fälle nach gleichem Gesichtspunkt zu behandeln, und das geschieht durch Art. 133. 135.¹⁰ Doch befreit Art. 133. Abs. 2. den Schuldner von der

¹⁰ Beiläufig bemerke ich, daß Art. 135. an Klarheit gewinnen würde, wenn es hieße: „Mit dieser Vergütung (des Minderwerths) ist der Gläubiger verbunden, den Gegenstand in diesem verschlechterten Zustand anzunehmen“, anstatt: „Dagegen ist u. s. w.“

strengen Ersatzleistung nur, wenn er nachweist, daß der Zufall auch bei rechtzeitiger Leistung den Gegenstand der Verbindlichkeit „bei dem Gläubiger“ betroffen hätte. Darin ist zwar der Fall begriffen, daß der Gläubiger den Gegenstand nicht verkauft und dann selbst durch Zufall verloren haben würde, nicht aber der, daß der Gläubiger den Gegenstand nicht zur Zeit des höheren Werthes verkauft haben würde, der Gegenstand aber dann in seinem minderwerthen Zustande durch einen Zufall, der ihn nicht bei dem Gläubiger betroffen hätte, zu Grunde gegangen ist. Den Art. 133. 135. nach wäre es consequent, daß in diesem Falle der Schuldner nicht den höchsten Werth zu ersetzen verbunden sei, und möchte daher Art. 133. Abs. 2. vielleicht angemessener lauten: „Von dieser Ersatzleistung ist der Schuldner insoweit befreit, als erweislich auch bei rechtzeitiger Leistung den Gläubiger der Zufall (oder „der Verlust“) betroffen hätte“.

Noch zwei Artikel (138. 139.) dieser Abtheilung werden vom Verfasser beanstandet, nicht so sehr wegen praktischer Unangemessenheit als in Rücksicht ihrer theoretischen Grundlage. Der Art. 138. stellt für gegenseitige Verträge allgemein die Regel auf, daß wegen Säumigkeit des einen Theils in Erfüllung der andere die Wahl habe, entweder Erfüllung oder Auflösung des Vertrags, Rückgabe des Geleisteten und Schadensersatz zu fordern, jedoch mit der Beschränkung, daß nach Umständen, so weit das Interesse des Zurücktretenden es gestattet, dem Säumigen noch eine Frist zur Leistung bewilligt werden könne, und daß die Auflösung des Vertrages die in Folge dessen bereits erworbenen Rechte Dritter nicht alterire. Diese Bestimmung conform dem §. C. IV. 12. Art. 63. zu nennen, scheint unpassend, da der letzte nur beim Verkauf beweglicher Sachen eine stillschweigende *lex commissoria* statuirt. Conform ist sie vielmehr dem Art. 1184. des Code Napoléon, wornach „la condition résolutoire est toujours sousentendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas, où l'une ou l'autre partie ne satisfera pas à son engagement“. Lang verwirrt aber diesen Grundsatz und gibt dem §. 890. den Vorzug, welcher den Rücktritt nur dann gestattet, wenn nach der erkennbaren Intention der Vertragsschließenden die Leistung zu einer bestimmten oder bis zu einer Zeit und nicht später erfolgen sollte; er findet auch die Motive zu Art. 138., §. 95 fg., nicht genügend, diese Abweichung vom gemeinen Rechte zu rechtfertigen, nach welchem die dort angeführten Fälle vielmehr ebenso zu beurtheilen seien, ohne daß darin eine besondere Wirkung des Verzugs zu erkennen sei (Rommens III. §. 237 fg.). Allein es macht

praktisch allerdings einen erheblichen Unterschied, ob das Recht des Rücktritts vom Vertrage bloß davon abhängig ist, daß der andere Theil rücksichtlich seiner Leistung, sei es nach Art. 124., Nr. 1. oder Nr. 2., in Verzug gesetzt ist, oder nach Mommsen a. a. O. nur aus dem Gesichtspunkt des verletzten Interesse in Anspruch genommen werden kann. Einen Unterschied macht dieß vorerst rücksichtlich der Beweislast; im ersten Fall genügt es, die Mora zu beweisen; im anderen Falle wäre zu erweisen, daß und wie aus der Verpflichtung des Säumigen zur Leistung des Interesse das Recht des anderen Theils, auch seinerseits die Gegenleistung zu verweigern oder das schon Geleistete zurückzufordern, sich ergebe. Einen Unterschied kann es auch im materiellen Resultat machen; denn nach Mommsen III. S. 258., II. S. 26. kann die Restitution des Geleisteten nur „im Zweifel“ anstatt des Interesse gefordert werden: es ist also dem Gegenbeweise Raum gelassen, daß das Interesse sich nicht so hoch belaufe. Und wie? wenn nun bewiesen wird, daß durch die Versäumung ein (pecuniäres) Interesse des anderen Theils gar nicht verletzt sei? Wenn ich, den Preis zur Hälfte vorausbezahrend, innerhalb bestimmter Frist, um einem bestimmten Feste beizuwohnen, ein Festkleid bestellt habe und dieses einen Tag zu spät geliefert wird, soll ich das Kleid, das ich vielleicht in langer Zeit nicht mehr brauchen kann, nicht ablehnen und das Gezahlte zurückfordern können, weil der Gegner nachweist, daß mir die Versäumung des Festes durchaus keinen Nachtheil gebracht, vielmehr wegen Kosten-Ersparung nur vortheilhaft gewesen sei? Nach gemeinem Recht würde mir hier nicht anders zu helfen sein, als dadurch, daß man, den Standpunkt gegenseitiger Verbindlichkeit aufgebend, die Vorausbezahlung lediglich als datum ob causam futuram behandelte, was leicht zu Streit Anlaß geben kann, besonders wenn ich unterlassen habe, den Grund der Zeitbestimmung für die Lieferung anzugeben. Und wie? wenn ich ohne Zeitbestimmung vorsorglich das Kleid lange Zeit vorausbestellt, dann aber gemahnt habe, daß es bis zu bestimmter Zeit abgeliefert sein müsse? Meines Erachtens ist, nachdem im Allgemeinen die Klagbarkeit aller gegenseitigen Verträge anerkannt und damit das jus pœnitendi und die condictio ob causam dati der Regel nach beseitigt worden, der Grundsatz des Code Napoléon ganz angemessen (vgl. meine Pand. §. 236. a. C.), dem B. C. aber kein Vorwurf daraus zu machen, daß er den Rücktritt des einen Theils ausdrücklich durch die Säumigkeit des anderen in Erfüllung bedingt; nur möchte es richtiger sein, wenn bemerkt würde, daß der Rücktritt auch dann nicht ausgeschlossen sei, wenn die Verzögerung durch andere Umstände außer

Verschulden des ersten Theils (Art. 127.) verursacht worden ist. Wird aber dieser Grundsatz angenommen, so muß zugleich anerkannt werden, daß jener nicht ohneweiters durch Anerbieten späterer Erfüllung von Seiten des Säumigen in Verzug gesetzt werde, sondern nur insofern, als er darauf nicht erklärt, nunmehr von dem Vertrage ganz zurücktreten zu wollen.

Auch dem Tadel gegen Art. 139. kann ich nicht beistimmen. Dieser stellt zwar als Regel auf, daß der Gläubiger seine Ansprüche aus dem Verzuge nur in Verbindung mit der Hauptklage geltend machen könne, macht aber davon die Ausnahme, daß der Gläubiger bei Annahme der verspäteten Leistung jene Ansprüche sich wirksam vorbehalten könne. Diese Wirkung will Lang S. 95 nur der vertragmäßigen Zusicherung der Nachzahlung beigelegt wissen, nicht dem einseitigen Vorbehalt bei Annahme der Hauptleistung. Nimmt der Gläubiger „das Capital als solches an, so könnte der bloße Vorbehalt jener (Neben-) Leistungen nur ein bestehendes Klagerecht erhalten, nicht aber ein nichtexistirendes begründen“. Allein sehen wir vorerst ab vom gemeinen Rechte, so muß doch eingeräumt werden, daß in Folge des Verzugs der Gläubiger ein klagbares Recht auf die Haupt- und Nebenleistung hat. Wenn nun dieser Rechtsanspruch zum Theil, nämlich in Ansehung der Hauptleistung, ohne Rechtsstreit befriedigt ist, was zwingt uns anzunehmen, daß er zum andern Theil, nämlich in Ansehung der Nebenleistung, nicht wirksam fortbesteht? Bloß nach der Natur der Sache: Nichts. Nimmt aber der Gläubiger die Hauptleistung ohne Vorbehalt an, so darf man vermuthen, daß er weitere Ansprüche nicht mehr mache, und es ist angemessen, deren unverhoffte nachträgliche Geltendmachung gesetzlich auszuschließen. Auch dem bei der Annahme der ersteren erklärten Vorbehalt der letzteren die Wirkung zu verjagen, wenn nicht der Schuldner zustimmt, dazu fehlt es in der That an einem genügenden Grunde, und die von Lang als *confus* getadelten Entscheidungsgründe in *Seuffert's Arch.* VI. 321. lassen erkennen, wie die Verfasser sich gedrungen fühlten, dem fraglichen Vorbehalt ungeachtet der von ihnen vorausgesetzten entgegenstehenden Rechtsregel doch dem Effect nach seine Wirkung zu erhalten. Diese Rechtsregel ist aber zudem auch nach gemeinem Rechte noch sehr problematisch. Viele haben auch nach gemeinem Rechte den fraglichen Vorbehalt als wirksam angesehen, namentlich in Betreff der Verzugszinsen, ungeachtet der L. 49. §. 1. *D. de act. emt.*; und wenn diese Stelle nicht wäre, würde es vielleicht keinem eingefallen sein, dessen Wirksamkeit zu bezweifeln. Daraus, daß es eine und dieselbe Klage ist, wodurch die Erfüllung der Hauptschuld und der durch

Verzug entstandenen Nebenverbindlichkeiten eingeklagt wird, folgt weiter nichts, als daß die letzten nach älterem Recht nicht mehr eingeklagt werden konnten, nachdem jene Klage durch *deductio in iudicium consumirt* war, daß sie nach neuerem Rechte nicht mehr geltend gemacht werden können, nachdem durch rechtskräftiges Urtheil in Folge jener Klage die Leistung des Beklagten auf die Hauptsache beschränkt worden ist (L. 4. Cod. depositi.). An sich war die nicht sonst consumirte *Intentio*: „*quidquid paret dare facere oportere*“ immer noch begründet, wenn auch der Gläubiger die zu leistende Hauptsache, ohne für seine Nebenansprüche wegen *Culpa* oder *Mora* des Schuldners, z. B. im Fall der Verschlechterung der Sache, befriedigt zu sein, erhalten hatte, so wie die *actio emti* noch begründet war wegen Mangels der *dicta et promissa* oder wegen Fehlerhaftigkeit der Sache, nachdem diese dem Käufer tradirt, also die Hauptleistung erfüllt war (L. 6. §. 4. L. 11. §. 3. 5. L. 13. pr. §. 3. D. de act. emti). Es ist daher in der That ein auffallender Satz, den wir in L. 49. §. 1. D. eod. lesen: „*Pretii sorte, licet post moram soluta, usuræ peti non possunt*“, und nicht zutreffend ist der dafür angeführte Grund: „*quum hæc non sint in obligatione, sed officio iudicis præsentur*“; denn dieß bedeutete nur, daß kraft jener *Intentio* der *actio emti* auch auf Verzugszinsen erkannt werden konnte, ohne daß eine selbständige andere Klage auf Zinsen begründet war. Daher ist es auch begreiflich, daß manche einen andern Grund in die Stelle hineingelegt, nämlich in der vorbehaltlosen Annahme des Capitals einen Verzicht auf die Verzugszinsen gefunden haben, der dann durch Vorbehalt derselben natürlich ausgeschlossen ist. Jedenfalls ist es nicht ohne Bedenken, das, was L. 49. §. 1. cit. von den Verzugszinsen des Kaufpreises sagt, ohne weiteres auf alle durch Verzug entstandene Nebenverbindlichkeiten anzuwenden. Oder wäre es wohl consequent, nach völligem Untergang der Sache, wenn dem Gläubiger eine Schadenssumme bezahlt wird, den Vorbehalt, daß der ganze Schaden mehr betrage, gelten zu lassen, was kaum Jemand bezweifeln möchte, dagegen im Fall der Verschlechterung der Sache, wenn der Gläubiger die verschlechterte Sache annimmt, den Vorbehalt des Schadenserlasses wegen der Verschlechterung für wirkungslos zu erklären? Uebrigens, wenn Lang's Argumentation gegen Art. 139. richtig wäre, so würde daraus folgen, daß nach römischem Rechte selbst die vertragsmäßige Zusicherung der Nachleistung ohne *Stipulation* keine Klage auf dieselbe gewährt hätte, und selbst wo durch ein *pactum in continenti adjectum* Verzinsung verabredet war, könnte man diese

beanstanden. Die Ansicht von Lang scheint mir auf einer Verwechslung zwei wesentlich verschiedener Begriffe zu beruhen: Klage aus der einen (Haupt-) Obligatio, z. B. actio emti, locati, und Klage auf die Haupt-Leistung, welche letzte beim römischen Formularproceß gar nicht besonders in der Formula betont zu werden brauchte, wenn nicht etwa durch eine Præscriptio die deductio in iudicium auf die Hauptleistung beschränkt werden sollte, z. B. „ea res agatur de fundo mancipando“ oder „de vacua possessione rei emtæ tradenda“ (Gai. IV. §. 131.).

Unerheblich scheint mir endlich auch des Verf. Tadel gegen die letzte Abtheilung dieses Hauptstücks (Art. 143. 144.) über Zusammen-treffen mehrerer Forderungen. Daß nach Art. 143. im Fall der Collision mehrerer Forderungen auf die nämliche nur einmal mögliche Leistung in der Regel die Prävention der Einklagung entscheiden soll, dagegen hat der Verf. selbst nichts einzuwenden. Nur, wenn der Schuldner die Leistung nur einmal schuldig sei, will er, daß nicht die Priorität der Klagerhebung, sondern die frühere Erlangung eines günstigen Urtheils entscheiden müsse, nach L. 14. pr. D. de nox. act. L. 10. D. de pecul. L. 3. §. 10. L. 4. D. de in rem verso. L. 19. D. de re jud. Aber die in diesen Stellen behandelten Fälle werden nach dem B. C. Art. 94., 750., 940., 948. nicht mehr vorkommen, und auch abgesehen davon ist es wohl zu billigen, dasselbe Princip für alle Fälle zu statuiren, wie es nach Art. 226. auch für Sammtgläubiger gilt. Wenn sodann der Verf. den Art. 143., Abs. 2. zwar dem gemeinen Rechte gemäß findet, wo die Forderung auf Dienste oder auf eine Leistung einer bestimmten Sache geht, aber von diesem abweichend und „ganz neues Recht, von sehr zweifelhaftem Werthe“ einführend, wo die Forderungen generischer Art sind, wenn „z. B. der Schuldner die schuldigen Geldsummen nicht sämmtlich bezahlen kann“, so gibt er dem Art., wie ich glaube, eine Anwendung, die seinem Sinne nicht entspricht. Der Art. 143. bezieht sich meines Erachtens durchaus nur auf wirklich collidirende, d. h. solche Forderungen, die auf die nämliche, in der Weise, wie sie geschuldet wird, nur einmal mögliche Leistung gerichtet sind; dazu gehören concurrirende Forderungen generischer Art überall nicht (vgl. die Motive S. 97 fg.). Um das Mißverständniß abzuwenden, möchte jedoch räthlich sein, in Abs. 2 zu sagen: „Haben die mehreren Gläubiger“ oder „Haben mehrere solche Gläubiger u. s. w.“ Der sonst übereinstimmende B. C. Art. 258. fg. gibt zu dem Mißverständniß keinen Anlaß, indem er in Art. 260. für den Fall der Zahlungsunfähigkeit ausdrücklich die Gleichberechtigung der rechtzeitig angemeldeten nicht privilegirten Forderungen,

ohne Rücksicht auf das Alter derselben, anerkennt. Zahlungsunfähigkeit wird immer auch in dem von Lang noch erwähnten Falle vorhanden sein, wenn eine Forderung auf Leistung einer bestimmten im Vermögen des Schuldners befindlichen Sache gerichtet ist, diese aber zugleich das einzige Executionsobject darbietet, um die Bezahlung einer andern Forderung auf Geld zu bewirken. Darüber jedoch möchte allerdings eine besondere gesetzliche Bestimmung zu wünschen sein, insofern eine solche Collision sich vor erklärter Zahlungsunfähigkeit ergeben mag. Aber eigentlich ist hier nicht eine Collision von zwei Forderungen vorhanden, sondern nur ein Conflict von zwei Vollziehungsarten (vgl. den Entwurf der Proceßordnung Art. 802. 890.). Entschieden endlich verwirft Lang noch (die im H. C. auch nicht genannte) Anwendung des Looses für den Fall, daß die mehreren Forderungen von gleichem Alter gleichzeitig eingeklagt werden, wenigstens „sofern dasselbe, besonders wenn die Leistung eine theilbare ist, gegen den Willen der Gläubiger entscheiden soll“. Versteht man aber den Art. 143. so wie oben angenommen, so finde ich auch gegen die eventuelle Entscheidung durch das Loos nichts einzuwenden. Dieß soll nur entscheiden, wer als der zuerst klagende zu betrachten und daher berechtigt ist, die nur einmal mögliche Leistung in natura zu fordern, während die anderen sich nach Art. 134. mit Ersatzeleistung begnügen müssen. Vereinigen sich die collidirenden Gläubiger über eine andere Art des Ausgleichs, so wird sie das Gesetz daran nicht hindern. Vereinigen sie sich nicht, so bleibt bei untheilbaren Leistungen keine andere Auskunft übrig als durch das Loos, und auch bei theilbaren Leistungen ist dessen Anwendung zweckmäßig, um nicht beide oder alle Gläubiger zu zwingen, einen Theil der Naturalleistung und einen Theil der Ersatzeleistung sich gefallen zu lassen.

Doch ich komme, verführt durch das wissenschaftliche und legislative Interesse der sich ergebenden Fragen, in Gefahr, zu dem Buche über das Gesetzbuch wieder ein Buch zu schreiben. Ich muß mich, wie ich sehe, mehr einschränken, um nicht mit der Redaction dieser Zeitschrift in Conflict zu kommen. Ich will daher einem dritten Artikel nur noch Hervorhebung des wichtigsten aus dem übrigen Theil der Lang'schen Kritik des Entwurfs vorbehalten. Einstweilen wollen wir schon hier im Allgemeinen die Anerkennung aussprechen, daß sich der Verfasser der Kritik, der inzwischen leider schon aus diesem Leben, in welchem es einer Rechtsgesetzgebung bedarf, geschieden ist, durch seine Arbeit um das Werk der Gesetzgebung für das Königreich Bayern und mittelbar um das für das größere Vaterland wohl verdient gemacht hat.

Dritter Artikel.

Das dritte Hauptstück des allgemeinen Obligationenrechts stellt zusammen: 1) Uebertragung von Forderungen (Art. 145—158.), 2) Schuldübernahme (Art. 159—163.). In der ersten Abtheilung findet Lang S. 98 fg. die Cession „mit ausgezeichnete Umsicht behandelt“. Doch wirft er eine Reihe von Fragen auf (Nr. 1—13.), worauf der Entwurf keine Antwort gebe oder doch eine bestimmtere auch dem Laien leicht erfassliche Antwort geben sollte, und macht noch einige Bemerkungen zu Art. 148. 154—156. Manches darin ist der Beherzigung werth, besonders was in Betreff des Verhältnisses mehrerer Cessionare und über die Haftung des Cedenten gesagt wird. Ich beschränke mich auf folgende Andeutungen: Der Art. 150. Abs. 2. bestimmt, daß der Schuldner, der Bürge und dritte Personen den neuen Gläubiger als solchen anzuerkennen nur dann verpflichtet sind, wenn ihnen über die Abtretung eine öffentliche oder durch einen öffentlichen Beamten beglaubigte Urkunde vorgelegt wird. Diese Vorschrift ist zweckmäßig, um dem Schuldner oder Bürgen Sicherheit zu geben, daß sie nicht an einen Unberechtigten zahlen; sie könnte noch weiter gehen und beiden das Recht geben, nebst der Quittung auch die Uebergabe jener Urkunde oder einer beglaubigten Abschrift derselben zu verlangen, um sich für die Zukunft sicher zu stellen. Man könnte nun schließen: Ist der Schuldner noch nicht verpflichtet, den Cessionar als Gläubiger anzuerkennen, so ist er eben noch berechtigt, den Cedenten als Gläubiger anzuerkennen, also auch diesem zu zahlen, sich mit ihm zu vergleichen u. s. w. Das ist aber nicht die Meinung des Entwurfs. Denn nach Art. 151. kann der Schuldner nur so lange noch an den abtretenden Gläubiger rechtsgiltig leisten, als ihm nicht durch diesen oder durch den neuen Gläubiger die geschene Abtretung angezeigt ist. Daß dieß unter Vorlegung einer Urkunde gemäß Art. 150. geschehen sei, wird nicht erfordert; es wäre dieß auch sonderbar, wenn die Anzeige von dem abtretenden Gläubiger herrührt; also wird es auch bei der Anzeige durch den neuen Gläubiger nicht hinzu zu denken sein. Ja, die Motive S. 100 legen nur darauf das entscheidende Gewicht, ob der Schuldner von der Abtretung Kenntniß hat, die er auch auf anderem Wege als durch Anzeige des alten oder neuen Gläubigers erlangt haben kann. Das letzte ist auch meines Erachtens sowohl an sich zu billigen als dem gemeinen Rechte gemäß (vgl. meine Pand. 4. Aufl. S. 256. Anm. 1.), insofern den Schuldner der Vorwurf der Arglist trifft. Gleichwohl ist es bedenklich der einfachen Anzeige von Seiten des Cessionars schlechthin jene Wirkung beizulegen. Muß denn der Schuldner dieser

sofort Glauben schenken? Und wenn der Gläubiger nichts davon wissen will und Zahlung verlangt? wenn er die Gültigkeit der Cession bestrittet? Muß der Schuldner dem einen und dem andern die Zahlung vorenthalten, sich vielleicht der Gefahr aussetzen, vom Gläubiger einer ungegründeten Forderung der Erfüllung beschuldigt zu werden oder sich des oft unanwendbaren, meistens beschwerlichen Mittels gerichtlicher Deposition bedienen? Wie sehr auch das Bedürfniß des Lebens den freien Verkehr mit Forderungen verlangt, so sollte doch andererseits nicht außer Acht gelassen werden, daß der Schuldner eigentlich nur dem Cedenten schuldete und die Uebertragung der Forderung des letzten auf einen Andern so viel möglich nur ohne Gefährdung und Beschwerde des ersten wirken dürfe. Von dieser Erwägung geleitet hatte ich in meinem Entwurf die Bestimmung aufgenommen, daß zur wirksamen Abtretung der Forderung eine vom Gläubiger unterzeichnete schriftliche Erklärung oder Uebergabe des Schuldbriefs mit einer die Abtretung bekundenden Vormerkung erforderlich sei, und daß im Verhältniß zum Schuldner die Abtretung nicht eher wirksam sei, als derselbe von der Abtretung in Kenntniß gesetzt worden, entweder durch Vorlage jener Erklärung oder durch eine vom Gläubiger unmittelbar an ihn gerichtete Zuschrift. In Verbindung damit stellte ich die Bestimmung, daß unter mehreren Cessionaren demjenigen der Vorzug gebühre, welchem zuerst der Schuldbrief mit der betreffenden Vormerkung übergeben worden, sodann demjenigen, welcher das ältere öffentlich beglaubigte Datum der Abtretung nachweise, weiterhin demjenigen, von dessen Erwerb der Schuldner zuerst gehörig in Kenntniß gesetzt worden, welchem letzten aber der Schuldner jedenfalls, so lange ihm von dem bessern Recht eines andern keine Kunde gegeben, rechtsgiltig zahlen konnte. Auch jetzt noch bin ich der Ansicht, daß diese oder eine ähnliche Normirung wünschenswerth, dagegen mit Lang S. 102 schon in der wie immer geschehenen Cession das Analogon der Tradition zu erkennen, sehr mißlich sei. Der B. G. enthält über den Fall der Concurrenz mehrerer Cessionare keine Bestimmung; der Art. 150. Abs. 2. kann nicht darauf bezogen werden, würde auch, wenn man unter „dritte Personen“ etwa auch andere Cessionare mitverstehen dürfte, nicht genügen.

Der Art. 153. legt mit Unrecht dem Abtretenden allgemein die Verpflichtung auf, die in seinen Händen befindlichen auf die Forderung bezüglichen Urkunden auszuliefern. Auch rücksichtlich dieser Verpflichtung, wie in Ansehung der Haftung wegen veritas und bonitas nominis kommt es auf die Natur und den Inhalt des der Abtretung zum Grunde

liegenden Rechtsgeäfts an, und ist jedenfalls das „nisi aliud actum est“ zu beachten. Man wird z. B. dem Schenknehmer nicht ohneweiters das Recht geben, außer dem bei der Schenkung ihm übergebenen Schuldschein vom Gläubiger noch andere auf die Forderung bezügliche Urkunden, etwa die Herausgabe der ganzen Correspondenz über das sie begründende Contractsverhältniß, zu verlangen. Auch der Art. 155. spricht zu allgemein und unbedingt, wenn er durch die Abtretung die Forderung „samt allen damit verbundenen Nebenforderungen, Zugehörungen“ auf den neuen Gläubiger übergehen läßt. Wenn der Gläubiger die Forderung verschenkt, mit Uebergabe des Schuldscheins, die Verpflichtungs-urkunde des Bürgen absichtlich zurückhält, wer gibt dem Beschenkten das Recht, auch die Nebenforderung gegen diesen sich beizulegen? Selbst beim Verkaufe der Forderung (macht L. 23. D. de her. vel act. vend. in dieser Beziehung den Vorbehalt „nisi aliud actum fuerit“, und aliud actum esse würde in jenem Fall unbedenklich behauptet und so auch das Verlangen der Auslieferung des Bürgscheins vom Gläubiger mit Fug abgelehnt werden können.

Der Art. 156. sagt nicht genau: „Der Schuldner könne sich gegen den neuen Gläubiger aller Einreden bedienen, welche ihm bereits vor Empfang der Anzeige gegen den Abtretenden zu stande“. Es kommt nur darauf an, ob die rechtliche Begründung der Einreden schon in jene Zeit fällt, und andererseits, ob sie auch jetzt noch gegen den selbst klagenden Cedenten zu stande. Der Schuldner z. B., dem unter Bedingung die Schuld erlassen war, hat pendente conditione eine dilatorische Einrede gegen den Gläubiger, nach der Abtretung existente conditione gegen den Cessionar eine peremptorische, deficiente conditione keine mehr. Ich hatte übrigens noch die Bestimmung aufgenommen, daß der Schuldner, welcher nach Bezahlung der Schuld die Schulduurkunde in den Händen des Gläubigers zurückgelassen habe, ohne daß in derselben die Zahlung vorgemerkt wurde, dem späteren redlichen Erwerber die Einrede der Zahlung nicht wirksam entgegensetzen könne. Diese Bestimmung würde der Sicherheit des Verkehrs dienlich sein. Sie würde freilich eine Art von Amortisationsverfahren nothwendig machen, wenn der Gläubiger bei Empfangnahme der Zahlung nicht im Stande ist, den Schuldbrief auszuantworten. Da aber nach Art. 175, 176. in Uebereinstimmung mit dem österr. Gesetzb. §. 1426., bei vollständiger Tilgung der Schuldner die Rückgabe des Schuldscheins fordern und, wenn der Gläubiger dessen Verlust behauptet, verlangen kann, daß derselbe die Erlöschung des Schuldscheins urkundlich erkläre, beziehungs-

weise die Kraftloserklärung der öffentlichen Urkunde erwirke, so mag dem Schuldner, der dieß unterlassen hat, nicht unbillig jene Folge seiner Unterlassung aufgebürdet werden.

Was das Gegenstück der Cession, die Schuldübernahme, betrifft, so kommt Lang S. 107 fg. nach Vergleichung der drei Entwürfe zu dem Schlussergebniß: da Legislation und Theorie bis zur Stunde nicht zu einer übereinstimmenden Auffassung der Schuldübernahme zu gelangen wußten, so sei es gerathen, sich an das noch geltende Recht anzuschließen und sofern dieß nicht im Stande sei, eine Schuldübernahme zu begründen, sich mit einem Surrogat (Novation und Correalobligation) zu begnügen. Ich bin nicht dieser Meinung, erachte vielmehr hier gerade den Fall für gegeben, wo die Gesetzgebung der unsicher schwankenden Theorie zu Hülfe kommen soll. Mir scheint auch die Art, wie dieß der B. G. thut, nicht verwerflich. Lang findet eine Schwäche der Auffassung desselben darin, daß zur Singularsuccession in die Schuld die Mitwirkung des Gläubigers nothwendig sei, was dem Begriff der Singularsuccession fremd erscheine. Allein daß die bloße Schuldübernahme den bisherigen Schuldner dem Gläubiger gegenüber ohne dessen Zustimmung befreie, das kann ja die Gesetzgebung nie wollen; daß aber diese Befreiung nach Art. 161. eintritt, wenn der Gläubiger nach Art. 160. den Willen kund gibt, sich an den Uebernehmer als seinen (neuen) Schuldner zu halten, dagegen ist nichts zu erinnern. Wie die Theorie sich dieß construirt, ob sie mit Grund Anstand nehme, das eine Singularsuccession in die Schuld zu nennen, das ist für die Gesetzgebung von keinem Belang; ich sehe aber auch keinen Grund dagegen, da der Uebernehmer vollständig in die Schuldverbindlichkeit eintritt, ohne sich unmittelbar dem Gläubiger verpflichtet zu haben und der Art. 161. nur eine Voraussetzung, unter welcher dieß geschehe und ohne welche es überall nicht geschehen kann, statuiert. Auch was Lang als eine zweite Schwäche bezeichnet, daß nach Art. 163. diese Succession nicht durch sich selbst ein Eintreten in die Schuld enthalte, wie sie war, indem sie ihre sichernden Accessorien verliere, kann ich nicht als solche erkennen. Daß Bürgschaften und an Sachen dritter Personen bestellte Pfandrechte nicht wohl ohne Einverständnis der Bürgen oder Pfandeigenthümer für den neuen Schuldner haftbar erklärt werden können, gibt Lang selbst zu; will der Gläubiger auf diese sichernden Accessorien nicht verzichten, so mag er sich nach Art. 160. versehen. Aber ich kann auch nicht einsehen, wie in dem Aufhören der vom Schuldner selbst bestellten Pfandrechte eine Abschwächung des Successionsbegriffs zu finden wäre; in die Schuldverbindlichkeit tritt

ja der Uebernehmer vollständig ein, ob die Pfandrechte aufhören oder fortbestehen, ja im ersten Fall so zu sagen noch vollständiger als im zweiten, und die Pfandrechte sind nicht Accessorien der Schuld, sondern der Forderung; in Rücksicht der Forderung aber ist hier überall nicht von Succession zu reden. Zudem kann ja, wie wir gesehen haben, auch die Abtretung der Hauptforderung ohne die sichernden Accessorien derselben stattfinden, und bewirkt dann doch nicht weniger wie sonst eine Singularsuccession in jene; warum sollte es den Begriff der Singularsuccession in die Schuld beeinträchtigen, daß die Accessorien der entsprechenden Forderung aufhören? Es kann also nur die Frage sein, ob die Befreiung auch der vom Schuldner selbst bestellten Pfänder in der Regel der Intention des Geschäfts entsprechend zu halten sei? Wenn man mit den Motiven S. 103. diese Frage bejaht, so ist es doch keineswegs als inconsequent zu tadeln, davon eine Ausnahme zu machen, für den Fall, daß der Schuldübernehmer zugleich das Eigenthum der Pfandsache von dem bisherigen Schuldner erwirkt. Dieser Fall ist, wie ich glaube, gerade derjenige, in welchem eine Schuldübernahme in der Praxis am häufigsten vorkommt; der Erwerb des Eigenthums ist dabei in der Regel die Hauptsache, die Uebernahme der Schulden eine Nebenberedung; dabei aber liegt es sehr nahe, anzunehmen, daß die Schulden eben als Pfandschulden mit dem Erwerbgegenstande übernommen werden sollen, unter welcher Voraussetzung auch in den meisten Fällen nur die Einwilligung des Gläubigers zu der Schuldübernahme zu erwarten ist. Es ist ein ganz nichtiger Einwand dagegen, daß die Erwerbung des Pfandgegenstandes durch den Uebernehmer für den Gläubiger lediglich *inter alios acta* sei; denn das ist, so lange der letzte nicht einwilligt, auch die Schuldübernahme selbst; entscheidend aber ist *quid actum sit* zwischen dem Schuldner und dem Schuldübernehmer, und zu welchem Actum dieser beiden nur noch die Einwilligung des Gläubigers erwartet wird.

Das vierte Hauptstück des B. G. („Aufhebung der Schuldverhältnisse“ Art. 164—219.) wird vom Verf. wieder als „im Ganzen sehr befriedigend“ gerühmt; „die Darstellung ist präciser als im S. G., und wo eine Differenz mit dem S. G. stattfindet, da ist der B. G. vorzuziehen“. Ich stimme diesem Urtheil bei und beschränke mich, was das Einzelne betrifft, auf folgende Bemerkungen:

Zu Art. 171. Abs. 3. („die Kosten der Quittung hat der Schuldner zu tragen“) macht der Verf. die richtige Bemerkung, es sei davon doch eine Ausnahme zu machen, so weit die Kosten durch den Gläubiger veranlaßt werden, z. B. weil er Schreibens unfundig ist, ferner es sollte

daran erinnert werden, daß, wo eine Quittung an eine öffentliche Behörde ausgestellt wird, die Kosten des Stempelpapiers, worauf die Quittung zu schreiben ist, den Gläubiger treffen. Die letzte Bemerkung wäre noch von weitergreifender Bedeutung für Oesterreich, wo auch jede Privatquittung mit einer Stempelmarke versehen sein soll. Mir scheint es zudem unrichtig, daß hierbei gar keine Rücksicht genommen wird auf die Natur des Schuldverhältnisses. Soll denn auch derjenige, welcher in Folge eines Schenkungsversprechens zahlt, die Kosten der Quittung tragen? Ein Entwurf von Feuerbach hatte auch noch ausdrücklich die Verpflichtung zu erneuter Quittungs-Ausstellung anerkannt, falls die erste abgängig geworden, deren Kosten natürlich jedenfalls dem Schuldner zufallen würden.

Nach Art. 172. kann, wie Lang S. 115 sagt, „von der in Bayern ohnedieß schon aufgehobenen *exceptio non numeratæ pecuniæ* gegen eine Quittung nicht mehr die Rede sein“. Das ist doch wohl zu stark ausgedrückt. Ungeachtet des betreffenden Gesetzes wird es in Bayern noch oft genug vorkommen, daß eine Quittung in Erwartung der alsbald erfolgenden Zahlung dem Schuldner zugestellt wird. Daß dieß der Fall und die Zahlung darauf nicht wirklich geleistet sei, kann als indirecter Gegenbeweis gegen die Quittung nicht ausgeschlossen werden. Nur die Suspension der Beweiskraft der Quittung, die übrigens Bähr bekanntlich auch für das römische Recht bestreitet, ist es was mit Recht beseitigt wird, nicht die Möglichkeit jenes Gegenbeweises, für welchen nur der Eidesantrag nicht als Beweismittel zugelassen werden mag. Der Entwurf zu dem Gesetze vom 26. März 1859, welches nach den Motiven S. 105 „durch Art. 172. einen bestätigenden Ausdruck gefunden“, hatte in diesem Sinn zwei Artikel aufgenommen, welche ausdrücklich, nur mit Ausschließung der Eideszuschiebung und des Ergänzungsoides, den Gegenbeweis wie die Zurückforderung der Quittung (beziehungsweise des Schuldscheins) wegen Nichtempfangs des Geldes vorbehielten. Diese sind in Folge der betreffenden Kammerverhandlungen in dem Gesetze weggelassen, aber keineswegs in der Absicht, das eine oder andere ganz auszuschließen, vielmehr mit dem Bewußtsein, daß darnach in Beziehung auf die in jenen Artikeln des Entwurfs behandelten Fragen die Sache ganz in demselben Stadium bleibe, in welchem sie bis dahin gestanden: „Niemand wolle den Gegenbeweis gegen Schuldscheine und Quittungen im Allgemeinen versagen, niemand dem Aussteller die *querela non numeratæ vel non solutæ pecuniæ* entziehen, als eine Unterart der *condictio sine causa*“ (vgl. Zink in Dollmann's Gesetzgebung des Königreichs

Bayern Thl. I. Bd. III. S. 272 fg. 277). So nur ist denn auch der Art. 172. zu verstehen, wie schon der Ausdruck desselben („die Beweis- kraft der Quittung beginnt von da an, wo dieselbe dem Zahlenden be- händigt ist“), dann die Vergleichung mit Art. 212. ergibt, nach welchem letzten die Einhändigung der Quittung (der schriftlichen „Erklärung des Gläubigers, daß er seine Befriedigung erhalten habe“) die Befreiung des Schuldners bewirkt, die Wirkung „einer solchen Entlastung“ aber durch den Nachweis entkräftet werden kann, daß dieselbe in der irrigen Voraussetzung eines besondern Tilgungsgrundes ertheilt worden sei oder daß ein anderer Rückforderungsgrund nach Maßgabe der Art. 925—939. bestehe. Befriedigend jedoch kann ich die beiden Art. 172. und 212. nicht nennen, weder dem Ausdruck noch dem Inhalt nach. Vorerst nach Art. 172. könnte man, streng genommen, behaupten, der Schuldner, der die Quittung producirt, müsse zudem noch beweisen, daß sie ihm „behändigt“, nicht auf andere Weise als durch Zustellung des Gläubigers in seinen Besitz gekommen sei. Gewiß aber ist der Entwurf weit ent- fernt, etwas so Unpraktisches festzusetzen. Sodann: der Art. 172. spricht von der Beweis- kraft der Quittung; dem Art. 212. aber liegt die An- schauung zum Grunde, daß die Einhändigung der Quittung an sich, ohne Rücksicht auf die Wahrheit des darin bezeugten Zahlungsempfangs, die Entlastung (Liberation) des Schuldners bewirke. Es besteht also zwischen Art. 172. und 212. eine ähnliche Differenz, wie sie lang in Art. 21. zwischen Abs. 1. und Abs. 2. gerügt. Nach Art. 172. ist es indirecter Gegenbeweis gegen den Inhalt der Urkunde, wenn der klagende Gläubiger gegen die durch Quittung belegte Zahlungseinrede des Schuld- ners darthut, daß er die Quittung in Erwartung der Zahlung hin- gegeben habe, die dann nicht erfolgt sei. Nach Art. 212. ist dieses Vorgehen *Replicatio* gegen die aus der Einhändigung der Quittung ab- geleitete Einrede der Schuldbefreiung. Nach Art. 212. hat der Gläubiger in diesem Fall eine Rückforderung wegen Nichteintritts der Voraussetzung gemäß Art. 925., und zwar eine Rückforderung der Bereicherung, die dem Schuldner durch die ihm nach Art. 212. gewordene Schuldbefreiung zugekommen ist; nach Art. 172. hat er nur als das *datum ob causam futuram causa non secuta* die Quittung zurückzufordern, deren Besitz an sich kaum eine Bereicherung genannt werden mag. Von welcher Grundanschauung aber auch man ausgehe, jedenfalls darf nicht über- sehen werden, daß im Leben sehr häufig die Ausstellung einer Quittung nur die Form ist, in welcher eine Schuldbefreiung aus anderem Grunde als durch Zahlung gewährt oder anerkannt wird. Wie nach Art. 21.

die sogenannte *cautio indiscreta*, so wird nach Art. 212. mit Recht die schriftliche Erklärung, daß die Schuld getilgt sei, mit oder ohne Bezeichnung des Tilgungsgrundes für wirksam erklärt. Wegen jenes so häufigen Gebrauches darf aber auch gegen die Quittung, die als Tilgungsgrund die Zahlung angibt, nicht das allein, daß die Zahlung dennoch nicht geschehen, als Gegenbeweis zugelassen und so dem im Besitz der Quittung befindlichen Schuldner der Beweis zugewälzt werden, daß ein und welcher andere Tilgungsgrund der Forderung vorliege. Der Gläubiger muß also — von anderen Anfechtungsgründen abgesehen — behaupten und beweisen, daß dem Schuldner die Quittung vor wirklicher Zahlung und in Erwartung derselben zugestellt sei. Die Zulässigkeit dieses Einwandes und Beweises aber dürfte durch das Gesetz füglich auf eine gewisse Zeitfrist beschränkt werden, da er durch den Zeitverlauf von selbst an Glaubwürdigkeit verliert und es meistens nur einer groben Nachlässigkeit des Gläubigers zuzuschreiben ist, wenn die Quittung nicht zeitig zurückgefordert worden ist. In diesem Sinn hatte ich in meinem Entwurf folgende §§. aufgenommen: „Eine vom Gläubiger ausgestellte schriftliche Bescheinigung des Zahlungsempfanges (Quittung) gibt sofort vollen Beweis. Wenn jedoch dargethan wird, daß die Quittung dem Schuldner nur in Erwartung der Zahlung übergeben worden oder dem Gläubiger wider seinen Willen entkommen sei, so muß der Schuldner anderweitig die Zahlung beweisen“. — „Nach Ablauf von sechs Monaten seit dem Datum der Quittung oder, wenn sie ohne Datum ist, seit dem sonst erweislichen Tage ihrer Uebergabe an den Schuldner, ist gegen dieselbe die Einrede der nicht geleisteten Zahlung nicht mehr zulässig, sie möchte denn durch eine vom Schuldner ausgestellte Gegenurkunde (Revers) bewiesen werden“. — „Gegen eine öffentliche Urkunde, worin die Schuldzahlung als in Gegenwart der beglaubigenden Behörde geschehen bezeugt wird, findet die Einrede der nicht geleisteten Zahlung nur insofern statt, als durch ein strafrechtliches Urtheil die Fälschung der fraglichen Urkunde festgestellt ist“.

Der Art. 179. Abs. 2. bestimmt in Beziehung auf die gerichtliche Hinterlegung, die der Schuldner nach Abs. 1. zurücknehmen kann: „Im Fall der Zurücknahme lebt die Verbindlichkeit vollständig sammt den Bürgschaften und Pfandrechten wieder auf“, womit der H. C. und der S. C. übereinstimmen, und woran auch Unger, der sonst hier den S. C. mehrfach tadelt, keinen Anstoß genommen hat. Lang aber findet darin einen directen Widerspruch mit Art. 178., wornach die Hinterlegung wirkt wie die Zahlung, also die Schuld tilgt. Er findet es durchaus

nicht zu rechtfertigen, daß der Schuldner durch seine Willkür die erloschenen Bürgschaften und Pfandrechte an fremden Sachen wieder ins Leben rufen könne. Allein darf sich Lang nicht mit den hieher gehörigen Artikeln, mit einziger Ausnahme des Art. 179. Abs. 2., einverstanden erklären, dann muß er sich auch gegen Art. 179. Abs. 1. erklären, d. h. die Zurücknahme des Hinterlegten, auch so lange es „noch nicht an den Gläubiger gelangt und nicht bereits die für die Schuld bestellte Hypothek gelöst oder die für dieselbe hinterlegte Caution zurückgegeben ist“, schlechthin ausschließen. Denn das ist doch noch viel weniger zu rechtfertigen, daß der Schuldner durch seine Willkür dem Gläubiger, ohne daß dieser befriedigt ist, die sichernden Accessorien der Forderung entziehen könne, indem er durch gerichtliche Hinterlegung die Schuld vorübergehend tilgt und dann das Hinterlegte wieder zurücknimmt. Hier würde der Gläubiger ohne Recht gefährdet; dort erleiden Bürgen und Pfandeigenthümer keine Verkürzung; sie werden nur in die frühere Lage zurückversetzt, die ohne ihr Zuthun in widerruflicher Weise zu ihren Gunsten verändert war. Nur dann, wenn der Gläubiger durch mora accipiendi die Hinterlegung veranlaßt hat, läßt sich die definitive Befreiung der Bürgen und Pfänder allenfalls rechtfertigen und wohl auch nach gemeinem Rechte behaupten (L. 19. Cod. de usur.); in andern Fällen würde gemäß der in dieser Stelle in Bezug genommenen Formula der Pfandklage nach Zurücknahme des Hinterlegten die Abweisung der Pfandklage nicht begründet sein, weil alsdann *nec soluta pecunia nec eo nomine satisfactum est, neque per creditorem stetit, quominus solvatur.*

Eine principielle Opposition macht unser Verf. gegen den B. C. und zugleich gegen den H. C. und S. C. in Betreff der Schuldumwandlung (Art. 197,—208.). Von der Ansicht ausgehend, daß im Begriff der Novation die Umwandlung der bestehenden Obligation in eine neue Formalobligation ein wesentliches Moment bilde, spricht er der Schuldumwandlung im Sinne des B. C. ohne Veränderung der Subjecte jedes Interesse ab; was aber die Schuldumwandlung mit Veränderung der Subjecte betrifft, so will er, nachdem B. C. bereits eine Forderungsübertragung und eine Schuldübernahme in den Art. 145. fg. und 159. fg. construirt habe, „ein praktisches Bedürfnis für noch eine Forderungsübertragung und noch eine Schuldübernahme (Art. 198. Nr. 2, 3)“ nicht anerkennen. Nur unter Benützung moderner Formalcontracte, namentlich des Wechsels und grundversicherter Forderungen, hält er mit Keller, Pand. S. 538, den Novationsbegriff noch verwendbar, und wäre wohl

auch geneigt, nach Art. 21. in der Ausstellung eines Schuldscheins eine wahre Novation anzuerkennen. Ich kann mich dieser Opposition nicht anschließen. Vorerst, was den Fall einer Veränderung der Subjecte betrifft, so ist es allerdings möglich, daß eine Forderungsübertragung oder Schuldübernahme nach den erst angeführten Artikeln eine Schuldumwandlung im Sinne des Art. 198. nach sich zieht, wenn nämlich der alte Schuldner dem Cessionar oder der Schuldübernehmer dem bisherigen Gläubiger persönlich sich verpflichtet, in der Intention, daß das alte Schuldverhältniß gänzlich gelöst werde. Allein beide unterscheiden sich doch dadurch von der Novation, daß die eine den Schuldner schon ganz ohne seine Zuthun und ohne seine Einwilligung dem Cessionar, die andere den Schuldübernehmer dem bisherigen Gläubiger, auch ohne daß er diesem gegenüber seinen Verpflichtungswillen erklärt, haftbar macht, daß ferner, ebenfalls ohne ein neues Verpflichtungsgeschäft zwischen dem bisherigen Schuldner und dem neuen Gläubiger oder dem neuen Schuldner und dem bisherigen Gläubiger, die Cession durch die hinzukommende Anzeige den Schuldner von dem bisherigen Gläubiger, die Schuldübernahme durch das hinzukommende irgendwie an den Tag gelegte Einverständniß des Gläubigers von diesem den bisherigen Schuldner befreit. Es ist also nur zuzugeben, daß man allenfalls auch die Cession und die Schuldübernahme unter den Begriff der Schuldumwandlung stellen könnte, insofern auch in Folge derselben ein neuer Gläubiger oder ein neuer Schuldner an die Stelle des bisherigen gesetzt wird, ohne daß aber die wesentliche Verschiedenheit der genannten Fälle verkannt werden könnte. Und bei der Cession, insofern sie sich auch auf die Accessorien der Forderung erstreckt, wird man auch, wenn der debitor cessus nachher dem Cessionar gegenüber seine Verbindlichkeit anerkennt, nicht den Untergang der Accessorien annehmen können, der bei einem animo novandi mit dem neuen Schuldner vorgenommenen Verpflichtungsgeschäft als regelmäßige, nur durch ausdrückliche Uebertragung derselben auf die neue Forderung auszufließende Folge eintritt (Art. 202.). Die Schuldumwandlung ohne Aenderung der Subjecte und zugleich auch ohne Aenderung des Inhalts dagegen entbehrt allerdings bei uns des praktischen Interesses, insofern das Eigenthümliche der nach römischem Recht dadurch begründeten *ex stipulatu actio* für uns weggefallen ist; sie wird nur insofern noch praktisches Interesse gewinnen, als sich darin eine Anerkennung des früher bestandenen Schuldverhältnisses ausspricht oder die neue Schuldforderung als grundversicherte oder Wechselforderung einen eigenthümlichen Charakter erhält. Und was die Schuldumwandlung ohne Aenderung

der Subjecte, aber mit Aenderung des Inhalts betrifft, so könnte man immerhin sich damit zufrieden geben, darin eine Combination von aufhebendem und begründendem Vertrag zu erkennen. Aber es ist doch keineswegs unbedeutend, daß hier das eine und das andere Element in einem Vertrage vereinigt und in innige Verbindung mit einander gebracht ist, und es scheint mir daher auch in dieser Beziehung nicht gerechtfertigt, einen hergebrachten und allbekannten Begriff, der eben dieses ausdrückt, einfach aufzugeben oder außer Acht zu lassen.

Sind wir im Vorstehenden einem gegen alle drei Entwürfe gerichteten Tadel des Verf. entgegengetreten, so müssen wir einem andern, den Nachlaßvertrag betreffend, beistimmen. Der B. G. (Art. 209.) definiert ihn als vollkommen schuldbefreienden Verzicht auf die Forderung, und bestimmt daher in Art. 211., daß der dem Hauptschuldner gewährte Nachlaß zugleich dem Bürgen zu statten komme; eines pactum de non petendo von beschränkterer Wirkung erwähnt er, eben so wie der H. G. und S. G., nicht. Mit vollem Recht bemerkt aber Lang S. 123, daß die Parteien auch heutzutage noch die freie Wahl haben müssen, „zwischen der absoluten und substantiellen Wirkung der Acceptilation einerseits und der relativen und subjectiven Wirkung des pactum de non petendo in allen seinen Gradationen andererseits“; es kommt nur heutzutage nicht mehr auf die Form, sondern auf den Willen der Parteien an. Dieß erkennt auch der B. G. Art. 232. in Beziehung auf die Wirkung des Nachlaßvertrags mit einem Gesamtschuldner an. Man kann auch nicht sagen, daß es im Art. 209. und 211. verkannt werde; denn die erklärte „Verzichtleistung auf die Forderung“ ist man gewiß berechtigt als einen Erlaß der Schuldverbindlichkeit anzusehen, der auch dem Bürgen zu statten kommen muß, und man würde daher, wenn dem Hauptschuldner nur zugesagt ist, daß gegen ihn nicht geklagt werden solle, ungeachtet des Art. 211., behaupten können, daß der Bürge, wo nicht Art. 874. im Wege steht, gleichwohl belangt werden könne. Aber es ist doch ein Mangel, daß eines Verzichts auf die Geltendmachung der Forderung mit beschränkter Wirkung, ebenso wie eines Stundungsvertrags (pactum de non petendo in tempus) nicht erwähnt wird. Es müssen zwar nicht, wie Lang sagt, aber es könnten doch Zweifel daraus entstehen, ob das Nichterwähnte gar ausgeschlossen sein solle. Ich halte daher jetzt noch nicht für unpassend eine Bestimmung, wie ich sie in meinem Entwurf aufgenommen hatte, des Inhalts: „Wenn der Gläubiger zu Gunsten des Schuldners ohne Vorbehalt auf seine Klage verzichtet, so ist dieß im Zweifel als vollständiger Schuldverlaß anzusehen. Beschränkt

sich aber die Absicht darauf, nur die Klage auszuschließen, so kann die Forderung immer noch zur Ausgleichung mit andern Forderungen benutzt werden und ist die Rückforderung des Gezahlten ausgeschlossen“. Ein Mangel ist es auch, daß nichts gesagt wird über die Wirkung eines dem Bürgen gewährten Nachlasses auf den Hauptschuldner. Nach römischem Recht tilgte die *Acceptilatio* mit dem Bürgen *ipso jure* zugleich die Hauptschuld (L. 13. §. 7. D. de *acceptilat.* 64. 4.); auch nach heutigem Recht muß es als möglich zugelassen werden, daß dem Bürgen die Schuld erlassen werde mit gleicher Wirkung, als ob er gezahlt hätte, und unrichtig wäre es, die Wirkung dieses Erlassvertrags für den Hauptschuldner nur unter dem Gesichtspunkt aufzufassen, als ob er in Vertretung desselben durch den Bürgen zugleich für jenen geschlossen sei. Ungegründet dagegen ist es, wenn Lang S. 126 eine Bestimmung über die Wirkung der Wiederaufhebung eines Nachlassvertrags auf die Bürgschaft vermißt. Aus Art. 211., vgl. mit Art. 887., ergibt sich von selbst, was L. 62. D. de *pact.* ausspricht, daß die Wirkung des dem Hauptschuldner gewährten Erlasses für den Bürgen nicht durch Willkür des ersten wieder beseitigt werden kann; und was Art. 887. Abs. 2. aussagt, daß der Verzicht des Hauptschuldners auf ihm zustehende Einreden gegen die Bürgen nicht wirksam sei, ist unbedenklich auch auf den Fall zu beziehen, wenn der Hauptschuldner die durch Erlassvertrag erworbene Einrede durch Wiederaufhebung des Vertrags sich wieder entzogen hat.

Eigenthümlich ist dem V. G., daß er zum Erlaß der Schuld schriftliche Erklärung des Gläubigers erfordert (Art. 210.). Mit Recht wird dieß von Lang getadelt. Eporbitant erscheint diese Vorschrift vollends, wenn der Gläubiger Schreibens unfähig ist, nach Th. 1. Art. 16. Wenn dieselbe noch auf Schenkung durch Schuldverlaß beschränkt würde! entsprechend dem Art. 97. in Th. 1.; aber diesem kann ja auch eine andere *Causa* als der *animus donandi* zu Grunde liegen. Und selbst bei Schenkung von geringen Schuldbeträgen wird sich jenes Erforderniß schwerlich als praktisch angemessen erweisen. Gut ist es dabei, daß nach der Schlußbestimmung dieses Hauptstücks (Art. 219.) die Zurückgabe oder Vernichtung des Schuldscheins jedenfalls genügt, die Vermuthung zu begründen, daß die Schuld erloschen sei, ohne daß dabei das *Wie?* und *Wodurch?* weiter in Frage kommt, und daß denn auch, wie Art. 210. ausdrücklich vorbehält, auf diese Weise ein Nachlaß, aus welchem Grunde immer, ohne andere Form gewährt werden kann. Gegen die dem Art. 219. entsprechende Bestimmung des S. G. sind zwar von Unger

Einwendungen erhoben worden; mir scheint aber dieselbe sowohl an sich gerechtfertigt als dem bisherigen gemeinen Rechte entsprechend.

Den Schluß des allgemeinen Theils des Obligationenrechtes macht ein fünftes Hauptstück, mit der Ueberschrift: „Beziehung des Schuldverhältnisses auf mehrere Personen und Gegenstände“. Den Anstoß dazu hat vermuthlich die von Fitting durchgeführte Vergleichung der correalen und alternativen Obligationen gegeben. Eine gewisse Verwandtschaft zwischen beiden ist auch unverkennbar, wengleich die von diesem Gesichtspunkt unternommene Zeichnung des Wesens der Correalobligationen nicht durchaus befriedigend befunden worden ist. Ich liebe aber überhaupt in einem Gesetzbuche nicht unnöthige Abtheilungen und Unterabtheilungen, die demselben nur etwas mehr äußerlichen Schein systematischer Anordnung geben, und würde es daher vorziehen, die beiden Abtheilungen dieses Hauptstücks einfach als fünftes und sechstes Hauptstück zu bezeichnen, umsomehr, da die gemeinsame Ueberschrift desselben nicht glücklich gewählt ist; denn ein „Schuldverhältniß“ bezieht sich seiner Natur nach immer auf mehrere Personen, nämlich wenigstens auf zwei (Art. 1.), und das „mehrere“ in jener Ueberschrift eben als Gegensatz zu Art. 1. hinzustellen, ist nicht absonderlich systematisch. Daß aber überhaupt dieser Gegenstand in besonderen Abschnitten am Schluß des allgemeinen Obligationenrechtes abgehandelt wird, das scheint mir wohl passend. Das Wesen der Gesamtschuldverhältnisse und der alternativen Obligationen erweist sich fast in Ansehung aller Grundsätze des allgemeinen Obligationenrechtes einflußreich, und ist es daher zweckmäßig diese voranzuschicken, um alsdann die Eigenthümlichkeit jener in allen Beziehungen klarer hervortreten zu lassen. Mit Recht bemerkt übrigens Lang S. 133, daß der B. C. hier einiges vermissen lasse, namentlich eine Norm über die Conventionalstrafe, über die eintretende Unmöglichkeit der Leistung, über die Verantwortlichkeit für Culpa bei Gesamtschuldverhältnissen, worüber eine Bestimmung umsomehr zu wünschen wäre, da sie im gemeinen Recht streitig ist. Man kann zwar Art. 229. dahin beziehen („der Samtschuldner kann durch seine Handlungen die Verbindlichkeit der übrigen Samtschuldner nicht erschweren“), vgl. Rot. S. 117., aber dieser Art. ist ungenügend.

In der ersten Abtheilung nun, „Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern“, Art. 220—248., stellt der B. C., in Uebereinstimmung mit dem H. C. und S. C., als Regel voran, daß im Fall der Betheiligung mehrerer Gläubiger oder Schuldner bei einem Schuldverhältniß die Forderung oder Verbindlichkeit als getheilt anzusehen sei; mit Recht, obwohl

das Handelsgesetzbuch Art. 280. bei Handelsgeschäften solidarische Haftung als Regel annimmt. Von jener Regel erkennt dann Art. 221. zwei Ausnahmen an: 1) „wenn eine Sammtverbindlichkeit vorhanden ist“, 2) „wenn die Verbindlichkeit untheilbar ist“. Sprachlich bemerkenswerth ist, daß hier und in den folgenden Artikeln „Verbindlichkeit“, wie das römische Wort obligatio, sowohl im activen als passiven Sinn verstanden wird, obwohl dann Sammtforderung und Sammtschuld, Sammtgläubiger und Sammtschuldner unterschieden werden. Unbedingt zu billigen ist es, daß die untheilbare Obligatio nicht, wie im S. G., unter den Begriff des Gesamtschuldverhältnisses, sondern mit dem S. G. als eigenthümlicher Fall neben dieses gestellt, sodann, daß eine Unterscheidung zwischen correalen und anderen solidarischen Obligationen nicht gemacht wird, die ja auch in der Theorie des gemeinen Rechts noch immer ein Gegenstand des Streitigen ist. Beides billigt auch Lang S. 129 fg., warnt aber dabei vor dem Generalisiren dessen, was nur einzelnen Fällen solidarischer Obligatio eigenthümlich sei, und findet einen Verstoß dagegen namentlich in Art. 239., welcher den Regreß unter Gesamtschuldnern als Regel annimmt, während der S. G. §. 1068. das Gegentheil festsetzt. Mit Recht wird das eine und das andere mißbilligt unter Verweisung auf Unger's Bemerkungen zum S. G. I. S. 89. II. S. 26 fg. Angemessener ist es, wie Art. 240. bezüglich des Theilanspruches unter Gesammtgläubigern thut, so auch unter Gesamtschuldnern die Regreßfrage nur von dem unter diesen bestehenden besonderen Rechtsverhältnisse oder etwa besonderer gesetzlicher Bestimmung für einzelne Arten solidarischer Obligationen abhängig zu machen. Auch der von der Dresdener Conferenz angenommene Entwurf, welchen einzusehen mir Gelegenheit geboten wurde, fehlt m. G. in der Redaction des betreffenden Art. 39., indem er, dem S. G. sich anschließend, die Verneinung als Regel voranstellt und nur mit den Worten „ausgenommen wenn“ die Möglichkeit der Bejahung vorbehält. Wenn es dabei lediglich auf das unter den Gesammtgläubigern und Gesamtschuldnern bestehende Rechtsverhältniß ankommt, so liegt in der Natur des Gesamtschuldverhältnisses an sich kein Grund so wenig zur Verneinung wie zur Bejahung der vorliegenden Frage. Uebrigens werden die Einzelbestimmungen dieser Abtheilung mit Recht belobt, einige Artikel aber auch mit Fug beanstandet. So die „unnöthige“ Definition der untheilbaren Verbindlichkeit in Art. 241., welche jede Obligatio auf Thun oder Unterlassen für untheilbar erklärt; so der Art. 228. Abs. 2., wonach der Schuldner die ihm gegen den einen Gesammtgläubiger zustehende Forderung auch gegen

den anderen in Aufrechnung bringen kann, so weit dieser jenem das Empfangene herauszugeben hat, was den Schuldner nichts angeht, dem also der Artikel ein exorbitantes Recht geben würde, das Rechtsverhältniß des Klägers zu seinem Mitgläubiger in den gegenwärtigen Rechtsstreit mit herein zu ziehen; so ferner der Art. 233., welcher dem Nachlaßvertrag zwischen einem Gesamtgläubiger und dem Schuldner jede Wirkung gegen die übrigen Gläubiger abspricht, ausgenommen rücksichtlich des Antheils bei einer theilbaren Verbindlichkeit, welcher jenem gebührt hätte. Man begreift nicht, warum derjenige, welcher Zahlung des Ganzen verlangen und mit der Wirkung, daß die ganze Obligatio getilgt wird, empfangen kann, nicht auch ohne Zahlung mit gleicher Wirkung die Schuld soll erlassen können. Vollends auffallend ist, daß Art. 235. ausdrücklich auch auf den Fall des Vergleichs den Art. 233. anwendbar erklärt. Warum denn soll dem auf das Ganze klagenden Gläubiger die Möglichkeit entzogen sein, einen auf das Ganze gerichteten Vergleich abzuschließen, anstatt den Proceß bis zur executiven Zahlung durchzuführen? Wenn er sich als Preis für das Aufgeben der ganzen Forderung einen Vermögensvortheil einräumen läßt, so kann doch unmöglich nur den übrigen Gläubigern gestattet werden, die Forderung ihrerseits dennoch, die theilbare selbst nur zu ihrem Theil, noch geltend zu machen. Wäre dieß nicht ausgeschlossen, so müßte der Schuldner ein Thor sein, um sich auf einen solchen Vergleich einzulassen; er würde also durch Art. 235. daran verhindert einen Vergleich einzugehen, der sonst beiden Theilen, dem auf das Ganze klagenden Gläubiger, wie dem die Verurtheilung auf das Ganze besorgenden Schuldner, genehm wäre. Das Verhältniß des den Nachlaßvertrag oder Vergleich abschließenden Gläubigers zu seinen Mitgläubigern ist hierbei außer Betracht zu lassen; das geht den Schuldner nichts an, so wenig als es ihn angeht was der Gläubiger, dem er den ganzen Schuldbetrag zahlt, mit dem Empfangenen vornimmt. Es sollte also m. E. das Gesetzbuch auch bei der Gesamtsforderung, wie nach Art. 232. bei der Gesamtschuld, lediglich Inhalt und Absicht des Vertrags darüber entscheiden lassen, welche Wirkung dieser in Beziehung auf die übrigen Theilnehmer am Gesamtschuldverhältnisse äußere, ob die geringere des *pactum de non petendo*, ob die stärkere der *acceptilatio*.

Ein Punkt, in Ansehung dessen im römischen Recht ein Unterschied zwischen *correales* und anderen *solidarischen* Obligationen besteht, ist die Unterbrechung der Klageverjährung. Der B. C. Art. 238. generalisirt die betreffende Bestimmung Justinian's für alle Gesamtschuldverhältnisse

im Sinne des Entwurfes. Das Gegentheil setzt der S. C. §. 1027. fest, wonach die Unterbrechung der Verjährung bloß wirkt „zum Vortheil desjenigen Gesamtgläubigers, wobei sie sich ereignet hat, und bloß zum Nachtheil desjenigen Gesamtschuldners, gegen welchen sie eingetreten ist.“ Lang S. 138. entscheidet sich für das letzte. Der Grund aber, den er dafür aufführt, nämlich, daß jene römische Bestimmung Folge der objectiven Einheit der römischen Correalobligationen, daher nicht für andere solidarische Obligationen passend sei, ist wenig bedeutend; denn von einer objectiven Einheit kann man wohl auch bei diesen reden. Auch für Correalobligationen im engeren Sinne hat es erst einer Decision Justinian's bedurft, um jenen Satz zur Geltung zu bringen, und die ältere gemeinrechtliche Doctrin vor Ribbentrop hat keinen Anstand genommen, ihn auch auf andere solidarische Obligationen zu beziehen. Es ist also wohl eine Frage nicht der bloßen Consequenz aus einem so oder so formulirten Begriff, sondern lediglich der praktischen Angemessenheit, ob das eine oder andere als Regel anzunehmen sei; praktisch angemessen aber scheint es mir allerdings, z. B. denjenigen, dem die Gefahr der Verjährung seines aus gemeinschaftlichem Delict Mehrerer entstandenen Schadensanspruches droht, nicht zu nöthigen, daß er sofort gegen alle Mitschuldner Klage erhebe, um nicht die Möglichkeit, nöthigenfalls auch alle zur Zahlung heranzuziehen, zu verlieren.

Ueber die zweite Abtheilung dieses Hauptstücks, die Wahlverbindlichkeiten betreffend, Art. 249—263., verbreitet sich Lang ziemlich ausführlich S. 138—152., meistens billigend, einzelnes rügend. Ich beschränke mich darauf, zwei Punkte hervorzuheben. Für den Fall, daß der wahlberechtigte Gläubiger die gleichzeitig eingetretene Unmöglichkeit beider Leistungen verschuldet hat, gibt der B. C. Art. 257., abweichend vom H. C. und S. C., dem Schuldner die Wahl, für die eine oder andere Leistung Ersatz zu fordern, während im Fall successiv eingetretener Unmöglichkeit die zuerst unmöglich gemachte als vom Gläubiger gewählte angesehen wird, der Schuldner also nur für die zuletzt unmöglich gemachte Ersatz fordern kann. Nach den Mot. S. 123. ist der Grund für jene Entscheidung: daß im ersten Fall keine der Leistungen als vom Gläubiger gewählt angesehen werden kann; aber wie folgt denn daraus, daß nun der bisher nicht wahlberechtigte Schuldner zwischen dem Erfasse der einen und der anderen Leistung müsse wählen können? „Die Norm“, sagt daher Lang S. 145. mit Recht, „würden wir nicht zu begründen“. — Der Art. 260. des B. C. bestimmt in Uebereinstimmung mit dem S. C. §. 718 fg., daß der Wahlberechtigte die dem andern Theil einmal

erklärte Wahl nicht mehr ändern könne, während der *H. C.* Art. 29. in der Regel dem Schuldner bis zur vollendeten Erfüllung, dem Gläubiger bis zur Mittheilung der Klage ein Variationsrecht zuerkennt. Lang *S.* 147 fg. findet zwar die für jene „Beseitigung“ des Variationsrechts angeführten Gründe nicht zutreffend, erklärt sich aber dennoch „für die Aenderung des bestehenden Rechts, d. h. dahin, daß die Erklärung der getroffenen Wahl für die Wählenden bindend sei“. Neuerdings hat nun Demelius in der *Ztschr. für Civilrecht und Proc.* XVII. 2. darzuthun versucht, es sei schon nach römischem Recht als Regel anzunehmen, daß bei der Wahlverbindlichkeit die einstweilige Unbestimmtheit des Gegenstandes durch die erklärte Wahl des wahlberechtigten Schuldners oder Gläubigers beseitigt werde, wonach denn in der Bestimmung des *B. C.* und *S. C.* eine Aenderung des bestehenden Rechts gar nicht enthalten wäre. Indessen finde ich die für diese Ansicht angeführten Gründe nicht überzeugend, trete aber in der Sache selbst gleichwohl aus den von Lang angeführten Gründen den genannten Entwürfen insofern bei, daß im Zweifel die einmal erklärte Wahl als bindende angesehen werde.

17.

Civilgesetzgebung im Kirchenstaate.*

Während dem Einsender dieses im Winter 1834—35 das Glück gegönnt war, sich einige Monate in der ewigen Stadt aufhalten zu können, wurde gerade ein neues Gesetzbuch für den Kirchenstaat publicirt. Dieß veranlaßte ihn, seine Aufmerksamkeit auf den Zustand der Gesetzgebung dieses in seiner Art einzigen Staates zu lenken. Vielleicht ist es den Freunden dieser Zeitschrift, in welcher bisher von der päpstlichen Gesetzgebung noch nicht die Rede war, nicht unwillkommen, wenn ihnen im Folgenden einige Bemerkungen darüber mitgetheilt werden. Muß doch die Gesetzgebung dieses Staates schon wegen seines eigenthümlichen Charakters und seiner politischen Stellung in der heutigen europäischen Staatenwelt unsere Aufmerksamkeit in Anspruch nehmen, wengleich wir nicht erwarten mögen, für die Fortbildung der Gesetzgebung auf deutschem Standpunkte großen Gewinn daraus ziehen zu können.

* Der folgende Aufsatz erschien 1836 in d. *Ztschr. für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes* Bd. VIII. Nr. XII. *S.* 251—266. Demselben folgte in Bd. IX. derselben Zeitschrift ein längerer Aufsatz über die Civilproceßordnung für den Kirchenstaat v. J. 1834., den ich hier nicht aufnehme.

Nach der Wiederherstellung des Kirchenstaates im Jahr 1814 fand auch hier, wie in den meisten europäischen Staaten, über welche jene gewaltigen politischen Stürme zerstörend hingefahren waren, die Gesetzgebung ein reiches Feld für ihre Thätigkeit. Nachdem in dem Gebiete desselben größtentheils die gesammte französische Gesetzgebung eingeführt, nach Beendigung der französischen Herrschaft aber sofort wieder aufgehoben war, konnte man unmöglich dabei stehen bleiben, schlechtweg den früheren Rechtszustand wieder herzustellen; es machte sich unabweislich das Bedürfnis bedeutender Aenderungen in dem wiederhergestellten Rechte geltend. Die eigenthümlichen Verhältnisse des Kirchenstaates aber, und die ungeheure Verschiedenheit einer auf französischen Fuß eingerichteten Staats- und Rechtsverwaltung und der inneren Verfassung dieses geistlichen Staates, der seiner Natur nach möglichst das Bestehende festzuhalten sucht, insbesondere auch die größere Entfremdung und die besonderen Interessen der nördlichen Provinzen des Staates setzten der Ausführung einer durchgreifenden Gesetzgebung, wie man sie für nöthig hielt, die größten Schwierigkeiten entgegen, und es ist daher um so weniger zu verwundern, daß man bis jetzt noch immer mit Reformen in der Rechtsgesetzgebung beschäftigt und von jenem Ziele noch weit entfernt ist, wenn man bedenkt, wie langsam selbst in deutschen Staaten das Werk der nothwendig befundenen Revision der Gesetze voranschreitet.

Pius VII., dem die Geschichte einen ausgezeichneten Platz in der Reihe der Päpste anweisen wird, unterstützt von dem erfahrenen und staatsklugen Consalvi, faßte gleich nach der gesicherten Wiedererlangung seiner weltlichen Herrschaft den Plan einer umfassenden Gesetzgebung auf, indem er einerseits das Bedürfnis neuer gesetzgeberischer Anordnungen erkannte und andererseits den Zeitpunkt für sehr geeignet hielt, um eine größere Einfachheit und Uebereinstimmung in der Verwaltung und dem Rechtszustande der sonst so verschiedenartigen und in ihren alten Rechtsgewohnheiten und Statuten vor der französischen Herrschaft so vielfach von einander abweichenden Bestandtheile seines Staates herbeizuführen. Aber wohl einsehend, daß ein solches Werk mit aller Bedachtsamkeit und Vorsicht unternommen werden müsse, beschränkte er sich zunächst darauf, den dringendsten Anforderungen der Gegenwart durch provisorische Bestimmungen und Anordnungen zu entsprechen und den Weg zur Erreichung jenes Zieles zu bahnen. Zu diesem Zweck erließ er unter dem 5. Juli 1816 ein *Motu proprio: sull' organizzazione dell' amministrazione pubblica*, bestehend aus fünf Titeln: 1) organi-

sazione governativa; 2) organ. dei tribunali civili; 3) organ. dei tribunali criminali; 4) disposizioni legislative und 5) organ. delle comunità. Zugleich wurde auch ein regolamento sul sistema ipotecario publicirt.

Am Ende des dritten Titels §. 73. 74. jenes Gesetzes wurde einseitig bis zur Abfassung eines neuen Gesetzbuches das gemeine Recht anerkannt, in §. 75. aber die Anordnung besonderer Gesetzcommissionen für Civilrecht und Civilproceß, für Criminalrecht und Proceß, und für Handelsrecht vorgeschrieben. Im vierten Titel ist vor Allem zu bemerken, die Aufhebung aller Particularrechte, mit Ausnahme der auf den Landbau sich beziehenden Localstatuten und Gewohnheiten. Dadurch wollte man die zu erstrebende Einheit der Gesetzgebung nach dem Vorbild des verdrängten französischen Rechts vorbereiten oder vielmehr man wollte den durch die Einführung der französischen Gesetzbücher in dieser Beziehung gewährten Vortheil nicht wieder aus der Hand geben. Eben diese Aufhebung der Particularrechte machte aber sofort mehrere andere Bestimmungen nothwendig, indem man nicht in allen Punkten an die Stelle jener ohneweiters das gemeine Recht eintreten lassen konnte oder wollte. Dieß war namentlich der Fall mit der Intestaterbfolge, über welche daher anstatt der sehr von einander abweichenden Statuten in §§. 103 fg. eine vollständige Gesetzgebung aufgestellt wurde. Außerdem folgten noch Bestimmungen über Testamente, Schenkungen, Contracte der Minderjährigen und Frauen, und über Fideicommissie.

Das erste Resultat der in Folge jener Verordnung errichteten Gesetzcommissionen war eine neue Gerichtsordnung, welche durch motu proprio vom 22. November 1817 publicirt wurde. Das Publicationspatent erkennt zwar auch die Abfassung eines einfachen und verständlichen Civilgesetzbuches in den stärksten Ausdrücken als eine höchst wünschenswerthe Sache an¹; bemerkt aber, daß die Erfüllung dieses Wunsches noch eher Aufschub leiden könne, weil theils doch immer eine, wenngleich mangelhafte Gesetzgebung vorhanden sei, theils dem dringenden Bedürfniß in dieser Beziehung durch die provisorischen Bestimmungen des Motu proprio vom 6. Juli 1816 abgeholfen sei; daß dagegen die Abfassung einer neuen

¹ Die Klagen über die Verwirrung und Dunkelheit des Rechts lauten nicht minder trübselig, als man sie zu Zeiten auch in Deutschland über des gemeine Recht gehört hat: le norme di giudicare ovvolte presentemente nel pelago di una giurisprudenza, che la diversità dei costumi e dei rapporti sociali ha tanto allontanata dai savi antichi principj, che la varietà dei fonti, ai quali conviene attingerla, rende spesso così malagevole a rintracciare, che in ultimo la moltiplicità delle dispute, il conflitto delle opinioni e delle dottrine, la immensità dei volumi, nei quali è diffusa, e le stesse sottigliezze dei scrittori fa sì, che divenga di una incerta e luttuaggiante applicazione.

Proceßordnung befohlen worden, welche künftig als einzige Rechtsquelle für das Civilverfahren dienen und nach dem Willen des Gesetzgebers mit den besten befriedigendsten Eigenschaften begabt sein sollte². Das Project derselben war der Congregazione economica zur Prüfung vorgelegt und mit Berücksichtigung ihrer Vorschläge und Bemerkungen das nunmehr publicirte Gesetzbuch ausgearbeitet worden. Dasselbe entsprach jedoch keineswegs allen Anforderungen der Zeit; und da sowohl in diesem als in anderen Theilen des Rechts manche Veränderungen bald wieder dringend nothwendig erschienen, die Ausführung einer vollständigen neuen Gesetzgebung aber noch nicht sobald erwartet werden konnte, so wurden die beiden früheren Gesetzbücher Pius' VII. in einer neuen Redaction mit den nöthig befundenen Zusätzen und Abänderungen zu einem neuen Codex vereinigt und von Leo XII. am 5. Oct. 1824 publicirt. In der Zwischenzeit war indessen auch ein Handelsgesetzbuch von der dazu angeordneten Commission von Rechtsgelehrten und Kaufleuten zu Stande gebracht und durch Edict vom 1. Juni 1821 publicirt worden, und dieses machte nun noch neben dem neuen Codex Leo's XII. einen Theil des geltenden Rechts aus. Das Verlangen nach Verbesserungen in der Rechtsverwaltung war aber auch jetzt noch keineswegs beschwichtigt, wenn man auch auf die von Pius beabsichtigte umfassende Civilgesetzgebung, die ganz an die Stelle des gemeinen Rechts treten sollte, noch einstweilen Verzicht leisten mochte. Vorzüglich war es die verwickelte Jurisdiction der verschiedenen Gerichtshöfe und die ausgedehnte Competenz der höhern in Rom residirenden Gerichte, welche vor allen die entfernteren Legationen mit Unzufriedenheit erfüllte, um so mehr, als diese eine längere Zeit der unverkennbaren Wohlthaten einer einfacheren Gesetzgebung und Rechtspflege genossen hatten. Daher mußte der jetzt regierende Papst Gregor XVI., dessen Thronbesteigung gerade in die stürmische Zeit nach der französischen Juli-Revolution fiel, gleich von Anfang seiner Regierung an, wohl auf weitere Verbesserungen in der Justizpflege bedacht sein, welchen er das

² Der Codex sollte von der Art sein: che conservi la maggiore possibile uniformità dei methodi da osservarsi nell' ordine giudiziario; la maggiore brevità e semplicità conciliabile con la maturità dei giudizj; l'allontanamento di tutte le formalità inutili ed abusive; la piu facile intelligenza degli atti giudiziarij, onde i litiganti possino, senza il velo di clausole espresse in un linguaggio per lo più ad essi ignoto, conoscere lo stato e l'andamento dei loro affari; l'esclusione di quei privilegj. che lasciando in libertà di una delle parti la scelta dei giudici e dei tribunali intralciano e confondono la regolarità dei giudizj; la soppressione di quelle sottigliezze forensi, che aprono la strada agli artificj dei difensori di una delle parti, onde prolungare ed avviluppare i giudizj e ritardare a danno dell' altra l'adempimento delle obbligazioni ed il conseguimento dei suoi diritti; finalmente la certezza la piu positiva di forme, che senza violare, la coscienza dei giudici restringono al possibile il loro arbitrio, e secondano alla grande massima, che dichiara ottime quelle leggi, che attribuiscono il minimo possibile arbitrio ai giudici e ottimi quei giudici chi attribuiscono il minimo possibile arbitrio a loro stessi.

Interesse des Schatzes so weit möglich zum Opfer zu bringen sich bereit erklärte.

Durch Regolamenti vom 5. und 21. October 1831 wurden zuerst einige Veränderungen im Verhältniß der verschiedenen Gerichtshöfe und in der Art ihres Verfahrens eingeführt, und eine Umarbeitung der ganzen Proceßordnung dadurch vorbereitet, daß die Gerichtshöfe zur Mittheilung ihrer Zweifel und etwaiger Verbesserungsvorschläge aufgefordert wurden, welche dann schon vorläufig manche einzelne provisorische Gesetze hervorriefen.

Den hierauf gegründeten Arbeiten nun, mit welchen zugleich eine Revision der in dem Motu proprio von 1816 und 1824 enthaltenen civilrechtlichen Bestimmungen verbunden wurde, verdankt das Gesetzbuch seine Entstehung, daß unter dem Titel Regolamento legislativo e giudiziario durch Motu proprio vom 10. November 1834 bestätigt worden ist, und mit dem Anfange des Jahres 1835 Gesetzeskraft erhalten hat.

Wir wollen das Wichtigste daraus, was zur Charakterisirung des Ganzen und zur Bezeichnung des heutigen Standpunktes der päpstlichen Gesetzgebung geeignet scheint, mittheilen, und werden dann freilich finden, wie wenig auch dadurch noch den Ansprüchen, die wir an eine neue Gesetzgebung machen möchten und die wohl auch die Bewohner der Romagna daran machen, genügt worden ist.

Das Gesetzbuch besteht aus drei Theilen, nämlich: 1) della legislazione civile; 2) dell' ordinamento giudiziario oder von der Gerichtsverfassung, und 3) delle leggi di procedura, oder von dem gerichtlichen Verfahren in streitigen und nicht streitigen Sachen. Von den 1806 Paragraphen des ganzen Werks fallen 266 auf den ersten, 128 auf den zweiten und die übrigen auf den dritten Theil.

Der erste Theil „Della legislazione civile“, besteht aus acht Titeln:

1) Von den Gesetzen im Allgemeinen (§§. 1—4.).

Hier wird das gemeine Recht, so weit es nicht durch gegenwärtiges Gesetzbuch abgeändert worden, in derselben Weise, wie in den Gesetzen von Pius VII. und Leo XII., als fernere Norm für die Civilgerichte anerkannt³. — Es bleiben also fernerhin das corpus juris civilis und canonici und die päpstlichen Constitutionen unmittelbar praktische Rechtsquellen; das neue Gesetzbuch enthält nur einzelne Modificationen derselben. Die Localstatuten werden nur in der schon von Pius bestimmten

³ Le leggi del diritto commune, moderate secondo il diritto canonico e le costituzioni Apostoliche, continueranno ad essere la norma dei giudici civili in tutto ciò, che non viene altrimenti disposto in questo regolamento.

Beschränkung zugelassen. Das Handelsrecht von 1821 wird ausdrücklich bestätigt.

2) Von den Gesetzen, betreffend den Zustand der Personen (§§. 4—8.).

Volljährigkeit mit 21 Jahren, — Emancipation des volljährigen Sohnes durch Heirath und besondere Haushaltung. — Die sogenannten Statuta personalia (le leggi personali) des Domicils folgen der Person überall. — Ausländer können im Kirchenstaate Grundeigenthum und Erbschaften in demselben Maße erwerben, wie römische Unterthanen in dem betreffenden fremden Staate.

3) Von den Gesetzen, welche die Erbfolge (le successioni, Intestat-erbfolge) betreffen (§§. 9—32.).

Dieser Titel enthält viel Eigenthümliches. Im Mittelalter hatte sich auch in Italien und namentlich im Gebiete des Kirchenstaates überall ein Vorzug des Mannsstammes bei der Erbfolge geltend gemacht⁴, und auffallender Weise hat er sich dort als Regel länger erhalten als in Deutschland, wo erst das römische Recht die deutschen Rechtsansichten unterdrücken mußte. In den näheren Bestimmungen der Erbfolgeordnung weichen aber die verschiedenen Statutarrechte des Kirchenstaats eben so sehr von einander ab, als in Deutschland in dieser Beziehung die mannfaltigsten Modificationen gefunden wurden⁵. An die Stelle der Statute setzte Pius ein neues allgemeines Intestaterbrecht, und daran schließt sich der vorliegende Titel an, in welchem nur der Vorzug der Agnaten noch mehr beschränkt ist. Es werden nämlich a) in der absteigenden Linie die weiblichen Descendenten (Töchter, Enkelinnen) und deren Nachkommen durch die Descendenten im Mannsstamme von der Beerbung des Vaters, väterlichen Großvaters u. s. w.⁶ unbedingt ausgeschlossen. Erst wenn gar keine männliche Descendenten im Mannsstamme vorhanden sind, erben die Töchter und Enkelinnen, resp. deren Descendenten. Sonst können diese aus der väterlichen oder großväterlichen Erbschaft nur eine angemessene Heirathsgabe oder Ausstattung in Anspruch nehmen, die ihnen nach Vollendung des fünfundsanzwanzigsten Lebensjahres auch im Fall der Nichtverheirathung ausgeantwortet werden muß, wenn sie es nicht vorziehen, ferner die Alimente von den verpflichteten Erben zu beziehen. Die §§. 19—30. enthalten nähere Bestimmungen darüber, welche theils Sicherung der Töchter gegen Willkür der Erben, theils

⁴ Vergl. Statuta urbis Romae auctoritate Gregorii XIII. a Senatu populoque Rom. reformatata et edita. Rom. 1580. Lib. I. cap. 145. 146.

⁵ Das Gesetz vom Jahre 1816 spricht von einer »infinita varietà delle leggi statutarie, con le quali si trova a favore dei maschi agnati corretta la disposizione del gius commune«.

⁶ Del padre, dell' avo, o di altro ascendente maschio dell' agnazione.

Sicherung der Letzten gegen Verschleuderung der von ihnen gezahlten Heirathsgabe bezwecken, dabei aber viel Veranlassung zu richterlicher Willkür und Einmischung in die Familienverhältnisse geben müssen.

b) In der aufsteigenden Linie schließt der Vater, väterliche Großvater u. s. w. die übrigen Ascendenten von der Beerbung des Sohnes und der weiteren Descendenten im Mannsstamme völlig aus; nur die Mutter geht, wenn der Vater nicht mehr lebt, allen anderen Ascendenten vor (*luttuosa successione*) und theilt mit den Brüdern (*germani und consanguinei*) des verstorbenen Sohnes in capita.

c) In der Seitenlinie schließen die männlichen Agnaten bis zum dritten Grade römischer Computation einschließlich alle weiblichen und dem Weiberstamme angehörenden Verwandten von der Beerbung männlicher Verwandten aus, nur unter subsidiarischer Verpflichtung zur Dotation und Alimentation der ausgeschlossenen Weiber. Die Agnaten unter sich, natürlich ohne Unterschied zwischen vollbürtiger und halb-bürtiger Verwandtschaft, erben nach der Nähe des Grades, aber mit Beibehaltung des sogenannten Repräsentationsrechts der Bruder-Söhne⁷, so daß also der Oheim von Vater-Seite dem Bruder-Sohne nachsteht. Es concurriren damit auch nicht die weiblichen Ascendenten und Ascendenten mütterlicher Seite, denen nur ein Drittheil eines Drittheils der ganzen Erbschaft (*la terza parte della terza parte*) als legitima gebührt, wenn sie bloß durch jene Agnaten ausgeschlossen werden. Die anderen Ascendenten und beziehungsweise die Mutter (Nr. a) müssen aber nach den Bestimmungen des gemeinen Rechts mit Brüdern und Bruderkindern concurriren.

In allen andern Erbfällen, welche unter den obigen Bestimmungen nicht begriffen sind, also immer bei der Beerbung der Frauen, gelten die Grundsätze des neuesten justinianischen Rechts.

4) Von den Gesetzen über letzte Willensordnungen (§§. 33—37.).

Gemeines Recht. Mythisches Testament vor Notar und zwei Zeugen. Das *cap. cum esses* und *relatum* (*cap. 10. 11. X. de testamentis. III. 26.*) nur mehr in Hospitälern und bei Erkrankten in einsamen Orten (wo drei Miglien weit kein Notar zu finden ist), beziehungsweise für *piae causae* noch anwendbar⁸.

5) Von den Gesetzen über Fideicommissse (§§. 38—49.).

Sie sind in allen Formen als Majorat, Primogenitur u. s. w. und

⁷ Tra gli agnati — rimangono ferme le disposizioni del diritto commune, rispetto alla prerogativa dei gradi ed al diritto della rappresentazione.

⁸ Im Anhang ist eine Instruction von Benedict XIV. für die von Pfarrern aufzunehmenden Testamente abgedruckt.

ohne Beschränkung in Rücksicht der Dauer gestattet in Beziehung auf unbewegliche auch emphyteutische Güter, und als Zugabe derselben, jedoch nur unter der Zustimmung des Cardinal Camerlengo, auch wissenschaftliche und Kunstsammlungen und Kostbarkeiten im Werthe von wenigstens 3000 Scudi.

6) Von den Gesetzen über Contracte (§§. 50—59.).

Schenkungen über 500 Scudi bedürfen der Insinuation, und Verträge der Unmündigen, Minderjährigen und Interdicirten, ferner der Frauen, auch der großjährigen oder verheiratheten, bedürfen eines richterlichen Decretes zu ihrer Giltigkeit, und selbst der Eid kann den Mangel dieser gesetzlichen Formen nicht ersetzen. Frauen können, einige Fälle ausgenommen, nur die Hälfte ihrer Ausstattung (vgl. Tit. 3a) veräußern.

Es folgt hierauf

7) der bedeutendste Titel dieses ersten Theiles, von den Gesetzen über Privilegien und Hypotheken (§§. 60—257.).

Dieser Titel aber ist nur eine Umarbeitung des entsprechenden Titels des Code Napoléon, liv. III. tit. 18. art. 2092—2203; eine ganze Reihe von Paragraphen ist in wörtlicher Uebersetzung aus dem französischen Gesetzbuche aufgenommen; namentlich sind auch die Definitionen von Privileg und Hypothek wörtlich aus dem Code übertragen, nur mit der ungeschickten Abweichung, daß bei der Definition der Hypothek „L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles“ der den Begriff erst näher bestimmende Zusatz „affectés à l'aquittement d'une obligation“ ganz außer Acht gelassen und die Hypothek also nur als ein diritto reale costituito sopra beni immobili bezeichnet worden ist; eine Definition, die auf alle jura in re an unbeweglichen Sachen anwendbar ist. In der Anordnung finden sich zwar einige Abweichungen; auch kommen manche Modificationen der französischen Bestimmungen, Zusätze und nähere Erläuterungen vor; in der Hauptsache aber herrscht die größte Uebereinstimmung, wie aus folgender Vergleichung hervorgeht. Abschn. 7. Von den Privilegien. Cap. 1. Von den Privilegien im Allgemeinen. §§. 60—76., vgl. Code art. 2095, 2099, 2101, 2104, 2105 (diese drei Artikel sind bedeutend beschränkt worden), 2107, 2096, 2097. Cap. 2. Privilegien an beweglichen Sachen, §§. 77—82., vgl. Code art. 2102 in folgender Ordnung: 2^o, 3^o, 1^o, 4^o, 5^o, 6^o. Eingeschoben sind am ersten Plage ein Privileg für die Großhändler in Rom (mercanti ripali) in Betreff der an die römischen Kaufleute (bottegari di Roma) gelieferten Waaren, und am vierten Plage ein Privileg für

den dominus emphyteuseos an den Früchten des emphyteutischen Grundstücks und daselbst befindlichen Sachen wegen der Verpflichtungen des Emphyteuta. Zu Nr. 3 wird auch gerechnet die Forderung des Künstlers (artista) für die an der Sache ausgeführte Arbeit. Alle diese Privilegien setzen *atti* oder *scrittura di data certa* voraus.

Cap. 3. Privilegien an unbeweglichem Vermögen (§§. 83—87.). Sie sind 1) Code art. 2103. 4^o. 2) Privileg des dominus emphyteuseos am *dominium utile* wegen der emphyteutischen Verpflichtungen. 3) Code l. c. 1^o und 2^o. Dieses ist ausgedehnt auf jede Veräußerung, in Rücksicht der verabredeten Gegenleistungen, auch des Modus. 4) Privileg der Erbschaftsgläubiger und Legatäre an den unbeweglichen Sachen der Erbschaft. (Diese haben aber auch noch das Separationsrecht nach dem gemeinen Rechte. §. 98.)

Cap. 4. Privilegien der Staatscasse: 1) wegen fiskalischer Verwaltung oder Geschäftsführung am beweglichen Vermögen der Verpflichteten; 2) wegen öffentlicher Abgaben an den abgabepflichtigen Gütern und deren Einkünften; 3) wegen der Erbschaftstare an dem Vermögen der Erbschaft; 4) wegen Geldstrafen und Strafgerichtskosten an dem ganzen Vermögen des Verurtheilten. Die drei ersten folgen zunächst nach den in Cap. 1. genannten (Code art. 2101.), und die beiden ersten stehen analog auch den Gemeinden und Provinzen vor dem Fiskus zu. Das vierte gilt vom Tage des Straferkenntnisses an; die verlézte Partei geht aber wegen ihrer Civilentschädigung dem Fiskus vor (§§. 88—91.).

Cap. 5. Von der Erhaltung der Privilegien (§§. 92—102.), vgl. Code art. 2106, 2107, 2110, 2108, 2111, 2113. — Der In- oder Transcription bedürfen nur die Privilegien in Cap. 3. Nr. 1. 3. 4. und in Cap. 4. Nr. 4.

Abchn. 2. Von den Hypotheken. Cap. 1., im Allgemeinen, §§. 103 bis 116., vgl. Code art. 2114, 2118. (In Betreff des Begriffs unbeweglicher Sachen vgl. auch Code art. 519 und 531, 524, 528 u. fgg.; hinzugesetzt ist das *dominium utile* und *directum* bei der Emphyteuse), 2117, 2126, 2128, 2123 a. E. 2133, 2134, (1692), 2180. Verjährung nach gemeinem Rechte.

Cap. 2. Gesegliche Hypotheken (§§. 117—119.): 1) der weiblichen Verwandten wegen der ihnen gebührenden Dos, vgl. oben Tit. 3 a; 2, 3 und 4 vgl. Code art. 2121. 2122. 5) des Fiskus wegen Erfüllung der mit ihm abgeschlossenen Contracte an den gegenwärtigen und zukünftigen Gütern des Schuldners.

Cap. 3. Von den gerichtlichen Hypotheken, vgl. Code art. 2123.

Cap. 4. Von der Conventionalhypothek, vgl. Code art. 2127 (*instrumento publico*) 2129—2131.

Cap. 5. Von der Erhaltung oder Bewahrung der Hypotheken. §§. 131—159. Die Regel des art. 2134. leidet keine Ausnahme. In-
scription ist allgemein bei allen Hypotheken die Bedingung ihrer Wirk-
samkeit im Conflict mit andern hypothekarischen Forderungen und den
Rechten dritter Personen überhaupt. Die In-
scription der gesetzlichen
Hypotheken (Cap. 2.) zu veranlassen, ist unter Strafandrohungen und
Negreßpflichtigkeit theils den Verpflichteten selbst, theils Beamten und
Notaren strenge zur Pflicht gemacht, und noch verschiedenen Personen
das Recht dazu gegeben, vgl. Code art. 2136 und fgg.

Das Verfahren bei der In-
scription betreffend, findet sich fast durch-
gängige Uebereinstimmung mit art. 2148—2156 des Code civil. Der
Mangel genauer Bezeichnung des Schuldners, der Schuldsomme (wo sie
bestimmt ist), der Art der Hypothek, ob sie generell oder speciell sei, und
im letzten Falle der hypothecirten Grundstücke, bewirkt Nullität der In-
scription; der Mangel der andern Erfordernisse kann nur Verlust des
Anspruchs auf Erstattung der In-
scriptionskosten zur Folge haben und
wenn die Wahl eines Domicils fehlt, so wird dieß im Hypothekenamt
angenommen.

Cap. 6. Von der Erneuerung der Hypotheken. §§. 160—177. Alle
Hypotheken des Fiscus und öffentlicher Anstalten oder moralischer Per-
sonen jeder Art (vgl. Cap. 2. Nr. 4., 5.) bedürfen der Erneuerung gar nicht.
Die gesetzliche Hypothek in Cap. 2. Nr. 1. dauert bis zur Ausantwortung
der Dos, Nr. 2. bis drei Monate nach dem Tode der Frau, Nr. 3.
bis sechs Monate nach Beendigung der Vormundschaft. Jedoch hat in
allen diesen Fällen der Hypothekenbewahrer spätestens drei Monate nach
Ablauf des Decenniums jene ältern Hypotheken ex officio in das Register
des laufenden Jahrzehents zu übertragen, bei Strafe von 2 Scudi für
jede In-
scription und des Schadenersatzes, wenn die von ihm ausgestellten
Certificate sie nicht erwähnt haben. Alle übrigen Hypotheken müssen
nach Ablauf von je zehn Jahren allemal auf Ansuchen der Gläubiger
erneuert werden. Code art. 2154. Die später erneuerten gelten nur
als ganz neue In-
scriptionen. Ueber die Form der Erneuerung werden
noch nähere Vorschriften gegeben.

Cap. 7. Von der Rangordnung der Hypotheken, §§. 178—182.,
vgl. Code art. 2134, 2147, auch art. 2151, 2155.

Cap. 8. Von der Transcription. §§. 183—191. Jede Veräußerung
muß in ein besonderes Register des Hypothekenamts transcribirt werden,

damit der Erwerber gegen neue Inscriptionen auf den Namen des Veräußerers sicher gestellt werde. Die Transcription besteht in einer Copie des Veräußerungsdocumentes (vgl. Code art. 2181.). Dabei hat der Hypothekenbewahrer ex officio die Hypothek für den Kaufpreis oder die sonstige Gegenleistung zu inscribiren, wenn nicht die Bezahlung oder Erfüllung urkundlich belegt wird. Die Transcription muß den bereits inscribirten Gläubigern des Veräußerers sofort denunciirt werden.

Cap. 9. Von der Wirkung der Hypotheken gegen Dritte. §§. 192 bis 203. Die gehörig inscribirten und conservirten Hypotheken begründen die hypothekarische Klage nach gemeinem Recht. Das interdictum Salvianum fällt weg. Das beneficium excussionis findet immer statt, wenn die Hauptschuldner andere für diese Schuld speciell oder generell hypothecirte Sachen besitzen, ausgenommen wenn der Beklagte persönlich für die Schuld haftet, oder wenn jene anderen Sachen mit älteren ihren Werth absorbirenden Hypotheken belastet sind, vgl. Code art. 2170—74. Das rechtskräftige Urtheil auf die hypothekarische Klage gegen den dritten Besitzer muß in gehöriger Form transcribirt werden. Uebrigens vgl. Code art. 2175—77.

Cap. 10. Von der Befreiung des Eigenthums von Hypotheken. §§. 204—219. Der Erwerber kann diese nach gehörig vollzogener Transcription des Erwerbungsactes erlangen durch Deposition des Kaufpreises oder Tagwerthes, wenn dieser zur Bezahlung der inscribirten Schulden hinreichend ist. In diesem Fall werden der Veräußerer und die Gläubiger vorgeladen und vom Gericht die Ausstreichung der Hypotheken verfügt, wodurch der deponirte Werth an die Stelle des hypothecirten Grundstücks tritt. Ist der Werth zur Befriedigung der Gläubiger nicht ausreichend, so kann jeder Gläubiger innerhalb 40 Tagen nach förmlich erklärter Bereitwilligkeit des Erwerbers den Kaufpreis oder Werth zu zahlen, öffentliche Versteigerung veranlassen, indem er $\frac{1}{10}$ jenes Preises mehr bietet und für die ganze Summe Caution leistet. Davon müssen dann der Veräußerer, der jetzige Besitzer und die übrigen Gläubiger in Kenntniß gesetzt und zur Versteigerung vorgeladen werden, bei welcher das Gebot des dieselbe veranlassenden Gläubigers als erstes gilt. Uebrigens vgl. Code 2183—87. Fast wörtlich finden sich wieder die Bestimmungen der art. 2188—91.

Cap. 11. Von der Reduction und Ausstreichung der Hypotheken. §§. 220—238. Vgl. Code art. 2157—65., die nur in einzelnen Punkten modificirt und näher bestimmt worden sind.

Cap. 12. Von der Publicität und Ausmerzung des Fideicommiss-

bandes unbeweglicher Sachen. §§. 239—251. Fideicommissse müssen von dem beschwerten Erben in bestimmter Frist bei dem betreffenden Hypothekenamte angemeldet und in die Hypothekenregister eingetragen werden; und jeder Fideicommissfolger muß diese Anmeldung wiederholen. Wegen Versäumung dieser Anmeldung können die nächst gerufenen Successoren oder andere dabei interessirte Personen, auch ex officio die Fiscal-Anwälte, bei dem betreffenden Gerichte den Antrag stellen, eine Special-curatel der Fideicommissgüter anzuordnen, bis der zeitige Besizer sich ausweist, daß er die Anmeldung gehörig gemacht habe. Die während dessen gezogenen Früchte dienen zur Vermehrung des Fideicommissgutes. Ist das Fideicommissgut in Ermanglung der ersten Anmeldung der Fideicommissqualität veräußert oder hypothecirt, so können die künftigen Fideicommissfolger nichts dagegen ausrichten, sondern nur den Veräußerer civiliter und beziehungsweise criminaliter wegen Stellionats in Anspruch nehmen. Früher inscribirte oder für Schulden des Fideicommissstifters noch zu inscribirende Hypotheken erleiden durch die Fideicommisszeigenschaft in keinem Fall eine Schmälerung. Ausgemerzt wird das Fideicommissband nur auf rechtskräftiges Erkenntniß des Civilgerichts.

Cap. 13. Von den Pflichten und der Verantwortlichkeit der Hypothekendewahrer. §§. 251—257. Fast wörtlich die art. 2196—99., 2202 des Code civil.

Endlich kommen 8) in dem letzten Titel des ersten Theils noch einige transitorische Bestimmungen, unter andern in Betreff der alten Fideicommissse, welche in den zweimal verlorenen Provinzen, d. i. den nördlichen (provincia di secunda ricupera) ganz aufgehoben blieben, in den andern unter gewissen Beschränkungen und mit Berücksichtigung der bereits eingetretenen Veränderungen aufrecht erhalten wurden. — So viel über diesen ersten Theil des vorliegenden Gesetzbuchs, welcher größtentheils, nur mit einzelnen Modificationen, die früheren disposizioni legislative Pius' VII. wiederholt.

Wir konnten uns hiebei nur an Einzelheiten halten, weil dieser Theil, abgesehen von der ein Ganzes bildenden Hypothekenordnung nichts als einzelne Zusätze zu dem gemeinen Civilrecht enthält. Zur Charakterisirung der folgenden beiden Theile, der Gerichtsverfassung und des gerichtlichen Verfahrens, werden wir dagegen eine freiere Darstellung wählen können.*

* Vgl. oben S. 533. Anm. *



Quellen-Register.

(Die römische Ziffer bedeutet den Band, die arabische die Seite.)

Römisches Recht.

I. Juristische Quellen.

a) Justinianische Quellen.

Const. Tanta §. 14. I. 2.

Institutionen.

Tit.	§.	Lib. 2.
IV.	3.	I. 187 fg.
VI.	14.	II. 27. 28. 187.
XII.	pr.	II. 41.
XIII.	pr. §. 1.	II. 574.
XVIII.	7.	II. 605.
XIX.	7.	II. 10.
XX.	10.	II. 502.
—	25. 27.	II. 69.
—	32.	II. 496—498.
—	33.	II. 493. 494.

Lib. 3.

XIX.	11.	I. 28 fg.
XXI.		I. 351. 352. 371.

Lib. 4.

I.	17.	I. 399.
XV.	3.	II. 323.

Digesten.

Tit.	lex	Lib. 1.
II.	2. §.	III. 35.
XII.	1. pr.	III. 30.
XIX.	2.	II. 17.

Arnbts, civ. Schriften. III.

Tit.	lex	Lib. 2.
VIII.	15. §. 1.	I. 220. 286 fg.
XIV.	7. §. 3.	I. 36 fg.

Lib. 3.

V.	47.	III. 36.
—	49.	I. 111.
VI.	6.	I. 73.

Lib. 4.

IV.	3. §. 3.	II. 43.
—	7. §. 10.	II. 25.
—	19.	I. 74. 75.
—	20.	I. 74.
—	45. pr.	I. 158.
VI.	1.	I. 74.
VIII.	3. §. 1.	III. 497.

Lib. 5.

I.	41.	I. 347.
II.	8. §. 11.	II. 614.
—	30. pr.	II. 603.
III.	9.	II. 335.
—	11. 12.	II. 335.
—	13. §. 1.	II. 342.
—	— §. 3.	II. 343. 355 fg.
—	— §. 7.	II. 283.
—	— §. 8.	II. 342.
—	— §. 9.	II. 28. 283. 337. 391.
—	— §. 11.	II. 343.
—	18. pr.	II. 353.
—	20. §. 6.	II. 351 fg.
—	25. §. 17.	II. 301.
—	31. pr.	II. 302.

Tit. lex	
III. 34. §. 1. i. f.	II. 357.
— 36. pr. §. 1.	II. 356 fg.
— 42.	II. 343.
— 49.	II. 309.
— 50. §. 1. . . .	I. 111. 112.
IV. 1. §. 3. . . .	II. 285. 286.
— 1. §. 4.	II. 287.
— 1. §. 5.	II. 292.
— 6. pr.	II. 286 fg.
V. 1. 2.	II. 345 fg.

Lib. 6.

I. 38. i. f.	I. 105.
— 48.	I. 102.
— 68.	I. 105. II. 350.
II. 3.	I. 149.
— 7. §. 7.	I. 149.
— 12. §. 2.	I. 235. 240.
III. 3.	I. 210.

Lib. 7.

I. 15. §. 4. 5. . . .	I. 196 fg.
— 26.	I. 181 fg.
— 58. pr.	I. 173 fg.
— 72.	II. 508 fg.
VI. 1. pr.	I. 300.
IX. 9. §. 3.	I. 196 fg.

Lib. 8.

III. 14.	I. 188.
------------------	---------

Lib. 9.

II. 13. §. 2.	II. 5.
— — §. 3.	II. 465.
— 30. §. 4.	III. 506.
— 43.	II. 5.
— 52. pr.	III. 506.

Lib. 10.

II. 1. §. 1.	II. 380.
— 7.	II. 136 fg.
— 20. §. 2.	I. 464.
— 36.	I. 129.
— 46.	I. 467. 470.
— 51. pr.	I. 464.
III. 7. pr.	I. 218.

Lib. 11.

V. 3.	I. 387.
---------------	---------

Tit. lex	Lib. 12.
I. 40.	III. 488.
IV. 1. §. 1.	II. 10.
— 16.	I. 488.
VI. 2.	I. 365.
— 33.	I. 102.

Lib. 13.

I. 11.	I. 126.
III. 1. pr.	I. 271.
VI. 8. pr. §. 1. . . .	I. 114.
— 18. pr.	I. 396.
— — §. 4.	I. 115.
— 22.	I. 113.
VII. 8. §. 3.	I. 441.
— 29.	I. 239. 438.

Lib. 15.

II. 1. §. 3.	I. 58.
----------------------	--------

Lib. 16.

III. 1. §. 1.	I. 407 fg.
— 1. §. 22.	I. 395 fg.
— 11.	I. 397.
— 12. §. 1.	III. 473.
— 32.	I. 397 fg. 400.

Lib. 17.

II. 38. pr.	I. 347.
---------------------	---------

Lib. 18.

I. 20.	I. 435.
III. 5.	III. 451.
IV. 17.	I. 411. 412.
VI. 11.	I. 40 fg.

Lib. 19.

I. 31. §. 2.	III. 432.
— 49. §. 1.	III. 513 fg.
II. 9. §. 1.	I. 173 fg.
— 15. §. 4.	I. 225.
V. 5. §. 5.	III. 202.
— 16. §. 1.	I. 403.
— 17. §. 5.	I. 385.

Lib. 20.

I. 1. pr.	I. 106.
— 16. §. 1.	I. 395.
V. 13.	I. 123 fg.

Tit.	lex	Lib. 21.
I.	26.	. . . I. 108.
II.	11.	. . . I. 266.
		Lib. 22.
I.	25.	§. 1. . . I. 220 fg.
III.	25.	. . . I. 325. 331. 367 fg. 383.
		Lib. 23.
II.	20.	. . . III. 51.
III.	34.	. . . I. 484 fg.
—	66.	. . . I. 187 fg.
—	69.	§. 7. . . I. 481. 482.
IV.	10.	. . . I. 459 fg.
		Lib. 24.
I.	25.	. . . I. 15.
II.	5.	. . . I. 476.
III.	24.	§. 1. . . I. 467.
—	31.	§. 3. . . I. 467. 468.
—	57.	. . . I. 189.
—	66.	pr. . . I. 457.
—	—	§. 2. . . I. 477. 478.
		Lib. 26.
VIII.	5.	§. 2. . . I. 161.
		Lib. 27.
V.	2.	. . . I. 160.
IX.	1.	§. 2. . . I. 495. 496.
—	3.	§. 4. . . I. 211.
—	—	§. 5. . . I. 193.
		Lib. 28.
II.	8.	. . . II. 567.
—	13.	§. 1. . . II. 655.
—	21.	. . . II. 654.
III.	12.	pr. . . II. 575.
—	19.	. . . II. 567.
IV.	1.	§. 4. . . II. 654.
V.	9.	§. 15. . . II. 173.
—	15.	§. 1. . . II. 173.
—	17.	§. 5. . . II. 80.
—	19.	. . . II. 173.
—	23.	§. 1. . . II. 89.
—	33.	. . . II. 174.
—	40.	. . . II. 98—151. 169.
—	41.	pr.—§. 2. II. 502. 503.
—	50.	§. 1. . . I. 31.

Tit.	lex	
V.	59.	§. 4. . . II. 490.
—	—	§. 6. . . II. 131.
—	62.	pr. . . II. 67. 68. 491.
—	68.	. . . II. 660.
—	78.	§. 3. . . II. 134.
—	85.	. . . II. 76. 107.
—	89.	. . . II. 498.
VI.	7.	. . . II. 139.
—	16.	§. 1. . . II. 76.
—	32.	. . . II. 108.
—	41.	§. 6. . . II. 459.
—	42.	. . . II. 460.
—	47.	. . . II. 179.
VII.	4.	§. 1. . . II. 92. 157 fg.
—	8.	§. 4. . . III. 486.
—	—	§. 5. . . III. 485.
—	15.	. . . I. 33.
—	20.	pr. . . II. 92. 155 fg.
—	—	§. 2. . . III. 32.
		Lib. 29.
I.	17.	§. 2. . . II. 653 fg.
—	41.	§. 3. . . II. 458.
II.	1.	. . . II. 17.
—	6.	§. 3. . . II. 13.
—	21.	§. 3. . . II. 15.
—	30.	§. 7. . . II. 16.
—	42.	pr. . . II. 181.
—	52.	§. 1. . . II. 131.
—	53.	pr. . . II. 174.
—	62.	pr. . . II. 10.
—	74.	§§. 2. 3. II. 16.
—	76.	§. 1. . . II. 175.
—	80.	pr. §. 1. II. 147.
—	90.	pr. . . II. 8. 17.
IV.	1.	§§. 5. 6. II. 175.
		Lib. 30—32.
I.	23.	. . . II. 446.
—	24.	§. 1. . . II. 507 fg.
—	25.	. . . II. 495 fg.
—	28.	§. 1. . . II. 546.
—	29.	. . . II. 546.
—	34.	§. 11. . . II. 427.
—	—	§. 12. . . II. 427.
—	—	§. 13. . . II. 428.
—	—	§. 14. . . II. 485.

Tit. lex	
I. 40.	. . . II. 433.
— 54.	§. 3. . II. 423 fg.
— 69.	pr. . . II. 500.
— 75.	§. 2. . II. 531 fg.
— 81.	§. 4. . II. 425.
— —	§. 6. . II. 465.
— 91.	pr. . . II. 493 fg.
— 124.	. . . II. 424.
II. 18.	. . . II. 503.
— 29.	§§. 1. 2. II. 425.
— 61.	§. 1. . II. 425.
— 75.	§. 1. . II. 428.
— 88.	§. 10. . II. 547.
III. 1.	§. 1. . II. 422. 514 fg.
— —	§. 5. . II. 422. 516.
— —	§. 9. . II. 426.
— 7.	. . . II. 516.
— 8.	§. 1. . II. 517 fg.
Lib. 33.	
IV. 1.	§. 9. I. 461. 462. 466.
— —	§. 10. I. 462. 465. 466.
— —	§. 11. I. 467. 468.
— —	§. 13. I. 461. 462. 466. II. 555 fg.
— 7.	pr. I. 462.
— —	§. 1. I. 467. 468.
V. 13.	. . II. 500 fg.
VII. 2.	pr. II. 428.
Lib. 34.	
III. 7.	§§. 2. 4. II. 529.
— 21.	pr. . . II. 529.
— 24.	. . . II. 529. 530.
— 25.	. . . II. 480 fg. 532 fg.
— 28.	§. 13. . II. 547.
— 31.	pr. . . II. 530.
IV. 3.	§. 7. . II. 438. 439.
V. 9.	pr. . . II. 179. 180.
— 10.	pr. . . II. 438. 439.
— 13.	§. 6. . II. 106 fg. 126 fg. 146 fg.
VII. 1.	. . . II. 486 fg.
— 2.	. . . II. 488.
— 3.	. . . II. 486 fg.
— 5.	. . . II. 437. 491.
Lib. 35.	
I. 7.	§. 1. . . II. 92. 155 fg.
— 18. II. 153 fg.

Tit. lex	
I. 21. II. 15.
— 40.	§. 3. . . I. 411.
— 67. II. 91.
— 72.	§. 7. . . I. 32.
— 86. II. 498. 499.
— 97. I. 38.
— 98. II. 503.
II. 1.	§. 13. . . II. 457.
— —	§. 14. . . II. 456.
— 14.	§§. 2. 3. . II. 460.
— 22.	pr. . . . II. 455.
— 30.	§. 8. . . II. 518 fg.
— 64. II. 461.
— 85. I. 463. 465.
— 87.	§§. 4. 5. 8. II. 459.
Lib. 36.	
I. 22.	§. 5. . II. 464.
— 40.	pr. . . I. 412.
— 64.	pr. . . I. 412.
— 65.	§. 1. . II. 165.
II. 7.	§. 6. . II. 498.
— 13. II. 93.
— 17. II. 493. 494. 499.
— 25.	pr. . . II. 485.
III. 1.	§. 11. . II. 447.
Lib. 37.	
IV. 12.	§. 1. . II. 571.
— 20. II. 571.
V. 5.	§. 7. . II. 570.
— 8.	§. 2. . II. 571.
— 10.	§. 1. . I. 466 fg. 470.
VI. 1.	§. 8. . II. 240.
— 1.	§. 12. . II. 273. 274.
— 2.	§. 3. . II. 241.
— 11. II. 246 fg.
VII. 5.	§. 1. . II. 253.
— 7. II. 269.
XI. 6. II. 490.
XIV. 4. III. 47.
Lib. 38.	
VI. 2. II. 572.
IX. 2. II. 171.
X. 2. II. 25.
XV. 2.	pr. . . . I. 70.

Tit.	lex	Lib. 39.
I.	5.	§. 9. . I. 254.
II.	7.	§. 2. . I. 106.
—	15.	§§. 26. 27. I. 215. 218.
III.	1.	§. 23. . I. 91.
—	2.	pr. . . I. 92.
—	2.	§. 3. . I. 92.
—	3.	i. f. . . I. 300.
—	22.	pr. . . I. 300.
—	26.	. . . I. 92.

Lib. 40.

IV.	35.	. . . II. 505. 506.
-----	-----	---------------------

Lib. 41.

I.	33.	§. 2. . II. 5.
—	48.	pr. . . I. 151.
II.	1.	§. 22. . I. 19. 20.
—	2.	. . . I. 19. 20.
—	12.	§. 1. . III. 358.
—	13.	§. 9. . I. 147.
—	36.	. . . I. 439.
III.	4.	§. 11. . I. 158 fg.
—	—	§§. 23. 24. II. 376.
—	10.	§. 1. . I. 240.
—	21.	. . . I. 238. 239.
—	29.	. . . I. 128 fg. 141. 145.
		II. 322.
—	32.	§. 1. . I. 15.
—	33.	§. 1. . I. 127. II. 322 fg.
—	—	§. 3. . I. 125. 145 fg.
—	—	§. 5. . I. 239. 438.
—	35.	. . . I. 126.
—	44.	§. 3. . II. 3.
IV.	2.	§. 2. . I. 15.
—	—	§. 15. . I. 161.
—	7.	§. 3. . I. 158 fg.
V.	1.	. . . I. 126 fg.
VI.	3.	. . . I. 15.

Lib. 42.

I.	15.	§. 4. . I. 147 fg.
V.	8.	§. 1. . I. 147 fg.
—	28.	. . . II. 181.
VIII.	6.	§. 2. . II. 30.
—	—	§. 14. . I. 73.
—	10.	§. 18. . I. 73.

Tit.	lex	Lib. 43.
II.	1.	} I. 132 fg. II. 313. 366 fg.
—	1.	§. 1. } II. 312. 379.
XIX.	1.	§§. 2. 3. I. 62.
—	7.	. . . I. 279.
XX.	1.	§. 29. . I. 63.
—	—	§. 34. . I. 64.
—	3.	§. 4. . I. 91.
XXI.	1.	§. 9. . I. 64.
XXIV.	1.	pr. . . I. 76 fg.
—	13.	§. 5. . II. 5.
—	15.	§§. 3—5. I. 76 fg.
—	—	§. 6. . I. 59.
XXV.	1.	§. 4. . I. 300.

Lib. 44.

I.	13.	. . . II. 307.
III.	1.	. . . I. 71 fg.
IV.	4.	§. 24. . I. 158.
—	—	§. 28. . II. 279.
—	5.	§. 2. . I. 110.
—	13.	. . . II. 573.
VII.	7.	. . . I. 414.
—	16.	. . . I. 436 fg. II. 5.

Lib. 45.

I.	7.	. . . I. 28 fg.
—	48.	. . . III. 454.
—	73.	§. 1. . II. 6.
—	121.	§. 1. . I. 34.
—	122.	§. 1. . III. 81.
—	131.	§. 1. . I. 488. 489.
—	137.	§. 6. . I. 32. 38.
II.	17.	. . . II. 423 fg.

Lib. 46.

I.	71.	pr. . II. 19.
II.	24.	. . . II. 3.
IV.	8.	pr. . I. 10.

Lib. 47.

II.	33.	. . . I. 159.
—	68—71.	. . . I. 126.
—	71.	§. 1. . II. 361.
IV.	1.	§. 15. I. 130. 437.

Lib. 48.

XX.	5.	§. 1. . I. 447. 448.
-----	----	----------------------

Tit.	lex	Lib. 50.
XVI.	98.	I. 42 fg.
—	170.	II. 29.
—	213.	III. 488.
XVII.	77.	II. 8.
—	137.	I. 16. 149. 150.
—	194.	II. 18.

C o d e x.

Tit.	lex	Lib. 2.
XXI.	5.	I. 151 fg.
LIII.	7.	I. 74.
LIV.	5.	I. 75 fg.
Lib. 3.		
III.	2.	III. 36 fg.
XX.	un.	II. 381 fg.
XXVIII.	10.	II. 378.
—	30.	II. 274. 275.
—	32.	II. 623. 624.
—	36.	II. 612.
XXIX.	5.	II. 644. 649.
XXXI.	5.	II. 302.
—	7.	I. 133. fg. II. 368 fg.
—	12.	II. 307 fg.
XXXIII.	17.	II. 4.
XXXVI.	2.	I. 464. 465.

Lib. 4.

XXI.	16.	I. 356.
XXIII.	4.	I. 115.
XXX.	1.	I. 355.
—	2.	I. 356.
—	3.	I. 355.
—	4.	I. 357.
—	5.	I. 357.
—	6.	I. 357.
—	8.	I. 352.
—	9.	I. 355.
—	10.	I. 355.
—	11.	I. 357.
—	13.	I. 357.
—	14.	I. 351 fg.
XXXI.	14.	II. 304.
XXXII.	19.	III. 525.
XXXIV.	4.	III. 513. 514.
XXXIX.	1.	II. 27. 396.

Tit.	lex	
LXVI.	1.	I. 225. 232.
—	2.	I. 247.
—	3.	I. 227. I. 246.

Lib. 5.

XII.	1.	I. 480 fg. 490 fg.
—	13.	I. 491.
XIII.	un. §. 4.	I. 478.
—	— §. 13.	I. 486.
XV.	1.	I. 355.
—	3.	I. 354.
XVII.	1.	I. 447. 448.
—	5.	I. 475 fg.
XVIII.	10.	I. 460.
XXXVII.	26.	II. 12.
LXXI.	13.	I. 211.
—	17.	I. 496.

Lib. 6.

XX.	4.	II. 253. 254.
—	5.	II. 274.
—	17.	II. 254 fg.
—	19.	II. 263. 264. 271 fg.
—	20.	II. 255. 265 fg. 274 fg.
—	21.	II. 246.
XXIV.	13.	II. 82. 83.
XXV.	6.	II. 118.
XXVIII.	1.	II. 662
—	4.	II. 563. 569.
XXX.	17.	II. 9.
—	19.	II. 11. 223 fg.
—	22.	II. 11. 223. 225 fg.
XXXVI.	8. §. 3.	II. 430.
XXXVII.	4.	II. 498. 517.
—	23. §. 1.	II. 130.
XLI.	un.	II. 34. 36.
XLII.	32.	II. 431 fg.
XLIII.	1.	II. 449. 450.
—	3. §§. 2. 3.	II. 466.
XLIV.	4.	II. 549.
XLVIII.	un.	II. 69.
XLIX.	8.	II. 450.
—	L. 15.	II. 462.
LIX.	11.	II. 41.
LXI.	6. §. 2.	II. 247.

Tit.	lex	Lib. 7.
XXIX.	2.	I. 130.
—	4.	I. 126.
XXX.	un.	I. 155.
XXXIII.	4.	I. 126.
XXXIV.	4.	I. 133 fg. II. 368 fg.
XXXV.	3.	I. 154.
XXXVII.	2. 3.	II. 27. 28. 389 fg.

Lib. 8.

I.	2.	II. 382 fg.
II.	1.	II. 311.
—	2.	I. 132.
—	3.	II. 338 fg.
XXVII.	un.	I. 106. 107.
XLVIII.	10.	II. 52 fg.

Lib. 11.

LXI.	4.	} . . . I. 212 fg.
—	12.	

Novellen.

Nov.	cap.	
7.	3.	I. 215.
18.	1.	II. 604 fg.
—	6.	II. 256 fg.
—	8.	I. 355. 356.
22.	19.	I. 474 fg.
—	41.	II. 448.
53.	5.	II. 275.
—	6. §. 1.	II. 62.
69.	1.	II. 388 fg.
97.	6. pr.	II. 268 fg.
100.		I. 355. 356.
112.	1.	I. 229.
115.		II. 663 fg.
—	3. 4. 5. pr.	II. 583 fg.
118.		II. 42 fg.
—	4.	II. 50.
120.	1. §. 2.	I. 215.
123.	19.	II. 604.
136.	6.	I. 358.

b) Vorjustinianische Quellen.

Codex Theodosianus.

Lib.	Tit.	Lex.
II.	27.	un. . . . I. 356.
IV.	1.	1. . . . II. 13.

Lib.	Tit.	Lex.
IV.	4.	7. . . . II 430.
IV.	21.	un. . . . II. 338 fg.
VIII.	18.	1. §. 1 . . . II. 13.
—	—	4. 5. 8. §. 1 II. 13.

Collatio leg. Mos. et Rom.

X.	7. §. 11.	I. 407 fg.
XVI.	3. §. 5.	II. 222. 2. 2.

Fragm. Vaticana.

§. 116.	I. 476.
§. 315.	I. 265. 266.
§. 316.	I. 265. 266.
§. 326.	II. 384 fg.

Gaji Institutiones.

Lib.	§.	
I.	7.	III. 34. 35.
—	78.	} . . . I. 443. 444.
—	79.	
—	93 fg.	III. 40
II.	30.	I. 187 fg.
—	52.	II. 321. 322.
—	57.	I. 131. II. 358—361.
—	110.	II. 66.
—	167.	II. 9.
—	178.	II. 9.
—	195.	II. 465.
—	203.	II. 505.
—	242.	II. 70.
—	244.	} . . . II. 493—498.
—	245.	
—	267.	II. 505 fg.
III.	92.	III. 81.
—	98.	I. 30.
—	207.	I. 399. 400.
IV.	45.	I. 401 fg.
—	46.	I. 401 fg.
—	47.	I. 397.
—	144.	II. 323.

Pauli sententiae receptae.

Lib.	Tit.	§.
II.	19.	2. . . . I. 452.
III.	4 b	1. . . . I. 30.
—	6.	8. . . . II. 467.
V.	25.	6. . . . III. 79.

Ulpiani fragm.

Tit.	§.	
I.	23.	II. 505. 506.
V.	8.	I. 443. 444. 446 fg.

Tit. §.	
VI. 13.	I. 473.
XXII. 34.	II. 9.
XXIV. 23.	II. 497. 498.
— 24.	II. 493. 494.
XXVIII. 10.	I. 69.

Tabula Malacitana.

cap. 21—29.	III. 46—53. 57 fg.
— 65.	III. 42. 43.

c) Nachjustinianische Quellen.

Basil. II. 2. 95.	I. 50.
— V. 7. 83.	II. 385.

II. Stellen aus Nichtjuristen.

Amm. Marcell. XXVI. 1.	I. 51. 54.
Augustinus de Trinitate IV. 4	I. 49.
Censorinus de die nat. c. 20	I. 43. 46. 51.
Cicero de off. III. 15	I. 403 fg.
„ „ „ III. 19	II. 9.
„ pro Balbo c. 8	III. 58 fg.
— Topica, c. 4. §. 20	I. 448. 449.
Dionys. Hal. II. 25	I. 444.
Gellius X. 23	I. 444. 445. 453.
Livius VI. 1	III. 24.
„ VIII. 12	III. 24 fg.
„ XLIII. 11	I. 46 fg.
„ XLV. 44	
Lydus, de mens. III. 47	I. 49.
Macrob. Sat. I. 13. 14	I. 43. 46. 51.
Plinius ep. V. 1	I. 127.
Plutarch, Caj. Gracch., c. 17.	I. 457.
Polybius XXXII. 13	I. 445.
Socrates Scholast. hist. eccles. IV. 1	I. 54.
Suetonius, Jul. Caesar, c. 40	I. 51.
„ Octav., c. 56	III. 32.
Varro, de L. L. VI. 13	I. 47.
— — re rustica II. 10.	II. 413 fg.

Canonisches Recht.

Decret. Greg. IX.	
II. 26. c. 3. 5.	I. 117. 118.

III. 18. c. 4.	I. 245.
V. 40. c. 14.	I. 49.
Liber sext. decr.	
II. 13. c. 1. i. f.	I. 93.
V. 12. c. 3.	I. 116.

Preussisches Recht.**Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten (von 1794).**

(Sämmtliche Stellen gehören dem ersten Theil des Gesetzbuchs an.)

Titel.	§§.	
IV	10.	II. 210 fg.
V.	116. 117.	III. 194. 195.
—	131 fg.	III. 189 fg.
—	144.	III. 201.
—	146.	III. 194. 205. 206.
—	156—164.	III. 196—201.
—	165—167.	III. 201—204.
—	168.	III. 205.
—	185.	III. 191. 192.
—	228.	II. 214. 215.
VII.	192.	III. 235.
X.	7—9.	III. 176 fg.
XI.	727.	III. 201.
—	839.	III. 235.
XII.	63.	II. 211 fg.
—	471.	II. 209 fg.
—	646.	II. 213.
—	647.	II. 211. 214.
XIV.	10.	III. 192. 201.
XV.	24 fg.	III. 363—366. 441.
—	42 fg.	
—	45 fg.	
XX.	94.	III. 201.
—	159.	
XXI.	229 fg.	

Französisches Recht.**Code civil von 1807.**

Art.	
567.	III. 370.
569.	

Art.		§§.	
585.	}	I. 183 fg.	510. I. 199 fg.
586.			519. I. 175 fg.
595.			532. III. 237.
634.		III. 375.	665. II. 541 fg.
707.		III. 379.	700. II. 211.
1108.		I. 376.	918. III. 242.
1132.		I. 376.	1102. I. 425 fg. 431 fg.
1184.		III. 511 fg.	1227. I. 200 fg.
1341. fg.		III. 209 fg.	1228. I. 201 fg.
2279. }	}	III. 363 fg.	1249. II. 200 fg.
2280. }			1250. II. 201.
			1251. II. 202. 216.
			1252. II. 203.
			1254. II. 204.
			1255. II. 205 fg.
			1256. II. 205 fg.
			1270. I. 389 fg.
			1271.
			1310. III. 463. 464. 504 fg.
			1367. III. 240. fg.
			1369. III. 232.
			1458. III. 229 fg.
			1467. III. 437.
			1468. III. 435 fg.
			1480. III. 234 fg.
			1483. III. 232 fg.
			1498. III. 435 fg.
			1500. III. 172. 435 fg.
			Österr. Jurisdiction-Norm (v. 1852) §. 78.
			I. 492.

Österreichisches Recht.

Bürgerliches Gesetzbuch von 1811.

§§.	
311.	III. 230 fg.
321. }	III. 239 fg.
322. }	
367. }	III. 363—366. 441.
368. }	
372.	III. 424. 425.
414—416.	III. 369 fg.
429.	III. 455.
430. }	III. 171 fg.
440. }	
441.	III. 174.
509.	I. 204. R. 2.

Verzeichniß

der

recensirten Bücher und Aufsätze.

(Die in [] gesetzten Schriften sind nur beiläufig beurtheilt.)

- Asher, Ipse dolus und quasi dolus, Aufsatz in der Zeitschr. f. Civilrecht und Prozeß XXII. Nr. 8. (I. 395 fg.)
- Notice sur l'époque et la methode de la fabrication des tables de Malaga. Paris 1866. 23 SS. (III. 54 fg.)
- Ueber das XXII. Capitel der Tafel von Salpensa, nebst einer Analyse der ganzen Tafel (1867) (III. 76 fg.)
- Bähr, D., Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (1855) . . . (I. 317—384)
- Böding, Ed., Pandekten des röm. Privatrechts 2c. I. Bd. (Die Einleitung und die Lehre von den Voraussetzungen der Privatrechte.) 2. Ausgabe. (Bonn 1853) (I. 3 fg.)
- Pandekten, ein Lehrbuch . . . im Grundriß. 4. Ausg. (Bonn 1852) (I. 7 fg.)
- Burdhardi, J. Chr., Lehrbuch des röm. R. I. Thl., die Staats- und Rechtsgesch. der Römer enthaltend; auch unter dem Titel: Staats- und Rechtsgesch. der Römer (1841) (III. 3. fg.)
- Büchel, Civilistische Erörterungen, Nr. III. (Empfytense) (I. 248 fg.)
- Demelius, Die Rechtsfiction (Weimar 1858) (I. 16 fg.)
- Dernburg, Auff. in der Gießener Zeitschr. N. F. II. 2. (S. 53—68.) (Kann ein Ususfruct übertragen werden?) (I. 187 fg.)
- Detteffen, Urkundenfragmente auf Siebenbürg. Wachstafeln (1857) . . (III. 78 fg.)
- Döring, Rob., Die L. v. d. Erwerbung der Erbschaft nach heut. röm. R. (Zerbst 1839) (II. 216 fg.)
- Elvers, Rud., „Ueber den Annus der actiones honorariae“ in der Themis, Zeitschrift für Doctrin und Praxis des röm. R. N. F. I. Bd. S. 127—184 (1838) (I. 55 fg.)
- Die römische Servitutendenlehre (Marburg 1854) (I. 168 fg.)

Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs f. d. Königr. Bayern (III. 475—533) (vgl. 256 fg.)

[Einzelne Artikel: a) aus der ersten Abtheilung:

12—16 (482 fg. *), 18 (482), 19 (482), 23—28 (481), 30 (482),
39 (481), 43 (481), 52 (481, 485), 56 (481), 57 (484 fg.),
59—68 (480), 69, 70 (486—193).

b) aus der zweiten Abtheilung:

1, 2, 3, 5 (497), 7 (497, 498), 8 fg. (498 fg.), 17—19 (500 fg.),
21 (502, 522 fg.), 23 (502, 503), 33 fg. (503 fg.), 40 (504),
65 (504 fg.), 68 (505 fg.), 72 (507), 99, 100 (507, 508),
108 (508), 119, 120 (508 fg.), 125 (509), 130 (509),
133 (510, 511), 135 (510. R. 10, 511), 138 (511 fg.),
139 (511, 513), 141 (509, 510), 143, 144 (515 fg.),
150, 151 (517, 518), 153 (518 fg.), 155 (519), 156 (519),
160, 161, 163 (520 fg.), 171 (521, 522), 172 (522 fg.),
179 (524 fg.). 195 (504), 197—208 (525 fg.), 209 (527 fg.),
210 (484, 528), 211 (527 fg.), 212 (523), 220—248 (529—532),
228 (530 fg.), 229 (529), 233 (531), 235 (531), 238 (531 fg.),
239 (530), 240 (530), 241 (530), 257 (532), 260 (532, 533),
624 fg. (496).]

Entwurf zu einem allg. deutschen Civilgesetzbuch (Privatarbeit, von Fried.
Aug. Freih. v. Preuschen-Liebenstein. (Leipz. Brodhäus,
1848) (III. 386 fg.)

Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs f. d. Großherzogthum Hessen. Erste
Abtheilung (1844) (III. 280 fg., vgl. 388 fg.)
[Einzelne Artikel: 22 fg. (307), 24 (300), 37 (301), 41—47
(313 fg.), 64 (318), 178 (331).]

Zweite Abtheilung (1846) (III. 349 fg. 388 fg. 414 fg.)

[Einzelne Artikel: I. Titel: 1—3 (350, 351), 4—8 (351 fg.),
14—16, 20 (353), 21—25 (354). — II. Titel: 4 (355, 356),
10, 11 (356), 15 (357), 17, 18 (358), 20, 21 (358), 22, 23 (358 fg.),
24—27 (361), 29 (355, 363), 31, 32 (362). — III. Titel:
2 (363), 7, 8 (364, 441), 9 (366, 439, 440), 12, 13 (424 fg.),
16—22 (366—368), 46—52 (369 fg.), 55—65 (371—374). —
IV. Titel: 8 (376), 19, 22 (377), über 6—60 im Allgem.
(375—378), 81 (379), über 61—87 im Allgem. (378, 379). —
V. Titel: 1—29 (383, 384) 30—58 (380—382), insbes.
43 (364), 46 (437).

Vierte Abtheilung: Von den Verbindlichkeiten (III. 403 fg.)

I. Buch: Von den Verbindlichkeiten im Allgemeinen (1853).
(Gesetzentwurf 92 SS., Motive 184 SS. [Art. 29 (533),
144 (504), 195 (504).]

II. Buch: Von den Verbindlichkeiten im Besonderen: (1853).
(Gesetzentwurf 186 SS., Motive 286 SS.)

* Die in die Klammern gesetzten Zahlen bedeuten die Seiten dieses Werkes, und zwar, wo nicht
das Gegentheil bemerkt, die Seiten des dritten Bandes.

Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs f. d. Königreich Sachsen.

- A) Der E. von Dr. G. Fr. Held, nebst allgem. Motiven. } (III. 388 fg.)
 (Dresden 1853, XX. und 430)
 Gleichzeitig erschienen „Specielle Motiven dazu“ . . . }

[Einzeln §§: 183 (434 fg.), 199 (431), 209 (434 fg., 443), 225 (422 fg., 443 fg.), 270 (427, 434 fg.), 272—274 (428, 440), 275 (441), 279 (428, 434 fg.), 347—349 (433 fg.), 357 (440), 360—362 (424 fg.)]

B) Der jog. revidirte Entwurf (s. unter Unger, Pöschmann).

[Einzeln §§: 78 (I. 184 fg.), 93 fg. (481), 108 (469, 470), 110 (449, 450), 115 (450), 132 (471), 140 (451), 155 (468 fg.), 167 (453 fg.), 215 (455), 234 (451 fg.), 290 (456), 303 (457), 336 (456), 343 (500), 349 (169—172), 647 (462), 678, 679 (448), 691 (448 fg.), 718 (532, 533), 725 (454, 455, 473), 851 (483), 886 (247), 890 (511 fg.), 893 (508), 897 (450), 900 (453), 1023 (466), 1025 (454, 472), 1026 (472), 1027 (532), 1068 (530), 1075 (454), 1107 (453 fg.), 1290 (467), 1446, 1447 (449, 450), 1465 (453), 1517 (463 fg.), 1557 (455, 473), 1568 (455, 473), 1571, 1572 (465 fg.), 1576 (455, 473), 1580 (455, 473), 1857 (464 fg.), 1947 (464 fg.), 2163 (485), 2172 (485).]

Entwurf eines privatrechtlichen Gesetzbuchs f. d. Kanton Zürich. I. Theil (1814) (III. 280 fg., 388 fg., 413 fg.)

[Einzeln §§: 6—12 (295 fg.), 172—201 (303, 304), 260 fg. (319), 272, 273 (343), 275 (306), 279 (306), 283 (306), 285 (315), 404 (334, 335), 570—578 (345), 576 (295 fg.).

Einzeln §§ aus dem verbesserten 3. E.

490 (415 fg.), 501 fg. (421), 516 (423), 537 (437), 538 (437), 539 (438), 651—656 (438, 439).]

Fabricius, Bemerkungen über die hereditatis petitio, im Rhein. Museum für Jurispr. IV. Bd. S. 165 fg. (II. 316 fg.)**Friedenreich**, Ist ein Schuldbekennniß im letzten Willen als ein solches oder als ein Vermächtniß der Schuld anzusehen? (Aussatz im „Jurist“ X. S. 139 fg.) (II. 552—554).]**Giraud**, Les tables de Salpensa et de Malaga (1856) (III. 44 fg.)

[Groening, quaestiones et controv. de die intercalari (Götting. 1843) (I. 52).]

Großkopf, Zur Lehre vom Retentionsrecht (Oldenburg 1858), (126 SS.) (I. 99 fg.)

[Harnier, de regula Catoniana (Heidelberg 1820) (II. 485—519)]

Hartmann, Gustav, Zur L. v. d. Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten. (Braunschweig, 1860) (II. 187 fg.)**Held, Dr., G. Fr.**, Erläuterungen zu d. Entw. eines bürgerl. Gesetzbuchs f. d. Königreich Sachsen, zur Entgegnung auf die hierüber ausgesprochenen kritischen Bemerkungen. Allgemeine und den I. Theil betreffende Erläuterungen. Leipzig, 1853. (83 SS.) . . (III. 442 fg.)**Heunisch, J. Fd.**, Irenicum Pauli et Ulpiani. L. 25 D. de liber. leg. et L. 75 de leg. I. (Leipzig, 1727) (kurz abgefertigt) . . . (II. 536).]**Hildenbrand, Dr. Carol.**, de bona fide rei propriae debitori ad temporis praescriptionem haud necessaria (1843. 58 SS.) . (I. 116 fg.)

- Gusche**, Erklärung der L. 40 de hered. instit. 28, 5, in der Gießener Zeitschr., Bd. XII. Nr. 11. S. 375—426; Bd. XV. S. 237—311. (II. 98—151)
- Zanke, H.**, Das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers. Zwei civil. Abhandlungen. Erlangen, 1862. 310 SS. . . . (I. 120 fg.)
- Kämmerer, Dr. Ferd.**, Wird nach Justinianischem R. bei einer durch den Fiscus geschehenen Veräußerung einer Erbschaft deren Käufer den Erbschaftsgläubigern verhaftet? (In der Gießener Zeitschr. XI. Bd. S. 346—415) (II. 389 fg.)
- Laboulaye, Ed.**, Aufsatz über die Tafeln von Malaga in d. Revue historique (III. 43 fg.)
- Lang, J. J.**, Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Königreich Bayern, mit Berücksichtigung des hessischen und sächsischen Entw. kritisch beleuchtet. I. Heft: Das Hauptst. v. d. Rechtsgeschäften. (München 1861. 157 S.) II. Heft: Das Recht der Schuldverhältniße. (München 1862. 214 S.) (III. 475 fg.)
- [**Vöher, Franz**, Das System des preussischen L. R. in deutschrechtl. und philosoph. Begründung. Paderborn 1852. (III. 138. R. 1.)]
- Vöhr**, Von den Wirkungen der Cession des Ususfructus an einen Andern als den Eigenthümer der Sache (in der Gießener Zeitschrift, XIII. Bd. Nr. 7. S. 141—145) (I. 187 fg.)
- Marschner, Dr. Gust.**, Die Anfechtungen der neueren Civilgesetzbücher, ein Beitrag zum Verständniß. Dresden 1853. 48 S. (III. 442)
- Mommsen, Theod.**, Die Stadtrechte von Salpensa und Malaca . . . (III. 38 fg.)
 — Aufsatz über den Schalltag im Jahrbuch d. gem. R. III. Nr. 14. . . (I. 49 fg.)
 — Aus der Chronologie S. 242 fg. (I. 42 fg.)
- Pfeiffer**, Praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. Bd. II. Nr. I. S. 1—147: über unvordenkliche Verjährung. . . (I. 78 fg.)
- Plathner, Otto**, Der Geist des preussischen Privatrechts in Vergleichung mit dem römischen, österreichischen und französischen R. 2 Bde. (III. 155 fg.)
 — Die Grundzüge der preuß. Hypothekar-Verfassung und deren Umsturz durch die neuere Rechtswissenschaft. Breslau 1856. . . (III. 163 fg.)
- Pöschmann, Dr. K. M.**, Die Gegner des Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbuchs f. d. Königr. Sachsen. Ein Wort für den Entw. und insbef. gegen Dr. J. Unger's kritische Besprechung desselben. Leipzig 1861 (III. 459 fg.)
 [— Duplik in der sächsischen Civilgesetzbuchsfrage gegen die Replik der DDr. Danz, Unger, Arndts (III. 476 R. 1.)]
- Breuschen-Liebenstein**, s. Entwurf zu einem allg. deutschen Civilgesetzbuch.
- Puchta, G. F.**, Cursus der Institutionen, I. Bd., auch unter dem Titel: Einleitung in die Rechtswissenschaft und Geschichte des Rechtes bei dem römischen Volke. 1841 (III. 3 fg.)
- Randa, Dr. Anton**, Der Besitz nach österr. R. mit Berücksichtigung des gemeinen R., des preuß., franzöj., sächs. Gesetzb. Leipzig 1865 (III. 227 fg.)
- Regolamento legislativo e giudiziario** (v. 1834, f. d. Kirchenstaat) (III. 537 fg.)
- Rohhirt**, Aufsatz über d. usucapio pro herede, im Archiv f. civil. Praxis IX. Bd. 1. Heft (I. 125 fg.)
- Ruhstrat**, Zur L. v. d. negotiorum gestio. Oldenburg 1858 (I. 419 fg.)
- Scharnweber, Friedr.**, Der letzte Wille und der Erbvertrag. Potsdam 1861. 120 S. (II. 208 fg.)

- Schelling**, Die L. v. d. unvorzähllichen Zeit nach reinem römischem R., ihrer späteren Ausbildung und gegenwärtigen Gestalt im gemeinen Civilrecht. München 1835. Bekrönte Preisschrift (I. 78 fg.)
- Scheurl**, **Ch. G. Ad. v.**, Beiträge zur Bearbeitung des röm. R. Bd. I. Erlangen 1853. II. Bd. 1. Heft. 1854 (I. 9 fg.)
- Schmidt**, **F. C.**, Methode der Auslegung der Justinian. Rechtsbücher und Prüfung der bisher befolgten Methoden. Kiel 1855 (I. 1 fg.)
- [**Schmidt**, **K. A.**, Der principielle Gegensatz zwischen dem röm. und german. Rechte. Rostock 1853 (III. 391 fg.)]
- Seuffert**, **J. A.**, Praktisches Pandektenrecht. 3. Aufl. Würzburg 1852 . (I. 8 fg.)
- Sintenis**, **Dr. C. F. F.**, Zur Frage von den Civilgesetzbüchern. Ein Votum aus Veranlassung des Entw. eines bürgerl. Gesetzbuchs f. d. Königreich Sachsen. Leipzig 1853. 173 S. (III. 403—413.)
- Unger**, **Dr. Jos.**, [Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für Sachsen mit besond. Rücksicht auf das österr. allg. bürgerl. Gesetzbuch besprochen. Wien 1853 (III. 392, insbes. Note 10)].
- Der revidirte Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs f. d. Königreich Sachsen. 1861 (III. 444 fg.)
- System des allg. österr. Privatrechts. I. Bd. Leipzig 1855 . . (III. 211 fg.)
- — — — — II. Bd. — 1859 . . (III. 217 fg.)
- — — — — VI. Bd. — (Erbrecht) 1864. (III. 222 fg.)
- Verlassenschafts-Abhandlung in Oesterreich. Wien 1862 . . (III. 224 fg.)
- Vangerow**, **K. A. v.**, Lehrbuch der Pandekten. 6. Aufl. I. Bd. 1851, II. Bd. 1854 (I. 7 fg.)
- Revision der Theorie über gesetzl. Deliberationsfristen. (Im Archiv für civil. Praxis XXII. Bd. Nr. 7.) (II. 222 fg.)
- Voigt**, **M.**, Die lex Maenia de dote. Weimar 1866. 84 S. 4^o. (I. 442—479.)
- Wächter**, **G. v.**, Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen. (XIV. und 271). Leipzig 1853 . (III. 403 und 413 fg.)

Sach-Register.

(Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die arabischen die Seite, R. die Note.)

A.

- Abgeleiteter juristischer Besitz I. 277. 311 fg., III. 233.
Abrechnungss = Geschäft I. 334. 337 fg., 380. 381.
Absicht s. dolus.
Absolute Rechte III. 111.
Abstinenz des Erben s. benef. abstin.
Abstracter Vertrag I. 320.
Abtretung s. Cession.
Accensi velati III. 22.
Acceptilation I. 9 fg., 327. 353.
Accessio s. Zuwachs.
Accrescenzrecht II. 60. 563. 656.
Acquisitio hereditatis II. 7 fg.
— per universitatem I. 1. R. 5.
Actio ad supplendam legitimam II. 618.
— annalis s. annua I. 55 fg.
— Calvisiana II. 643.
— confessoria, Cession ders. I. 194;
a. c. utilis des Emphyteuta I. 297 fg.
— de dote I. 442 fg.
— ex testamento II. 445.
— familiae erciscundae I. 464. 466. II. 284.
— Faviana II. 643.
— furti I. 408.
— hereditaria II. 2 u. R. 12.
— iniusti repudii I. 444.
— legati II. 445.
Actio malae tractationis I. 444.
— negatoria utilis des Emphyteuta I. 297 fg.
— perpetua I. 408.
— popularis III. 41. 42.
— Publiciana III. 167.
— rei uxoriae I. 442 fg., Unvererblichkeit derselben I. 478.
— suppletoria (expletoria) II. 618.
— vectigalis I. 218.
Additionalsystem (die Nov. 115 betreffend) II. 596 fg.
Adgnatio s. agnatio.
Adiectus im Unterschied zum substitutus II. 102 fg., und zum bedingt eingefetzten Miterben II 132. fg.
Adiectus solutionis causa III. 504.
Aditio hereditatis II. 8.
Adiunctio III. 369.
Adoption III. 316 fg.
Adoptiv-Kinder, Erbrecht der A. II. 44. 49 fg., 603.
Aes Malacitanum III. 38 fg.
— Salpensanum III. 38 fg.
Ager publicus III. 19 fg.
— vectigalis I. 210. 211. insbes. auch R. 14.
Agnaten II. 33.
Agnatio postumi II. 635 fg., 656.
— sui heredis II. 566 fg., 656.
Agnition der bonorum possessio II. 10. 88 fg.

- Agnitionsfrist I. 66 fg.
 Aleatorischer Vertrag s. Wette.
 Alibi gegen eine Stipulations-Urkunde
 eingewendet I. 372.
 Alienatio I. 269. III. 73 (s. auch Ver-
 äußerung).
 Alieni iuris personae, Beerbung der —
 II. 40 fg., 45. 46.
 Alimenta legata II. 473 fg.
 Alternative Obligation III. 532 fg.
 Alternatives Vermächtniß II. 483 fg.
 Anatomicismus III. 98 fg.
 Anerkenntniß, Bedeutung dieses Wortes
 im preuß. L. R. III. 192.
 Anerkennung als Verpflichtungsgrund I.
 307—384, insbes. 334 fg., 377 fg.;
 Klage auf Anerkennung 346 fg., III.
 502 fg.
 Anfechtbarkeit einer Stipulation zc. wegen
 Mangels der causa I. 322 fg.
 Anfechtung eines Schuldscheines I. 342 fg.
 Animus domini I. 279. R. 10.
 — donandi etc. I. 375.
 — possidendi I. 279. R. 10.
 Annona I. 265.
 Annus utilis I. 55 fg.
 Annum legatum II. 471 fg.
 Antinomie s. Auslegung.
 Antrag s. Differte.
 Antretung der Erbschaft II. 8 fg.
 Anwartschaftsrecht s. Accrescenzrecht.
 Apocha s. Quittung.
 Aqua aestiva und quotidiana I. 63 fg.
 Aquiliana stipulatio I. 338.
 Armen, Einsetzung der — zu Erben II. 72.
 Arrogation I. 22.
 Arragirter, Rechte des unmündig — n II.
 641 fg.
 As und seine Eintheilung II. 78.
 Ascendenten, Erbrecht der — II. 53 fg.
 Assidui III. 21.
 Aufhebung des Erbschaftserwerbes II. 24 fg.
 Auflage bei Erbeinsetzungen II. 97.
 Auflassung, gerichtl. (Sala) III. 165 fg.
 Auslegung der Rechtsquellen I. 1. fg.
 Ausschließungssystem (Nov. 115. betreffend)
 II. 597. R. 164.
 Außereheliche Kinder III. 321 fg.
 Ausstattung, ob zum Feirathsgute gehörig?
 I. 207.
 Ausstattungsspflicht III. 313 fg.
 Autonomie III. 10.
 Avulsum III. 368.
- B.
- Baiern, Gesetzgebung in B. III. 134 fg.;
 Vortrag über Entwurfung eines bürgerl.
 Gesetzbuchs s. B. III. 256 fg., Rechts-
 zustand in B. III. 256 fg. (passim),
 282 fg.
 Bannrechte, Besitz daran III. 233 fg.
 Bauen, Baumaterialien s. inaedificatio.
 Bäuerliche Verhältnisse III. 267 fg., 275.
 Bedingungen I. 26 fg., s. auch conditio.
 Wesen und Wirkung d. B. III. 449.
 453. 480 fg., 488. 489. — Affirmative
 und negative B. I. 27; unmögliche B.
 I. 26 fg., insbes. bei Erbeinsetzungen
 II. 93. 94. III. 484—486; juristisch
 und moralisch unmögliche B. I. 31 fg.;
 nothwendige B. I. 26 fg.; bei Erb-
 einsetzungen II. 93; Bed. bei Erbein-
 setzungen II. 86 fg.; insbes. alterna-
 tive B. II. 98 fg.; captatorische B.
 II. 95.; negative Potestativb. II. 151 fg.;
 Resolutivb. bei der Erbeinsetz. II. 96 fg.;
 B. bei Vermächtnissen II. 434.; Beweis
 der B. III. 486 fg.
 Befreiung des Eigenthums von Hypotheken,
 s. Hypothek.
 Befristung, Beweis der B. III. 486; B. bei
 Erbeinsetzungen II. 97.
 Belegene Sache, Gerichtsstand der b. C. bei
 der Erbschaftsklage II. 381 fg.
 Beseium abstinendi II. 24. 171.
 — deliberandi II. 11.
 — inventarii II. 20 fg.
 — separationis II. 22. 23.
 Besitz nach hess. C. III. 354 fg.; nach öster-
 reich. R. III. 227 fg.
 Besitz abgeleiteter I. 277. 311 fg.; nach österr.
 R. III. 233.
 Besitz bürgerlicher III. 239.

- Besitz des Eigentümers neben dem des
 Emphyteuta I. 309 fg.
 Besitz der Emphyteuse I. 277—317.
 — an Forderungen? I. 280. R. 12;
 nach österr. R. III. 233 fg.
 — — Rechten III. 361 fg.
 — — Servituten I. 278 fg.
 — , Verlust des B. III. 361.
 — , Wirkungen des B. nach den neueren
 Gesetzen III. 421 fg.
 Besitzklagen, Vererbung und Verjährung
 der — III. 358 fg.
 Besitzlehre in d. neueren Entw. III. 414 fg.
 Besitzrecht = ius possidendi III. 175.
 — , ideelles u. reelles B. nach d. Zürich.
 Gesetz III. 418 fg.
 Besitzschutz nach d. hess. Entw. III. 356 fg.
 Besitztitelberichtigung III. 175.
 Beweis von Bedingungen und Befristungen
 III. 486 fg.
 — des Miteigentums I. 163 fg.
 — von Verträgen (de lege fer.) III.
 209 fg.
 Beweiskraft der Quittungen und Schuldscheine
 I. 342 fg., insbes. 349 fg.; (s. An-
 erkennung).
 Bissexum I. 42 fg.
 Bona adventicia II. 41. 243 fg.
 — castrensia II. 242.
 — — fides bei der Ersetzung I. 12 fg.
 — — b. d. Klagenverjährung I. 116 fg.
 — — des Beklagten bei der Erbschafts-
 klage II. 294 fg.
 — profecticia II. 243 fg.
 Bonae fidei iudicia I. 404 R. 2. 406 fg.
 (s. überhaupt den Aufsatz über dolus).
 Bonae fidei possessor s. Fruchtterwerb.
 Bonitatisches Eigenthum III. 168; vgl. mit
 dem natürl. E. des Nichteingetragenen in
 Ländern, wo öffentl. Bücher bestehen
 III. 431 fg.
 Bonorum possessor II. 29.
 — possessio überh. II. 378 fg.; B. P.
 intestati II. 32. 35 fg.; B. P. con-
 tra tabulas II. 32. 35 fg., 568 bis
 575; B. P. sec. tab. ebb.; B. P.
 des bedingt Eingesehten II. 151 fg.
- Brautfinder, Erbrecht der B. II. 49.
 Breviarium Alaricianum III. 131.
 Bücher, öffentliche III. 162 fg. 428. 429.
 Bücherlicher Besitz III. 239.
 Bürgschafts-Verbindlichkeit, Vererbung der
 B. nach österr. R. III. 240 fg.
- C.**
- Canon bei der Emphyteuse I. 224.
 Capacitas des Erben II. 65. 66. 491 fg.
 Capitis deminutio I. 4. 8.
 Capitularia III. 131.
 Captatorische Bedingungen II. 95.
 Casus impotentiae u. noluntatis II. 168.
 Catonianische Regel II. 67. R. 9. 435 fg.
 485—519.
 Causa acquirendi III. 373.
 — bei Vermögenszuwendungen I. 319 fg.
 360 fg. 375.
 Cautela Socini II. 616.
 Cautio I. 318. 319; c. indiscreta III. 502;
 c. praedibus praediisque III. 42.
 Cautional-Collation II. 276 fg.
 Centurienverfassung III. 21 fg.
 Cession I. 416 fg. III. 517 fg.; C. der
 hered. pet. II. 279. R. 14; C. einer
 naturalis obligatio I. 410 fg.; C. der
 a. confessoria I. 194.
 Chirographa I. 330. 373.
 Civilehe III. 115. 301.
 Civilgesetzgebung III. 125 fg.
 Civilrecht III. 109 fg.; C. u. Civilprozeß,
 Gränze zwischen beiden III. 278 fg.
 Civitas romana III. 65 fg.
 Civitatis mutatio III. 58 fg.
 Clausula codicillaris II. 432 fg.
 Code Napoléon III. 124. 140 fg. 160 fg.
 Codex Theodos. III. 129.
 — Maximil. Bavar. III. 134 fg. 262 fg.
 insbes. 268 fg.
 Codicill II. 429 fg.
 Codicillar-Clausel II. 432 fg.
 Codification I. 4 fg.; ob überhaupt ver-
 werflich? III. 404 fg.
 Cognaten, Begriff II. 43; ihr Erbrecht II. 35.
 Cognation als Grundlage d. Justin. Intestat-
 Erbrechtes II. 42 fg.

- Collation II. 234 fg. A) Geschichte: 1) die *C.* der Emancipirten II. 235—250: a) die Subjecte 236—240; b) Objecte 241—248; c) heutige Geltung 248—250. 2) Collatio dotis 251—254. 3) *C.* der Descendenten nach neuestem römischem R. 254 fg. — B) Heutiges gem. R. a) Subjecte 257 bis 263. Verhältniß d. *C.* zum Pflichttheilsrecht 261; zur l. Falcidia 262; zum benef. inventarii 277; nach welchem Verhältniß geschieht die Vertheilung der conferenda? 263 fg. b) Objecte 265 fg. c) Realisirung der *C.*, Art und Weise derselben 273 fg.; insbes. Cautional-*C.*, 276 fg. — C) *C.* nach dem Züricher Gesetzb. III. 342.
- Collision mehrerer Forderungen III. 515. 516.
- Comitalis morbus III. 89.
- Commixtio III. 369.
- Commodats-Klage, Alter derselben I. 405.
- Compromiß I. 415 fg. III. 496. 497.
- Concubine u. Concubinen-Kinder, Erbrecht derselben II. 63; ihre Einsetzungsfähigkeit II. 74. 75.
- Concurs 429; vgl. überhaupt den Aufsatz auf *S.* 425 fg.
- Concursgläubiger s. unter Pächter.
- Conditiones, Gegenstand der Rückforderung III. 455.
- Condictio indebiti }
 — c. d. c. n. s. } I. 322 fg. 363 fg. 377.
 — sine causa } 378 u. fg. III. 523.
 — ex lege 30. Cod. de inoff. test. II. 618.
- Conditio s. Bedingung; c. derisoria II. 94; c. in praesens v. praeteritum collata bei Erbeinsetzungen II. 93; c. iurisiurandi II. 94; c. necessaria II. 93; c. non faciendi II. 90; c. promiscua II. 87. 88; c. tacita bei Erbeins. II. 93.
- Condominium, Beweis desselben I. 163 fg.
- Confession, Erziehung der Kinder, wenn die Eltern verschiedener *C.* III. 308 fg.
- Confessoria in r. actio, Cession ders. I. 194.
- Confusio, als Erlöschungsart von Rechten II. 18.
- Confusio bonorum bei d. Beerb. II. 19. 23.
- Coniuncti II. 84 fg.
- Connegität, Erforderniß bei der Retention? I. 103.
- Connubium I. 443. 449. 450.
- Consanguinei II. 34. 636.
- Consensual-Verträge I. 374.
- Constitutum debiti proprii I. 327. 336.
- Contocorrent I. 338.
- Contract s. Vertrag. Ausbildung der Contracte I. 406 fg.
- Contractus emphyteuticarius I. 231. 232.
- Conventional-Strafe III. 496.
- Corporationen III. 296; Recht gewisser *C.* auf erblose Güter II. 61; Einsetzungsfähigkeit der *C.* II. 71 fg.
- Correalschuldverhältnisse III. 529 fg.
- Corrections-system (Nov. 115 betreffend) II. 596 fg.
- Coutumes III. 139 fg. 160.
- Creditum I. 353.
- Cretio II. 8 fg. 13. 17. R. 122. 170. R. 21. 652.
- Crimen expilatae hereditatis I. 130.
- Curatel III 332 fg.

D.

- Damnationeslegat II. 419.
- Darlehen I. 369. (vgl. Anerkennung und Schuldschein).
- Darlehensklage, Verjährung der D. III. 383. 384. 453. fg.
- Darlehensurkunde, Beispiel einer röm. — III. 80 fg.
- Debitum legatum II. 479.
- Decem personae II. 36. 39.
- Definitionen in Gesetzbüchern III. 398 fg. 447.
- Deliberationsfrist bei der Erbschaftsantretung II. 10 fg.
- Deliberationsfrist, gesetzliche? II. 222 fg.
- Demonstratio falsa beim Legat unschädlich II. 525 fg.
- Deportation, Einfluß der — auf die Ehe I. 447 fg.

- Depositum I. 397 fg.; doppelte Klagformel I. 405; Alter der Contractsklage ex dep. I. 405 fg.
- Dereliction bei der Emphyteuse I. 241.
- Derogationssystem (Nov. 115. betreffend) II. 597 fg.
- Descendenten, Erbrecht der D. nach heutigem Recht II. 47 fg.
- Detention, Schutz der bloßen D. III. 415 fg.
- Dienstbarkeiten (nach hess. C.) III. 375 fg. sonst s. Servituten.
- Dienstbarkeiten, gesetzl. III. 374.
- Dienstboten III. 339 fg.
- Dies I. 72; d. bei Erbeinsetzungen II. 97.
- incertus an } III. 480.
 — — quando }
 — intercalaris I. 42 fg.
- Δίκη κατώσεως } I. 444.
 — ἀπολείψεως }
- Doctrin, gehören alle Sätze der D. dem ius civile an? I. 272.
- Dolus, ipse d. et quasi d? I. 395 fg.
- Domestici heredes II. 33. R. 14.
- Dominium utile I. 213; übr. s. Eigenthum.
- Donatio immodica (inofficiosa) II. 643 bis 650.
- Dos I. 442 fg. II. 242. 251 fg.; Evictionsleistung in Betreff der Dotalgegenstände I. 479 fg.; namentlich im Falle einer dos necessaria I. 484 fg.; stillschweigende Bestellung der Dos I. 483 fg.; dos inofficiosa II. 651.; dos praelegata II. 554—559.
- Dotationspflicht I. 484 fg. III. 313 fg.
- Droit coutumier, écrit III. 139.
- révolutionnaire III. 140 fg.
- Duoviri III. 40.
- Dupondius II. 80.
- Ε.**
- Edicta magistratum III. 34.
- Edictum de coniungendis cum emancipato liberis eius II. 35. 47. 237.
- Ehe s. Civilehe.
- Ehe, civile, ob Voraussetzung der Dos? I. 447.
- Ehen zwischen Römern und Peregrinen I. 443. 447.
- Ehe, Verhältnisse in Folge der Endigung der Ehe I. 452 fg.
- Ehegatte, Erbrecht des überlebenden Ehegatten II. 35. 60; nach dem Züricher Ges. III. 344 fg.
- Ehehindernisse III. 298 fg.
- Eheliches Güterrecht I. 442. III. 264. 266 fg. 303 fg. (Stellung im System III. 272 fg.)
- Eherecht III. 114. 115. 297 fg.
- Ehescheidung I. 452 fg. II. 60. III. 301 fg.
- Eheverträge III. 266 fg.
- Eigenthum III. 362 fg.; engerer u. weiterer Begriff? III. 426. 427. — E. u. Sache identificirt III. 351. — E. am eigenen Leibe I. 8. — E. an Rechten I. 255 fg. — E., bonitatisches u. quirittisches I. 121 fg. vgl. III. 168. — natürliches E. an Grundstücken III. 168. 184 fg. 429 fg. 459. 474.
- Eigenthums-Erwerb an Immobilien III. 166 fg.; insbes. preuß. R. 174 fg. 372 fg.
- Eigenthums-Klage, Beschränkungen der E. III. 363 fg. 438 fg.
- Eigenthums-Uebertragung I. 321. III. 371 fg. — Uebertragungs-Formen III. 165 fg.
- Einheitliche Civilgesetzgebung für Deutschland III. 145 fg.
- Einkindschaft III. 266.
- Einleitungs-Unterricht, juristischer I. 7.
- Einrechnung in den Pflichttheil II. 612 fg.
- Einsetzung des Erben s. Erbeinsetzung.
- Einsitz III. 375.
- Eintragung ins öffentliche Buch, Wirkung derselben III. 166 fg. 174 fg. 372 fg.
- Eintrittsrecht s. Repräsentation.
- Einverfung in die Erbschaft s. Collation. Electio legata II. 484.
- Elternrecht III. 115. 116. 305 fg.
- Emancipirte, Erbrecht derselben II. 35; Notherbrecht der E. II. 596 fg.; Collation der E. II. 235—250.
- Emphyteuse I. 210—317. Ueber die Natur dieses Rechtes 247—276. — Ursprung 210 fg.; 263 fg. — Gegenstand 214 fg. — Rechtsschutz 218 fg. 269 fg. — possessorischer Schutz 219 fg. — Besitzschutz des Eigenthümers neben dem Emphyteuta 309 fg.; gegen den E. 314 fg.

- Erwerbgründe: a) Errichtung: 1) durch Vertrag 229 fg., 2) durch Vermächtniß 233 fg.; 3) durch Ersetzung 234 fg. 282. 283 u. N. 18. b) Uebertragung einer bestehenden E. 240 fg. *Acquisition*sgünde 241 fg.; speciell: Dereliction u. Verjährung; Verlust der E. zur Strafe 243 fg. — die Ansprüche anlässlich der Endigung der E. 245 fg. — Verkauf der E. 226 fg. — Vererbung 216. 217. 228 fg. — Verpfändung 275. 276. — Besitz der E. 277—317.
- Empfhyteuta I. 212; Rechte des E. 216—223; — Verbindlichkeiten des E. 223—229; — Fruchtterwerb von Seiten des E. 221. 288 fg.; Bestätigung des neuen E. durch den Eigenthümer 226 fg.
- Empfhyteutisches Recht, Natur dess. I. 247 bis 276.
- Enterbung II. 561 fg. 651—670. Art und Weise der E. 657 fg.; Erfordernisse der E. 656—663; nach Nov. 115: 663 fg.; welche Personen können enterbt werden? 656. 657.
- Enterbungsgründe II. 663 fg.
- Enterbungssystem (Nov. 115 betreffend) II. 597. N. 164.
- Entschuldbarkeit des Irrthums, ob bei der Ersetzung relevant? I. 15.
- Entwürfe, neuere, zu Civilgesetzbüchern III. 147 fg.
- Entwurf bayerischer, hessischer, sächsischer u. s. w. f. das Verzeichniß der Recensionen.
- Erbe II. 28 fg.
- Erbeinsetzung II. 65 fg.; Form der E. 76 fg.; E. mehrerer Erben 78 fg.; bedingte E. 86 fg.
- Erbeinsetzungs-Vertrag II. 187 fg.; Wesen desselben 187—190; Fähigkeit zur Errichtung 190 fg.; Form 192; Inhalt 192 fg.; Wirkung 193 fg.; Aufhebung 194. 195.
- Erbfolge, ihr Grundgedanke I. 5. II. 1 fg. III. 118 fg.
- Erbpacht s. *Empfhyteuse*.
- Erbpachtbrief I. 226.
- Erbpächter s. *Empfhyteuta*.
- Erbrecht (i. obj. S.) Stellung im System III. 273. 274. 349. 350.
- österr., Würdigung dess. III. 340 fg.
- Züricher III. 340 fg.
- (i. subj. S.) der Adoptivkinder nach Zürich. N. III. 343.
- , Besitz am E. nach österr. N. ? II. 236 fg.
- unehelicher Kinder III. 324 fg. 343.
- Erbschaft II. 1 fg. Erwerb der E. II. 7 fg. 216 fg. (nach Züricher N. III. 345), durch gewaltunterworfenen Personen II. 12 fg. — Folgen des Erbschaftserwerbes II. 18 fg. — Veräußerung der E. durch den Fiskus II. 389 fg.; insbes. 395 fg.
- Erbschaftsklage s. *hereditatis petitio*.
- Erbvertrag II. 186—216 (s. auch *Erbeinsetzungs-V.*)
- nach österr. N. II. 200 fg.
- nach Zürich. N. III. 348.
- Ereisci s. a. sam. *ereiscundae*.
- Creption III. 578 N. 89.
- Erfüllungsort III. 507. 508.
- Erlaßvertrag I. 9 fg. III. 527 fg.
- Ersetzung I. 12 fg. (vgl. *usucapio* und *mala fides*.)
- von Erbschaftsachen II. 306.
- nach hessischem E. III. 380 fg.
- gegen ingrossirte N. III. 381.
- von Sachen der Unmündigen und Minderjährigen I. 150 fg.
- unbeweglicher Sachen nach dem hess. E. III. 435. 436., nach dem österr. N. ebend.; nach dem sächs. 434 fg. 436 fg. nach Züricher E. 436 fg.
- Erwerbstitel III. 373.
- Evictionleistung in Betreff der Dos I. 479 fg.
- Etziggeld III. 235.
- Exceptio annua I. 74.
- *doli* I. 99 fg. 336; gegen die Klage aus einer Stipulation I. 325.
- Exceptio metus I. 336.
- *non numer. pecun.* I. 326. 333. 336.; bes. aber 348 fg. 359. 371 fg. III. 83. N. 522 fg.
- Exceptio non rite adimpleti contractus I. 336.

Exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat II. 307.
 Exceptio quod vi, clam aut precario III. 358. 422.
 Exceptio rei vend. et trad. III. 167. 430. 431.
 Executivprozeß I. 344.
 Exhereditatio f. Enterbung.
 — bona mente II. 576. 669.
 Extraneus heres II. 8.
 — manumissor II. 34. 36. 39.
 Extraordinaria iudicia III. 36 fg.

F.

Fähigkeit zur Erbschaftsantrittung II. 12 fg.
 — — Errichtung eines Erbvertrags II. 190 fg.
 Falcidia portio im Sinne von Pflichttheil II. 577. R. 79.
 Falcidische Quart f. Quarta.
 Falsa demonstratio II. 525 fg.
 Familienrath III. 330. 337 fg.
 Familienrecht III. 113. 114 fg.
 Fiction I. 22 fg.
 Fictus possessor II. 283. 284.
 Fideicommissa II. 420 fg.; successive F. II. 434.; Familienfideicommissa II. 434 fg. III. 275.; nach päpstlichem R. III. 539. 540. 543. 544.
 Fideicommissum tacitum II. 462.
 Fide promittere } III. 81. R. **)
 — rogare }
 Fides publica des Grund- und Hypothekensbuches (insbes. preuß. R.) III. 182 fg.
 Fiskalische Veräußerungen II. 390 fg.
 Fiscus, Recht des F. auf erbliche Güter II. 61. 350. R. 105.
 — Veräußerung der Erbschaft durch den F. II. 389 fg., insbes. 395 fg.
 Forderung III. 112. 447 fg.
 Form, legislativer Werth solenner F. III. 188. 189. 393 fg.; schriftl. F. bei Verträgen nach preuß. R. III. 188 fg.; legislat. Würdigung 206 fg. 393 fg.
 Formelle (positiv und negativ f.) Verträge I. 321.

Formlosigkeit der heut. obligat. Verträge I. 374.
 Formula in factum concepta) f. den Aufß.
 — — ius —) überdolus.
 Forum rei sitae bei der hered. petitio II. 381 fg.
 Französisches Civilrecht III. 124. 139 fg.
 Frauen, Vormundschaft über F. III. 71 fg.
 Freigelassener, Beerbung des F. II. 34. 36. 39.
 Freilassungen III. 49. 50. 67 fg.
 Frist zur Erbschaftsantrittung II. 10 fg. (f. übrigens Deliberationsfrist.)
 Fruchtvererb I. 120 fg.; von Seiten des Emphyteuta I. 221. 288 fg.; von E. d. Nutznießers I. 292 fg.
 Fruchtgenuß f. Nießbrauch.
 Fruchtnießung an Kleidern I. 196 fg.
 Fruchtrecht des redlichen Besthers I. 120 fg. 221. R. 60. 290 fg. III. 367.
 Fundi emphyteutici I. 211.
 Furti actio I. 408.

G.

Gantverfahren f. Concurß.
 Garantieschein III. 338.
 Gebrauchsrecht, Unterschied von Frucht-
 nießung (österr. R.) I. 204.; vgl. III. 375.
 Gentilen, ihr Erbrecht II. 34.
 Genus legatum II. 474 fg.
 Gerichtliche Hinterlegung III. 524 fg.
 Gerichtsstand der belegen. Sache bei der Erbschaftsklage II. 381 fg.
 Germani II. 636.
 Gesamt-Eigenthum III. 362. 363.
 — = Schuldverhältnisse III. 529 fg.
 Geschäftsführung ohne Auftrag I. 419 fg.
 Geschlechts-Vormundschaft III. 71 fg.
 Geschwister, ihr Erbrecht II. 39. 53 fg.
 — — Nothbrecht II. 636.
 Gesetzbücher, umfassende, ob wünschenswerth? III. 404 fg.
 Gesetzgebung, ihr Einfluß auf das Rechtsbewußtsein I. 5 fg.
 Gesetzliche Erben, — Erbfolge II. 32.
 Gesinde III. 118. 339 fg.
 Geständniß I. 165 fg. — Wer ein Geschäft zugestehet, aber als bedingtes, läugnet

eß als unbedingtes III. 490 fg. — über-
haupt G. mit Einschränkungen und Zu-
fähen III. 493 fg.
Gestohlene Sachen III. 364 fg.
Gewohnheitsrecht III. 9. u. 125. 126.
Glaubhaftigkeit der öffentl. Bücher (preuß.
N.) III. 182 fg.
Gläubiger des Erblassers und des Erben
II. 20—23.
Grundbesitz III. 113.
Grundbesitzer von der Satisfaction befreit
I. 286 fg.
Grund-Dienstbarkeiten, Erwerb der —
III. 361 fg.
Grund-Dienstbarkeiten nach hess. G. III.
378 fg.
Grund-Eigenthum III. 165 fg.
— : Steuer I. 265.
— : und Hypothekenbücher III. 162 fg.
372 fg. 428 fg.
Güterrecht der Ehegatten I. 442 fg.
Gutsherrliche und bäuerliche Verhältnisse
III. 267 fg.
Gutsinventar, Pertinenzqualität des G.
III. 354.

§.

Habitatio III. 375.
Hand muß Hand wahren III. 364 fg. 439 fg.
Handels- und Wechselrecht III. 148 fg.
Handlohn I. 227.
Heirathsgut s. Doß.
Heredis institutio II. 65 fg.
Hereditas II. 1 fg. Bedeutung von here-
ditas II. 325 fg.
Hereditas honoraria II. 30.
— iacens II. 2 fg.
— legitima II. 32.
Hereditatis petitio, ihre Natur I. 136 fg.
vgl. II. 278. 305; insbes. auch 324—330,
überhaupt s. II. 278—310. 315—389
(I. Aufsl.) Uebersicht: 1) Wesen 278
2) Subjecte 279 fg.; insbes. bei der her-
pet. partiaria 284 fg. 3) Verlauf u. Erfolg
der h. p. a) was ist zu beweisen? 287
bis 292; b) was hat der Verurtheilte zu
leisten? 292—301 (vgl. 351 fg.) c) Gegen-

ansprüche desselben 301 fg. 4) Verjährung
305 fg. 5) Verhältniß der Parteien zu
den Legataren, Erbschaftsgläubigern, Erb-
schaftsschuldnern 307 fg.
(II. Aufsl.) „Wesen und Umfang der her-
pet.“ 315—381. 1) Gegenstand der her-
pet. 315—330 (oder §. 1. §. 2 des Aufsl.)
— 2) thatsächliche Verletzung des Erb-
rechtes als Voraussetzung der her. pet.
330 fg. (oder §. 3). — 3) Beklagter 335
bis 343 (oder §. 4). — 4) Kläger 343
bis 350 (oder §. 5). — 5) Zweck und
Erfolg der her. pet. 350 fg. (oder §. 6).
— 6) Speciell: Verhältniß der usucapio
pro herede zur her. pet. 358 fg. (oder
§. 7). — 7) Verhältniß des interdictum
quor. bon. zur her. pet. 377 fg. (oder
§. 8).
Hereditatis petitio ex nomine de inoffic.
testam. II. 579.
— — fideicommissoria II.
279.
— — partiaria II. 279. 284 fg.
— — possessoria II. 279.
345 fg.
— — totalis, universalis II.
279.
— — Gerichtsstand der be-
legenen Sache bei
ihr II. 381 fg.
Heres II. 2. 28 fg.; — directus II. 30.
— domesticus II. 33. N. 14.; — ex
re certa II. 81 fg.; — extraneus II. 8.
29.; — honorarius II. 30. — indirectus
II. 30. — necessarius II. 7 fg. 29. —
praetorius II. 30. — suus s. Suus.
Hessen, Entw. eines bürgerl. Gesetzb. für
das Großherzogthum H. III. 280 fg.
— Rechtszustand in H. III. 281 fg.
Hinterlegung, gerichtl. III. 524 fg.
Honorirter II. 426 fg.
Hypotheken nach päpstl. Rechte III. 540 fg.;
insbes. Befreiung des Eigenthums von H.
543.
Hypothekenbuch s. Grundbuch.
Hypothekenwesen III. 163 fg.; preußisches
H. III. 165 fg.

3.

Jahr s. annus.
 Ablation der Doß mit oder ohne vorangegangenes Versprechen I. 480 fg.
 Annemorial-Verjährung I. 77 fg.
 Immobilienarsachenrecht, seine politische Bedeutung III. 113.; übrigenß s. Grundbuch, öffentl. Buch, unbewegl. Sachen.
 Implantatio III. 368.
 Inaedificatio III. 368.
 Incapacität s. Capacitas.
 Incerta persona, Erbeinsetz. einer — II. 69.
 Indebitum s. conditio indebiti.
 Infamie I. 8.
 Ingrossation III. 372 fg.
 Inhabung (Detention), Schutz der 3. III. 415 fg.
 In iure cessio der legitima hereditas delata II. 25. R. 173.
 Innominat-Contracte, Reuerecht bei den 3.-C. III. 198 u. R. 21. 199. R. 25.
 Inofficiositäts-System (Nov. 115 betreffend) II. 586 fg.
 Institutio heredis II. 65 fg. — ex re certa II. 81 fg. — mystica II. 77.
 Institutionen-System III. 273. 291.
 Institutus heres II. 28.
 Intabulation III. 166 fg.
 Intercessionsrecht der Gemeinde-Obrigkeiten III. 49.
 Interdicte, possessoriße, Hypothese über ihre ursprüngl. Bedeutung I. 285.
 Interdictum de aqua aestiva I. 68.
 — — clandestina possessione III. 357. 358.
 — — precario III. 358. 359.
 — — vi I. 313 fg. III. 357. 359. 360.
 — quod legatorum II. 451. 452.
 — quorum bonorum II. 310 bis 315.; insbes. Verhältniß zur her. pet. II. 313 bis 315. 377 fg. Gerichtsstand II. 382.
 — retinendae possessionis III. 356. 357. 360.

Interdictum uti possidetis I. 312.
 Interpretation der Rechtsquellen I. 1 fg.
 Instabilis II. 74.
 Intestat-Erbfolge II. 31 fg.; altcivile 32 fg.; prätorische 35 fg.; Erweiterung durch Kaisergesetze 37 fg.; Justin. R. u. heut. R. 42 fg.
 Inventar II. 20 fg.
 Irrthum bei der conditio indebiti I. 363 fg.
 Iudex sponsionis I. 385.
 Iudicium divisorium, spez. fam. ercisc. f. actio f. erc.
 — domesticum I. 453.
 — de moribus I. 444. 455 fg.
 — rei uxoriae I. 444. 455 fg.
 — rescindens } II. 579. R. 96.
 — rescissorium }
 Juristische Personen I. 16 fg. II. 2 fg.; Erbeinsetzung der jur. Pers. II. 71 fg.
 Ius accrescendi II. 656.
 — ad rem (ohne genannt zu sein) III. 433. 434.
 — civile I. 272. III. 109 fg.
 — emphyteuticum I. 211.
 — italicum III. 30.
 — Papirianum III. 15.
 — perpetuarium II. 211.
 — poenitendi bei d. Innomin.-Contr. III. 198. u. R. 21. 199. R. 25.
 Justinianische Gesetzgebung III. 130.
 — Intestat-Erbfolge II. 42 fg.

R.

Raiferzeit, Beginn der röm. — III. 28.
 Kalender, römischer s. Schalttag.
 Raufforderung im Concurse I. 430.
 Raufurkunden, Beispiele römischer R. auf Wachstafeln III. 84 fg.
 „Kinderfolge“ bei gemischten Ehen I. 450. 451.
 Kirche, Erbeinsetzungsfähigkeit der R. II. 72.
 Kirchenrecht, Stellung desselben zu anderen Zweigen des Rechts III. 11.
 Kirchenstaat, Civilgesetzgebung im R. III. 533 fg.
 Klagenverjährung, bona fides Erforderniß? I. 116 fg.

- Klagenverjährung nach hess. Entwurf III.
383. 384.
Klagenverjährung, Unterbrechung der K.
bei Gesamt-Schuldverhältnissen nach
d. bay. Entw. III. 531 fg.
König, Stellung des K. im alten Rom
III. 17. 18.

L.

- Landrecht, allgem. für die preuß. Staaten
III. 135 fg.
Latinisches Recht, dessen Verwandtschaft
mit dem römischen III. 71.
Latinität III. 40. 69.
Laudemium I. 227.
Legalservitut III. 374.
Legatarius s. Honorirter.
— partiarus II. 463.
Legat II. 418 fg.; s. auch Vermächtniß.
Legata partitio II. 463 fg.
Legatum annuum II. 471 fg.
— debiti II. 479. 525 fg. 539—554.
— generis II. 474 fg.
— liberationis II. 479 fg. 519 fg.
— nominis II. 477 fg. 520. 524. 525.
— optionis II. 484.
— per damnationem
— — praecceptionem / II. 419.
— — vindicationem /
— sinendi modo
— speciei II. 464 fg.
Leges, Wortbedeutung bei Justinian I. 75.
R. 45.
— Barbarorum III. 131.
— fugitivae I. 2.
— geminatae I. 2.
— regiae III. 15.
Legitimation III. 315 fg.
Legitimirt Kinder, ihr Erbrecht II. 48 fg.
657. R. 30.
Legitimum tempus I. 74. R. 44.
Legitimus heres II. 28. 32. 35.
Lehen III. 275.
Lehenbriefe (Abweichungen der späteren v.
d. älteren) I. 95. 446.
Lehenserneuerung I. 93.
Lehenswaare I. 227.

- Leibeigenschaft III. 117 fg.
„Leztwillige Verordnungen“, (Sprachgebr.
des preuß. R.) II. 212 fg.
Lex im Unterschiede von edictum III. 39.
— Acilia III. 61. R. 4.
— Aelia Sentia III. 50. 70.
— Claudia III. 32. 72.
— commissoria beim Kaufe III. 453.
— Falcidia II. 262. 451 fg.
— Furia II. 451.
— Glitia (?) II. 576.
— Julia et Papia Poppaea II. 39. 485.
486. R. 4. 491. III. 129.
— Julia et Plautia III. 26.
— Junia III. 69.
— — Norbana II. 491.
— Licinia de modo agri III. 24. 27.
— Maenia III. 25.
— — de dote I. 442 fg.
— Papia Poppaea s. I. Julia.
— Publilia III. 24.
— Romana Visigothorum III. 131.
— Servilia repetundarum III. 61. R. 4.
— Velleia II. 657.
— Voconia II. 451.
Liberatio legata II. 479 fg. 549.; bes.
519 fg. (lib. ab indebito legata).
Liberi, Erbrecht der I. II. 35.
— naturales II. 63.
Libertus, Beerbung des I. II. 34. 36. 39.
Literalscontract I. 320 fg. 370 fg.
Literatur des röm. Rechts III. 120 fg.
Longi temporis praescriptio s. prae-
scriptio.

M.

- Malaca, Stadtrecht von M. III. 38 fg.
Mala fides des Beklagten bei der Erb-
schaftsklage II. 294 fg.
— — , ob sie die Klagenverjährung
hindert? I. 116 fg.
— — superveniens III. 438.
Mandatum ad agendum I. 417 fg. II. 26.
Mannsstamm, Bevorzugung des M. im
älteren ital. Erbrecht, namentlich im
Kirchenstaate III. 528 fg.

Manus f. den Aufsatß über d. lex Maenia (passim).

Materieller Contract f. Vertrag.

Mensis intercalaris I. 44. 46.

Mehrfache Veräußerung III. 169 fg.

Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern III. 529 fg.

Mieth- und Pachtverhältniß, Endigung des M. I. 172. 176. 178. 180 (überh. Aufsatß Nr. 17 passim).

Miethvertrag I. 425 fg.

Minderjährige, Erfindung von Sachen der M. I. 150 fg.

Missio in possess. Antoniniana II. 448.

— — — legat. s. fideic. servandorum c. II. 447.

Mitcurialen, Erbrecht der M. II. 64.

Miteigenthum, Beweis des M. I. 163 fg.

Miterben II. 22.

Modus bei der Erbeinsetzung II. 97.

Mora f. Verzug.

Muciana cautio II. 90. 152 fg.

Mündliche Nebenabreden bei schriftl. Verträgen III. 483. 484.

Municipien III. 39 fg.

Mutatio civitatis III. 58 fg.

Mutter, Beerbung und Erbrecht der M. II. 37. 38.

— , Recht der M. III. 305 fg.

Mystische Erbeinsetzung II. 77.

N.

Nachbarrecht III. 374.

Nachlaß f. Erbschaft und hereditas.

— (Remission) wegen Mißwachs, ob auch bei der Emphyteuse? I. 224 fg.

Nachlaß-Vertrag f. Erlaßvertrag.

Natural-Besitz (im österr. R.) III. 169.

— = Collation II. 273 fg.

— = Eigenthum (natürl. C.) an Grundstücken III. 168. 184 fg. 429 fg. 459. 474.

Naturales liberi II. 63.

Naturalis obligatio I. 410 fg.

Naturrecht III. 212.

Nebenabreden, mündliche, bei schriftl. Verträgen III. 483. 484.

Nebenverbindlichkeiten III. 497.; aus der Mora entstandene N. erlöschen dadurch nicht, daß der Gläubiger die Hauptleistung annimmt III. 513 fg.

Necessarii heredes: a) II. 7 fg. 29. b) = Nothherben.

Negotiorum gestio I. 419 fg.

— gestorum act. contr. I. 419 fg.

Negotium claudicans I. 360.

Neugestaltung f. specificatio.

Nichtgebrauch bei d. Emphyteuse I. 241. 242.

Nichtigkeit, relative II. 593. fg.; insbef. mit Rücksicht auf Nov. 115. II. 586 fg.

Nießbrauch an Kleibern I. 196 fg.

— nach hess. Entw. III. 375 fg.

Nomen legatum II. 477 fg.

Notherbe II. 29. 560. 561 und N. 3.

Nothbenrecht 1) Unterschied von formellem und materiellem N. II. 560. 561; 2) formelles N. bis zur Nov. 115. II. 561 fg.; 3) materielles N. bis zur Nov. 115. II. 575 fg. Uebrigens f. Pflichttheilsrecht.

Nothi I. 447. 450.

Novation I. 321. 363. 377. III. 525 fg.

Nullität, relative II. 593 fg.

Nullitäts-System (Nov. 115. betreffend) II. 586 fg.

Nullitäts-Querel II. 586. 629 fg.

Numerationsfristen bei versprochener Doß I. 473. 474.

Ruheigenthum III. 363.

Rußnießer, Verpachtung durch d. R. I. 171 fg.

Rußnießung nach d. hess. Entw. III. 375 fg.

O.

Obervormundschaft III. 335 fg.; f. übrigens Vormundschaft.

Obligatio III. 112. 447 fg. Besitz an obliq. Rechten III. 233 fg.; obl. naturalis Cession einer o. n. I. 410 fg.

Oeffentliche Bücher III. 162 fg.; vgl. Grundbuch.

Oesterreich, bürgerl. Gesetzbuch III. 123 fg. 143 fg. 397 fg. 446.

Oesterreich, Recht und seine wissenschaftl. Bearbeitung III. 211 fg.

Offerte III. 498 fg.
 Onerirter II. 422 fg.
 Optio legata II. 484.
 — tutoris III. 41. 46. 47.
 Draßbeicommiß III. 491 fg.
 Ordonnances III. 140.
 Ort der Erfüllung III. 507. 508.

§.

Pächter, Stellung des P. zu den Concurs-
 gläubigern des Verpächters I. 425 fg.
 Pactum de contrahendo III. 500 fg.
 — — non petendo I. 9 fg. 328.
 III. 527 fg.
 — reservati dominii III. 457.
 Parens manumissor, sein Erbrecht II. 34.
 36. 39 fg. 45. 602.
 Parentelen: Erbfolge III. 340 fg.
 Partitio legata II. 463 fg.
 Patricii III. 18 fg.
 Patron, sein Erbrecht II. 34. 36.
 Patronus municipii III. 41.
 Paullus, über Jul. P. und seine sententiae
 III. 101 fg.
 Pays du droit coutumier / III. 140.
 — — — écrit)
 Peculium II. 40 fg. 45. 46.
 Pensio I. 224.
 Perfection der Verträge III. 498.
 Peregrinen, Ehen zwischen P. u. Römern
 I. 443. 447.
 Periculum rei venditae I. 40 fg. III. 455.
 456. 508 fg.
 Perioden der röm. Rechtsgeschichte III. 15.
 Perpetuarii possessores II. 211. 212.
 Perpetuarium ius II. 211.
 Personae turpes II. 639.
 „Personen-Recht“ III. 289 fg.
 Persönlichkeit, Buchta'sche Lehre von der P.
 III. 11 fg.
 Pertinenz III. 353 fg.
 Petitio hereditatis f. her. pet.
 Pfalz, Rechtszustand in der bayerischen Pf.
 III. 257 fg.
 Pfandrecht, Stellung im System III. 14.
 277. 400.

Pfandrecht an Früchten I. 123 fg.
 — gesetzliches des Legatars II. 447.
 Pfandrechts-Besitz III. 230 fg.
 Pflanzungen III. 368 fg.
 Pfliegenschaft III. 333.
 Pflichttheils- und Notherbenrecht II. 560 fg.
 Begriff 560. 561. Verhältniß zur Colla-
 tionspflicht II. 261.
 I. Das Recht vor der Nov. 115: 561—583.
 a) Formelles Notherbenrecht 561—575.
 b) Materielles — 575—583.
 II. Die Bestim. der Nov. 115: 583—602.
 Nullitäts-
 Inofficiofitäts- { System 586—596.
 Gemischtes
 Dann: Corrections- oder Additional-
 System 596 fg.
 Derogations-System 596 fg.
 III. Das praktische Notherbenrecht 602 fg.
 A) Das Recht der Kinder und Eltern
 602—636.
 a) Voraussetzungen dieses Rechtes
 602—604.
 b) Größe u. Berechnung des Pflicht-
 theils 604—610.
 c) Hinterlassung des Pflicht., Ein-
 rechnung in denselben 610—617.
 d) Schutz des Pflichttheilsrechtes
 617—621.
 e) Anspruch auf Erbeinsetzung 621
 bis 624.
 f) Enterbung 624 fg.
 B) Das R. der Geschwister 636 fg.
 C) — — — dürftigen Wittve 641.
 D) — — — des unmündig Arrogirten
 641 fg.
 Schutz des Pflichtt. gegen Schenkungen:
 querela inoffic. donationis 643—650,
 und q. i. dotis 651.
 Pflichttheilsrecht nach dem Züricher Gesetz
 III. 346 fg.
 Piae causae, Erbeinsetzung der p. c. II. 72.
 Pignus f. Pfandrecht.
 Plebs III. 16 fg.
 Plena pubertas II. 474.
 Poenae nomine relictum II. 95.
 Popularklagen III. 41. 42.

Portio legitima, debita II. 576 fg.
 Possessio libertatis III. 229.
 Possessor pro herede II. 283. 333 fg.
 — — possessore II. 282. 337 fg.
 „Possessores“ (Grundbesitzer) von der Satisfaction befreit I. 286 fg.
 Possessoria hered. petitio II. 345 fg.
 Possessorischer Rechtschutz, Hypothese über den Ursprung des p. R. I. 285.
 Postumi II. 32. 566 fg. 635 fg.
 — , Erbsetzung von p. II. 70.
 Potestativbedingung, negative II. 151 fg.
 Præception der Dos I. 463 fg. 470.
 Praedes III. 42.
 Praediatoria usureceptio III. 42.
 Praedium emphyteuticum I. 211.
 Praedio II. 295.
 Praejudicium hereditati ne fiat II. 307.
 Prälegat I. 8. II. 419. 427 fg.
 Praescriptio immemorialis I. 77 fg.
 — longi temporis, Verhältniß zur usucapio II. 369 fg.
 Präterition II. 562 fg. 652. Folgen der P. nach älterem Civilrecht 565 fg.; nach prätorischem R. 568 fg.
 Prätorische Intestat-Erbfolge II. 35 fg.
 Precarium III. 359.
 Preussisches Landrecht III. 122 fg. 135 fg. 155 fg. 270. 396.
 Privation des Emphyteuta I. 243 fg.
 Privations-Klage I. 245.
 Privilegien und Hypotheken nach päpstlichem R. III. 540 fg.
 Proceßwette I. 386.
 Pro herede gestio II. 9 fg.
 Proletarii III. 21.
 Promissio debiti I. 366 fg.
 Provinzial-Boden, die rechtl. Verhältnisse daran I. 263 fg.
 Provinzial-Edict III. 32 fg.
 — = Städte, Stellung derselben im römischen Reiche III. 30 fg.
 Pubertas plena II. 474.
 Publiciana a. III. 167. 421 §. 5. 423 fg.
 Publicitäts-Princip, ob im preuß. Rechte durchgeführt? III. 162 fg.; insbes. III. 182. fg.

Pupill. f. Pflegschaft und Vormundschaft.
 Pupillar-Substitution II. 175 fg.; Recht zur Anordnung einer P. S. 175. 176.; andere Voraussetzungen 176—180.; Wirkungen 180—182.; Ungültigwerden der P. S. 182—184.

D.

Quarta Divi Pii II. 641 fg.; durch Enterbung nicht entziehbar 643.
 Quarta Falcidia II. 451 fg.
 „Quart“ der armen Wittve f. Wittve.
 Quasi adgnatio sui heredis II. 656.
 Quasibestiz I. 277 fg.
 Quasi iuris possessio I. 277 fg.
 — postumi II. 32. 566 fg. 635 fg. 656.
 — = Pupillar-Substitution II. 184 fg.
 — -summariissimum III. 358.
 Querela inoffic. donationis II. 643—650.
 — — dotis II. 651.
 — — testamenti II. 575. 577 bis 583. 617. 640.
 Querela non numeratae pecuniae f. exceptio non numer. pec.
 Quiritisches und Rammisches Rechtsprincip, über diesen angeblichen Gegensatz III. 19 fg.
 Quittung I. 11. 334. 340 fg. 353. 381 fg.; wer hat die Kosten der Q. zu tragen? III. 521 fg.

R.

Rammisches Rechtsprincip f. quiritisches R. P.
 Real-Collation II. 273 fg.
 — = Lasten, Besitz an R. L. III. 233 fg.
 — = Vertrag I. 374.
 Reception des römischen und canonischen Rechtes III. 132.
 Recherche de la paternité III. 321 fg.
 Recognitiv-Vertrag f. Anerkennung.
 Rechnungsstellung I. 339. 381.
 Recht III. 8. 9.
 — , römisches, seine heutige Bedeutung I. 4; namentlich in Ländern mit neueren Civilgesetzbüchern III. 150 fg.; — seine wissenschaftliche Bearbeitung III. 120 fg.
 — ob seine subsidiäre Geltung bei neuen Codificationen wünschenswerth? III. 392. 404 fg.

Rechtsbesitz I. 278 fg. 315 fg. III. 228 fg.
 361 fg. 363. 415 fg. 417 fg.
 Rechtsbücher III. 132.
 Rechtsreinheit für Deutschland, Bestrebungen
 in dieser Richtung III. 384 fg.
 Rechtsfiction I. 22 fg.
 Reditus I. 224.
 Reformationen III. 133.
 Reformsystem (Nov. 115 betreffend) II. 597.
 Regreß zwischen Mitschuldnern III. 530.
 Regula Catoniana II. 435 fg. 485—519.
 Reichsgesetzgebung III. 133.
 Rei uxoriae actio I. 442 fg.
 — vindicatio, Beschränkungen derselben
 III. 363 fg. 438 fg.
 Relative Nichtigkeit s. Nichtigkeit.
 Religiöse Erziehung der Kinder, namentlich
 bei gemischten Ehen III. 308.
 Remedium ex lege ult. Cod. de ed. D.
 Hadriani tollendo II. 629.
 Remission s. Nachlaß.
 Remittere obligationem I. 10.
 Rentenrecht, Besitz daran III. 234 fg.
 Rentenvermächtniß II. 471 fg.
 Repräsentationsrecht II. 47. III. 341.
 Repudiatio hered. II. 8.
 Res extra commercium II. 492.
 Rescripte, Umfang ihrer Geltung III. 33.
 34.
 Resolutivbedingung bei Erkeinfetzungen II.
 96 fg.
 Responsa prudentium III. 34.
 Restitutions-Anspruch bei der Dos s. lex
 Maenia.
 Restitutions-Frist bei der Dos I. 472 fg.
 — — — — in integ. rest.
 I. 74. 75 und R. 44.
 Restitutions-Pflicht s. lex Maenia.
 Retentio propt. liberos und pr. mores
 s. lex. Maenia; bes. aber I. 455. 456.
 Retentionsrecht I. 99 fg. — Begriff 103 fg.
 Neuerecht bei Innominat-Contracten III.
 198 und R. 21.
 Revolution, ihr Einfluß auf das französische
 Civilrecht III. 140.
 Rubrica III. 43; s. auch Titel-Rubrif.
 Ruptum testamentum II. 656.

Rücktritt von einem zweiseitigen Vertrage
 bei Nichterfüllung von der andern Seite
 III. 511 fg.
 Rückziehung der erfüllten Bedingung III.
 450—452.

S.

Sache (Verwechslung von res und domi-
 nium) III. 351. 417. 418.
 Sache, bewegliche u. unbewegliche III. 351 fg.
 — , gestohlene u. verlorene III. 364 fg.
 Sachenrecht III. 111.
 Sachsen, Entw. eines bürgerl. Gesetzbuchs
 für S. s. das Verzeichn. der Recensionen.
 Sacralrecht I. 22.
 Sala III. 165.
 Saldoziehung I. 338.
 Salpensa, Stadtrecht von III. 38 fg.
 Schadensersatz bei einem unzurechnungs-
 fähigen Beschädigter III. 504 fg.
 Schadensersatz, wenn der Schaden von dem
 Beschädigten und einem Dritten ange-
 richtet ist III. 505 fg.
 Schalttag I. 42—54.
 Schatz III. 368.
 Scheidung der Ehe I. 452 fg.
 Schenkungen, Ansehung von Sch. wegen
 Schmälerung des Pflichttheils II. 643
 bis 650.
 Schenkungs-Versprechen I. 375. 376.
 Schriftliche Abfassung der Verträge nach
 preuß. L. R. III. 188 fg.; legislative
 Würdigung 206 fg. 393 fg.
 Schriftliche Verträge, mündliche Neben-
 abreden dabei III. 483. 484.
 Schulden des Erblassers, Haftung des Erben
 für sie II. 20.
 Schuldschein I. 329 fg. 334. 340 fg. 369 fg.
 381 fg.
 — , seine verpflichtende Kraft III.
 502.
 Schuldverlaß s. Erlaßvertrag.
 Schuldübernahme III. 520 fg.
 Schuldumwandlung III. 525.
 Schuldvermächtniß II. 539—554.
 Schutz des Erbverhältnisses II. 24. R. 162.

- Schweiz, Zustand der Civilgesetzgebung in der Sch. III. 147 fg.
- Senatusconsultum Inventionum II. 293.
351 fg.
- Neronianum II. 420.
445.
- Orphitianum II. 13.37.
- Pegasianum II. 451 fg.
- Tertullianum II. 38.
- Servi hereditarii, Erwerb durch die s. h. II. 3 fg.
- Servituten, Begriff I. 168 fg. „Servitus“ (Sprachgebrauch) I. 213. Wesen der S. I. 251 fg. S. an Provinzial-Grundstücken I. 266 fg. S. nach hess. Entw. III. 375 fg.; gesetzl. S. 374.
- Servituten-Besitz I. 278 fg. 306 fg.
- , Erwerb des S. B. III. 361 fg.
- „Sex suffragia“ III. 22.
- Sklaverei III. 117.
- Socius liberalitatis imperialis II. 64.
- Solutionis causa adjectus III. 504.
- Spargut der Kinder III. 313.
- Specificatio III. 369 fg.
- Spiel I. 387 fg.
- Sponsio s. Wette. — Verfahren per spon- sionem II. 330.
- Sportellaria III. 100.
- Staatsanwaltschaft in Civilsachen III. 286.
- Stiftungen III. 348.
- Stipulatio Aquiliana I. 338.
- Stipulation I. 319. 320 fg. 329 fg.; legis- lative Würdigung derselben III. 207 fg.
- Stipulationes partis et pro parte II. 463.
- Stipulationsformeln III. 81. N. * *)
- Stirpes II. 33. 47 und N. 102.
- Strafgedinge III. 496.
- Subsidiäre Geltung des röm. R., ob bei neuen Codificationen wünschenswerth? III. 392. 404 fg. 477 fg.
- Substitutio überhaupt II. 166; insbes. in Erbrechte II. 167 fg.
- breviliqua II. 172. N. 38.
- compendiosa II. 172. N. 38.
- duplex II. 177.
- Substitutio indirecta II. 434.
- in primum, secundum, utrum- que casum II. 177. N. 75.
- mutua II. 172. N. 38.
- precaria II. 434
- pupillaris II. 175 fg.
- — tacita II. 178. N. 76.
- quasi pupillaris II. 184 fg.
- reciproca II. 172. N. 38.
- vulgaris II. 167 fg.
- — tacita II. 178. N. 76.
- Substitution bei Vermächtnissen II. 434 fg.
- Substitutus substituto etc. II. 171. 173.
- Successio graduum II. 36. 57.
- in univ. ius II. 1 fg.
- ordinum II. 36. 57.
- Sui heredes II. 32.; Recht der präterirten sui her. II. 596 fg. 655 fg.
- Sui et necessarij heredes II. 7. 29.
- Summariissimum III. 358.
- Summenversprechen I. 334.
- „Synallagmatische Beziehung“ I. 320.
- Syngraphae I. 330.
- System der Rechte (über die Buchta'sche Systematik III. 11 fg.; namentlich über die Eintheilung nach Gegenständen III. 13 fg.)
- System für ein Civilgesetzbuch III. 271 fg. vgl. 288 fg.

Z.

- Tabular-Besitz III. 239.
- = Recht s. Grundbuch.
- Tabeln von Malaga u. Salpenja III. 38 fg.
- s. Zwölft Z.
- Tempus legitimum I. 74. N. 44.
- lugendi III. 299.
- statutum I. 74. N. 44.
- utile I. 55 fg.; insbes. 65 fg.
- Testament nach d. Zürich. Entw. III. 347 fg.
- Testamenti factio passiva II. 65—76.
- Testamentum mysticum II. 77.
- ruptum II. 656.
- Theilerben, im Testam. eingesetzte II. 78 fg.
- Theilung, ist Th. einer gemeinschaftlichen Sache Veräußerung? I. 491 fg.
- Theilung des Nachlasses s. a. fam. ercisc.
- Thesaurus s. Schatz.

Titelrubriken, ihre Bedeutung für die Auslegung der Justin. Gesetzbücher I. 1. fg.
 Titulus acquirendi III. 373.
 — bei der Erziehung I. 12 fg.
 Tod eines Gatten, Einfluß auf die Dos I. 454. 456 fg.; Tod des Mannes 456 bis 471; Tod der Frau 471. 472.
 Todeserklärung III. 295. 345.
 Tradition s. Eigenthums-Übertragung und Vertrag.
 Tradition, Bedeutung der Tr. für den Eigenthums-Erwerb bei unbeweglichen Sachen nach preuß. R. III. 162 fg. (passim).
 Tradition, Erwerb der Früchte durch Tr. ? s. Fruchtterwerb, insbes. aber I. 291 fg.
 Transmision der Erbschaft II. 18. 169. 170.
 Transcription III. 542 fg.
 Trauerzeit III. 299.
 Tribus III. 20 fg.
 Turpes personae, Erbeinsetzung von t. p. II. 639.
 Tutela III. 50 fg.
 — mulierum III. 71 fg.
 Tutoris datio III. 51.
 — optio III. 41. 46. 47.

II.

Uebereignung } s. Eigenthumsübertragung.
 Uebergabe }
 Uebergehung s. Präterition.
 Uebertragung von Eigenthum s. Eig.-Uebert.
 Umwandlung einer Schuld III. 525 fg.
 Unbewegliche Sachen s. Oeffentliche Bücher, Grundbücher.
 Uneheliche Kinder II. 43. 48. III. 321 fg. 324 fg.
 Universal-Succession II. 1 fg. 407.
 Unmündige, Erziehung ihrer Sachen I. 150 fg.
 Unterhaltspflicht zwischen Eltern und Kindern III. 313 fg.
 Untheilbare Obligationen III. 530.
 Unvordenkliche Verjährung I. 77 fg.
 Unzurechnungsfähige Personen, von diesen angerichteter Schaden III. 504 fg.
 Urkunden über Rechtsgeschäfte I. 329 fg.
 Urtheil als Erfindungsgrund I. 142 fg.
 — — „Erwerbstitel“ III. 373. 374.

Usucapio I. 12 fg.
 — pro herede I. 125 fg. II. 306. 358 fg.
 Usus und ususfructus III. 375 fg.
 Usufructuarius, Geltendmachung der Prädial-Servituten von Seiten des Usufr. des praed. dominans I. 299 fg.; insbes. 300. R. 67.
 Ususfructus an Gebäuden, Einfluß der Zerstörung der letzteren III. 377 fg.
 Ususfructus an Kleidern I. 196 fg.
 — in dotem datus I. 187 fg.
 — , in iure cessio des usfr. I. 192.
 — , ob übertragbar? I. 193 fg.
 — Ueberlassung der Ausübung an einen Dritten I. 188—191.
 Uterini II. 636.
 Utile tempus (insbes. annus utilis) I. 55 fg.
 Utilität bei der neg. gestio I. 420 fg.

B.

Variationerecht s. Wahlverbindlichkeiten.
 Vater, Rechte des B. III. 305 fg.
 Väterlicher Nießbrauch II. 46.
 Vectigal I. 210. 224.
 Vectigalis actio I. 218.
 Verarbeitung III. 369 fg.
 Veräußerung (Begriff) I. 491.; bef. 494. s. auch alienatio.
 Veräußerung der Erbschaft II. 25 fg.
 — — — durch den Fiscus II. 27. 389 fg.
 Veräußerung, mehrfache, derselben Sache III. 169 fg.
 Verbindung, Eigenthums-erwerb durch B. III. 369 fg.
 Verfassung, älteste römische III. 17 fg.
 Vergleich I. 328. 368. III. 531.
 Verjährung der Darlehensklage III. 383. 384.
 — nach heff. Entw. III. 383. 384.
 — , enthält §. 1367 des a. b. Gb. eine B.-Frift? III. 250 fg.
 Verjährung, unvordenkliche I. 77 fg.
 Verlassenschafts-Abhandlung III. 224 fg.
 Verlöbniß III. 297. 298.
 Verlorene Sachen III. 364 fg.

- Vermächtniß II. 23. 418 fg.
- I. Allgemeine Grundfälle 421—462.
- A) Errichtung 421—437: 1) Subjecte 421—429. 2) Form 429—433. 3) Inhalt 433—437.
- B) Aufhebung: 437—443: 1) durch den Willen des Erblassers 437—440. 2) aus andern Gründen 440—443.
- C) Erwerb d. V. und dessen Wirkungen 443—462. Zeitpunkt des Erwerbs 443 fg. Annahme und Ablehnung 444 fg. Das Recht des erworbenen Verm. 445 fg. a) Vermächtnißforderung 445—448; b) dinglicher Rechtserwerb durch Verm. 449 fg. Rechte des Vermächtnißträgers, insbes. nach der lex Falcidia 451 fg. Das Recht der quarta Falcidia 451. 452. Berechnung der Quarta 453 bis 455. Abzug der Quarta von verschiedenen Erbtheilen 456 fg. Wegfall des Abzuges 460 fg.
- II) Einzelne Arten von Vermächtnissen 462—485; *partitio legata* 463 fg. *Singular-Verm.* 464 fg. *Alternative V.* 483 fg.
- V. dinglicher, das Eigenthum beschränkender Rechte 475 fg.
- V. der Dos 482.
- einzelner bestimmter Sachen 464 bis 470.
- V. von Forderungen (*nomen legatum*) 477 fg.
- V. von Gattungssachen 474 fg.
- eines Lebensunterhaltes 473 fg.
- einer Quantität 471.
- — Rente 471 fg.
- — Sachgesamtheit 470.
- — Schuld (*debitum leg.*) 479. 539—554.
- V. einer Schuldbefreiung (*liberatio legata*) 479 fg. 519—539.
- V. einer Summe 471.
- eines Vermögensbegriffs 481 fg.
- Wahlvermächtniß 483—485.
- Vermächtnißvertrag II. 196 fg.; nach österr. Reich. R. II. 204 fg.
- Vermengung, Eigenthumserwerb durch V. III. 369 fg.
- Vermischung, Eigenthumserwerb durch V. III. 369 fg.
- Verpächter s. Pächter.
- Verpachtung durch den Nutznießer I. 171 fg.
- Verpflichtungsgrund s. *causa*.
- Vertrag, abstracter I. 320.
- , dinglicher I. 483. 487 fg.
- , formeller (positiv u. negativ s. V.) I. 321. 333 fg. 375.
- , materieller I. 321. 333. 360 fg. 375.
- , obligatorischer I. 483. 487 fg.
- zu Gunsten Dritter III. 503.
- Vertragschluß unter Abwesenden s. *Offerte*.
- Verzicht auf das künftige Erbrecht II. 606.
- Verzug III. 509 fg. 513 fg.
- Vindicatio, Beschränkungen derselben III. 363 fg.
- *iuris* I. 256.
- — von Seiten des *Emphyteuta* I. 269 fg.
- Vindications-Legat II. 419. 449. 504 fg.
- —, seine Abschaffung durch die neueren Gesetze und Entwürfe, legislative Betrachtungen hierüber III. 425 fg.
- Vogtschaft III. 333.
- Vorkaufsrecht des Eigenthümers eines emphyteutischen Grundstücks I. 226.
- Vormundschaft III. 50 fg. 116 fg. 325 fg.
- über Frauen III. 71 fg.
- Vulgar-Substitution II. 167 fg.
- W.**
- Waisenamt III. 337 fg.
- Wahl-Eltern } s. *Adoption*.
- = Kinder } s. *Adoption*.
- = Verbindlichkeiten III. 532 fg.
- = Vermächtnisse II. 483—485.
- Wechsel-Ordnung III. 147 fg.
- = Vertrag I. 334. 345 fg.
- Weisthümer III. 131.
- Werthcollation II. 273 fg.
- Wette I. 384—395.
- Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Erbantretung II. 24; gegen Annahme oder Ablehnung der Erbschaft II. 171.

Willensunfähige, Erfaß eines von W. an-
gerichteten Schadens III. 504 fg.

Willkühren III. 131.

Wittve, Erbrecht der dürftigen W. II. 61.
641.

Wohltätigkeits-Anstalten, Einsetzung der-
selben zu Erben II. 72.

Wohnungsrecht III. 375.

Z.

Zahlungs-Empfänger III. 504.

— Versprechen I. 336.

Zeitberechnung s. tempus utile.

Zeitbestimmung bei Erbeinsetzungen II. 97.
— — Vermächtnissen II. 434.

Zinsen III. 448 fg.

Zubehör III. 353 fg.

Zufall s. periculum.

Zürich, Entw. eines bürgerl. Gesetzb. f. Z.
III. 280 fg.; s. auch im Verzeichniß der
Recensionen.

Zürich, Rechtszustand in Z. vor dem neuen
Gesetzbuch III. 281.

Zuwachs III. 368.

Zwölf Tafeln III. 23 fg. 128 fg. Intestat-
Erbfolge nach den zw. T. II. 32 fg.

Berichtigungen.

- Ab. I. C. 258. §. 17. statt Eigenthümer lies Eigenthum
 " " " 262. §. 8. lies proprio Marte
 " II. " 75. Note 67. statt L. 8. Cod. cit. lies L. 12. Cod. l. c., und a. C.
 existimaverunt.
 " " " 243. §. 12. statt 467. lies 467 oder 469.
 " " " 625. Note 280. statt quos lies quas
 " " " 644. Note 380. statt das lies des
 " " " 671. §. 4. lies §. 2. v. u., §. 6. statt 10. lies 40., §. 26. statt 226.
 lies 229.
 " " " 672. §. 19. lies §. 10. v. u.
 " " " 673. §. 18. statt Note 154. lies Note 144.
 " " " 676. §. 10. statt 380. lies 410.
 " III. " 26. §. 19. 20. lies in Verr. II. 1. cap. 41.
 " " " 29. §. 25. lies Antoninus Pius
 " " " 32. §. 7. v. u. statt exceptit lies excipit
 " " " 46. §. 6. statt du lies dū
 " " " 53. §. 5. lies cruauté
 " " " 57. §. 3. lies éminemment
 " " " 70. §. 2. v. u. statt XXI. 14. lies XX. 14.
 " " " 71. Note 10. §. 2. statt XI. 6. §. 4. lies XI. 7. §. 1.
 " " " 76. §. 8. v. u. statt 1858 lies 1868
 " " " 80. §. 18. statt rasiđj lies vasiđj
 " " " 81. Note ** §. 11. lies fieri fide roganti
 " " " 83. §. 9. v. u. statt debent lies debeat
 " " " 85. §. 4. v. u. lies Praesente II.
 " " " 86. §. 7. v. u. lies vispel- und §. 11. v. u. L. 56. §. 2.
 " " " 87. §. 1. v. o. lies 21. 2., und in Note * §. 5. lies L. 27. (28). pr.,
 §. 14. L. 56. §. 2.
 " " " 88. §. 5. lies POSSIDEREQ LICeREt
 " " " 92. §. 22. statt vir lies via
 " " " 98. §. 11. statt (α, γ,) feße (α' γ'), §. 30. Τωδ statt Τωδ
 " " " 99. §. 27. statt ἡμῶν lies ἡμῖν
 " " " 174. §. 25. statt Ἐβλ. II. lies Ἐβλ. I.

- Abt. III. §. 209. Note 40, lies Toullier
 " " " 211. §. 18. statt richtigere lies wichtigere
 " " " 216. §. 11. lies Bestimmungen
 " " " 217. §. 3. statt 1855 lies 1856
 " " " 231. §. 12—15. sind die Worte an beweglichen Pfandrechts
 zu tilgen.
 " " " 242. §. 4. v. u. statt Th. II. setze Th. I.
 " " " 243. §. 1. nach Contrahenten setze zu in der Regel
 " " " 272. §. 22. statt solle lies sollte
 " " " 276. Note * §. 18. statt befreit lies bestimmt.
 " " " 318. §. 3. statt sie lies die Adoption
 " " " 337. §. 12. v. u. lies Familienbevogtigung
 " " " 345. §. 7. statt er lies jener
 " " " 347. §. 22. nach kommen setze hinzu sollte
 " " " 348. §. 10. v. u. statt dieser lies diesen
 " " " 355. §. 10. v. u. lies mit Rücksicht
 " " " 442. §. 2. statt 1843. lies 1853.
 " " " 451. §. 16. gelten einmal zu streichen.
 " " " 457. §. 20. vor pactum (zu tilgen.
 " " " 473. §. 23. nach §. 234. setze hinzu (oben §. 455.)
 " " " 487. §. 14. statt L. 1. §. 3. lies L. 2. §. 4., und §. 28. statt A. Agerio
 lies A. Agerius
 " " " 528. §. 7. statt 64. 4. setze 46. 4.
-

