



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

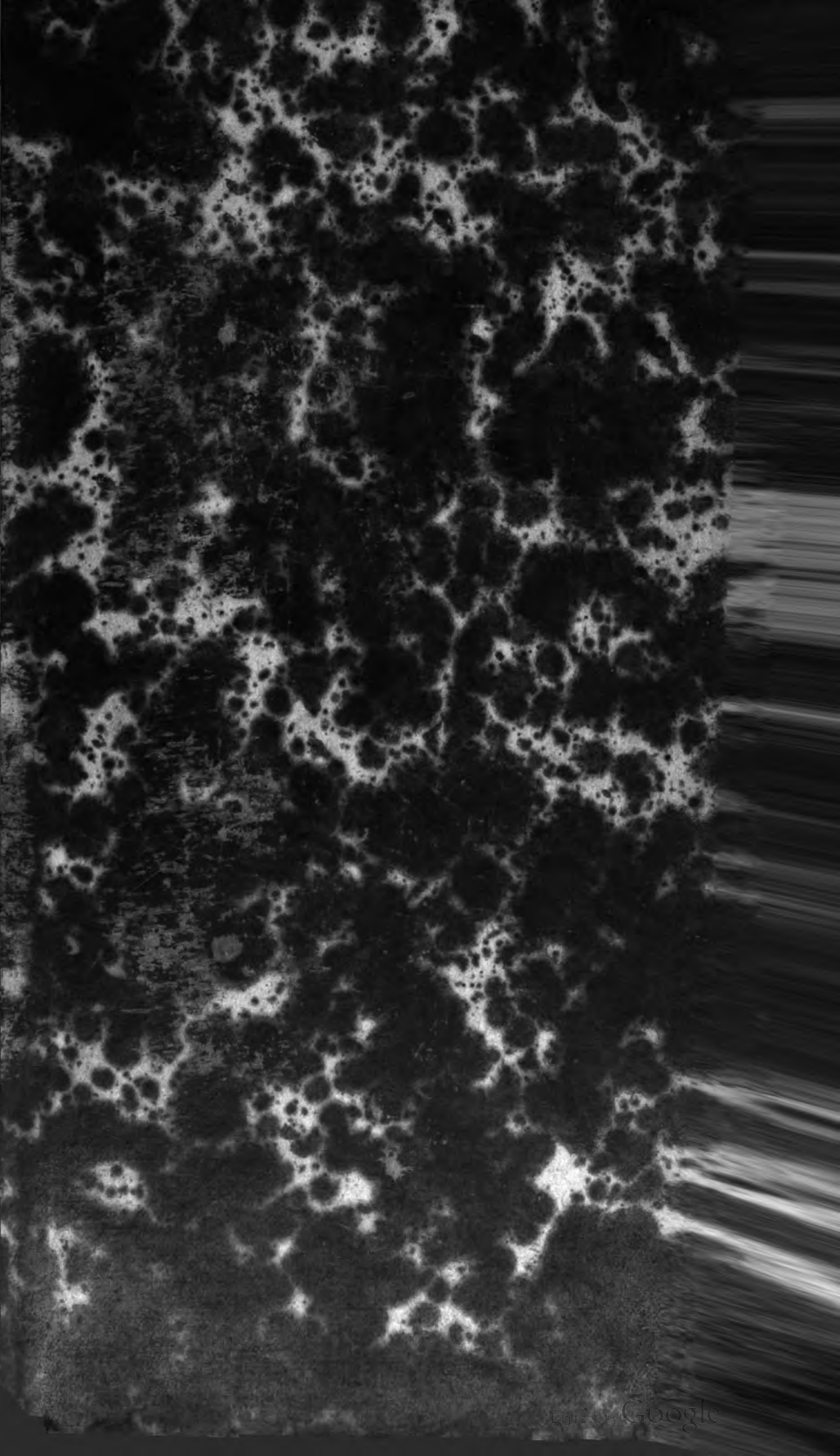
Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.



Recht s l e g i f o n .

Stierter Band.

Erbertrag — Güterverfuch.

1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

~~620 E4~~

Rechtslexikon

für
Juristen aller teutschen Staaten

enthaltend

die gesammte

Rechtswissenschaft.

Bearbeitet

von

Prof. Dr. Arndts in München; Appellationsgerichtspräsident Dr. Beck in Leipzig; Advocat Bopp in Darmstadt; Regierungsrath Buddens in Leipzig; Advocat Gans in Celle; Prof. Dr. Gaupp in Breslau; Domherr, Ordinarius ic. Dr. Günther in Leipzig; Prof. Dr. Heimbach in Leipzig; Prof. Dr. Jacobson in Königsberg; Justizministerialrath Dr. von Jagemann in Karlsruhe; Prof. Dr. Jordan in Marburg; Prof. Dr. Luden in Jena; Reichs- und Staatsrath von Maurer in München; Prof. Dr. Michaelis in Tübingen; Gehelmen-Rath ic. Dr. Rittermaier in Heidelberg; Oberappellationsrath Dr. Pfeiffer in Kassel; Geh. Justizrath Prof. Dr. Puchta in Berlin; Prof. Dr. Reyscher in Tübingen; Prof. Dr. Richter in Marburg; I. L. Appellationsrath Dr. Tausch in Klagenfurt; Ganzler ic. Dr. von Wächter in Tübingen; Prof. Dr. Weiß in Gießen; Prof. Dr. Wilda in Breslau; Prof. Dr. Witte in Halle; D.-J.-Rath von Zirkler, Mitglied des I. w. Staatsgerichtshofes ic. in Tübingen und Andern,

redigirt von

Dr. Julius Weiske,

Professor in Leipzig.

Vierter Band.

Erbvertrag — Güteversuch. (Ende des Buchstaben G.)

Zweite Ausgabe.

Leipzig, 1844.

Verlag von Otto Wigand.

Der Titel dieses Werkes: „Rechtslexikon“, scheint Manchen zu der Ansicht zu verleiten, als sei es die Aufgabe desselben, jedes in der juristischen Sprache vorkommende Wort, etwa nach Art eines Fremdwörterbuches, „um ein augenblickliches Bedürfniß zu befriedigen“, anzugeben. Daß dieß jedoch nicht der Zweck sei, wurde schon in den ersten Ankündigungen des Unternehmens (siehe auch Vorwort zum ersten Bande) ausgesprochen. Da wir möchten behaupten, die Ausführung eines solchen Planes müßte ein ganz anderes, in seiner Art gleichfalls verdienstliches Werk, zu Tage fördern. Nehmen wir nur das einheimische Recht alter und neuer Zeit und berücksichtigen wir dabei die Verschiedenheiten der einzelnen Gegenstände, so liefert dieß einen fast unerschöpflichen Reichthum juristischer Wörter; auch leugnen wir gar nicht, daß es wünschenswerth wäre, ein Werk zu besitzen, welches diese alle der Buchstabenfolge nach aufzählte und ihre verschiedenen wie gleichlautenden Bedeutungen

feststellte. Daß aber ein solches Werk ein ganz anderes als das hier vorliegende wäre, sieht Jedermann sogleich ein. Wir können also darauf keinen Anspruch machen, jedes juristische Wort aufzunehmen und seiner rechtlichen Bedeutung nach zu erläutern. Wir haben uns auch immer mehr überzeugt, daß selbst das Zertheilen der einzelnen Rechtslehren in so viel einzelne Artikel als möglich, oder als etwa einzelne juristische Stichworte bei ihnen in Betracht kommen könnten, dem Unternehmen nicht förderlich sein würde. Denn abgesehen davon, daß wir den geehrten Mitarbeitern derartige kleine, unbedeutende Arbeiten kaum zumuthen könnten, würden der Wiederholungen, um doch den Zusammenhang des einzelnen Artikels mit der ganzen Lehre anzudeuten u. s. w., gar zu viele werden, und der, dem es daran gelegen ist, die ganze Lehre vor sich zu haben, würde sich nicht befriedigt finden. Auch könnte dann kaum von einer wissenschaftlichen Bedeutung des Einzelnen und Ganzen die Rede sein. Wir wünschen das ganze Unternehmen vielmehr als ein solches betrachtet zu sehen, welches, so viel als möglich, das gesammte geltende Recht in einzelnen, der Buchstabenfolge nach geordneten, kleineren und größeren Abhandlungen oder Monographien darstellt. Sollte dabei doch dieses oder jenes übersehen sein, so werden wir es sehr dankbar annehmen, wenn wir darauf aufmerksam gemacht werden. — Daß zuweilen ein Artikel auf einen anderen verwiesen wird, unter dem man ihn zunächst nicht sucht, hat in den bei solchen Unternehmungen unvermeidlichen Zufällen und Umständen meist seinen Grund. Da aber dem Ganzen ein vollständiges Inhaltsverzeichnis beigegeben werden soll, so wird es

dann leicht, den Gegenstand, so wie auch das einzelne Wort, dem kein besonderer Artikel gewidmet ist, aufzufinden. — Bei einem Unternehmen, wie das gedachte ist und an dessen Ausführung so Viele theilnehmen, wäre es gewiß höchst schwierig, alle Artikel in demselben Geiste und derselben Richtung, oder derselben Schule angehörig, zu liefern. Wir würden dieß aber, wenn es auch ausführbar wäre, nicht einmal für ersprießlich halten, weil dann in dem Ganzen eine einseitige Richtung vorwalten müßte. Eine solche, wenn man sie so nennen will, ist aber für ein Werk dieser Art nicht nöthig, und es unterscheidet sich hierdurch eben von einer systematischen Darstellung des gesammten Rechtes. Es gewinnt aber auch das juristische Publicum durch den eingeschlagenen Weg insofern, als den Einen, seinem Bedürfnisse und seiner Richtung nach, diese, den Anderen jene Artikel mehr ansprechen; ja es kann sogar erwünscht sein, wenn derselbe Gegenstand in verschiedenen Artikeln von verschiedenen Gesichtspunkten aufgefaßt wird. Das Rechtslexikon kann und soll ja kein zweites Citirgesetz sein. — So wie nicht jedes juristische Wort, so soll auch nicht jede rechtsgeschichtliche Frage erörtert werden, und dieß zwar theils deshalb, weil vom Anbeginne des Unternehmens dasselbe auf das positive geltende Recht im wesentlichen beschränkt ward, theils deshalb, weil die Aufnahme aller rechtsgeschichtlichen Lehren den Umfang des Werkes zu sehr ausdehnen würde. Das philosophische Recht selbstständig und ausführlich zu besprechen, ist einmal aus den angegebenen Gründen, dann aber auch deshalb unterblieben, weil die philosophischen Systeme zu sehr von einander abweichen und sich

VIII

entgegenstehen. — Sollte man endlich einzelne Artikel nicht practisch genug finden, so steht uns darüber natürlich kein Urtheil zu; indeß müssen wir doch bemerken, daß practische Juristen, welche im wesentlichen nur mit Verwaltungs-, Polizei- oder Geldgeschäften zu thun haben, schon den Gegenständen nach durch das Rechtslexikon nicht befriedigt werden können.

J. B.

Erbſchaft, *hereditas*, heißt das Vermögen eines Verſtorbenen, inſofern von dem Eintreten anderer Perſonen in daſſelbe, welche in Beziehung darauf die Perſon des Verſtorbenen repräſentiren, die Rede iſt. Aber auch das rechtliche Verhältniß ſelbſt, in welchem dieſe (die Erben) als ſolche ſtehen, wird Erbſchaft genannt, das Recht der Erbfolge, oder das Recht deſſenigen, der Erbe geworden iſt. So wird *hereditas* definiert als *successio in universum ius quod defunctus habuit*¹⁾, d. i. *ipsum ius successionis*²⁾; dieſe ſogenannte ſubjective Bedeutung deſſes Wortes iſt aber freilich eng verflochten mit jener erſt angegebenen (ſog. objectiven) Bedeutung³⁾, weil der Vermögensnachlaß deſſes Verſtorbenen eben mit Rückſicht auf das Recht der Nachfolge in daſſelbe juridiſch als Einheit aufgefaßt und *hereditas* genannt wird⁴⁾. Treffend aber wird die *hereditas* in jenem Sinne bezeichnet als *successio in universum ius defuncti*; ſie iſt nicht bloß eine *acquisitio per universitatem*, obwohl ſie unter dieſem Geſichtspunkte in dem Inſtitutionenſyſteme aufgeführt wird⁵⁾; ſie beſteht nicht bloß in einem Ueberkommen der ſämmtlichen Rechte deſſes Verſtorbenen, *successio in omnia iura*; ſie iſt der Eintritt in die ganze rechtliche Stellung deſſes, rüchſichtlich ſeiner Vermögensverhältniſſe, inſoweit dieſe nicht ihrer beſonderen Natur nach durch den Tod erlöſchen⁶⁾. Das eigentliche Weſen der Erbſchaft iſt dieſes, daß der

1) L. 24. D. de V. S. L. 62. D. de R. J.

2) L. 1. §. 1. D. de div. rer. (1. 8.) cf. §. 1. J. de reb. corp. et incorp. (2. 2.)

3) L. 208. D. de V. S. cf. L. 3. pr. D. de bon. poss. (37. 1.)

4) Vgl. Arnolds, Beiträge I., S. 16—18.

5) §. 6. J. per quas personas. (2. 9.) cf. pr. J. de legatis (2. 20.) Cai. II. 97. 98. Nur *acquisitio per universitatem* war die per *adrogationem* oder in *manum conventionem*. Cai. III. 82—84. cf. tit. J. de *acquis. per adrog.* (3. 10.) Ein anderer Fall: §. 1. J. de *succ. sublat.* . . . ex SC. Claudiano. (3. 12.)

6) L. 3. §. 3. D. quib. mod. usufr. amitt. (7. 4.) tit. J. de *perpetuis et temp. act. et quae ad heredes et in heredes transeunt vel non.* (4. 12.) L. 13.

Erbe die vermögensrechtliche Person des Verſtorbenen juridiſch in ſich aufnimmt und fortlebt; daher iſt bei dem Begriffe derſelben zunächſt gänzlich zu abſtrahiren von einzelnen wirklichen Vermögensverhältniſſen, und es kann eine Erbſchaft gedacht werden nicht nur ohne irgend einen ſichtbaren körperlichen Gegenſtand, der zu derſelben gehöre⁷⁾, und nicht nur mit einem Uebergewicht der Laſten (Passiva) über die Vortheile (Activa)⁸⁾, ſondern auch ohne irgend ein dem Verſtorbenen wirklich zugeständenes Vermögensrecht, ja, wenn man die Sache auf die Spitze treiben will, ſelbſt ohne Exiſtenz irgend eines activen oder paſſiven Vermögensverhältniſſes, in welchem der Verſtorbene wirklich geſtanden habe⁹⁾, in welchem Falle die Erbſchaft freilich ohne Inhalt iſt, wenn ſich auch ſpäter nicht durch neue Umſtände, z. B. durch Erfüllung einer Bedingung, ein Recht oder eine Verbindlichkeit für den im Erben fortlebenden Erbllaſſer ergibt. Allgemeine weſentliche Vorausſetzung iſt nur, daß der Verſtorbene Vermögensfähigkeit, die Fähigkeit beerbt zu werden, gehabt habe¹⁰⁾. Kraft des ſo ausgebildeten Begriffes der Erbfolge iſt alſo der Erbe (heres) Herr (herus) aller derjenigen Sachen, welche dem Verſtorbenen bei ſeinem Tode gehörten, oder jezt gehören würden, wie dieſer ſelbſt es geſeſen und jezt noch ſein würde; er iſt Subject aller Vermögensrechte und Verbindlichkeiten deſſelben, wie dieſer ſelbſt es war oder wäre, und die Klagen aus dieſen Vermögensverhältniſſen (hereditariae actiones) können direct mit ihrer vollen Wirkung gegen ihn oder von ihm ebensowenig verfolgt werden, wie ſie gegen den Erbllaſſer oder zu Gunſten deſſelben ſtattfinden würden¹¹⁾, während ihm zum Schuz dieſes ſeines Erbverhältniſſes im Ganzen genommen, ſeiner rechtlichen Qualität als Erbe, eine eigene Klage gegeben iſt, hereditatis petitio, die nicht hereditaria actio iſt¹²⁾.

Charakteriſtiſch tritt das Weſen der Erbſchaft beſonders darin hervor, daß, ſo lange nach dem Tode ein beſtimmter Erbe noch nicht eingetreten iſt, einſtweilen die Hereditas ſelbſt als juridiſche Perſon betrach-

pr. D. de iniur. (47. 10.) L. 4. D. de calumniat. (3. 6.) L. 14. D. de in ius voc. (2. 4.) u. a. vgl. Mühlenthal, Pand., §. 610, 611.

7) L. 50. pr. D. de herod. pet. (5. 3.) Hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet.

8) Damnoſa hereditas. L. 119. D. de V. S.

9) Vgl. Huſchke, im Rhein. Muſ., Bd. 6, S. 272.

10) Daher konnten nach älterem Rechte überhaupt homines alieni iuris, nach Juſtinianiſchem Rechte Sklaven keine Erben haben. L. 6. pr. D. qui test. fac. poss. (28. 1.) L. 2. §. 3. D. unde legitimi. (38. 7.) L. 4. Cod. commun. de succ. (6. 59.)

11) Cf. Cai. IV. 34.

12) Arnbtz, Beiträge, Bd. 1, S. 57. Ebenſo wenig kann die actio familiae erciscundae eine hereditaria actio genannt werden. (Mayer, Erbr., Bd. 1, S. 50.) Hereditariae actiones ſind nur die in der Erbſchaft enthaltenen Klagenrechte, wie res hereditariae, servi hereditarii, die in der Erbſchaft enthaltenen Sachen, welche durch dieſelbe auf den Erben übergehen. Die hereditatis petitio und familiae erciscundae actio ſind Klagen, die der Erbe nicht durch die Erbſchaft bekommt, ſondern wegen derſelben hat.

tet wird¹³⁾, und zwar repräsentirend die Person des Verstorbenen¹⁴⁾. So kläßen alle vererblichen Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen bestehen, obwohl es zur Zeit an einem physisch oder außer der Erbschaft existirenden Subjecte derselben fehlt. Die Hereditas ist Eigenthümerin der Erbschaftsachen¹⁵⁾, die also nicht anders, als in dem Sinne, wie res universitatis überhaupt, res nullius genannt sein können¹⁶⁾. Derselben können auch Sachen oder Rechte erst erworben werden, z. B. durch Accession¹⁷⁾, durch Vollendung einer angefangenen Erziehung¹⁸⁾, durch Delicte, welche in Beziehung auf Erbschaftsachen begangen werden, z. B. *damnum iniuria datum*¹⁹⁾, jedoch nicht durch Furtum, als welches von den noch nicht in Besiß genommenen Sachen der Erbschaft nicht begangen wird²⁰⁾; auch durch Verträge, insofern sie durch einen Vertreter der Erbschaft im Namen derselben wirksam abgeschlossen worden²¹⁾. Bei den Römern waren besonders bedeutend die Erwerbungen durch Erbschaftsclaven (*servi hereditarii*), welche *ex persona dominae*, d. i. heredi-

13) L. 22. D. de fideiussor. (46. 1.) *hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium*.

14) §. 2. J. de hered. instit. (2. 14.) L. 31. §. 1. D. de hered. instit. (28. 5.) L. 34. D. de acquir. dom. (41. 1.) *hereditas non heredis personam sed defuncti sustinet*. L. 116. §. 3. D. de legatis I. *hereditas personae defuncti, qui eam reliquit, vice fungitur*. In L. 24. D. de novat. (46. 2.) heißt es zwar nach der florentinischen Lesart: *transit ad heredem, cuius personam interim hereditas sustinet*; aber unbedenklich ist dieser vorzuziehen die Lesart: *ad heredem illius (sc. Titii), cuius personam etc.*

15) L. 31. §. 1. cit. L. 61. D. de acquir. dom. L. 1. §. 1. D. si is qui test. liber. (47. 4.) L. 15. pr. D. de interrogat. in iure. (11. 1.)

16) L. 1. pr. D. de div. rer. (1. 8.) *res hereditariae nullius in bonis sunt... publicae res nullius in bonis esse creduntur; ipsius enim universitatis esse creduntur*. Cf. L. 13. §. 5. D. quod vi. (43. 24.) Nur verglichen wird der herrenlosen Sache die *res hereditaria* auch in L. 6. D. expilatae hereditatis (47. 19.)

17) L. 20. §. 3. L. 25. §. 20. L. 27. D. de hereditatis pet. (5. 3.)

18) L. 30. pr. D. quib. ex caus. maiores, (4. 6.) L. 31. §. 5. L. 40. D. de usurp. et usucap. (41. 3.) — *Sed haec iure singulari recepta sunt* nach L. 44. §. 3. D. l. c., weil die Usucapion eigentlich Fortsetzung des Besißes erfordert, Besiß aber als etwas Factisches, das einen natürlichen Willen voraussetzt, der Hereditas nicht zugeschrieben wird. L. 23. pr. D. de pos. (41. 2.) L. 1. §. 15. D. si is qui test. lib. (47. 4.)

19) L. 13. §. 2. D. ad leg. Aquilian. (9. 2.) *Legem domino damnata salva esse voluisse; dominus ergo hereditas habebitur*. Cf. L. 15. pr. L. 43. D. ibid. — Vgl. auch L. 13. §. 5. D. quod vi. (43. 24.) Sogar auch die *iniuriarum actio* kann der Hereditas erworben werden. L. 1. §. 6. D. de iniuriis. (47. 10.)

20) L. 68—70. D. de furtis. (47. 2.) L. 2. D. expilatae hered. (47. 19.) Vgl. Arnbt's, im Rhein. Mus., Bd. 2, S. 132. Richter, in diesem Lexikon, Bd. 3, S. 384.

21) §. 3. B. durch einen negotiorum gestor, sofern überhaupt aus dem Geschäft desselben dem dominus negotii utilis actio gegeben wird; denn zunächst wird hier freilich nur der gestor selbst der Hereditas obliegt, L. 21. §. 1. D. de negot. gest. (3. 5.); auch durch einen Curator, wenn etwa ein solcher für die Hereditas angeordnet ist.

tatis, quae defuncti personam sustinebat, überhaupt Erwerbgeschäfte abschließen²²) und sogar, insofern nur der Erblasser testamenti factio gehabt hatte, zu Erben eingesetzt und mit Vermächtnissen bedacht werden konnten²³). Auf der anderen Seite kann die Hereditas auch obligirt werden, z. B. durch negotiorum gestio²⁴). Die Personification der Hereditas hat den Zweck, den Uebergang des universum ius auf den Erben zu vermitteln, wo dieser, wie gewöhnlich, nicht sofort im Zeitpunkte des Todes eintritt. Nach diesem vorübergehenden Zwecke bestimmt sich auch ihr Umfang. Vollkommen erklärt es sich daher, daß der Hereditas nicht, wie anderen juristischen Personen²⁵), der Ususfructus erworben werden kann²⁶). Es wäre absurd, ihr diesen beizulegen in ihrer Eigenschaft als Repräsentantin des Verstorbenen, wenn der diesem selbst zustehende Ususfructus erlöschen müßte durch dessen natürlichen Tod; es ginge über den Zweck jener Fiction hinaus, wollte man die Hereditas jacens als solche, im Gegensatz gegen die natürliche Person des Erblassers, und nur für die Dauer ihrer Existenz als solcher, also auch im Gegensatz gegen die Person des künftigen Erben, den Ususfructus erwerben lassen; und unmöglich ist es, den Ususfructus schon im Voraus mit Beziehung auf den künftigen Erben als natürliche Person entstehen zu lassen, weil dieser noch unbestimmt, der Ususfructus aber, welcher einer natürlichen Person zusteht, gar nicht dasselbe Recht ist, als der einer anderen natürlichen Person zustehende²⁷). So ist auch die Erbsfähigkeit niemals der Hereditas jacens gleich anderen juristischen Personen beigelegt

22) L. 33. pr. §. 2. L. 61. D. de acquir. dom. (41. 1.) L. 44. §. 3. D. de usucap. (41. 3.) L. 16. D. de o. et a. (44. 7.) (Vgl. Arnolds, Beiträge, Bb. 1, S. 208—216.) L. 29. D. de captivis. (49. 15.) pr. J. de stipulation. serv. (3. 17.) L. 1. §. 29. D. depositi. (16. 3.) L. 11. §. 2. D. de acceptatione. (46. 4.)

23) L. 31. §. 1. L. 52. D. de hered. instit. (28. 1.) L. 16. §. 3. D. de legatis. I. Bei Erbeinsetzungen war dieß zunächst nur von Bedeutung in Betreff der Gültigkeit, wozu testamenti factio im Zeitpunkte der Testamentserrichtung erforderlich war; zum wirklichen Erwerb durch den eingesetzten Sklaven gehörte der Befehl der Ansetzung, den erst der Erbe erteilen konnte. L. 61. D. de acquir. dom. Dagegen Vermächtnisse wurden auch die legati cedentes sofort der Hereditas erworben, wobei nur zu bemerken, daß dies ususfructus vel usus legati non prius cedit, quam cum quis iam frui possit, daher hier personam domini expectari, qui uti et frui possit. L. 1. §. 2. D. quando dies ususfr. (7. 3.) L. 16. §. 1. 2. D. quando dies legati. (36. 2.) Cf. L. 33. D. de acquir. dom.

24) L. 8. pr. §. 6. L. 21. §. 1. D. de negot. gest. (3. 5.) quodammodo sibi hereditatem seque ei obligat. Vgl. auch L. 77. D. de V. O. (45. 1.) Bei Saviigny, System des R. R., Bb. 2, S. 369, Note n, scheinen mir diese Stellen, wie auch L. 1. §. 6. D. de iniur. (47. 10.), nicht ganz am passenden Orte angeführt zu sein; sie ständen besser unter Note. o, da sie sich auf Sklavenerwerb nicht beziehen.

25) L. 56. D. de ususfr. (7. 1.) Vgl. oben Bb. 3, S. 68 a. E.

26) L. 61. §. 1. D. de acquir. dom. (41. 1.) L. 26. D. de stipulat. serv. (45. 3.) Vgl. Note 23 a. E.

27) Eine Inconsequenz in Ansehung des einem Erbschaftsklaven legitirten Ususfructus ergibt sich nach Justinian's Decisio in L. 17. D. de ususfr. (3. 33.) vgl. mit L. 33. D. de acquir. dom. (41. 1.)

worden²⁸⁾. Ein Argument gegen die juristische Persönlichkeit derselben kann daraus um so weniger abgeleitet werden, als ja auch die Erbfähigkeit der Corporationen nur allmählig in weiterem Umfange anerkannt worden ist²⁹⁾. Dennoch hat sich in neuester Zeit eine gewichtige literarische Autorität gegen jene Idee erklärt³⁰⁾. Nur zur Erleichterung civilrechtlicher Erwerbungen durch Sklaven soll jene Fiction im römischen Rechte aufgestellt, daher für unser heutiges Recht unbrauchbar sein, weil es solchen Erwerb überall nicht mehr kennt. Die natürliche Auffassung soll vielmehr diese sein, daß man die ruhende Erbchaft als Vermögen eines einstweilen noch unbekanntem Herrn ansehe, der aber doch einmal werde bekannt werden. Allein es mag wahr sein, daß die Rücksicht auf den Sklavenerwerb den römischen Juristen zur theoretischen Durchbildung unseres Satzes den praktischen Antrieb gegeben habe; daß sie bei dieser einzelnen Anwendung der fraglichen Fiction stehen geblieben, läßt sich nach den oben benutzten Stellen nicht behaupten, und wäre der sonstigen Berufungsweise der römischen Juristen nicht gemäß³¹⁾. In der That ist auch diese Theorie der Sache selbst ganz angemessen, ja, wie gewöhnlich, aus dieser heraus entwickelt. Denn soll das Vermögen nicht zur Zeit herrenlos sein, ja, soll nur ein Vermögen als bestehend gedacht werden, so muß ein Subject in demselben als Träger der Vermögensverhältnisse fingirt werden, da gegenwärtig ein solches physisch nicht existirt und der künftige Erbe nicht nur unbekannt, sondern noch unbestimmt ist³²⁾. Wo aber ein physisch nicht existirendes Rechtssubject fingirt wird, da ist eine juristische Person vorhanden; dieser Vorstellung kann auch die gegen-

28) Savigny a. a. D. S. 365. Es kann jedoch nach Justinianischem Rechte der künftige Erbe als *incerta persona* zum Erben eingesetzt und dadurch derselbe Erfolg herbeigeführt werden, als ob die *Hereditas* selbst gültig eingesetzt wäre, insofern doch erst der Erbe auch diese Erbchaft antreten könnte; §. 27. *J. de legat.* (2. 20.) vgl. Note 23, und man wird darnach die Einsetzung der *Hereditas* eben als Einsetzung des künftigen Erben auszulegen haben. Nur wird hierbei Testamentsfähigkeit des noch ungewissen Erben vorausgesetzt, während bei der Einsetzung der *Hereditas jacens*, wenn sie gültig wäre, nur auf die testamentari *factio* des Erblassers zu sehen wäre und erst zur Zeit des Erwerbes auch die Erwerbfähigkeit des Erben in Betracht kommen würde. Savigny S. 367, 368.

29) Vgl. oben Bd. 3, S. 70 und im Art. Erbeinsetzung.

30) Savigny a. a. D.

31) Vgl. besonders die Stellen in Note 13, 18, 19, 22, 24, und selbst Savigny S. 369, Note n, o. In L. 33. §. 2. D. de acquir. dom. könnte man, wie in L. 16. D. de o. et a. „per traditionem“ interpolirt halten für „per mancipationem“ oder „mancipio.“ Aber daß auch per traditionem der Erbschaftsclave für die *Hereditas* erwerben konnte, sofern Besitzwerb *ignorante domino* möglich war, beweisen L. 29. D. de captivis. (49. 15.) L. 15. pr. D. de usucap. (41. 2.) cf. L. 1. §. 5. D. de poss. (41. 2.) Uebrigens läßt sich in den Quellen selbst wohl ein Fortschritt in der Anwendung unserer Fiction erkennen. Vgl. z. B. L. 43. D. ad leg. Aquil. (9. 2.) mit L. 13. §. 2. ibid. L. 13. §. 5. D. quod vi. (43. 24.)

32) Vgl. vorzüglich Puchta in der Recens. von Savigny's System Bd. 2, in Richter's und Schneider's krit. Jahrb. Bd. 4, S. 701—715.

rische Ansicht nicht entgehen, die in Wahrheit nur den Satz: *hereditatem defuncti personam sustinere* umkehrt in diesen: *hereditatem futuri heredis personam sustinere*. Daß nur jener, nicht dieser Satz, insofern er nicht dasselbe bedeuten soll, richtig sei, ist von selbst klar, da ja auch wer wirklich Erbe geworden ist, den Verstorbenen repräsentirt, dessen vermögensrechtliche Person, wenn sie auf den Erben übergehen soll, man nicht wolle auch erst sterben lassen, um sie dann, durch Antretung der Erbschaft, von den Todten wieder aufzuerwecken. Erwirbt der Berufene die Erbschaft, so geht dadurch die in dieser noch lebende vermögensrechtliche Persönlichkeit des Verstorbenen auf ihn über, und eben darum wird das Recht des Erben, welcher angetreten hat, gerade so betrachtet, als hätte es unmittelbar nach dem Tode angefangen³³), weil *Hereditas* und *Heres* (als solcher) gleichmäßig dieselbe Person des Verstorbenen repräsentiren³⁴); die Vermittelung des Erwerbes aber für den Erben durch die ruhende Erbschaft als fingirte Person wird in anderen Stellen sehr bestimmt angedeutet³⁵).

Mit dem bisher angegebenen Wesen der Erbschaft ist es wohl verträglich, daß dieselbe unter Mehrere (*Miterben*, *coheredes*) sich theile, so daß jeder von diesen in *universum ius defuncti succedere*³⁶), aber jeder nur zu einem Theile (*pro parte*, sogen. *pars quota*); alle repräsentiren hier den Verstorbenen in gleicher Weise, ob auch zu verschiedenen Theilen; aber nur alle zusammen repräsentiren ihn vollständig. Widersprechend dagegen ist es jenem Begriffe, daß dem Einen schlechthin und ausschließlich nur bestimmte einzelne Vermögensobjecte oder irgend ein Inbegriff bestimmter Vermögensverhältnisse zukommen solle, dem Anderen ebenso andere (sogen. *pars quanta*); von diesen würde keiner in *universum ius succedere*, keiner also in Wahrheit *heres* sein³⁷).

In der bisherigen Bezeichnung des Wesens der Erbfolge ist zunächst nur die civilrechtliche Erbfolge in's Auge gefaßt worden, die in den Quellen nach strengerm Sprachgebrauch allein *hereditas* heißt. Ueber das ganz analoge Institut des prätorischen Rechtes, die *honorum possessio*, handelt ein eigener Artikel³⁸), und es wird diese daher auch im Folgen-

33) L. 133. pr. L. 193. D. de R. J. L. 54. D. de acquir. hered. (29. 2.)

34) L. 22. D. de usucap. (41. 3.) Vgl. L. 28. §. 4. L. 35. mit L. 16. D. de stip. serv. (45. 3.)

35) L. 13. §. 2. D. ad leg. Aquil. Dominus ergo hereditas habitat, quare adita hereditate heres experiri potest. L. 1. §. 6. D. de iniur. Hereditati, et sic heredi per hereditatem acquiri. So auch Verpflichtungen: L. 21. §. 1. D. de negot. gest. (3. 5.) Wenn aber das Vermögen erblos bleibt, also die Repräsentation, die durch die *Hereditas* vermittelt werden sollte, nicht eintritt, d. h. Niemand die *Hereditas* erwirbt, so wird auch die nur dieser erworbene Forderung zu nichte. L. 73. §. 1. D. de V. O. (45. 1.)

36) L. 9. §. 12. D. de hered. instit. (28. 5.)

37) L. 1. §. 4. L. 11. 35. D. l. c. vgl. oben Bb. 3, im Art. Erbseinführung. — Die bei uns gebräuchliche Bezeichnung „Universalerbe“, „einziger und Universalerbe“, ist mit Recht getadelt worden. Hugo, heut. röm. Recht, §. 143, Note 2.

38) Bb. 2, S. 306—343.

den nur beiküßig berücksichtigt werden. Die in ihrer Wirkung bei- den verwandte fideicommissarische Erbfolge aber, die man als indirecte Erbfolge jenen entgegenzusetzen pflegt, weil sie durch hereditas oder hono- rum possessio vermittelt wird, gehört ebenfalls an einen anderen Ort³⁹⁾.

In Ansehung jener eigentlichen Erbfolge fragt es sich nun zunächst I. unter welchen Voraussetzungen ist Jemand wirklich als Erbe anzusehen, oder wie wird die Erbchaft erworben⁴⁰⁾? Es ist dazu vor Allem erforderlich, daß die Erbchaft Jenem deferirt worden sei. Darüber sind zu vergleichen die Artikel Erbeinsetzung, Intestaterbfolge, Gewissen Personen wird die Erbchaft sofort, wie sie ihnen deferirt worden, von selbst, ohne ihr Wissen oder Wollen, auch erworben, so daß Delation und Acquisition der Erbchaft bei ihnen zusammenfällt. Es sind diejenigen Personen, welche der Gewalt des Erblassers bis zu dessen Tode unterworfen waren, also nach heutigem Rechte nur noch die Kinder, welche in der väterlichen Gewalt desselben standen, mit Inbegriff auch der Postumi, die, früher geboren, derselben unterworfen sein wür- den; sowohl als gesetzliche, wie als eingesetzte Erben; nach römischem Rechte auch die zu Erben eingesetzten Slaven des Erblassers; nach älte- rem römischem Rechte zudem gleich den Kindern die Frau oder Schwie- gertochter in manu, als welche loco filias- oder neptis-familias war, und gleich dem Slaven der in mancipio des Erblassers gestandene Freie, der von diesem testamento manumittirt und zum Erben eingesetzt war. Wegen der Unfreiwilligkeit des Erwerbes heißen alle diese *necessarii he- redes*, die Kinder insbesondere *sui et necessarii heredes*, und im Ge- gensatz werden andere Erben *voluntarii* oder *extranei heredes* genannt⁴¹⁾. Als *sui heredes* erben freilich ab intestato nicht diejenigen in der Ge- walt des Erblassers gestandenen Descendenten, welchen ein ebenfalls in dessen Gewalt verbliebener Patens als näherer Erbe des Stammes vor- geht⁴²⁾. Dennoch aber sind auch diese, wenn sie testamentarisch eingesetzt, *necessarii heredes* des Großvaters oder Urgroßvaters, dem die Gewalt über sie zustand⁴³⁾. Dieß wird durch einige Pandektenstellen bestätigt, welche freilich aussagen, daß hier durch den Enkel der Vater derselben, in dessen Gewalt sie jetzt stehen, *necessarius heres* des Testators werde (*sine additione*), weil nach classischem Rechte der *Filiusfamilias* nicht für sich selbst die Erbchaft erwerben konnte⁴⁴⁾, welche aber nach Justi-

39) Vgl. die Art. Fideicommiss, Vermächtniß.

40) *S. Inst. de herodum qualitate et differentia. (2. 19.) Dig. de acquirenda vel omittenda hereditate. (29. 2.) Cod. de iure deliberandi et de adeunda vel acquirenda hereditate. (6. 30.)*

41) *pr. §. 1—3. J. h. t. L. 15. 16. D. h. t. cf. Cai. II. 153. 156. 157. 161. Collat. XVI. 3. §. 5—7. Vgl. den Art. beneficium absti- mendi, Bb. 1, S. 856—871.*

42) *§. 2. J. l. c. Cai. II. 156. cf. L. 1. §. 8. D. de suis. (38. 16.)*

43) *Ulp. XXII. 24. Suos et necessarios, i. e. liberos qui in po- testate sunt.*

44) *L. 1. §. 5. D. h. t. . si nepos ex filio exheredato heres sit in- stitutus: patrem suum sine additione faciet heredem et quidem necessarium.*

nianischem Rechte nur so anzuwenden sind, daß der Enkel selbst ipso iure die Erbchaft, dem Eigenthume nach, und dessen Vater das väterliche Recht des Nießbrauches und der Verwaltung derselben ererbe⁴⁵⁾. Auch unter einer Bedingung eingesetzt, wird doch, wer sonst es sein würde, existente conditione necessarius heres, wenn nicht die Bedingung von der Art ist, daß sie die Antretung der Erbchaft schlechthin in seine Willkür stellt⁴⁶⁾. Und sogar auch wird der Pupillarsubstitut als solcher necessarius heres des Pupillen, wenn er zum testirenden Vater desselben in dem Verhältniß gestanden, daß er zu dessen Erbchaft berufen necessarius heres wäre⁴⁷⁾.

Denjenigen Personen hingegen, welche der Gewalt des Erblassers nicht unterworfen waren (extranei heredes), wird die deserirte Erbchaft erst durch einen darauf gerichteten Willensact erworben. Es hängt von ihrem Willen ab, ob sie dieselbe annehmen oder ablehnen. Durch die einmal erklärte Ablehnung (repudiatio) werden sie unwiderruflich von derselben ausgeschlossen und durch die erklärte Annahme (aditio) unwiderruflich daran gebunden⁴⁸⁾, es möchte ihnen denn in jenem oder diesem Falle Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden können⁴⁹⁾. Weder zur Antretung noch zur Ablehnung der Erbchaft ist irgend eine besondere Form der Willenserklärung erforderlich. Wiewohl es an sich wahrscheinlich ist, daß für einen so wichtigen Act, wie die Antretung einer Erbchaft ist, nach älterem Civilrechte eine solenne Erklärung gebräuchlich gewesen, so gibt es doch keinen sicheren Beweis dafür, daß diese jemals allgemein nothwendig gewesen sei⁵⁰⁾. Nur kraft besonderer testamentarischer Anordnung konnte sie dem eingesetzten Erben nothwendig werden, und namentlich war zur Zeit der classischen Juristen sehr gebräuchlich die Vorschrift einer besonderen Form der Antretung unter dem Namen cretio, wornach der Eingesetzte (heres cum cretione institutus) innerhalb einer bestimmten Zeitfrist, vor Zeugen⁵¹⁾, mündlich erklären mußte: quod

Cf. §. 6. ibid. L. 13. D. de bonis libert. (38. 2.).. licet enim necessarius existat patri suo non per semetipsum sed per alium ad hereditatem admittitur. Dasselbe könnte pro parte gesagt werden, wenn der Enkel als Miterbe seines eigenen Vaters eingesetzt wäre. — Ueber einen verwandten Fall vgl. L. 18. pr. D. de castrensi peculio. (49. 17.)

45) L. 6. 8. Cod. de bonis quae lib. (6. 61.) Vgl. Note 93—95.

46) L. 12. D. de cond. instit. (28. 7.) L. 86. D. de hered. instit. (28. 5.)

47) L. 2. §. 4. L. 10. §. 1. D. de vulg. et pup. subst. (28. 6.)

48) L. 4. Cod. de repud. hered. (6. 31.) §. 5. 7. in f. J. h. t. Cai. II. 163.

49) §. 5. 6. J. h. t. tit. Cod. si minor ab hereditate se absteineat. (2. 39.) si ut omissam hereditatem vel bonorum possessionem vel quid aliud acquirat. (2. 40.)

50) Weder L. 77. D. de R. J. noch L. 90. pr. D. h. t. beweist es, und es ist keine Spur vorhanden, daß zur Zeit der Antoninen erst der Gebrauch der cretio auf gewisse Fälle beschränkt worden sei, wie Mühlentbruch, Lehrb., §. 702, anbrütet.

51) Cic. ad Att. XIII. ep. 46. Varro de lingua lat. V. 60. Die Juristen erwähnen zwar der Zugiehung von Zeugen nicht, aber sie war natürlich

me (Titius) heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque⁵²⁾, und zwar gewöhnlich innerhalb einer bestimmten Anzahl von dies utiles (cretio vulgaris), aber auch wohl innerhalb eines bestimmten tempus continuum (cretio continua), widrigenfalls er kraft der ausdrücklichen Androhung: ni creverit, exheres esto (cretio perfecta) von der Erbchaft ausgeschlossen wurde⁵³⁾. Diese cretionum scrupulosa solennitas ist aber schon vor Justinian außer Gebrauch gekommen⁵⁴⁾, obwohl es auch darnach und so nach heutigem Rechte dem Testator keineswegs verwehrt ist, die Antretung der Erbchaft nicht nur innerhalb einer bestimmten Zeit, sondern auch unter Beobachtung einer von ihm vorgeschriebenen Form, sofern diese nur nichts Anstößiges enthält, zur Bedingung der Erbeinsetzung zu machen⁵⁵⁾. Abgesehen von diesem Falle war schon nach classischem Rechte und ist nach Justinianischem Rechte jede formlose Erklärung des Willens, Erbe zu sein, zur Antretung der Erbchaft genügend⁵⁶⁾, wie sie nach jenem auch bei der cretio imperfecta, d. i. derjenigen, welcher die Drohung „ni creverit, exheres esto“ nicht hinzugefügt war, für genügend angesehen war⁵⁷⁾. Es kann aber jene Erklärung entweder eine ausdrückliche sein (nuda voluntas suscipiendae hereditatis), die wohl vorzugsweise unter hereditatis aditio verstanden wird⁵⁸⁾, oder eine stillschweigende, durch Handlungen (pro herede gerendo)⁵⁹⁾.

schon des Beweises wegen nothwendig, und eine noch so häufige Wiederholung der Formel im bloßen Monolog ohne Wirkung.

52) Die Meinung, daß er dabei noch habe ein Schnippchen schlagen müssen (Cuiac. obs. VII. 18.), und wohl vor Freuden tanzen (Alteserra de fictione iur. III. 2.), beruht auf augenscheinlichem Mißverständniß der Stelle in Cic. de offic. III. 19., dessen sich freilich schon Ambrosius (de off. III. 2.) schuldig gemacht. Schulting ad Ulp. XXII. 28. Grosch, de iur. delib. orig. diss. (Breslau 1839.) pag. 18—21.

53) Cai. II. 164—166. 168. 170—173. cf. 174—178. Ulp. XXII. 27—34.

54) L. 17. Cod. h. t. Der allgemeine Ausspruch dieser Stelle ist herausgeschnitten aus L. 8. Th. Cod. de matern. bon. (8. 18.), wo er in besondrer Beziehung vorkommt. Vgl. Note 87.

55) L. 72. D. h. t. vgl. L. 14. D. de cond. institut. (28. 7.)

56) Cai. II. 167. 169. §. 7. J. h. t. L. 6. Cod. h. t. „sola animi destinatio.“ cf. L. 65. 3. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) L. 95. D. h. t.

57) Auch um den Substituten gänzlich auszuschließen. Ulp. XXII. 34. (divus Marcus constituit). Anders noch Cai. II. 178.

58) L. 19. 22. §. 14. Cod. h. t. cf. L. 25. §. 7. L. 69. D. h. t.

59) Ob schon die classischen Juristen das nuda voluntate adire hereditatem und pro herede gerere entgegenzusetzen oder vielmehr jenes unter dieses zu subsumiren pfliegen, kann mit Fug bezweifelt werden. Mayer, Erbr., Bd. I, S. 341—343. Ulpian unterscheidet nur cernere und pro herede gerere, und so auch Caius in einigen Stellen (II. 166. III. 87.), und in den Pandekten (Note 58) ist adire, im Gegensatz von pro herede gerere, gewiß interpolirt für cernere. Doch macht Caius in II. 167. offenbar eine dreifache Unterscheidung (aut cernendo aut pro herede gerendo vel etiam nuda voluntate, wo man nicht das letzte bloß als nähere Bestimmung des zweiten erklären kann: nur wenn etiam fehlte, wäre dieß etwa zulässig). In §. 7. J. l. c. ist nun das erste Glied (aut cernendo) weggefallen und dadurch der Gegensatz der beiden anderen vollends klar ausgesprochen (aut pro h. g. vel etiam. n. v.).

Hierzu gehören solche Handlungen, die unter den vorliegenden Umständen nicht wohl eine andere Auslegung gestatten, als daß der Berufene sich als Erben betrachte, z. B. Besitzergreifung und Benutzung oder Veräußerung von Erbschaftsachen, ja auch von anderen Sachen, die nur irrthümlich dafür gehalten werden, Einziehung erbchaftlicher Forderungen, Erfüllung erbchaftlicher Verbindlichkeiten u. dgl. ⁶⁰⁾, überall vorausgesetzt, daß nicht eine andere Willensmeinung dabei sich irgendwie zu erkennen gebe ⁶⁰⁾. Da es nur auf Erkenntniß des nicht ausdrücklich erklärten wahren Willens ankommt, so wirken auch die an sich conclusentesten Handlungen nicht als *pro herede gestio*, wenn der Handelnde bei Vornahme derselben sich gegen eine solche Auslegung verwahrt, obwohl er wegen des Geschehenen vielleicht dem künftigen wirklichen Erben verantwortlich werden kann ⁶¹⁾. Die bloße Erfüllung einer Potestativbedingung der Erbeinsetzung ist noch nicht *pro herede gestio*, der Eingesezte bahnt sich dadurch den Weg zur Antretung der Erbschaft, erklärt aber noch nicht, dieselbe wirklich anzunehmen ⁶²⁾. Dagegen wird die Agnition der *honorum possessio* von Seiten desjenigen, dem auch civilrechtlich die Erbschaft deferirt ist, zugleich als *pro herede gestio* angesehen, und schließt also zugleich die Erwerbung der *Hereditas* nach Civilrecht in sich ⁶³⁾.

Eine bestimmte Frist ist für die Antretung der Erbschaft im Allgemeinen nicht vorgeschrieben. Wohl ist die Agnition der *honorum possessio* an bestimmte Fristen gebunden, deren Versäumung von selbst die Ausschließung der Säumigen von der *honorum possessio* and, wenn keine Miterben da sind, die Delation derselben für den nächstfolgenden Gradus oder *Ordo* zur Folge hat ⁶⁴⁾. Nach Civilrecht aber, wenn nicht der Testator eine Antretungsfrist vorgeschrieben hat, wird der Delat durch keinen Zeitablauf, so lange er lebt und erbfähig bleibt und nicht ausschlägt, *ipso iure* von dem Erwerbe der Erbschaft ausgeschlossen, und wird also auch ebenso lange keinem Anderen, der nach jenem folgt, die Erbschaft deferirt ⁶⁵⁾. Zwar ist bisher von Vielen eine gesetzliche Frist für Antretung oder Ablehnung der Erbschaft behauptet worden, theils von

Dennoch wird in derselben Stelle, gleich darauf, in die Erklärung von *pro herede gerere*, wahrscheinlich einem anderen Schriftsteller nachgeschrieben, auch *bas verbis voluntatem suam declarare* aufgenommen. Vgl. Schrader, ad §. 7. J. cit.

60) *Cai. II. 166. in f. Ulp. XXII. 26. Paulli sentt. IV. 8. §. 25. — §. 7. J. cit. L. 20. 21. pr. §. 1. L. 24. L. 86. §. 2. L. 87. pr. 88. D. h. t.* Eine Entwendung aus der Erbschaft ist nicht *pro herede gestio*, vielmehr *contrariam voluntatem declarat. L. 21. pr. cit.*

61) *L. 20. §. 1. cit. cf. L. 4. Cod. unde legitimi. (6. 15.)*

62) *L. 13. D. de cond. instit. (28. 7.) L. 1. §. 1. D. de cond. causa data. (12. 4.)* Aber über die Bedingung „*si iuraverit*“ s. *L. 62. pr. D. h. t.* und darüber Huschke, in der Zeitschr. für Civilt. u. Prog. Bd. 14, S. 172 fig.

63) *L. 12. Cod. h. t.*

64) *Bd. 2, S. 310.*

65) *Cai. II. 167. L. 72. vgl. mit L. 69. D. h. t. Noten 51—55.*

einem Jahre, nach L. 19. Cod. h. t., theils von drei Monaten, nach L. 22. §. 1. Cod. h. t., deren Ablauf entweder die Wirkung haben sollte, daß der Berufene, der sich nicht erklärte, von selbst von der Erbschaft ausgeschlossen sei, oder gerade die entgegengesetzte, daß er nun als Erbe betrachtet werde. Es wird aber jetzt wohl allgemein anerkannt werden, daß alle diese verschiedenen Meinungen völlig ungegründet sind, und ist zu hoffen, „daß das Phantom der gesetzlichen Deliberationsfrist mit ihrer streitigen Dauer und Wirkung nicht wiederkehren werde“⁶⁷⁾.

Indessen kann der Berufene durch Andere, welche ein Interesse dabei haben, namentlich Gläubiger und Substituten, der eingesezte Erbe insbesondere auch durch diejenigen, welche das Testament als inofficiosum anzusehen Willens sind, zu der Erklärung aufgefordert werden, ob er die deferirte Erbschaft annehme oder nicht. Es wird ihm alsdann auf Verlangen eine Frist zur Ueberlegung bewilligt, die er jedoch auch sonst aus eigenem Antriebe nachsuchen kann (*tempus, spatium deliberandi*)⁶⁸⁾; nach deren Ablauf aber, wenn er sich bis dahin noch nicht definitiv erklärt hat, wird er, nach Verschiedenheit der Fälle, bald gegen seinen Willen von der Erbschaft ausgeschlossen, bald ohne Weiteres als Erbe behandelt. Dieses *beneficium deliberandi* ist schon oben, Bd. 1, S. 887—892, in einem besonderen Artikel besprochen worden. Wenn nun auch der Wf. des gegenwärtigen Artikels mit den dort aufgestellten Sätzen in wesentlichen Punkten nicht übereinstimmt, so möchte es doch dem Plane dieses Werkes nicht entsprechend gefunden werden, aus diesem Grunde den schon einmal abgehandelten Gegenstand hier nochmals zu erörtern⁶⁹⁾.

Bisher ist von der Form und von der Zeit der Erbantrittung die Rede gewesen; es kommt dabei vor Allem auch die Fähigkeit des Erwerbenden in Betracht. Die Antrittung ist ein Willensact; sie setzt daher natürlich Willensfähigkeit voraus: sie ist zudem ein Willensact, welcher möglicherweise mannigfaltige, schon jetzt bekannte oder noch unbekannte, Verpflichtungen begründen kann; es wird daher die Fähigkeit, sich durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten, dazu erfordert. Daher nun kann der Wahnsinnige nicht durch Antrittung (wohl als *necessarius heres ipso iure*) Erbe werden⁷⁰⁾; es kann nur und soll, wo es vortheilhaft ist, der Cu-

66) L. 19. Cod. h. t.

67) Vgl. Wangerow, Revision der neueren Theorien über gesetzliche Deliberationsfrist, im Arch. für civ. Prax. Bd. 22, Nr. 7, S. 151—212, und darüber Puchta (dem obige Worte entlehnt sind) und Arnolds in Richter's Krit. Jahrb. Bd. 4, S. 7—29. Mayer, Erbr. Bd. 1, S. 344—354, und jetzt auch Mühlenthal (der früher anderer Meinung war), in Erläuter. Bd. 41, S. 301—355, und im Lehrb. §. 703. — Hiernach ist denn auch zu berichtigen, was oben Bd. 1, S. 891, 892, darüber bemerkt ist.

68) Dig. de iure deliberandi. (28. 8.) Cod. 6. 30.

69) Vgl. darüber auf der einen Seite die jetzt erschienene Diss. von Grosse (art. 47. cit.), auf der anderen Seite vorzüglich Mühlenthal a. a. D. S. 277—297, 383—408, von welchem zu wünschen, daß er auf jenen schon hätte Rücksicht nehmen können. S. auch Mayer, Erbr. Bd. 1, S. 348. Puchta, Lehrb. §. 491.

70) L. 68. D. h. t.

rator für denselben *honorum possessionem agnoscere*, welche aber nicht definitiven Erwerb begründet⁷¹). Gleich dem Wahnsinnigen ist auch das Kind (*infans*) unfähig, die Erbchaft anzutreten⁷²); für dieses aber kann nach späterem Rechte der Vater oder der Vormund nicht nur *honorum possessio agnoscere*, sondern auch civilrechtlich die Erbchaft antreten⁷³). Der *impubes infantia maior* erwirbt die Erbchaft *tutore auctore*⁷⁴). Der Mündige oder noch Minderjährige (*pubes minor XXV. annis*) kann in eigener Person die Erbchaft antreten⁷⁵), aber die dadurch übernommenen Schulden braucht der Curator desselben, welcher nicht seine Zustimmung dazu gegeben, nicht anzuerkennen⁷⁶), und andererseits macht sich dieser ungewisselhaft verantwortlich, wenn er durch Verweigerung seiner Zustimmung, ja durch bloße Nachlässigkeit die Nichtantretung einer dem Minderjährigen deferirten Erbchaft verschuldet hat und daraus für diesen ein Nachtheil entstanden ist⁷⁷). Von dem erklärten Verschwender (*cui bonis interdictum est*) gilt dasselbe, wie vom Minderjährigen⁷⁸). Besondere Bestimmungen sind noch zu bemerken in Ansehung des Falles, wenn einem *homo alieni iuris* die Erbchaft deferirt ist. Nach älterem Rechte konnten Hauskinder wie Slaven die ihnen deferirten Erbchaften nur dem Vater oder dem Herrn erwerben, dergestalt, daß dieser durch jene der eigentliche Erbe wurde⁷⁹). Da nun der Vater oder Herr durch Handlungen der Untergebenen nicht verpflichtet werden konnte, die Erbchaft aber immer die Möglichkeit von Verpflichtungen in sich enthält, so konnte diese nur nach dem Willen des ersten durch die Untergebenen angetreten werden⁸⁰). Diese mußten *iussu patris* oder *domini* die Erbchaft antreten, und zwar mußte dieser Befehl der durch den Untergebenen selbst vorzunehmenden Antretungshandlung vorhergehen und speciell auf die deferirte Erbchaft sich beziehen, auch nicht etwa vor der wirklichen Antretung zurückgenommen sein⁸¹). Ohne die Handlung des Hauskinds oder Slaven wurde dem Vater oder Herrn die Erbchaft nicht erworben, ob auch jene nur aus hartnäckigem Ungehorsam den Befehl zu befolgen sich weigerten; vielmehr, wenn das Kind *sui iuris* wurde, der Slave die

71) L. 1. D. de b. p. furioso competente. (37. 3.) L. 7. Cod. de curat. fur. (5. 70.) Vgl. oben Bb. 2, S. 304—306.

72) L. 9. D. h. t. L. 5. Cod. h. t.

73) L. 18. pr. §. 2. 3. Cod. h. t. vgl. mit L. 7. §. 1. L. 8. 11. D. de bon. poss. (37. 1.) L. 65. §. 3. D. ad. SC. Treball. (36. 1.) L. 11. D. de auctoritate. (26. 8.) L. 3. 7. Cod. qui admitti ad b. p. (6. 9.)

74) L. 8. pr. L. 9. 49. D. h. t. L. 9. §. 3. D. de auctoritate. l. 18. §. 4. Cod. h. t.

75) L. 12. Cod. h. t. L. 8. §. 1. Cod. de bonis quae lib. (6. 61.) Cf. tit. Cod. si ut omissam hereditatem acquirant. (2. 40.) Rudorff, Recht der Vormundschaft, Bb. 2, S. 286.

76) Savigny, in der Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bb. 10, S. 287.

77) L. 26. Cod. de administrat. (5. 37.) Mit Unrecht nennt Rudorff a. a. D. die Erwähnung des Consenses in dieser Stelle eine Gedankenlosigkeit.

78) L. 5. §. 1. D. h. t. Vgl. Rudorff a. a. D. Bb. 1, S. 140.

79) Cai. II. 87. Ulp. XIX. 19. L. 79. D. h. t.

80) L. 6. pr. §. 1. 2. D. h. t.

81) L. 25. §. 4—15. D. h. t. cf. L. 47. 50. D. ibid.

Freiheit erlangte, bevor die Erbchaft dem Befehle gemäß wirklich angetreten war, so konnten jene nunmehr für sich selbst die Erbchaft erwerben, und ebenso der veräußerte Sklave dem neuen Herrn, auf dessen Befehl⁸²⁾. Es war also sowohl die einseitige Handlung des Vaters oder Herrn, als die nicht befohlene Antretung des Untergebenen unwirksam, so wie auch umgekehrt die von diesem oder jenem einseitig erklärte Ablehnung der Erbfolge nichts wirkte⁸³⁾. Nur wurde, wann der Vater längere Zeit im Besitze der Erbchaft gewesen war, vermuthet, daß ihm dieselbe auch auf gehörige Weise erworben sei⁸⁴⁾. Die Antretungshandlung des Untergebenen konnte pro herede gestio sein oder cretio⁸⁵⁾, war aber nach älteren Rechte gewiß bei weitem in den meisten Fällen die letzte, weil mit Ausnahme eines Falles (ex SC. Orphitiano) damals nur durch Erbeinfügung homines alieni iuris zur Erbchaft nach Civilrecht berufen sein konnten, bei der Erbeinfügung aber die cretio sehr gewöhnlich und auch außerdem diese Antretungsform sehr üblich gewesen zu sein scheint⁸⁶⁾; ja nach Aeußerungen späterer Constitutionen hat es sogar den Anschein, als ob bis dahin überall nur cernendo dem Vater durch die in seiner Gewalt befindlichen Kinder die Erbchaft erworben und erst durch diese Constitutionen die Nothwendigkeit der cretio, anfangs in gewissen Fällen, bald ganz und gar beseitigt worden sei⁸⁷⁾. Wenn übrigens auch dem Untergebenen die erforderliche Einsicht noch fehlte, so war doch der Befehl des Vaters oder Herrn entscheidend; er ergänzte den Willen des Unmündigen, ähnlich der Autoritas⁸⁸⁾; aber dieser mußte doch wenigstens schon bis Alter der Sprachfähigkeit erreicht haben, um die betreffende Erklärung abgeben zu können; bis dahin konnte also dem Gewalthaber auch auf dessen Befehl die Erbchaft civilrechtlich nicht erworben, es konnte nur durch ihn selbst vorläufig bonorum possessio im Namen des Untergebenen agnoscirt werden⁸⁹⁾. Diese Bestimmungen des älteren Rechtes nun, abgesehen von der Form der cretio, sind in Ansehung der Sklaven in's Justinianische Recht unverändert übergegangen⁹⁰⁾, in Ansehung der in väterlicher Gewalt befindlichen Kinder aber sehr bedeutend modificirt worden. Diese nämlich können nun, wie schon nach älteren Constitutionen⁹¹⁾ gewisse, so nach Justinianischem Rechte alle Erbchaften als bona adventitia der Proprietät nach für sich selbst erwerben; der Vater

82) Cai. II. 188. 189. L. 5. in f. Theod. Cod. de matern. bon. (8. 18.) Cf. L. 36. L. 64. 65. 67. 68. 80. §. 2. 3. D. h. t.

83) L. 13. §. 3. L. 14. D. h. t.

84) L. 6. §. 3. D. h. t.

85) L. 93. §. 2. cf. L. 25. §. 7. 8. D. h. t.

86) Vgl. oben Note 53. Cai. II. 187—190.

87) L. 1. §. 1. L. 4. 5. L. 8. §. 1. Theod. Cod. de mat. bon. (8. 18.) Cf. L. 1. Th. Cod. de cretione. (4. 1.) Vgl. L. 25. §. 7. D. h. t. und oben Note 54. Fuchske, Studien des r. R. Bb. 1, S. 254—259.

88) L. 8. §. 1. D. h. t. cf. L. 9. D. ibid.

89) L. 18. §. 4. Cod. h. t. Cf. L. 6. 8. Theod. Cod. l. c. L. 7. §.

1. D. de bon. poss. (37. 1.) Note 73.

90) §. 3. J. per quas personas nob. adquir. (2. 9.)

91) Theod. Cod. l. c. Cod. Just. de bon. mat. (6. 60.)

Kann nur das Recht des Nießbrauchs und der Verwaltung derselben in Anspruch nehmen. Damit diese regelmäßige Wirkung des Erwerbes der Kinder eintrete, ist denn auch jetzt noch Antrittung der Erbſchaft durch das Kind auf Befehl des Vaters erforderlich. Es ſoll aber keiner dem andern das Recht, welches ſolchergeſtalt durch die Annahme der Erbſchaft ihm erworben werden kann, durch ſeinen einseitigen Willen entziehen oder aufdrängen. Daher kann auch jetzt noch weder der Vater noch das Kind einseitig die dem letzten deſerirte Erbſchaft ausschlagen, mit der Wirkung, daß dadurch der Erwerb derselben kraft dieser Delation ganz ausgeschlossen werde⁹²); ſondern, wenn das Kind die Erbſchaft nicht annehmen will, ſo kann der Vater dieselbe ganz, auch dem Eigenthum nach, für ſich erwerben, ſo daß er durch das Kind und ſtatt deſſelben wie nach älterem Rechte eigentlich Erbe wird; wenn aber der Vater die Erbſchaft verſchmäht, ſo bleibt es dem Kinde unbenommen, dieselbe zu erwerben, und erlangt in dieſem Falle der Vater auch nicht den Nießbrauch und die Verwaltung derselben, oder doch die letzte, wenn er ſich ihr unterziehen will, nur inſofern, als das Kind noch eines Beiſtandes bedarf, zu welchem Zwecke ihm ſonſt ein Curator gegeben wird⁹³). Iſt aber das Kind, dem die Erbſchaft deſerirt wird, noch im Alter der Kindheit (*infantia*), ſo kann der Vater allein für dasselbe die Erbſchaft antreten, mit derſelben Wirkung, wie wenn das erwachſene Kind dieselbe auf Befehl des Vaters antritt⁹⁴). Jenes kann ſich dann freilich ſpäter durch Wiedereinſetzung in den vorigen Stand der Erbſchaft wieder entſchlagen; aber dann bleibt der Vater daran gebunden, als ob er anfangs dieselbe gegen den Willen des Kindes angenommen hätte⁹⁵). Wenn umgekehrt der Vater, z. B. als Wahnsinniger, unfähig iſt, ſeinen Willen zu erklären, ſo wird, wie ſchon nach älterem Rechte *utilitatis causa* angenommen war, dem Sohne ſelbſtſtändig der Erwerb der Erbſchaft geſtattet⁹⁶). Iſt übrigens die dem Hausſohne deſerirte Erbſchaft eine ſolche, die zu deſſen *bona castrensia* gehört, ſo kann er dieselbe jedenfalls als *Paterfamilias* ſelbſtſtändig für ſich erwerben⁹⁷), ſowie er ſelbſt auch dem zum Erben eingefeſetzten caſtrenſiſchen Sclaven die Antrittung der Erbſchaft befehlen konnte⁹⁸). Doch ſoll auch in dieſem Falle der Vater ſtatt des Sohnes die Erbſchaft anzunehmen berechtigt ſein, wenn der letzte dieselbe ausschlägt⁹⁹).

Außer der Willensfähigkeit iſt endlich zur Antrittung wie zur Ablehnung der deſerirten Erbſchaft natürlich erforderlich ernſtliche Willensbeſtimmung bei der darauf bezüglichen Erklärung, und zwar verbunden mit der Kenntniß derjenigen Umſtände, welche die Delation der Erbſchaft

92) L. 14. D. h. t.

93) L. 8. pr. §. 1. Cod. de bon. quae lib. (6. 61.)

94) L. 18. pr. Cod. h. t. Vgl. den Art. *Transmiſſion* (*ex capite infantiae*).

95) L. 8. §. 6. Cod. de bon. quae lib. (6. 61.)

96) L. 52. pr. L. 63. D. h. t. cf. L. 30. pr. D. *ibid.*

97) L. 5. D. de caſtrenſi pecul. (49. 17.)

98) L. 19. §. 1. D. l. c.

99) L. 8. §. 2. Cod. de bon. quae lib.

wefentlich berühren. Wer antreibt oder ablehnt, muß vor Allem wiſſen, daß die Erbſchaft ihm deſertirt ſei¹⁰⁰), und zwar ob durch Teſtament oder durch das Geſetz¹⁰¹), und in jenem Falle, ob pro parte oder ex aſſe, ex institutione oder ex ſubſtitutione¹⁰²); inſbeſondere, ob er bedingt oder unbedingt eingefeßt ſei¹⁰³). Wer jedoch irrhümlich glaubt, unter Bedingung eingefeßt zu ſein, zugleich aber die Bedingung für erfüllt hält, deſſen Erklärung iſt vollkommen wirksam, weil ſeine Meinung mit der wahren Lage der Sache in der That übereinſtimmt¹⁰⁴), während hingegen bei der wirklich bedingten Erbeinſetzung der Eingefeßte auch die Erfüllung der Bedingung erfahren haben muß¹⁰⁵). Wo ein Anderer für den eigentlichen Delaten die Erbſchaft erwerben will, kommt es natürlich auf des erſten Wiſſenſchaft an¹⁰⁶). Auch muß der Vater, damit ſein Befehl zur Antretung der Erbſchaft wirksam ſei, von der Art und Weiſe der Delation Kunde haben¹⁰⁷); doch hindert es nicht, wenn er von der wirklich eingetretenen Delation noch keine ſichere Kenntniß hat, wofern nur dieſe dem antretenden Sohne nicht mangelt, der Befehl des Vaters aber ſich ſpeciell auf dieſe Erbſchaft bezogen hat¹⁰⁸); denn auf Seiten des Sohnes iſt allerdings auch und vorzugsweiſe dieſe Kenntniß erforderlich¹⁰⁹), wenn nicht die unvollkommene Einſicht deſſelben nur durch des Vaters Willen ergänzt wird¹¹⁰). Auch der Irrthum über ſeine Eigenschaft als *neceſſarius* oder *voluntarius heres* hindert die Wirksamkeit der Antretung oder Ablehnung¹¹¹). Der Irrthum über andere Umſtände dagegen iſt ohne Einfluß, namentlich darüber, ob man *sui iuris* mündig ſei oder nicht¹¹²), und vollends der Irrthum über den Be-

100) §. 7. J. h. t. L. 13. §. 1. L. 19. 23. L. 32. 34. D. h. t. cf. L. 30. §. 2—5. L. 84. *ibid.* Doch ſchadet regelmäßig auch hier der Rechtsirrtum. L. 2. Cod. de iur. et facti ignor. (1. 18.)

101) L. 17. 22. 46. 51. pr. D. h. t. cf. L. 77. *ibid.*

102) L. 93. D. h. t.

103) L. 32. §. 1. D. h. t.

104) L. 34. §. 1. D. h. t.

105) So ſpricht wenigſtens L. 21. D. de cond. et dem. (35. 1.) *Har aus.* Damit iſt freilich ſchwer zu vereinigen L. 21. §. 3. D. h. t. Einen Vereinigungsverſuch durch künstliche Interpretation der letzten Stelle macht Gothofred, *animadvors. iur. civ. cap. 17.* Cuiacius, *ad African. L. 46. D. h. t.* will dagegen in L. 21. §. 3. die Negation vor *posse adire her.* eingefchoben haben. *Mayer, Erbr. B. 1, S. 335, Note 8,* findet in beiden Stellen einen Gegenſatz des früheren und des ſpäteren Rechtes; dagegen aber iſt zu bemerken, daß die Stelle des ſpäteren Juristen (Ulpian) auf die Autorität eines noch älteren Juristen, als Iulian, der Bf. der anderen Stelle iſt, Bezug nimmt.

106) *Roten 73, 74, 98, 94.*

107) L. 93. D. h. t.

108) L. 30. §. 7. vgl. mit L. 25. §. 6. D. h. t.

109) L. 30. §. 7. *cit. Sed contra, non adquirere, b. h.* in dem entgegengeſetzten Falle, nämlich wenn der Sohn noch ungewiß iſt über die Delation, der Vater nicht, findet die Erwerbung durch jenen nicht ſtatt.

110) L. 8. §. 1. D. h. t.

111) L. 15. 16. D. h. t.

112) L. 34. pr. L. 96. D. h. t. Wer jedoch ſich für *alieni iuris* hat-

stand oder Reichthum der Erbschaft¹¹³). Auch braucht der Antretende nicht gerade die Größe seines Erbtheiles zu kennen¹¹⁴), und nur wenn aus Irrthum ausdrücklich zu einem geringeren Theile die Erbschaft angetreten ist, als zu welchem sie deferirt worden, ist die Antretung unwirksam¹¹⁵). Auch durch Betrug erzeugter Irrthum stört nicht die Gültigkeit der dadurch veranlaßten Antretung, wenn diese sonst wirksam ist; der Betrogene mag den Betrüger deshalb in Anspruch nehmen¹¹⁶). Nicht minder ist auch die erzwungene Antretung an sich gültig; doch kann dagegen Restitution erlangt werden¹¹⁷). Wenn dagegen der Delat gar nicht ernstlich, sondern nur verstellter Weise die Erbschaft scheinbar angetreten hat, so ist diese Handlung schlechthin nichtig¹¹⁸). Uebrigens muß die Antretung wie die Ablehnung der Erbschaft auch unbedingt und ohne Vorbehalt geschehen¹¹⁹), und nicht anders, als sie deferirt ist; namentlich kann nicht die deferirte Erbschaft zum Theil angenommen, zum Theil abgelehnt werden¹²⁰), und ebenso wenig kann, wer auf verschiedene Erbtheile eingesetzt ist, den einen annehmen, den anderen ablehnen¹²¹); vielmehr erwirbt er durch Annahme eines Theiles sofort das Ganze oder auch die übrigen ihm deferirten Erbtheile¹²²), und ebenso muß denn auch der Vater, welcher den eigenen Erbtheil angenommen, auch die Antretung des dem Sohne deferirten Erbtheiles befehlen, und kann nicht von mehreren eingesetzten Kindern nur einem die Antretung befehlen, d. h. nach Justinian'schem Rechte, er muß auch den anderen Erbtheil entweder für das Kind, oder, wenn dieses nicht will, für sich selbst sich gefallen lassen¹²³).

Uebrigens ist noch im Allgemeinen zu bemerken, daß die Antretung der Erbschaft nach Civilrecht, außer in den bereits angegebenen Ausnahmefällen¹²⁴), nicht durch einen Stellvertreter geschehen kann¹²⁵), obwohl die *agnition* der *honorum possessio* durch einen Stellvertreter möglich ist¹²⁶). Man hat dieses durch die im älteren Rechte vorausge-

tend nur auf Befehl des Gewaltherrn angetreten hat, wird dadurch nicht gebunden. L. 74. §. 2. 3. D. h. t.

113) L. 8. pr. cf. L. 51. §. 2. D. h. t. §. 5. 6. J. h. t.

114) L. 21. §. 3. D. h. t. L. 5. §. 1. D. si pars hered. pet. (5. 4.)

115) L. 75. D. h. t. cf. L. 93. ibid.

116) L. 40. D. de dolo malo. (4. 3.)

117) L. 21. §. 5. 6. D. quod met. c. (4. 2.) L. 85. D. h. t.

118) L. 6. §. 7. D. h. t.

119) L. 51. §. 2. D. h. t. L. 77. D. de R. J.

120) L. 1. D. h. t.

121) L. 2. L. 80. pr. §. 1. D. h. t.

122) L. 10. 35. pr. L. 80. §. 1. D. h. t. Die *cretio* als förmliche Handlung mußte freilich durch die Beschränkung auf einen Theil des Deferirten ungültig sein, und dasselbe würde auch jetzt noch zu behaupten sein für den Fall, daß der Erblasser eine Erklärung der Antretung in bestimmter Form zur Bedingung gemacht hätte. Cf. L. 1. mit L. 10. D. cit.

123) L. 35. §. 1. L. 36. D. h. t. Vgl. Noten 93—104.

124) Noten 73, 74, 93 fig.

125) L. 90. pr. D. h. t. per curatorem (Hal. procuratorem) hereditatem acquiri non posse. Cf. L. 54. pr. D. de acquir. dom. (41. 1.)

126) L. 3. §. 7. D. de bon. poss. (37. 1.)

setzt die Delation der Antrittshandlung erklären wollen¹²⁷), und allerdings die Delatio gewiß schon die formelle Natur des Actes entgegen, sie durch einen Stellvertreter vornehmen zu lassen; allein jener Satz ist unabhängig davon; er ist von allgemeinerer Bedeutung¹²⁸) und bezieht sich eben sowohl auf den Erwerb durch *nuda voluntas* und *pro herede gestio*, als durch *cretio*¹²⁹); es soll eben nur der eigene Wille des Delaten ihm die Erbschaft erwerben¹³⁰). Es steht jedoch nichts entgegen, daß der Delat durch speciellen Auftrag einem Anderen aufgabe, in seinem Namen eine Handlung vorzunehmen oder eine Erklärung abzugeben, welche die Annahme der Erbschaft zu erkennen gibt; denn hier ist es in der That jener selbst, welcher die Erbschaft antritt, indem er durch den Stellvertreter seinen eigenen Willen, sie anzunehmen, an den Tag legt¹³¹). Die durch die Delation begründete rechtliche Möglichkeit, Erbe zu werden, ist auch insofern nur ein persönliches Recht, als der Erwerb der Erbschaft regelmäßig noch bei Lebzeiten des eigentlichen Delaten stattfinden muß und jene Möglichkeit nicht auf die Erben desselben übergeht. Inwiefern diese Regel Beschränkungen erleidet, ist in einem besonderen Artikel (Transmission der Erbschaft) auseinanderzusetzen. Hier dagegen ist es nun an der Zeit,

II. die rechtlichen Folgen des Erwerbes der Erbschaft zu bestimmen. Im Wesentlichen ergeben sich diese von selbst aus demjenigen, was früher über die Natur des Erbverhältnisses gesagt worden ist¹³²). Die Gesamtheit der Vermögensverhältnisse des Verstorbenen geht auf den Erben über, und zwar so, als ob dieser unmittelbar im Zeitpunkte des Todes in die Stelle des ersten eingetreten wäre¹³³). Der Erbe wird dadurch zugleich vollkommen Subject aller einzelnen Vermögensverhältnisse, die in der Erbschaft begriffen sind. Davon ist nun eine nothwendige Folge, daß die zuvor zwischen dem Erblasser oder der Erbschaft und dem Erben selbst bestandenen Obligationen und ebenso die dinglichen Rechte, welche zuvor dem Erben an Sachen des Erblassers oder umgekehrt diesem an Sachen des Erben zustanden, von selbst erlöschen (*confusio*)¹³⁴); daß ferner die accessorische Obligation des einen neben der gleich wirksamen Hauptobligation des anderen nunmehr, da beide sich in derselben Person vereinigen, ihre Bedeutung verliert¹³⁵). Ueberhaupt

127) Mühlenthal, Lehrb. §. 702.

128) Cf. L. 53. 54. D. de acquir. dom. Puchta, Lehrb. §. 490.

129) Acquiri in L. 90. cit. ist nicht für *cerni* interpolirt, wie sonst häufig adire für *cernere*.

130) Cf. L. 2. D. de off. procur. Caes. (1. 19.)

131) Mayer, Erbr.-Bb. 1, S. 340.

132) Note 1 flg.

133) Note 32.

134) L. 2. §. 18. D. de hered. vel act. vend. (18. 4.) L. 75. D. de solut. (46. 3.) L. 21. §. 1. D. de lib. legata. (34. 3.) Cf. L. 21. §. 3. L. 50. D. de fideiuss. (46. 1.) — L. 18. D. de servitut. (8. 1.) L. 116. §. 4. D. de legat. I.

135) L. 5. 14. D. de fideiuss. (46. 1.) L. 71. pr. ibid. verb. „sed et accessiones etc.“ L. 93. §. 2. 3. L. 95. §. 3. D. de solut. (46. 3.)

bestehen alle erbchaftlichen Rechtsverhältnisse in Beziehung auf den Erben nun eben so, als ob sie mit demselben Inhalte auf andere Weise für dieselben begründet wären; es kann daher auch der Erbe des Erben das ganze jetzige Vermögen des letzten mit Inbegriff der erworbenen Erbchaft nur wieder als eine Erbchaft erwerben¹³⁶⁾. Daher pflegt man von einer *confusio honorum* (nämlich des Vermögens der Erbchaft und des Erben) zu sprechen, welche durch die Erbfolge bewirkt werde. Es würde aber verkehrt sein, wenn man damit die Vorstellung einer völligen rechtlichen Vermischung der beiden Vermögen verbände, d. h. mit anderen Worten, einer gänzlichen Verschmelzung und Indifferenzirung der Qualität des Erben als solchen und der eigenen vermögensrechtlichen Persönlichkeit desselben, und wenn man somit die Repräsentation des Erblassers durch den Erben nur als etwas juristisch Momentanes ansehen wollte. Vielmehr sind alle erbchaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten fortwährend deshalb Rechte und Verbindlichkeiten des Erben, weil und insofern er fortwährend die Person des Erblassers repräsentirt¹³⁷⁾. Sobald in irgend einer Beziehung auf die Unterscheidung der beiden rechtlichen Qualitäten des Erben etwas ankommt, tritt auch der Gegensatz derselben praktisch bedeutend hervor. So kann es z. B. der Fall sein in Betreff von Correalobligationen, bei welchen Erblasser und Erbe theilhaftig waren. Der Correalgläubiger oder Schuldner, welcher Erbe eines Mitgläubigers oder Schuldners geworden, ist nun doppelt theilhaftig (*duas sustinet obligationes*), activ oder passiv, da von den gleichstehenden Obligationen keine die andere überwiegt und deshalb durch das Zusammentreffen in derselben physischen Person aufhebt; von materieller Bedeutung aber ist dieß, sobald zwischen beiden Obligationen eine Differenz in der Wirksamkeit besteht, wenn z. B. dem Erblasser eine persönliche Exception entgegenstand oder zu statten kam, die das ursprüngliche Verhältniß des Erben zur Correalobligation nicht berührte¹³⁸⁾. Wird ein Correalschuldner Erbe des Gläubigers, oder umgekehrt der Gläubiger Erbe eines Correalschuldners, so kann derselbe die übrigen Schuldner allerdings noch belangen; denn in seiner Qualität als Gläubiger hat er die Wahl, von welchem der Correalschuldner er Bezahlung fordern wolle, ob von sich selbst in seiner Qualität als *correus* oder von den Mitschuldnern; nur muß er diesen, wenn sie seine oder seines Erblassers *socii* sind, in dieser Eigenschaft den auf ihn selbst fallenden Theil der Schuld erlassen oder erstatten¹³⁹⁾. Dagegen wenn ein Correalgläubiger Erbe des Schuldners oder der Schuldner Erbe eines Correalgläubigers geworden ist, so ist dadurch die Forderung der übrigen Correalgläubiger von selbst erloschen, indem jener jedem derselben entgegen kann, er habe in seiner Eigenschaft als Mitgläubiger von sich selbst als dem Schuldner (*confusione*) die Zahlung empfangen; aber auch hier muß er als *correus cre-*

136) L. 10. §. 2. D. de vulg. et pup. subst. (28. 6.) L. 7. §. 2. D. h. t. Cf. L. 65. 70. D. de V. S. L. 194. D. de R. J.

137) Puchta, im Rhein. Mus. Bd. 3, S. 304. Lehrb. §. 498.

138) L. 13. D. de duob. reis. (45. 2.) L. 5. D. de fideiuss. (46. 1.) L. 93. pr. §. 1. D. de solut. (46. 3.)

139) L. 71. pr. D. de fideiussor. (46. 1.)

deno *solius* natürlich pro rata parte Ersatz leisten¹⁴⁰). Ebenso kann die Unterscheidung der beiden Qualitäten im Erben auch in Betreff der accessorischen und Hauptverbindlichkeiten wichtig werden, wenn jene von größerer Wirksamkeit sind, als diese¹⁴¹). Und so sind denn auch in dem Erben des Erben wieder die beiden Qualitäten, welche schon der letzte in sich trug, zu unterscheiden, außer der eigenen vermögensrechtlichen Persönlichkeit des ersten¹⁴²).

Vermöge der allgemeinen Natur des Erbverhältnisses muß nun der Erbe insbesondere auch die Schulden des Erblassers voll auszahlen, ohne Rücksicht auf den Bestand des Erbvermögens¹⁴³). Die Schulden haften unmittelbar auf der Person, nicht auf dem Vermögen; dieses bietet nur den Gläubigern in subsidiüm ein Mittel dar, sich Befriedigung zu verschaffen. Der Erbe aber succedirt in die Schuldverhältnisse des Erblassers ebenfalls unmittelbar; er repräsentirt diesen hier wie anderswo; wie nur der Erblasser selbst seinen Gläubigern verpflichtet war, so weit ihre Forderung sich erstreckte, nicht bloß so weit er Vermögen hatte, sie zu zahlen, so ist auch der Erbe denselben, nicht bloß so weit die Erbchaft reicht, verpflichtet. Hat also der Erbe noch anderes Vermögen, aus welchem jene Gläubiger ihre Bezahlung erlangen können, so ist das zu ihrem Vortheil. Dagegen aber können die Erbchaftsgläubiger auch mit anderen Gläubigern des Erben concurriren, welche mit ihnen nöthigenfalls auch aus dem Erbchaftsvermögen, als einem ihrem Schuldner jetzt gehörenden Gute, ihre Befriedigung suchen. In beiden Beziehungen aber sind bedeutende Modificationen der Regel möglich. Vorerst kann der Erbe nach einer Justinianischen Verordnung gegen die Gefahr, mehr an Schulden zahlen zu müssen, als die Erbchaft actives Vermögen hat, dadurch sich schützen, daß er, die Erbchaft antretend, in bestimmter

140) Darin sind zwar Manche anderer Meinung, z. B. Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. 1, S. 368, wie es scheint auch Mühlenthal, Erbh. §. 479, Note 3, §. 496, Note 8., Wenig-Ingenheim, Lehrb. Bd. 1, §. 157; es ist aber offenbar inconsequent, diesen Fall dem in L. 71. cit. behandelten gleichzustellen. Es heißt dieses ebenso viel, als die Erbchaft oder das Vermögen des Erben um den Werth der Correalforderung schlechthin vermindern; eine solche Wirkung soll aber die *confusio* nicht haben. L. 41. D. de evicition. (21. 2.) *Cum debitor creditori suo heres extiterit, .. intelligitur maior hereditas ad debitorem pervenire quasi soluta pecunia quae debebatur hereditati, et per hoc minus in bonis heredis esse; et ex contrario, cum creditor debitori suo extitit heres, minus in hereditate habere videtur, tanquam ipsa hereditas heredi solverit.* Nach obiger Ansicht würde die hereditas nicht maior sein, wenn der Erblasser eine Correalforderung gegen den Erben hatte, der Erbe aber, welcher eine Correalforderung gegen jenen hatte, würde diese verlieren und nur zu Gunsten des Mitgläubigers minus in hereditate habere.

141) L. 21. §. 2. L. 96. §. 8. D. de fideiuss. (46. 1.) Vgl. Mayer, Erbh. Bd. 1, S. 358, 359. Man vgl. auch noch in anderer Beziehung L. 84. §. 13. D. de legat. I. L. 1. §. 15. D. ad leg. Falcid. (35. 2.)

142) L. 10. §. 2. D. de vulg. et pup. subst. „utriusque hereditatem“, *filii et patris.*

143) L. 8. D. h. t. L. 10. Cod. h. t. cf. L. 86. D. de bon. lib. (38. 2.)

Frift und gehöriger Form ein Inventarium derselben errichtet¹⁴⁴). Von diesem *beneficium inventarii* ist schon in einem besonderen Artikel die Rede gewesen¹⁴⁵). Die Wirkung desselben ist diese, daß der Erbe nun jedenfalls nichts aus seinem ursprünglich eigenen Vermögen aufzuopfern braucht, um die Gläubiger der Erbchaft zu befriedigen, sondern diesen nur, so weit der Betrag der Erbchaft ausreicht, zu zahlen hat. Dieser Betrag der Erbchaft aber ist dann natürlich zu ermitteln ohne Rücksicht auf die rechtlichen Folgen der Antretung, namentlich auf die sonst eintretende *confusio*, so daß auch der Erbe diejenigen Handlungen des Erblassers, durch welche er in seinem ursprünglich eigenen Vermögen beeinträchtigt wird, nur insofern anzuerkennen verpflichtet ist, als er dafür in der Erbchaft sonst hinreichende Entschädigung findet¹⁴⁶). Man drückt dieß häufig so aus: durch das *beneficium inventarii* werde die sonst eintretende *confusio honorum* abgewendet. Es ist aber dabei wohl zu bemerken, daß der Betrag der Erbmasse von dem sonst eigenen Vermögen des Erben nur insofern streng zu scheiden ist, als es in Frage gestellt wird, ob der Erbe alle Schulden voll auszuzahlen habe, und dieser Fall kann häufig erst eintreten, nachdem der Erbe lange schon im Besitze der Erbchaft war. Abgesehen davon hat die Antretung hier alle regelmäßigen Wirkungen. Der Erbe kann jetzt so wenig wie sonst eine Forderung gegen sich selbst haben oder eine Servitut an einer Sache, die sich in seinem Eigenthume befindet. Und es ist durchaus kein Grund zu bezweifeln, daß auch nach der Antretung *cum beneficio inventarii*, das bloß zu Gunsten des Erben eingeführt ist, die eigenen Gläubiger des Erben wie sonst in Geltendmachung ihrer Forderungen gegen das durch die Erbchaft dem Schuldner erworbene Vermögen mit den Gläubigern des Erblassers concurriren können, wenn diese sich nicht anders vorgesehen haben¹⁴⁷). Dem Soldaten ist übrigens auch ohne Inventarserrichtung die Beschränkung seiner Haftung für die Schulden der Erbchaft auf den Betrag der Activa derselben gewährt¹⁴⁸). Außerdem kann nach allgemeinen Grundsätzen durch Vertrag eine Beschränkung der Verbindlichkeit des Erben begründet werden¹⁴⁹).

Auf der anderen Seite können die Gläubiger der Erbchaft gegen die gefährliche Concurrenz mit den Gläubigern eines zahlungsunfähigen Erben, es mag dieser *cum beneficio inventarii* angetreten haben oder nicht, durch das *beneficium separationis* sich verwahren, ein bene-

144) L. 22. Cod. h. t.

145) Bb. 1, §. 909 — 917. Damit ist jetzt zu vergleichen Mühlensbruch, Erläuter. B. 41, §. 355 flg.

146) L. 22. cit. §. 4. 9. vgl. mit L. 1. §. 1. D. de except. rei vend. (21. 3.) l. 14. Cod. de evict. (8. 45.)

147) Vgl. Note 150.

148) L. 22. pr. §. 15. Cod. l. c.

149) L. 4. pr. D. de doli mali exc. (44. 4.) Insbesondere kann dem Delaten auch durch die Majorität der Gläubiger ein Nachlaß bewilligt werden. L. 7. §. 17. L. 10. pr. D. de pactis. (2. 14.)

ficiam, dessen sich gleicherweise auch die Vermächtnißnehmer erfreuen können, während es den übrigen Gläubigern des Erben regelmäßig nicht gewährt ist. Auch davon ist bereits in einem besonderen Artikel gehandelt worden¹⁵⁰).

Sind Mehrere zusammen Erben des Verstorbenen geworden, so treten die angedeuteten Wirkungen des Erwerbes der Erbchaft für jeden einzelnen von ihnen nur nach Verhältniß seines Erbtheiles ein, da jeder nur pro parte den Verstorbenen repräsentirt. Anordnungen und Schulden des Erblassers werden von selbst nach jenem Verhältniß unter den Erben getheilt, dergestalt, daß sie in so viele einzelne Schuldverhältnisse von geringerem Inhalte zerfallen, als Erben sind¹⁵¹). Ebenso theilt sich das Eigenthum aller einzelnen Erbchaftsachen nach intellectuellen Theilen (*partes pro indiviso*) unter die Erben als Miteigenthümer¹⁵²). So können denn auch die Wirkungen der *confusio* durch die Erbchaft nur pro parte eintreten; der Erbe, welcher gegen den Erblasser eine Forderung oder Schuld hatte, bleibt Gläubiger oder Schuldner der Miterben, nach Verhältniß ihrer Erbtheile¹⁵³), und er behält in gleichem Maße die ihm früher zugestandenen besonderen Rechte an den Sachen der Erbchaft als *iura in re aliena*¹⁵⁴). Nur die Untheilbarkeit eines Rechtsverhältnisses bringt unvermeidlich gewisse Modificationen in der Anwendung der obigen Regel mit sich¹⁵⁵). Was übrigens das Verhältniß unter Miterben angeht, so sind darüber die Art. Erbtheilung und Einwerfung zu vergleichen, über den Fall aber, wenn ein zur Miterbchaft Berufener zu seinem Theil die Erbchaft nicht erwirbt, der Art. Unwachsungsrecht¹⁵⁶).

Daß die Schulden des Erblassers auf den Erben übergehen, liegt in der Natur der Erbfolge an sich. Außerdem aber kann der Erbe auch besonders verpflichtet werden durch Anordnungen und Auflagen des Erblassers, welche jener zu erfüllen hat. Er wird dazu nach der Ansicht des römischen Rechtes durch die Antretung der Erbchaft denjenigen, denen der Vortheil zugewendet werden soll, quasi *ex contractu* verpflichtet¹⁵⁷). Diese Verpflichtung erstreckt sich aber regelmäßig nicht weiter, als der Betrag desjenigen, was der Erbe durch die Erbchaft an wahrem Vermögen erlangt, Ersatz dafür bietet; die Ver-

150) Bb. 1, §. 917—925.

151) L. 6. Cod. fam. ercisc. (3. 36.) Cf. L. 25. §. 1. 9. D. eod. (10. 2.) L. 14. Cod. de rei vind. (3. 32.)

152) L. 1. pr. L. 20. §. 4. D. fam. ercisc. (10. 2.)

153) L. 50. D. de fideiuss. (46. 1.)

154) 3. B. *ususfructus*. Arg. L. 6. pr. D. de *usufr. accresc.* (7. 2.) L. 14. D. quib. mod. *usufr. amit.* (7. 6.)

155) In Betreff der Präbialservituten, welche per partes retinentur: L. 30. §. 1. D. de *serv. praed. urb.* (8. 2.) L. 27. D. de *serv. praed. rust.* (8. 3.); in Betreff untheilbarer Obligationen: L. 25. §. 9. 10. D. fam. ercisc. (10. 2.) L. 17. D. de *servitut.* (8. 1.) L. 2. 85. D. de V. O. (45. 1.)

156) Bb. 1, §. 272—313.

157) §. 5. J. de *obl. quasi ex contr.* (3. 27.)

mächtnisse sind nur gültig, soweit nach Abzug der Schulden der Erbchaft noch ein Ueberschuß an Vermögen sich ergibt¹⁵⁸). Eine Folge davon ist, daß die Gläubiger der Erbchaft, wenn sie mit den Vermächtnisnehmern zusammen separationem bonorum erwirkt haben, jedenfalls vor diesen ihre Bezahlung aus dem erbchaftlichen Vermögen verlangen können, wenn dieses eben nicht zur Befriedigung aller Gläubiger und Vermächtnisnehmer hinreicht¹⁵⁹). Gänzlich verfehlt aber ist die Meinung, daß, wenn separatio bonorum nicht erwirkt worden ist, auch die eigenen Gläubiger des zahlungsunfähigen Erben vor den Vermächtnisnehmern auf Befriedigung Anspruch haben, weil kraft der alsdann eintretenden confusio bonorum die Gläubiger des Erben den Gläubigern des Erblassers gleichzustellen seien¹⁶⁰). Diese Meinung konnte nur aus einer falschen Vorstellung von der sogenannten confusio bonorum hervorgehen, als ob diese in einer vollständigen rechtlichen Vermischung der Vermögen des Erblassers und des Erben bestände. Der Erbe repräsentirt den Erblasser, und deswegen sind die letzten Gläubiger nun auch Gläubiger des Erben, gleich den übrigen Gläubigern desselben. Aber das Verhältniß ist nicht reciproc, so daß umgekehrt die ursprünglich eigenen Gläubiger des Erben so zu betrachten wären, als ob sie auch Gläubiger des Erblassers gewesen seien, und daher diesen in aller Rücksicht gleichgestellt werden müßten. Die Sache ist vielmehr einfach diese. Der Regel nach stehen Gläubiger des Erblassers und des Erben in gleichem Verhältniß zu diesem; Gläubiger des Erben aber sind auch die Vermächtnisnehmer, so weit die Vermächtnisse gültig sind, also namentlich so weit dieselben nicht über den Betrag der activen Vermögensmasse hinaus gehen; sie haben dann insoweit auch jedenfalls gleiches Recht, wie alle übrigen, die aus irgend einem anderen Grunde Forderungen gegen den Erben erworben haben. Es ist aber ihnen, gleich den Gläubigern des Erblassers, noch die besondere Vergünstigung gewährt, mit Ausschließung anderer Gläubiger des Erben sich nur an die Erbmasse halten zu können, d. h. separationem bonorum zu verlangen. Nach einer späteren Justinianischen Verordnung ist jedoch dem Erben auch vollständige Auszahlung der Vermächtnisse, selbst über den Activbestand der Erbchaft hinaus, auferlegt, wenn er nicht für Errichtung eines ordnungsmäßigen Inventars der Erbchaft Sorge getragen hat, durch welches der Bestand der Erbchaft sicher festgestellt ist¹⁶¹). Indessen war diese Lehre von Verpflichtungen des Erben durch besondere Verfügungen des Erblassers hier nur im Allgemeinen zu berühren; das Nähere darüber ist dem Art. Vermächtnisse vorbehalten.

158) §. 1. J. de sing. reb. per fideicomm. rel. (2. 24.) L. 114. §. 3. D. de legat. I. cf. L. 1. §. 6. X. D. de legat. III. L. 11. §. 5. in f. D. ad leg. Falcid. (35. 2.) „ex nullo testamento praestatur ultra vires patrimonii.“ L. 1. §. 17. D. ad SC. Trebell. (36. 1.)

159) L. 4. §. 1. L. 6. pr. in f. D. de separation. (42. 6.) L. 22. §. 5. Cod. de iure delib.

160) Mühlentbruch, Lehrb. §. 709, Note 5.

161) Nov. 1. cap. 1. pr. cap. 2. §. 1. 2.

Endlich zum Schutze und zur Geltendmachung ſeines Erbverhältniſſes ſehen dem Erben verſchiedene Rechtsmittel zu Gebote, theils proviſoriſche, theils definitive, über welche ebenfalls beſondere Artikel zu vergleichen ſind ¹⁶²). Der Erwerb der Erbſchaft mit ſeinen regelmäßigen Wirkungen kann übrigens ausnahmsweiſe wieder rückgängig gemacht werden, theils mit dem Willen des Erben, theils ohne denſelben. Mit dem Willen des Erben iſt es möglich kraft des *beneficium abstinendi*, welches den *sui heredes* gewährt iſt ¹⁶³), theils durch Wiedereinſetzung in den vorigen Stand gegen die Antretung, oder, wenn von einem *suus heres* die Rede iſt, gegen die Einmiſchung, durch welche er ſich das *beneficium abstinendi* verluſtig gemacht hat. Dieſe letzte kann ſtattfinden, wenn die allgemeinen Vorausſetzungen der Reſtitution vorhanden ſind. Als Gründe derſelben (*iustae causae*) werden namentlich erwähnt Minderjährigkeit ¹⁶⁴), und Zwang zur Antretung ¹⁶⁵); dagegen kann der bloße Irrthum über den Beſtand der Erbſchaft nach Juſtinianiſchem Rechte um ſo weniger als Reſtitutionsgrund genügen, als der Erbe es in ſeiner Gewalt gehabt hätte, mittelſt des *beneficium inventarii* ſich gegen den möglichen Nachtheil der Erbantretung ſicher zu ſtellen ¹⁶⁶). Der Reſtituirte bleibt zwar ſtreng genommen *heres*; aber die Wirkungen des Erbverhältniſſes werden auf prätorische Weiſe durch *exceptio* und *actionum denegatio* zu nichte gemacht, ſo daß im Reſultat der Reſtituirte nicht anders geſtellt iſt, als ob er die Erbſchaft nicht angetreten habe, ebenſo wie der *suus heres*, wenn er von dem *beneficium abstinendi* Gebrauch macht, wie denn auch in Beziehung auf die Reſtitution gegen die Erbantretung derſelbe Ausdruck *abstinere se ab hereditate* vorkommt ¹⁶⁷). Ohne Willen des Erben kann der

162) *C. de Art. hereditatis petitio und interdictum quorum bonorum*; und vgl. auch *B. 2, C. 295—304*.

163) Vgl. darüber *Bd. 1, C. 856—871*.

164) *L. 1. Cod. si minor ab hereditate se abstineat. (2. 39.) L. 57. §. 1. D. de acquir. hered. (29. 2.) §. 5. J. de hered. qual. (2. 19.) L. 7. §. 5. D. de minorib. (4. 4.)*

165) *L. 85. D. de acquir. hered. L. 21. §. 5. D. quod met. causa. (4. 2.)*

166) *§. 6. J. l. c. cf. Cai. II. 163.*

167) *L. 7. §. 5. 10. L. 31. D. de minor. (4. 4.) Cf. L. 30. §. 10. 11. D. de fideicomm. hered. (40. 5.) Vgl. Bd. 1, C. 861—865.* Ueber das Anwachſungsrecht in dieſem Falle vgl. das *C. 274*. Daß auch in demſelben Maße, wie im Falle der Abſtinenz des *suus heres*, die Nacherben des Reſtituirten zur Erbſchaft gelangen können, iſt unbedenklich anzunehmen. *L. 6. §. 3. D. de bonis lib. (38. 2.) L. 1. §. 10. L. 2. §. 10. D. ad SC. Tertull. et Orphit. (38. 17.) Vgl. B. 1, C. 865—868.* Mit Unrecht aber wird dort die Meinung beſtritten, daß durch *bonorum possessio ex edicto successorio* alle nachfolgenden Erben die Erbſchaft erhalten können, wenn nur nicht gegen die bereits agnoſcirte *bonorum possessio* ein früher Berufener Reſtitution erlangt hat. *L. 2. D. de succ. ed. (38. 9.)*; denn die *bonorum possessio* iſt eben nur inſofern *sine re*, als ein beſſer berechtigter Civiſerbe die Erbſchaft erſtirt, was von Seiten des Reſtituirten regelmäßig nicht geſchehen wird; *Cai. III. 37. Ulp. XXVIII. 13.* Dem *Fiscus* aber werden die *bona als vacantia* erſt dann zugeworfen, wenn *certum esse coepit neque heredem neque bo-*

Erwerb rückgängig gemacht werden theils vollrechtlich durch Rescission des Testamentes, durch welches die Erbchaft besetzt war¹⁶⁸), theils nach prätorischem Rechte dadurch, daß ein vorgehender Erbe gegen die Ablehnung der Erbchaft restituirt wird¹⁶⁹). Auch kann die erworbene Erbchaft wegen Unwürdigkeit dem Erben entzogen werden¹⁷⁰). Wesentlich verschieden von der Aufhebung des Erwerbes der Erbchaft ist die Veräußerung derselben. Diese ist dem Erben gestattet, sowohl nachdem er die Erbchaft erworben hat, als auch schon im Voraus, selbst ehe ihm dieselbe besetzt worden ist¹⁷¹). Durch solche Veräußerung kann aber derjenige, welcher einmal Erbe geworden ist, nicht von der Erbchaft sich losagen und den anderen Contrahenten zum eigentlichen Erben an seiner Statt machen¹⁷²); und derjenige, welcher noch nicht Erbe geworden ist, überträgt durch die Veräußerung eben so wenig die Möglichkeit, selbst Erbe zu werden, auf den anderen Contrahenten¹⁷³). Vielmehr entsteht daraus überall nur ein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Veräußerer und dem anderen Contrahenten, kraft dessen unter diesen rücksichtlich der Vortheile und der Lasten der Erbchaft materiell dasselbe Resultat zu erzielen ist, als ob dieser und nicht jener der Erbe wäre¹⁷⁴), und im Falle der Veräußerung einer noch nicht erworbenen Erbchaft insbesondere ist der Veräußerer verpflichtet, zu jenem Zwecke dieselbe anzutreten, und

normum possessorem extare, L. 1. §. 2. D. de iure fisci. (49. 14.), und nur unter derselben Voraussetzung wird den Gläubigern bonorum possessio und venditio gestattet. L. 1. pr. D. de succ. ed. (38. 9.) Cai. III. 78. Daß nach L. 7. §. 10. cit. der dem restituirten Minderjährigen substituirt Slave nur ausnahmsweise (si non est solvendo hereditas) zur Erbchaft zugelassen wurde, erklärt sich daraus, daß ein Unfreier nicht bonorum possessio agnoscere konnte, die Freiheit aber civilrechtlich dem Slaven nur zu Theil wurde, wenn der Substitutionsfall nach Civilrecht eintrat, was durch die Antretung des Instituirten ausgeschlossen war. — Ueber einen besonderen Fall vgl. noch L. 8. §. 6. Cod. de bon. quas lib. (6. 61.) Note 95.

168) L. 21. §. 2. D. de inoff. test. (5. 2.)

169) L. 2. Cod. si minor ab hered. se abstin. (2. 39.) L. 1. 2. Cod. si ut omissam hered. acquirat. (2. 40.) L. 7. §. 10. D. de minor. (4. 4.)

170) Vgl. den Art. ereptitia.

171) L. 7. 10—13. D. de hered. vel act. vend. (18. 4.) Cf. L. 3. §. 2. D. pro socio. (17. 2.)

172) L. 88. in f. D. de hered. instit. (28. 5.) L. 2. 6. Cod. de hered. vel. act. vend. (4. 39.)

173) Nach vorjustinianischem Rechte konnte zwar die legitima hereditas delata nondum adita mit solcher Wirkung einem Andern in iure cedirt werden, Cai. II. 35. III. 85—87. Ulp. XIX. 13. 14., und Manche halten denn eine solche Uebertragung ohne die Form der in iure cessio auch nach neuerem Rechte noch für möglich. Puchta, Lehrb. §. 495, Anm. 1. Besenke, de alienat. hered. (Hal. 1774.) p. 119. sq. Allein im Justinianischen Rechte wird dessen nirgends erwähnt, das Recht aus der Delation der Erbchaft aber als ein persönliches, nicht einmal vererbliches, daher auch gewiß nicht veräußerliches angesehen (vgl. oben Nr. I. a. E.); daher ist jene Meinung gewiß verwerflich. Mühlenthal, Pand. §. 710, Note 4. Es kann aber wohl die Veräußerung der besetzten Erbchaft selbst schon die Antretung in sich schließen oder vielmehr aussprechen. Mayer, Erbr. Bb. 1, §. 129, Note 1.

174) L. 2. §. 9. 10. D. de hered. vel act. vend.

haftet für Ersatz, insofern er durch seine Schuld, gegen den Inhalt des Vertrages, den wirklichen Erwerb der Erbchaft nicht macht, und daher dieselbe auch dem anderen Contrahenten nicht zuwenden kann¹⁷⁵). Der Umfang der gegenseitigen Verbindlichkeiten ist mit Rücksicht auf die Eigenthümlichkeit des Gegenstandes näher zu bestimmen nach der Natur des Veräußerungsgeschäftes; die Quellen enthalten genauere Bestimmungen nur in Ansehung des Verkaufes der Erbchaft, die aber größtentheils auch bei anderen Veräußerungsgeschäften analog anzuwenden sind¹⁷⁶). Der Verkäufer muß dem Käufer alle in der Erbchaft begriffenen Vermögensvorteile überlassen und übertragen¹⁷⁷), insbesondere die Sachen der Erbchaft, sofern er nicht ohne seine Schuld dazu außer Stand ist, tradiren¹⁷⁸), und die erbchaftlichen Forderungen oder Klagrechte abtreten, damit der Käufer selbst die einzelnen Ansprüche verfolgen möge¹⁷⁹). Doch bedarf es nach dem Verkaufe der Erbchaft nicht mehr einer besonderen Ermächtigung (mandatum ad agendum) zur Anstellung der einzelnen erbchaftlichen Klagen; sondern in jenem liegt schon eine allgemeine Abtretung derselben, vermöge deren sie als utiles actiones sofort vom Käufer angestellt werden können¹⁸⁰). Dagegen können die Gläubiger der Erbchaft nicht ohne Weiteres an den Käufer derselben verwiesen werden; ihnen bleibt vielmehr der Verkäufer als der eigentliche Erbe verhaftet¹⁸¹). Aber der Käufer ist diesem verpflichtet, da er, wie den Vortheil, so auch den Nachtheil der Erbchaft zu übernehmen hat, entweder gegen die Klagen der Gläubiger der Vertheidigung sich zu unterziehen und dieselben gebührend zu befriedigen, oder Ersatz dafür zu leisten, wenn der Verkäufer aus dem Seinigen, was recht ist, zu solchem Zwecke hergegeben hat¹⁸²), so wie dem Verkäufer überhaupt für alles dasjenige Ersatz gebührt, was etwa auf Kosten seines anderweitigen Vermögens über den eigentlichen Betrag der Erbchaft hinaus dem Käufer zu Theil werden mag, z. B. durch confusio¹⁸³); dahingegen umgekehrt dieser auch im Zweifel zu fordern berechtigt ist, was dem Erblasser gegen den Erben zustand¹⁸⁴).

Singuläres Recht aber gilt in Betreff der Veräußerung einer Erb-

175) L. 8—12. D. l. c. Ist der andere Contrahent selbst der Nächstberufene nach dem Veräußerer, so kann des letzten Verbindlichkeit auch bloß darauf sich beschränken, daß er die Erbchaft ablehne und so jenem die Antretung derselben überlasse. L. 5. §. 5. D. de iure dot. (23. 3.) L. 14. §. 3. D. de fundo dotali. (23. 5.)

176) Dig. de hereditate vel actione vendita. (18. 4.) Cod. 4. 39.

177) L. 1. §. 1. 4. 5. et sq. D. h. t. Ob auch den accrescenden Erbtheil? wird auf die Interpretation des Vertrages ankommen. Vgl. Bb. 1, §. 272.

178) L. 2. §. 3. L. 14. §. 1. D. h. t. L. 4. 6. Cod. h. t.

179) L. 2. §. 8. D. h. t.

180) L. 5. Cod. h. t. L. 1. pr. D. de pactis. (2. 14.) (rescriptum est a Divo Pio).

181) L. 2. Cod. h. t. So auch den Legatarien, L. 2. Cod. de legatis. (6. 37.)

182) L. 2. Cod. h. t. L. 2. in f. Cod. de legat. L. 2. §. 7. D. h. t.

183) L. 2. §. 17—20. cf. §. 11. 16. D. h. t.

184) L. 2. pr. §. 3. D. h. t.

schaft durch den Fiscus. Hier wird der Käufer wirklich Universalsuccessor anstatt des verkaufenden Fiscus, und es haben die Gläubiger der Erbchaft auch nur gegen jenen ihre Klagen zu richten¹⁸⁵). Dieß ist zwar neuerdings in doppelter Beziehung bestritten worden¹⁸⁶). Erstens nämlich soll durch die Stellen, welche die unmittelbare Haftung des Erbchaftskäufers in dem angegebenen Falle aussprechen, keineswegs die Ansicht begründet werden, daß derselbe in Wahrheit Universalsuccessor werde. Dann aber soll durch spätere Verordnungen¹⁸⁷) ein solcher Käufer schlechthin von allen Ansprüchen der Gläubiger befreit und diesen nur binnen vier Jahren der Regreß gegen den veräußernden Fiscus übrig gelassen sein. Allein die erste Meinung sträubt sich vergeblich, eine Universalsuccession anzuerkennen, wo alle wesentlichen Merkmale einer solchen offenbar vorliegen¹⁸⁸), und die andere beruht auf falscher Anwendung eines Gesetzes, welches keinen anderen Zweck hat, als demjenigen, welchem vom Fiscus Etwas verkauft oder sonst veräußert wird, den Gegenstand dieses Geschäftes gegen alle irgend begründeten Rechtsansprüche dritter Personen zu sichern, wobei aber wohl zu beachten ist, daß der Gegenstand des Erbchaftskaufes nicht dieses oder jenes einzelne Vermögensobject ist, sondern die Gesamtheit der Erbchaft mit allen Rechten und Verbindlichkeiten, Vortheilen und Lasten¹⁸⁹).

Arndts.

185) L. 1. Cod. h. t. L. 41. D. de iure fisci. (49. 14.) Daher wird diesem Käufer auch utilis hereditatis petitio gegeben. L. 54. D. de hered. pet. (5. 3.)

186) Kämmerer, in der Ztschr. für Civl. u. Proz. Bd. 9, 11, S. 346—413.

187) L. 2. 3. Cod. de quadriennii praescriptione. (7. 37.) Cf. §. ult. J. de usucap. (2. 6.)

188) Der Vf. gibt wohl zu, daß nach L. 1. Cod. h. t. die Gläubiger sich nur an den Käufer halten und den Fiscus gar nicht mehr in Anspruch nehmen könnten, auch nicht in subsidium, wenn etwa jener nicht mehr zahlungsfähig wäre (S. 364), in welchem Falle keineswegs bloß „ein Umweg im Prozeßverfahren abgeschnitten ist.“ Wenn nun aber die erbchaftlichen Klagen sowohl passiv als activ auf den Käufer übergehen, sei es auch als utiles actiones, so ist wahrlich nicht einzusehen, warum dieß weniger Universalsuccession sei, als die des bonorum possessor oder des Universalfideicommissars nach dem SC. Trebellianum. Daß die hereditatis petitio gegen den Käufer utilis genannt wird (L. 13. §. 9. D. de her. pet.), beweist nichts; denn auch die Klage gegen den Universalfideicommissar ist utilis. Arndts, Beiträge Bd. 1, S. 36, 37. Aber auch die Behauptung, daß die Universalsuccession eine civilrechtliche sei (Arndts a. a. D. S. 60), kann nicht aufgegeben werden, wie der Vf. S. 362, Note 32, verlangt. Der Grund, warum der sector bonorum civiliter in universum ius succedirte, war der, weil ihm öffentlich im Namen des Volkes durch einen Schatzbeamten das gesammte Vermögen zugeschlagen wurde (publicatione, sub hasta). L. 65. §. 12. D. pro socio. (17. 2.) §. 7. J. de societate. (3. 25.) Varro, de re rust. II. 10. Dieß aber geschah ohne Zweifel auch bei dem Verkaufe der dem Fiscus zugefallenen Erbchaften. Dieß nimmt auch Stieber, de bonorum actione, ausdrücklich an (pag. 3. 5. 15.), und zwar mit Bezugnahme auf L. 1. Cod. cit., und spricht also nicht bloß, wie Kämmerer sagt, von einem Falle, „der mit dem unsrigen nichts zu thun hat.“

189) Daher ist allerdings L. 13. §. 9. D. de hered. pet. durch diese Ge-

Erbvertrag, Successionsvertrag¹⁾ (*pactum successorium* s. *hereditarium*)²⁾, heißt ein Vertrag, wodurch die Vererbung eines der Contractanten bestimmt wird³⁾. Die älteren Juristen haben successiv eine große Menge von Eintheilungen des Erbvertrages erfunden, die wir hier, um der Vollständigkeit willen, anführen, während, wie viel oder wie wenig davon brauchbar sei, sich aus dem Folgenden ergeben wird. Die ältere Theorie, welche nicht das Erbrecht, sondern, wie unten gedacht, den Nachlaß im Allgemeinen, also auch *res singulares* als Gegenstand des Erbvertrages pflegte, abweichend von unserer so eben gegebenen Definition, zählte zu den Erbverträgen auch die Verträge über den Nachlaß eines ~~Deklarations~~ Testaments, und so theilte man⁴⁾ die Erbverträge ein in wahre, eigentliche Erbverträge (*pacta de hereditate deferenda*), deren Object eine noch nicht angefallene Erbschaft ist, und uneigentliche Erbverträge (Erbrecessen, Erbvertheilungen, Erbtheilungsverträge, Erbvergleiche, Absachungen, Absichtungen, *pacta successoria divisoria* s.

sete antiquit, weil sie von einer Klage gegen den Käufer spricht, welche die erkaufte Hereditas als Ganzes ansieht (Arnolds a. a. O. S. 37); wer aber auch L. 1. Cod. cit. dadurch für aufgehoben erklärt, der büdelt den Compilatoren ohne Noth ein weit größeres Versehen auf, und wendet zudem eine Ver-
 ordnung, die wesentlich auf den Vortheil des Fiscus berechnet ist, auf ganz ungeeignete Weise zu dessen Nachtheil an.

1) Außer den Schriften, welche nachstehend bei einzelnen Materien angezogen sind, verweisen wir noch auf Hebestreit, *vindiciae veri valoris pactorum successoriorum*. Erford. 1768. de Cannegiesser, *decis.* Cassel. T. IV. Dec. 102. p. 11. de *pactis success. eorumque requisitis*. Zachariae *liber quaeationum* (Viteb. 1805), Nr. 17. p. 123.: de *iuro pactorum successor.* Wagner, *Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrsamkeit.* Jahrg. 1, Hft. 1, S. 345.: Von dem Erbvertrage und dem Ad vitalitätsrechte. Die ältere Literatur, sowie Nachrichten über einige merkwürdigere statutarische Rechte, diesen Gegenstand betr., siehe bei Mittermaier in der in nachstehender Note 3) angezogenen Privatrechtsstelle Note 1, ingleichen bei Kunde, in derselben Note 3) allegirt, Note a. Praktische Beispiele finden sich besonders aufgeführt in dem Note 98) angeführten Pfeiffer'schen Werke, S. 335, in der Note 7) angeführten Schröder'schen Dissertation S. 14, endlich in von Edw., *germanistische Rechtsfälle* (Heidelberg 1836), S. 309 fig.

2) Schetzlein, *Miscellen aus dem Gebiete der bürgerlichen Gesetzgebung des österr. Kaiserstaates*, Hft. 3, Abth. 2, §. 113, S. 39: Was ist ein Erbvertrag? u. s. w.

3) So nach den neuesten Untersuchungen von Haffe, über Erbvertrag, Vertrag über eine fremde Erbschaft u. s. w. im Rheinischen Museum für Jurisprudenz, Jahrg. 2, S. 150. Beselet, die Lehre von den Erbverträgen, Th. 2, Bb. 1, S. 24. Vgl. Mertens, de *confirmatione iudiciali pactorum successor.* (Lipsiae 1827), §. 1. p. 5. Stryk, *tract. de successione ab intestato*, diss. VIII. de *pactis successoris* cap. 1. §. 6. p. 615., gegen die sonst allgemeine Theorie, welche den Nachlaß selbst als Object des Erbvertrages annahm: Kunde, *Grundf. d. teutsch. Privatrechts*, §. 654. Dazu im Handbuche Bb. 7, S. 371. Eichhorn, *Einl. in das teutsche Privatrecht*, §. 333. Mittermaier, *Grundf. des teutschen Privatrechts*, §. 402.

4) Mertens l. c. cap. 1. §. 1. p. 5. Klingner, *diss. de pactis cohaeredum divisoriis*. Erford. 1730.

pacta de hereditate iam delata), deren Object eine schon angefallene Erbschaft ausmacht. Die noch nicht angefallene Erbschaft rührt entweder von einem der Contrahenten her — pactum de hereditate propria, oder von einem Dritten — pactum de hereditate tertii v. aliena. Diese letzte angebliche Art der Successionsverträge⁵⁾ hat viele Streitigkeiten in der Rechtswissenschaft hervorgerufen. Nach römischem Rechte gelten Verträge über die zukünftige Erbschaft eines bestimmten, von einem der Contrahenten ex testamento oder ex lege zu beerbenden Dritten — über den Nachlaß eines unbestimmten Dritten, tertii cuiusdam incerti, kann gültig paciscirt werden — nur wenn der Dritte seine Zustimmung (gleichviel ob vorher oder nachher⁶⁾) dazu ertheilt hat und dabei bis an seinen Tod geblieben ist. Einige andere Ausnahmen gehören nicht hierher⁷⁾. Außerdem wird ein solcher Vertrag, als verhaßt, gefährlich und gegen die guten Sitten laufend, für ungültig erklärt. Besessensworte: omnes eiusmodi pactiones odiosae esse videntur et plenae tristissimi et periculosi eventus etc., omnimodo huiusmodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt, repelli etc. Nimmt man mit mehreren Schriftstellern deren jetzige unbedingte Gültigkeit an, so können sie, da nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen jeder Vertrag nur die Paciscenten verbindet, doch nie ein Erbrecht selbst erwirken, sondern nur bestimmen, wie es mit der Ausübung eines aus einem andern Titel überkommenen Erbrechtes gehalten werden soll, oder, in welcher Weise es auch ausgedrückt wird⁸⁾, sie gelten in der Art, daß zwar der nicht mit contrahirende Dritte nicht gebunden ist, jedoch die Contrahenten selbst keine Einreden gegen ihre Erklärungen machen können. Neuerlich ist aber jede Gültigkeit des pactum de hereditate tertii, inwiefern solche nicht im römischen Rechte begründet ist, geleugnet worden, und zwar aus folgenden Gründen⁹⁾: Wollte man jeden Vertrag über eine Erbschaft einen Erbvertrag nennen, so seien freilich der Contract über eine fremde, auch der Vertrag über eine schon angefallene Erbschaft, namentlich deren Verkauf, ebenfalls Erbverträge. Allein die Frage, ob ein Vertrag ein Erbvertrag sei, hänge davon in der Hauptsache ab, ob die eigentliche Beerbung, das Erbrecht für den einzelnen Fall durch den Vertrag bestimmt werde, oder nicht? Dies könne nun nur durch einen Vertrag mit dem

5) Reinharth, de pacto circa hereditatem tertii. Erford. 1718.

6) Gebrüder Overbeck, Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, Bb. 4, S. 189.

7) c. ult. C. de pactis. (2. 3.) L. 7. §. 17 u. 18. D. de pactis. (2. 14.) L. 3. §. 1. D. pro socio. (1. 2.) Stryk, l. c. cap. 2. p. tot. praes. §. 5 u. 6. Runde a. a. D. §. 656. Danz dazu a. a. D. S. 373. Mittermaier a. a. D. v. Wenig-Fingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, Bb. 3, Bch. 5, §. 47. Mertens l. c. cap. 1. §. 1. p. 12. Schröder, de pactis successoriis (Lipsiae 1835), cap. 1. §. 3. p. 12. Götschen-Errleben, nachstehend Note 12, S. 4, angezogen Bb. 2, §. 432.

8) Mittermaier a. a. D.

9) Vorzüglich von Paffe a. a. D. S. 218 flg. und ihm ist beigetreten Bessler a. a. D. S. 24 flg.

Erblasser geschehen, der allein im Stande sei, mit Ueberschreitung des Gesetzes die Erbfolge in seinen Nachlaß zu bestimmen. Das Object des Vertrages über die Erbschaft eines Dritten aber sei nur, daß der eine Contrahent sich verpflichte, was ihm an Vortheil aus der Erbschaft des Dritten zukomme, an den anderen Contrahenten herauszugeben. Dadurch werde jedoch die Erbfolge nicht geändert, Successor bleibe derjenige, der es sonst war, und der andere Contrahent succedire dem Erblasser weder univerrfoll noch singular. Während der Erbvertrag ein wahres Erbrecht begründe oder aufhebe, komme das *pactum d. hered. tert.* nur mittelbar zu diesem Resultate, es werde dadurch blos eine Obligation construirt auf Herausgabe der nach dem Tode des Erblassers dem ursprünglichen Erben defecirten Verlassenschaft. Daher hätten solche Verträge mit Erbverträgen nur eine zufällige factische Aehnlichkeit, gehörten aber in das Obligationenrecht, wie *hereditas vendita*, und mit den Verträgen über eine schon angefallene Erbschaft unter ein und dasselbe Genus. Es könne deshalb von der Gültigkeit oder Ungültigkeit der Erbverträge gar kein Schluß auf die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Verträge über die Erbschaft eines Dritten gemacht werden, und umgekehrt. Wären sie nun — gewisse Ausnahmen abgerechnet — nach römischem Rechte, wie gedacht, ungültig, könne irgend ein positives gemeinrechtliches Gesetz für die Gültigkeit dieser Verträge nicht nachgewiesen werden; bezögen alle diejenigen Schriftsteller¹⁰⁾, welche die Praxis für diese Verträge anführten, sich in der Hauptsache auf die für die Gültigkeit der Erbverträge streitende Praxis, während doch die Verträge über die Erbschaft eines Dritten nicht zu den Erbverträgen gehörten: so sei kein Grund vorhanden, sie, gegen die klaren Vorschriften des römischen, also des gemeinen teutschen Rechtes, für gültig zu halten. Denn die Gründe, warum das römische Recht diese Contracte — anders bei den Erbverträgen — für unsittlich, gefährlich u. s. w. halte, lägen darin, daß die römischen Juristen schon in der Voreilkigkeit, womit über den Nachlaß einer noch lebenden Person verhandelt werde, etwas Unwürdiges und Verwerfliches sähen, zumal wenn es hinter dem Rücken des Erblassers geschehen sei, wo die Handlung sich als verstohlen, oder doch gegen den Willen des Erblassers vorgenommen, sonach als verboten und als Beleidigung des Letzteren characterisire u. s. w. — Lauter Gründe, die in jedem Volke und zu jeder Zeit im Allgemeinen dieselbe Kraft bewiesen. „Unziemlichkeit und Beleidigung gegen den Erblasser, ja oft wahre Niederträchtigkeit und Gefahr nach allen Seiten hin (*pactiones odiosae et plenae tristissimi et periculosi eventus*) sei immer noch diesen Verträgen nicht abzuspochen, zumal wenn sie mit absichtlicher Verheimlichung gegen den Erblasser, oder gar wider sein Verbot eingegangen würden.“ Es müsse also dieß Verbot gelten, wenn nicht ein späterer Rechtsgebrauch nachgewiesen würde. Daß aber dieser erwiesen werden könne, oder gar schon erwiesen sei, wird geleugnet und sich des-

10) Haffe, a. a. D. S. 228 u. 229, nennt hier Eichhorn, Thibaut, Mittermaier und Reinhardt.

halb auf mehrere Schriftsteller¹¹⁾ bezogen. Auch wir sind der Meinung, daß das *pactum d. her. t.* nicht zu den Erbverträgen gerechnet werden könne, und haben die Hauptmomente dieses theoretischen Streites nur zu unserer Rechtfertigung dafür, daß wir hier nicht weiter auf die Theorie dieser Verträge eingehen, angedeutet. Die Bemerkung fügen wir bei, wie wir, gedachter Ansicht ungeachtet, dennoch den mehresten ausgezeichneten Rechtslehrern¹²⁾ beistimmen, daß die römischen Gesetze gegen Verträge über die Erbschaft eines Dritten bei uns keine Anwendung finden. Denn die Gründe dazu beruhen lediglich auf dem, einem ganz besonderen Character huldigenden, den Römern eigenthümlichen Schickseligkeitsgeföhle, von dem die jetzigen, namentlich die deutschen Ansichten ganz abweichen. Wenn nämlich auch einer oder der andere leichtsinnige junge Mensch sich, als solcher, durch die Disposition über eine ihm künftig anfallende Erbschaft characterisirt, so ist doch der Fall, daß ein sorgfältiger Hausvater, getrieben von dieser Sorgfalt, einen solchen Contract schließt, ebenso möglich, und Niemand wird, wenn dadurch wirklich die Erreichung einer rechtlichen und redlichen Absicht bezweckt wird, dieß bei uns für unziemlich, gefährlich oder gar niederträchtig halten. Nur fordert die gute Sitte bei uns — und gerade dadurch characterisirt sich die gänzliche Verschiedenheit unserer Sitte von der römischen — daß in der Regel der Erblasser, um sein Gefühl nicht zu verletzen, nichts von diesem Vertrage erfahre, während durch das römische Gesetz gerade eine solche Verheimlichung gerügt wurde — ein deutlicher Beweis, daß dieses Gesetz nicht mehr auf unsere Sitte passe, also nicht mehr anwendbar

11) Haffe beruft sich a. a. D. S. 235, Note 108 auf: Pufendorf, *observationes iur. univ.* T. III. obs. 12., der über die allgemeine Praxis nichts sagt, vielmehr aus Haffe's Gründen auch dessen Meinung äußert, übrigens zugestehet, daß Böhmer, *de succ. hered. con. ex pact. dot.*, *exempla quaedam contraria ex domo Palatina referire* und sich nur auf ein Erkenntniß des wolfsbüttelischen Oberappellationsgerichtes, dessen Mitglied er war, bezieht; auf Heineccii *elementa iur. germ.* Lib. 2. Tit. 6. §. 168., welcher sich über die Praxis auch nicht erklärt; Leyseri *med. ad D.* Vol. 5. u. 6. spec. 375. med. 27., wo nicht ein einziger Grund für die Behauptung angeführt wird, sondern die ganze Meditation vom Anfange bis zu Ende aus der Zeit besteht: *Damnatur pactum de tertii inviti hereditate initum*; auf Stryk l. c., welcher ziemlich ganz aus den Haffe'schen Gründen sich auch für diese Meinung, aber nicht über die Praxis erklärt. Nur Berger, in *oecon. iur.* Lib. 2. Tit. 4. §. 48. Not. 1. führt ein Erkenntniß der wittenberger Facultät für die jetzt Haffe'sche Meinung an. Es bleibt zweifelhaft, ob dieß mehr für Berger's Ansicht beweisen dürfte, als die auf Haffe's Antrag abgefaßte, zwei entgegengesetzte frühere Erkenntnisse reformirende Entscheidung des Spruchcollegiums, dessen Mitglied er war, für seine Ansicht. Dieser ist übrigens auch Kopf in den merkwürdigen Rechtsprüchen, Bd. 1, S. 33, beigetreten.

12) Wir beziehen uns auf die sämmtlichen oben in der Note 7) angeführten Schriftsteller (mit Ausschluß Stryk's) und fügen ihnen unter den neuesten noch bei: Götschen, *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht* herausgeg. von Erleben, Bd. 3, §. 956, S. 431; unter den älteren Hommel, *rhapod. quaest. obs.* 59.

ist. Doch unsere Gesetze selbst, und zwar die Lehengesetze¹³⁾, brechen über jene römische Vorschrift den Stab, da sie die in einem ganz gleichen Character handelnde Eventualinvestitur in ihr System aufgenommen haben.

Die eigentlichen Erbverträge theilt man ein in *pacta hereditaria affirmativa* und *negativa s. renunciativa*, *renunciative* Erbverträge, oder, nach Haffe¹⁴⁾, Enterbungsverträge, nach Beseler¹⁵⁾ Erbverzichte (französisch *renouciation à une succession future*), je nachdem einem der Contrahenten ein Erbrecht zugesichert, oder auf eine dem einen Contrahenten zustehende Erbschaft renunciirt wird. Diese letzte Handlung¹⁶⁾ hat zwar häufig zur Folge, daß die von dem einen Contrahenten ausgeschlagene Erbschaft nunmehr der Andere oder ein Dritter¹⁷⁾ erhält und so ist, namentlich im ersten Falle, ein renunciativer Vertrag häufig zugleich ein *acquisitiver*; doch ist dieß oft auch nicht der Fall, oder die Renouciation geschieht mindestens nicht zum Vortheile des anderen Contrahenten, und so hat man daraus den Grundsatz gebildet, daß in dem renunciativen Erbvertrage der *acquisitive* nicht nothwendig begriffen ist¹⁸⁾. Die Renouciation kann entweder mit oder ohne Einschränkungen geschehen, welches Letztere z. B. bei den unter diese Kategorie gehörigen weiblichen Erbverzichten des teutschen Adels der Fall zu sein pflegt, die gewöhnlich auf den ledigen Anfall¹⁹⁾ beschränkt sind und kein Regredientenerbrecht begründen (s. w. u. den Schluß dieses Artikels). Jeden Falles müssen nach den allgemeinen Grundsätzen über Verzicht auch diese verzichtenden Erbverträge streng erklärt werden. Ob bei einem von einer Frau abgeschlossenen renunciativen Erbvertrage die Bestärkung desselben durch den Eid nöthig sei, ist, wenigstens nach Particulargesetzen²⁰⁾, streitig. Auch sind bei dieser Art von Verträgen die Civilrechtsgrundsätze über die Frage zu berücksichtigen, inwiefern von einem Kinde bei Lebzeiten der Eltern durch Vertrag mit diesen auf den Pflichttheil renunciirt werden kann²¹⁾.

Der affirmative Erbvertrag zerfällt nach den älteren Theo-

13) I. F. 27. II. F. 26. §. 2. Vgl. Böhmer, *principia iur. feud.* S. 169. Weber, im Handbuch dazu, Th. 4, S. 116.

14) A. a. D. S. 151.

15) A. a. D. S. 20.

16) Welche der Sachsenspiegel (I. 13.) durch „verloben“ im Gegensatz von „geloben“ ausdrückt: „Hadden aver se ir ervebelunge daran verloft“ u. s. w.

17) Hier tritt auch die Frage ein, ob auf diese Art ein Dritter zum Erben eingesetzt werden kann? Vgl. d. Art. Ehevertrag, Wb. 3, S. 605.

18) Künze und Danz a. a. D. §. 657.

19) Dahm, *de natura renunciationis bis auf den ledigen Anfall.* Mog. 1746. Pütteri *sylloge commentationum ius priv. princip. illustr. num. I. de iure foeminarum etc.*

20) Gottschalk, *disceptationes forenses*, p. 1. disc. 13.: *Ad pactum hereditatis renunciativum a foemina ineundum an et quatenus iure Saxon. opus sit praestatione iuramenti?*

21) c. 35. C. de inoffic. testam. (3. 28.) Bauer, *diss. de pacto hereditatis renunciativo perfecto etc.* Lipsiae 1783.

rien gewöhnlich in mehrere Arten²²⁾, deren erste a) der conservative Erbvertrag (pact. hered. conservativum) derjenige ist, wodurch Jemand, dem ohnehin schon ein Erbrecht zusteht, dieses sich zu sichern sucht. Dieß geschieht z. B. durch Vertrag mit dem Erblasser dahin, daß dieser keinen Anderen zum Erben einsetzen kann, durch Vertrag des Notherben mit dem Erblasser über anscheinend vorliegende Entzerrungsursachen, so daß also die Meinung, als ob dieser Vertrag entweder wirkungslos, oder ein acquisitiver Erbvertrag sei, sich als ungegründet zeigt²³⁾. Selbst das römische Recht billigt gewissermaßen diese Art von Verträgen²⁴⁾. b) Der acquisitive Erbvertrag, Erbvertrag im engeren Sinne, nach Haffe: Beerbungsvertrag, nach Bese-ler: Erbeinsetzungsvertrag²⁵⁾ (pactum hereditarium acquisitivum, französisch institution d'héritier contractuelle), ist der Vertrag, wodurch ein bis dahin nicht bestehendes Erbrecht erworben wird²⁶⁾, nach dem Sachsenspiegel (II, 30): wodurch eine Erbschaft „gelobt“ wird²⁷⁾. c) Der Ausdruck, dispositiver Erbvertrag, wird in der Regel in dem Falle gebraucht, wenn der Erblasser sich verpflichtet, seinen Nachlaß einem Dritten, nicht dem Mitcontrahenten, zu geben²⁸⁾. Doch wird mit diesem Ausdrucke auch zuweilen ein anderer Sinn verbunden²⁹⁾. Gleichbedeutend, wenigstens als verbunden damit, wird oft³⁰⁾ d) der Ausdruck restitutiver Erbvertrag (pactum heredit. restitutum) gebraucht, nach Haffe³¹⁾: Universalideicommiß durch Vertrag, d. i. ein Vertrag, wodurch einer dritten Person ein Erbrecht zur zweiten Hand dadurch erlangt wird, daß der eine der Contrahenten die Erbschaft des anderen Contrahenten, Behufs der Abtretung an jenen Dritten, erhält³²⁾. Verschieden davon³³⁾ ist eine vulgäre Substitution durch Vertrag, d. i. eine Erbeinsetzung zur zweiten Hand durch Vertrag in Ermangelung des ersten gesetzlichen, testamentarischen oder Vertragserben³⁴⁾.

22) Mittermaier a. a. D. Note 2.

23) Schlagend nachgewiesen von Bese-ler a. a. D. S. 20 gegen Hebestreit l. c. cap. 2. §. 16.

24) §. ult. J. de legit. agnat. success. (3. 2.) L. 18. D. d. adopt. (1. 7.) C. 11. C. de legitim. hered. (6. 58.) L. 132. D. d. verb. oblig. (45. 1.)

25) Bese-ler a. a. D. S. 19.

26) Kopf a. a. D. S. 26: Ob acquisitive Erbverträge für rechtsgiltig zu achten?

27) „Eve so yme erve to. seget nicht von sibbe halven, denne von geloves halven.“

28) Runde und Danz a. a. D. §. 658. Haffe a. a. D. S. 154. Mertens l. c. p. 7.

29) Madihn, principia iur. civ. P. 1. §. 195. Vgl. übrigens Bese-ler a. a. D. S. 21 flg.

30) J. B. von Eichhorn a. a. D. §. 338. Vgl. Mertens l. c. S. 7.

31) X. a. D. S. 153.

32) Runde a. a. D. Mertens l. c.

33) Ueber ihre Gültigkeit s. Bese-ler a. a. D. S. 231.

34) Haffe a. a. D. S. 153.

Der restitutive Erbvertrag unterscheidet sich vom Fideicommissum heredi praesenti iniunctum³⁵⁾ dadurch, daß es bei Letzterem blos auf die Wissenschaft des Erben durch den Erblasser selbst, nicht auf Jenes Zustimmung, bei Ersterem lediglich auf die Zustimmung des contrahirenden Erben ankommt³⁶⁾.

Rücksichtlich des Objectes wird der Erbvertrag noch eingetheilt in den universellen, nach Haffe³⁷⁾: Beerbungsvertrag, und particulären, nach Haffe: Vermächtnißvertrag (pactum successorium universale³⁸⁾ et singulare), je nachdem der Erbvertrag eine universitas iuris, oder eine res singularis zum Gegenstande hat. Die Meinungen darüber sind ungemein getheilt, indem man einerseits³⁹⁾ versucht hat, dem s. g. Vermächtnißvertrag eine feste Stellung zu anderen Instituten und eine gewisse Bedeutung zu geben, andererseits⁴⁰⁾ der Satz aufgestellt worden ist, daß wegen besonderer Beschaffenheit der Sachen oder Personen zwar durch Vertrag ein Erbrecht an einzelnen Sachen gewonnen werden könne, aber nur in so weit, als der Vertrag dem Gesetze nachahmt, welches in gewissen Fällen auch jetzt noch eine besondere Erbfolge ohne Universalsuccession gestattet. Durch den Vermächtnißvertrag wird, nach den neueren Erörterungen, nur eine Obligation übernommen, deren Erfüllung auf den Erben gestellt ist. Keinen Falles geht durch den Erbvertrag über eine einzelne Sache das Eigenthum daran schon im Augenblicke des Vertrages über, vielmehr erhält der Honorirte nur den Anspruch auf die im Nachlasse vorhandene Sache, und obgleich auch bloße Vermächtnisse im Erbvertrage hinterlassen werden können, so binden sie doch, wenn sie erst nach dem Vertrage und ohne den Consens des Vertrags-erben gemacht werden, diesen nicht⁴¹⁾.

Während wir endlich rücksichtlich der Eintheilung der Erbverträge, welche zu so vielen Irrthümern Veranlassung gab, in pacta hereditaria simplicia et mixta uns ganz auf das beziehen, was wir über die gleiche Eintheilung der Eheverträge (s. d. Art. Ehevertrag Bd. 3, S. 598 flg.) gesagt haben, so erwähnen wir nur noch der Eintheilung der Erbverträge in gegenseitige (reciproca) und einseitige (unilateralia)⁴²⁾, je nachdem sich in dem Erbvertragsvertrage mehrere Personen ein Erbrecht gegenseitig einräumen, so daß der ganze Erfolg des Geschäftes auf den Längstlebenden gestellt ist⁴³⁾, oder das Erbrecht nur einer der Contrahenten erhält⁴⁴⁾. Welchen Charakter das

35) Nach c. ult. C. de fideicommissis. (6. 42.)

36) Haffe a. a. D. S. 165, Note 11 u. S. 203.

37) Ebend. S. 150.

38) Peetz, de successione universali per pactum promissa etc.

39) Haffe a. a. D. S. 150, 189 flg. und Jahrg. 3, Hft. 1, S. 13 flg.

40) Beseler a. a. D. S. 22 flg.

41) Mittermaier a. a. D. §. 403.

42) Danz a. a. D. §. 661.

43) Beseler a. a. D. S. 228 flg.

44) Rücksichtlich des österreichischen Particularrechtes über die Gründe, aus welchen sowohl einseitige, als wechselseitige Erbverträge von Eheleuten, nicht von anderen Personen errichtet werden können, s. Schaidlein a. a. D. §. 114, S. 40.

gegenseitige Geschäft hat, ob den eines Vertrages oder letzten Willens, muß lediglich aus der Absicht entnommen werden, in der ein solches Geschäft gemacht worden ist, ob sie war, sich durch einen Vertrag zu binden, oder einen widerruflichen, letzten Willen zu errichten. Form, Zweck und Umstände sind dabei ganz gleichgiltig. So ist es kein Erbvertrag, „wenn zwei sich mit einander vereinbaren, daß sie ein verbundenes Testament errichten wollen, denn diese vorläufige Vereinbarung kann ganz füglich auf einen letzten Willen gerichtet sein“⁴⁵⁾.

Aus vorstehender Darstellung der sämtlichen von den Rechtslehrern vorgeschlagenen Eintheilungen der Erbverträge geht übrigens von selbst hervor, daß sie, wenn gleich für die Behandlung der ganzen Sache nicht unwichtig, doch nicht einmal in der Anordnung des Einzelnen übereinstimmen⁴⁶⁾. Von den historischen Grundlagen, die man bei der Bearbeitung dieser Lehre annimmt, hängt das ganze System derselben ab. Was vorerst das römische Recht anlangt, so ist unbestritten, daß nach solchem bei Errichtung letztwilliger Dispositionen bloß einseitige Verfügung stattfindet, Delation einer Erbschaft durch Vertrag mit dem Erblasser (*hereditas pactitia*) unzulässig, der dießfallige Vertrag, wenn er das Vermögen der Contrahenten, gleichviel ob Erwerb oder Verlust des Erb-rechtes, betrifft, und sogar eine demselben beigefügte Conventionalstrafe ungiltig sind, daß ein solcher Vertrag nur bei Soldaten, als Testament, aufrecht erhalten werden soll⁴⁷⁾. Auch das Mancipationstestament war nur ein symbolischer, nicht wirklicher Verkauf der Erbschaft, nicht unwiderruflich⁴⁸⁾. Nur über die Gründe dieser gesetzlichen Vorschriften ist man streitig. In der Regel faßte man sonst mehrere derselben zusammen und meinte, die Freiheit, ein Testament zu machen, sei ein so vorzügliches Kleinod des römischen Bürgers gewesen, daß man es darum für unziemlich gehalten habe, diese auf irgend eine Art, selbst durch einen Vertrag, zu beschränken⁴⁹⁾; man habe ferner die Erbfolge bei den Römern als eine Staatssache angesehen, welche daher kein Gegenstand der Privatverträge gewesen sei und, durch Civilgesetze eingeführt, nur durch die dem Gesetze gleich geachtete Disposition des Testaments habe geändert werden können⁵⁰⁾,

45) Haffe a. a. D. Jahrg. 2, S. 200.

46) Besefer a. a. D. S. 13 flg.

47) L. 16. D. de suis et legit. hered. (38. 17.) L. 61. D. d. verbor. obl. (45. 1.) c. 15. C. d. pact. (2. 3.) c. 34. C. de transact. (2. 4.) c. 35. §. 1. C. d. inoffic. testam. (3. 28.) c. 5. D. d. pact. com. (5. 14.) c. 3. C. d. collation. (6. 20.) c. 4. C. d. inut. stip. (8. 39.) R unde a. a. D. §. 659. v. Benning-Engenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes, Bd. 3, §. 334, Bd. 5, §. 427. Schweppe, das römische Privatrecht, Bb. 5, §. 785.

48) Haffe a. a. D. S. 155.

49) Die c. 15. C. de pactis (2. 3.), auf die man sich gewöhnlich dafür beruft, sagt dieß so nicht.

50) L. 3. D. qui testam. fac. poss. (28. 1.): Testamenti factio non privati, sed publici iuris est. L. ult. D. de suis et legit. hered. (38. 16.): Privatorum enim cautionem Legum auctoritate non censori. L. 15. §. 1. D. ad Leg. Falcid. (35. 2.): Privatorum cautione legibus non esse refragandum.

und man habe von der unwiderrusslichen Verbindlichkeit solcher Verträge lebensgefährliche Folgen für den Erblasser gefürchtet, daher die Verträge selbst für unsittlich gehalten⁵¹⁾. Indes schon frühere berühmte Schriftsteller⁵²⁾ gingen von dieser Ansicht ab und suchten den Hauptgrund jener gesetzlichen Bestimmungen in dem Wesen des ganzen römischen Erbsystems und vorzüglich darin, daß, da der Erbe den Erblasser ganz repräsentiren, also Schulden für ihn bezahlen muß u. s. w., der Erbe durch eine solche unwiderrussliche Handlung der Willkür dem künftigen Betrug und bösen Willen seines Mitcontrahenten ausgesetzt sei. Doch weiter bildete man⁵³⁾ diese Ansicht noch dahin aus, daß man, nach Anleitung einer Stelle des Julian⁵⁴⁾, behauptete, die Römer hätten sich den Erbvertrag als etwas rein Passives von Seiten des Erblassers gedacht. Es habe dieser zwar das Recht, seine Güter zu veräußern, aber das Recht, ihn zu beerben, sei ganz etwas Anderes, als das Recht auf alle seine Güter; es sei das Recht ihn vorzustellen, welches nach der Natur der Sache nicht in bonis sei, daher nicht einem Vertrage unterliege. Nur wünschen könne man, Diesen oder Jenen zum Erben zu haben, daher Testamentsfolge u. s. w. u. s. w. Nicht so weit ist man in neuester Zeit⁵⁵⁾ gegangen, wo man gemeint hat, das Unwürdige der Sache hätten die Römer in dem durch einen Erbvertrag entstehenden Zwange gesucht, durch welchen ein civis romanus um die durch die Zwölftafeln ihm gesicherte Freiheit, einen letzten Willen zu haben, gebracht würde; daher habe dieß gesetzlich nicht zugelassen werden können. Das Verbot der Erbverträge habe sonach in einer eigenthümlichen Volksansicht seinen Grund gehabt, zu deren Aenderung keine Veranlassung bei den Römern vorhanden gewesen sei. Anders war dieß bei den Deutschen. Zwar ist so viel gewiß, daß Tacitus die Erbverträge nicht kannte, sie eben deshalb, wenn sie in den frühesten Zeiten Deutschlands vorhanden waren, nur selten vorkamen⁵⁶⁾. Allein die mehresten Rechtslehrer meinen, daß von jeher im germanischen Rechte Erbverträge üblich, gültig und unwiderrusslich stattgefunden und die Deutschen diese Grundsätze auch nach Einführung des

51) Den Grund einer Lebensgefährlichkeit für den Erblasser geben die Gesetze, auf welche man sich hierbei gewöhnlich beruft: L. 2. §. 2. D. d. vulg. et pup. subet. (28. 6.), L. 27. D. ad SC. Trebell. (36. 1.), c. 4. C. d. inutilib. stipulat. (8. 39.), nicht an, sondern sie sagen bloß, daß dieß improbum, non probe gehandelt, contra bonos mores sei. Im Ganzen vgl. man darüber Danz a. a. D. §. 659. Glück, Pandectencommentar Th. 4, §. 304, S. 214 fig., Th. 6, §. 540, S. 553 fig. Mertens l. c. §. 1. p. 8 u. 9. Schröder l. c. cap. 1. §. 2. p. 8 u. 9. §. 3. p. 11 u. 12. Gegen diese Ansichten s. Haffe a. a. D. S. 158 fig.

52) Malblanc, in diss. de causis improbatii pacti hereditarii ex iure romano (Tübing. 1798), §. 1. sq. Ihm folgte Danz a. a. D. §. 659, S. 376 fig.

53) Schöman, Handbuch des Civilrechts, Bd. 2, Nr. 9, S. 179 fig. Dagegen s. Haffe a. a. D. S. 202, Note 67.

54) L. 62. D. reg. iur. (50. 17.)

55) Haffe a. a. D. S. 156, 163 fig.

56) Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgeschichte, Th. 1, §. 19, Note f, S. 95. Haffe a. a. D. S. 170, 173.

römischen Rechtes festgehalten, die Verbote des römischen Rechtes nie darauf angewendet hätten⁵⁷⁾. Für die frühe Giltigkeit bezog man⁵⁸⁾ sich auf die salischen, ripuarischen, westgotischen, bairischen, angliſchen, ſächſiſchen alten Geſetze, auch den Sachſenſpiegel, in denen allerdings Diſpoſitionen erwähnt ſind, die auf ein immer mit gewiſſen Förmlichkeiten verbundenes Geſchäft unter Lebendigen über den Nachlaß hindeuten. Allein es waren in jenen früheſten germaniſchen Zeiten die nächſten Erben beinahe unbedingte Notherben, ſo daß in der Regel Diſpoſitionen über das Vermögen, inſonderheit über Eigen ſelbſt unter den Lebendigen nicht ohne Zuſtimmung der nächſten Erben gemacht werden konnten. Diſpoſitionen über den Nachlaß im Ganzen aber — einzelne Theile, z. B. Heergeſchütze und Gerade, ausgenommen — kamen nur vor, wenn Jemand keine nächſten Erben hatte, oder ihn die Noth zu Alimenter- oder Leibrentenverträgen zwang, weil die nächſten Erben ſich ſeiner nicht annehmen wollten oder konnten⁵⁹⁾. So fand man in dieſen Fällen und bei Eheverträgen die erſten Spuren der Erbverträge, die aber immer eine gerichtliche feierliche Handlung, eine Art der Uebergabe des ganzen Nachlaſſes oder der einzelnen Stücke⁶⁰⁾, zu ihrer Giltigkeit verlangten, durch welche der Vertragserbe an der Stelle des nächſten Blutsfreundes in die Gewähr trat und eine Art von Eigenthum an den übergebenen Gegenſtänden erhielt⁶¹⁾. Bei Mobilien fand eine körperliche Uebergabe jeden Falles, bei einem Vertrage über das ganze Erbe eine ſymboliſche Uebergabe ſtatt. Auch im Mittelalter dauerten dieſe Gebräuche fort, ohne daß jedoch der Erbllaſſer ſich die Leibzucht vorbehalten konnte, und ſtets mit dem Charakter der Unwiderſtlichkeit. Doch trat ſehr bald an die Stelle jener Förmlichkeiten gerichtliches Gelöbniß und ſchriftliche Urkunde, Handfeſte⁶²⁾. Des römischen Teſtamentes bediente man ſich in der Regel nur zu frommen Zwecken und zu ſolchen einzelnen Neuerungen, welche gerade von der Geiſtlichkeit begünſtigt wurden⁶³⁾. In der Zeit der Entſtehung des Sachſen- und Schwabenspiegels u. ſ. w. entwickelte ſich die Herrſchaft der Erbverträge vorzüglich. Die frühere unbedingte Macht der Suceſſionsrechte der nächſten Erben hörte auf und die Familienautonomie des teutiſchen Adels ebenſo wohl, als ſelbſt das römische Recht durch ſeine Begünſtigungen willkürlicher Erbeinſetzung, wenn auch in anderer Form, vermehrte⁶⁴⁾ die Erbverträge. Durch dieſe wurden im 15. und 16. Jahrhundert allobdiale Herrſchaften und Graffſchaften, ſogar reichslehnbare Länder und einzelne Landestheile an andere Herren und Geſchlechter gebracht⁶⁵⁾ und ſie mach-

57) Glück a. a. D. Th. 1, §. 59, S. 364 flg. Eöſchen a. a. D. Ab. 2, Abth. 2, §. 432, S. 185.

58) Vgl. Danz a. a. D. §. 660, S. 380 flg., wo die einzelnen Geſetze ausgezogen ſind.

59) Vgl. Haſſe a. a. D. S. 184, 185, 188.

60) Mertens l. c. §. 4. p. 13.

61) Mertens l. c. §. 5. p. 16.

62) Ebendaſ. §. 4, S. 14.

63) Haſſe a. a. D. S. 184.

64) Vgl. Haſſe a. a. D. S. 190 flg.

65) Eichhorn a. a. D. Th. 3, §. 412, S. 139 u. 140.

zen sich bald von den alten beschränkenden Formen los, wovon wir die Folge weiter unten sehen werden.

Von dieser Darstellungsart weichen jedoch die Resultate der neuesten Forschungen⁶⁶⁾ über den vorliegenden Gegenstand in vielen Punkten ab. Man ging dabei von der Bemerkung aus, daß nach urtheilichem Rechte Jeder seine Verhältnisse nur so weit ordnen konnte, als er durch das Leben die unmittelbare Herrschaft darüber hatte. Der einzige Grund der Erbfolge war daher bei den alten Germanen die Sippe, nicht ein Geschäft, wodurch Succession von Todeswegen begründet worden wäre. Sowie sonach letzte Willensverordnungen im römischen Sinne ihnen ganz unbekannt waren, so war es auch in den frühesten Zeiten Erbfolge aus dem Vertrage. Schon damals finden wir aber bei ihnen Vergabungen von Todeswegen (mit einigen Abweichungen bei den Franken: *Affatomie*, bei den Longobarden: *Thinx* und *Garathinx*⁶⁷⁾), d. h. Zuwendungen nicht des Nachlasses, oder eines Theiles desselben, sondern des gegenwärtigen Vermögens des Erblassers durch eine feierliche Auflassung an den Mitcontrahenten, wodurch das Eigenthum so getheilt wurde, daß Letzterer zwar ein sogleich wirksames dingliches Recht am Objecte erhielt, dem Erblasser aber die Benutzung desselben bis zu seinem Tode blieb⁶⁸⁾. Man gebrauchte hiernächst das Recht, seine Grundstücke Jedem aufzulassen, damit er sie an einen Dritten weiter übergebe, zu einer Uebersetzung auf den Todesfall, so daß man die Zeit der zweiten Auflassung nach dem Tode des Eigenthümers verlegte. Bei diesen Geschäften trat also die rechtliche Wirkung der Vermögensveräußerung sogleich ein, ohne daß eine Succession von Todeswegen im römischen Sinne dadurch stattfand. Die Auflassung ward durch einen feierlichen Act bewirkt und durch sie erhielten die Vergabungen von Todeswegen ihre Gültigkeit und Bedeutung⁶⁹⁾. Bei Mobilien, für welche das teutsche Recht die Auflassung nicht kannte, trat die Schwierigkeit ein, daß, da nur durch Uebergabe ihr Eigenthum an den Anderen übergehen konnte, eine Zuwendung von Mobilien nur rechtliche Wirkung hatte, wenn zugleich Besitz und Benutzung auf den neuen Eigenthümer übertragen wurden. So entstand ganz von selbst das Bedürfnis, Geschäfte, welche ursprünglich nur auf Immobilien angewendet werden konnten, auf Mobilien auszubehnen. Dadurch wurden auch sie im späteren Rechte Gegenstand der Vergabungen von Todeswegen. Durch die sächsischen Schöffen wurde das Geschäft so ausgebildet, daß man einem Dritten eine Forderung auf Mobilien, eine Summe Geldes u. s. w. dergestalt einräumte, daß der Zahlungstag erst mit dem Tode des Promittenten eintrat⁷⁰⁾. Diese Vergabungen waren jedoch keine Erbverträge; bei der Vergabung war nicht der Vertrag, sondern die Auflassung das Wesentliche, von welchem das Geschäft bis in seine immer-

66) Beseler's in dem schon öfter angezogenen Werke, dem wir sonach auch hier in der Hauptsache gefolgt sind.

67) Beseler a. a. D. Th. 1, S. 96 fig. und 108 fig.

68) Ebenbas. S. 4 fig. und f^o.

69) Ebenbas. S. 19 fig.

70) Ebenbas. S. 152 fig.

sten Theile beherrscht wurde; der Vertrag war nur die Vorbereitung dazu. Sonach war die Vergabung nicht identisch mit unserem Erbvertrage, und dieß um so weniger, da von ihr immer ein renunciativer Erbvertrag nicht würde abgeleitet werden können. Daraus ergibt sich, daß die Anwendung der Grundsätze des einen jener beiden Geschäfte auf das andere nicht unbedingt zulässig ist. Vergabung und Erbvertrag wurden von einem verschiedenen Principe beherrscht, so daß man nicht behaupten kann, der Erbvertrag habe sich organisch aus dem Institute der Vergabungen entwickelt⁷¹⁾.

Nach den oben angegebenen geschichtlichen Thatsachen kann man dagegen den großen Einfluß des römischen Rechtes auf die Erbverträge nicht verkennen. Derselbe wurde noch bedeutend vermehrt durch die Aehnlichkeit der letzteren mit der römischen *donatio mortis causa*, welche Aehnlichkeit manche Rechtslehrer bis zur Identität zu steigern suchten⁷²⁾. Dieß veranlaßte wohl, daß die Erbverträge sogar in einigen Statuten für widerruflich, wie jene Schenkungen, erklärt wurden. Dadurch aber kamen doch die reinen Erbverträge nicht außer Gebrauch. Die römischen Juristen mußten wohl, wenn sie ihren Testamenten Eingang verschaffen wollten, auch dem bloßen Vertrage ohne Auflassung und Uebergabe ein Erbrecht zugestehen, wenn gleich in jener Zeit, im 13., 14., 15. und 16. Jahrh., auch die übrigens im letztgedachten Jahrhunderte zu Ende gehende⁷³⁾ Form der Vergabung noch herrschend blieb⁷⁴⁾. So unbedingt, wie von mehreren Schriftstellern⁷⁵⁾, kann daher nicht behauptet werden, daß die Vorschriften des römischen Rechtes in dieser Materie keine Anwendung bei uns fänden, vielmehr müssen wir den neueren Rechtslehrern⁷⁶⁾ beistimmen, welche nachweisen, daß nur durch eine organische Verbindung des römischen Testaments- und des teutschen Erbvertragsrechtes eine wissenschaftliche Behandlung der Lehre von den Erbverträgen möglich wird. Betrachten wir hauptsächlich den Erbeinsetzungsvertrag, so scheint freilich dadurch, daß man sich bei den Vergabungen von Todeswegen die freie Disposition über die übergebenen Güter vorbehielt, dieß Geschäft ganz auf eine römische letztwillige Verfügung hinauszulaufen⁷⁷⁾. Es zeigt sich aber auch durch viele Beispiele⁷⁸⁾ überall das Eindringen des römischen Rechtes in die teutschen Geschäfte. Vorzüglich ward durch den sich immer mehr verbreitenden Begriff eines Erben als *Universalsuccessors*, durch die Begünstigung der römischen letztwilligen Verfügungen von Seiten des canonischen Rechtes und der geistlichen Gerichte der teutsche Cha-

71) Beseler a. a. D. Th. 2, Bb. 1, S. 2 fig. u. S. 172 fig.

72) Beseler a. a. D. S. 225. v. Langenn und Kori, Erdtrernngen praktischer Rechtsfragen, Th. 2, Nr. 25: Ueber den Unterschied zwischen Erbverträgen und Schenkungen auf den Todesfall, S. 259 fig.

73) Beseler a. a. D. S. 181.

74) Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgeschichte, Th. 3, §. 455, S. 448 fig. Mittermaier a. a. §. 402.

75) Glük a. a. D. S. 365.

76) Haffe a. a. D. S. 207 fig. Beseler a. a. D. S. 8.

77) Beseler a. a. D. 173.

78) Ebendas. S. 178.

akter der Vergabungen zurückgedrängt und sich mehr zu den römischen Grundsätzen hingeneigt⁷⁹⁾. Der teutsche Charakter einer Erbeinsetzung durch Vertrag im Allgemeinen entwickelte sich erst durch die Anerkennung einzelner Arten desselben, der Erbverbrüderung, Einkindschaft, Erbeinsetzung in Ehesiftungen, als gemeinrechtlicher Institute⁸⁰⁾. Die Romanisten versuchten noch in der Mitte des 17. Jahrh. die Erbverträge für ungiltig auszugeben. Und wenn die allgemeine Ansicht von ihrer Giltigkeit sich auch um so mehr⁸¹⁾ verbreitete, je mehr hoher und niederer Adel damals von ihnen Gebrauch machte⁸²⁾, namentlich in der Absicht, um die alteutschen Grundsätze, so weit sie vom römischen Rechte nicht begünstigt waren, aufrecht zu erhalten⁸³⁾; so wurde doch in Particulargesetzen der Erbvertrag im Allgemeinen erst in der Mitte des 18. Jahrhunderts und zwar zuerst in Sachsen (1746), dann in Baiern (1755) anerkannt⁸⁴⁾. Erwägt man dieß Alles in Verbindung mit der ungleich größern Bequemlichkeit des nicht durch Unwiderruflichkeit gebundenen römischen Testaments, so kommt man zu dem Resultate, „daß die Vergabungen von Todeswegen nicht durch den Erbeinsetzungsvertrag, sondern durch die letztwilligen Verfügungen des fremden Rechtes ersetzt worden sind“, wofür auch der im Ganzen von jeher sehr seltene Gebrauch des Erbeinsetzungsvertrages, statt des Testaments, in Teutschland spricht⁸⁵⁾. Der Rechtsgrund des Erbeinsetzungsvertrages ist daher nicht, wie bei der Erbverzicht, allgemeiner Gerichtsbrauch, „sondern die gemeine Meinung der Juristen“, welche ihm gemeinrechtliche Geltung verschaffte, wenn er gleich in einigen wenigen Landen gänzlich für ungiltig erklärt worden ist⁸⁶⁾.

Gehen wir nun von diesen historischen Thatsachen aus und auf eine nähere Charakteristik des Gegenstandes ein, so ist der Erbeinsetzungsvertrag, als die Hauptunterart des Erbvertrages, der Vertrag, durch welchen Jemand zum Erben eingesetzt, ein Erbrecht bestellt wird, sonach ein lucratives Geschäft⁸⁷⁾. Der Erbvertrag hat, da er sich nur auf das Erbrecht bezieht, es auch eigentlich nur mit einer Universalsuccession, nicht mit einzelnen Sachen zu thun; für erstere ist er der Erbanfallstitel, daher auch die über diese Titel überhaupt geltenden römischen Grundsätze auf ihn anwendbar sind⁸⁸⁾. Das Object des Erbvertrages ist nicht der körperlich bestehende Nachlaß, sondern die Beerbung und eben darum theilt nach Obigem Hesse den Erbvertrag in Beerbungs- und Enterbungsvertrag ein. Da er ein Vertrag, da der Vertrag das Prin-

79) Mühlenbruch, in der Fortsetzung des Glück'schen Pandektencommentars, Th. 38, §. 1425, S. 14, Note 31.

80) Beseler a. a. D. S. 183.

81) Glück a. a. D. Th. 6, §. 540, S. 554. Haffe a. a. D. S. 196.

82) Eichhorn a. a. D. Th. 4, §. 572, S. 507.

83) Runde a. a. D. §. 660. Danz dazu a. a. D. S. 378.

84) Beseler a. a. D. S. 184.

85) Ebendas. S. 200 flg.

86) Frankfurter Reformation von 1578, Th. 3, Tit. 2, §. 4.

87) Beseler a. a. D. S. 207, 210, 212.

88) Mittermaier a. a. D. §. 403.

cip der Erbvertragslehre ist⁸⁹⁾, so ist der Erbvertrag, ob er gleich ein *negotium mortis causa* ausmacht⁹⁰⁾, dennoch unwiderrüflich⁹¹⁾, weil so gleich mit seiner Abschließung das Recht eintritt. Dadurch, daß er jederzeit eine Acceptation voraussetzt, daß die Willenserklärung bei ihm sogar in der Absicht geschieht, daß der Andere sie acceptiren soll, unterscheidet er sich gerade vom letzten Willen. Dieser und Erbvertrag sind einander ausschließende Begriffe, ob sie gleich in der Wirklichkeit mit einander verbunden sein können. Aber eben jene Absicht ist es, die sich nicht von selbst versteht, nicht vermuthet wird, daher der erst neuerlich so stringent aufgestellte Grundsatz, den die Praxis bis jetzt nicht annahm⁹²⁾: „einen bindenden Vertrag niemals im reinen Zweifel, sondern nur da anzunehmen, wo sich juristische Gewißheit darüber erlangen läßt, daß Gebundenheit in der Absicht lag⁹³⁾.“ Der Erbvertrag bringt aber keine *obligatio* hervor, sondern Erbrecht, oder Verlust des Erbrechtes; und wenn auch das Erbrecht bei dem Erbeinsetzungsvertrage, wie gedacht, sogleich entsteht, so ist es doch dadurch bedingt, daß der Erblasser vor dem Erbnehmer stirbt, denn wir sollen ihn und nicht unser Erbe ihn beerben⁹⁴⁾.

Den Erbvertrag kann Jeder abschließen, der über sein Vermögen gültig verfügen kann, der dereinstige Erblasser muß dieß namentlich durch Erbeinsetzung können und der dereinstige Erbe muß *successionfähig* sein. Die vor der Minderjährigkeit eintretende Testamentsfähigkeit berechtigt aber nicht zu Abschließung eines Erbeinsetzungsvertrages, da durch die Unwiderrüflichkeit diese Art der Erbeinsetzung bedeutend schwieriger und bedenklicher ist, als die Testamentification⁹⁵⁾. Sowohl Minderjährige⁹⁶⁾, als Verschwender⁹⁷⁾, als Weibspersonen da, wo die Geschlechtsvormundschaft noch besteht, bedürfen zur Gültigkeit des Vertrages der Zustimmung des Vormundes.

Eine bestimmte Form des Erbvertrages besteht gemeinrechtlich nicht. Zu leugnen ist zwar das Nachtheilige dieser Einrichtung (im Gegensatz mit der so gemessenen Testamenten- und Codicillform) nicht. Indes da ein, die Gültigkeit des Erbvertrages von einer bestimmten Form abhängig machendes Gesetz oder Herkommen nicht nachgewiesen werden kann, so

89) Beseler a. a. D. S. 27.

90) Paffe a. a. D. S. 211—218. Beseler a. a. D. S. 211 flg.

91) Paffe a. a. D. S. 204 flg. Beseler a. a. D. S. 256.

92) Vgl. d. Art. Erbvertrag Bd. 3, S. 600.

93) Paffe a. a. D. S. 156, 164, 198. Beseler a. a. D. S. 52. Glück a. a. D. Th. 6, §. 542, S. 557, Th. 7, §. 563, S. 510, Th. 25, S. 388 flg. Glück-Wühlenbruch a. a. D. Th. 35, S. 64 flg.

94) Paffe a. a. D. S. 200, 204, 211, zum Theil gegen Glück a. a. D. S. 557, 558. Vgl. Beseler a. a. D. S. 27 flg.

95) Beseler a. a. D. S. 254 flg.

96) Mittermaier a. a. D. §. 402 und die da angezogenen Schriftsteller.

97) Scheidlein a. a. D. Hft. 3, Abth. 2, §. 117, S. 44: Kann ein verurtheilter Verbrecher, kann ein gerichtlich erklärter Verschwender einen gültigen Erbvertrag errichten?

stammen wir der Mehrzahl der Schriftsteller⁹⁸⁾ bei, welche den bloßen Vertrag ohne alle Form für ausreichend erachten; Andere⁹⁹⁾ lassen da, wo Landesgesetze nicht noch strengere Formen¹⁰⁰⁾, namentlich die gerichtliche Confirmation¹⁰¹⁾, zur Gültigkeit des Erbvertrages erheischen, mindestens nur schriftlich aufgesetzte Erbverträge¹⁰²⁾ gelten. Das canonische Recht gesteht die Gültigkeit beschworener Erbverzichte zu¹⁰³⁾. Desto mehr Aufmerksamkeit erfordert, bei Ermangelung einer äußeren Form, der Inhalt des Erbvertrages. Daß durch denselben auch Legate bestimmt werden können, ja daß gegen den Vertragserben nur solche Legate gelten, die im Erbvertrage ausgesprochen sind, dieß liegt ebenso in der Natur der Sache, wie die Möglichkeit einer Substitution durch den Erbvertrag. Aber eben weil dem Vertragserben Legate und Fideicommissa nur mit seiner Zustimmung aufgesetzt werden können, ist eine Berücksichtigung des trebellianischen und falcidischen Viertheiles nicht zulässig¹⁰⁴⁾. Neben dem Erbvertrage läßt sich sehr wohl Intestaterbfolge denken, daher unter den Rechtslehrern darüber, daß die Regel: *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus deoedere potest*, auf die Erbverträge keine Anwendung findet, kein Streit mehr vorwaltet¹⁰⁵⁾. Behält sich der Erblasser im Erbvertrag eine pars quota seiner künftigen Erbschaft zur freien Disposition vor und disponirt dennoch nicht darüber, so fällt, da dem Vertragserben das *ius accrescendi* nicht zu Gute kommt¹⁰⁶⁾, die vorbehaltene pars quota den Intestaterben zu, womit auch die l. sächsische und die österreichische Gesetzgebung übereinstimmen¹⁰⁷⁾. Eine zur Disposition vorbehaltene einzelne Sache, oder bestimmte Summe

98) Bestphal, teutsches Privatr., Th. 2, Abh. 71, §. 1. Runde a. a. D. §. 660. Mertens l. c. und die in diesen letzten beiden Schriften angezogenen Schriftsteller. Haffe a. a. D. S. 195, 196 u. 197. Rittermaier a. a. D. §. 402. Pfeiffer, praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft, Bd. 1, S. 333 flg. Dagegen de Cannegiesser l. c. Tom. I. Dec. 11. p. 43.

99) Eichhorn, angez. teutsch. Privatr., §. 340.

100) Gerichtliche Confirmation erheischen das preussische Landrecht Th. 1, Tit. 12, §. 621. Cod. Bavar. civ. p. 1. cap. 6. §. 29. Nr. 3. p. 3. cap. 11. §. 1. Nr. 10. und mehrere l. sächsische Gesetze. Schon der Sachsenspiegel (I. 13.) erlaubt Abschwörung einer nicht gerichtlich vorgetragenen Erbverzicht. Vgl. Haffe a. a. D. S. 186 flg. Kind, quaestiones forenses, Tom. I. c. 54. Mertens l. c. cap. 3. In Weimar ist die Sache nicht ganz klar, doch scheint die gemeine Meinung vorzuwalten. Martin, Jahrbücher d. Gesetzgeb. u. Rechtspflege in Sachsen, Jahrg. 1, Hft. 2, Nr. 15, S. 149 flg. Im österreichischen Civilgesetzbuche, Art. 1249, wird die Form geschriebener Testamente zur Gültigkeit der Erbverträge erfordert.

101) Boigt, über die Erbverträge, und ob die gerichtliche Bestätigung zur Gültigkeit derselben nothwendig sei? in dessen Abhandlungen über einzelne Gegenstände des Rechtes und der Geschichte, Nr. 3, S. 73 flg.

102) Mertens l. c. p. 15.

103) C. 2. de pactis in 6. (I. 18.) Haffe a. a. D. S. 197, Note 60.

104) Beseler a. a. D. S. 277.

105) Glück a. a. D. Th. 6, §. 540, S. 555. Beseler a. a. D. S.

277.

106) Glück a. a. D. Beseler a. a. D. S. 280.

107) Beseler a. a. D. S. 287 flg.

verbleibt im gleichen Falle dem Vertragserben, da dieß gerade derselbe Zustand der Sache ist, als wenn ein vom Anfange bestimmtes Vermächtniß wegfällt¹⁰⁸). In diesen Beziehungen ist also eine besondere Vorsicht bei Abschließung des Erbvertrages nicht zu beobachten. Anders ist es rücksichtlich der Notherben. Daß auch bei einem Erbvertrage die Rechte der Notherben streng gewahrt werden müssen, ist eine jetzt unbestrittene Behauptung¹⁰⁹). Allein Einige¹¹⁰) geben den verletzten Notherben, nach Analogie der Principien bei der römischen *donatio inofficiosa*, nur eine Klage auf Erfüllung des Pflichttheils. Andere¹¹¹), ausgehend von der Ansicht einer gänzlichen Verschiedenheit des eine *Universalsuccession* begründenden Erbeinsetzungsvertrages von dem, bloß eine *Singularsuccession* erwirkenden römischen Geschäfte, erklären sich für gänzliche Aufhebung der Vertragserbeinsetzung, für das sogenannte *Derogationssystem*. Dieß thun namentlich in neuester Zeit Mühlenbruch¹¹²) und Beseler¹¹³), Letzterer jedoch mit der milderen Meinung, daß, trotz der wegfallenden Erbeinsetzung, die übrigen Theile des Erbvertrages bestehen könnten. Das *Protocoll* hierüber ist noch nicht geschlossen. So viel ist gewiß, daß eine Verletzung der Notherben für den Erbvertrag von größtem Nachtheile und daher, bei der Eingehung desselben, jedenfalls zu vermeiden ist. Enterbung eines dritten Notherben kann im Erbvertrage nicht geschehen, weil zu einer solchen Benachtheiligung eines Dritten, für welche die Gesetze eine bestimmte Form vorschreiben, die *Paciscenten*, durch die Gültigkeit des Erbvertrags in Bezug auf ihre eigenen Verhältnisse, nicht berechtigt sind¹¹⁴). Noch handelt es sich endlich um die Bedingungen, die dem Erbvertrage beigelegt werden können. Merkwürdig ist es, daß, während das österreichische Gesetzbuch die bei dem Vertrage geltenden Bedingungen zuläßt¹¹⁵), das preussische Landrecht die bei den Testamenten geltenden¹¹⁶) erlaubt. Nach dem Charakter des Erbeinsetzungsgeschäftes, ohne Rücksicht auf seine Form, werden stets *conditiones resolutivae* nach der Regel: *Semel heres semper heres*, wegfallen müssen; rücksichtlich der affirmativen, moralisch und physisch unmöglichen, treten, wegen Gleichheit des Grundes, unstreitig die Vertragsgrundsätze im Allgemeinen ein¹¹⁷).

108) Beseler a. a. D. S. 289.

109) Pfeiffer a. a. D. Bd. 4, S. 145. Mittermaier a. a. D. X. vgl. auch den Art. Ehevertrag, Bd. 3, S. 605.

110) Glück a. a. D. Th. 25, S. 389. Brinkmann, wissenschaftlich praktische Rechtskunde, Bd. 1, Abh. 22, S. 79 und die von Beseler a. a. D. S. 295 angezogenen Schriftsteller.

111) Namentlich die bei Beseler a. a. D. S. 296 Genannten.

112) In der Fortsetzung des Glück'schen Commentars Th. 35, S. 83, 84, Th. 38, S. 50 flg.

113) X. a. D. S. 297 flg.

114) Beseler a. a. D. S. 303 flg.

115) §. 1251. Vgl. Scheidlein a. a. D. Hft. 3, Abth. 2, §. 118, S. 46: Ob und welche Bedingungen einem Ehevertrage beigelegt werden können, und was für ein Unterschied in Hinsicht auf Bedingungen zwischen einem Erbvertrage und einem andern Vertrage sei?

116) Th. 1, Tit. 12, §. 647.

117) So auch Beseler a. a. D. S. 268 flg.

Die Wirkungen des Erbvertrages sind die der gemeinrechtlichen Universalsuccession¹¹⁸⁾. Für und wider einen Dritten kann dieser Vertrag nicht anders wirken, wie jede *res inter alios acta*, und der Versuch, diesen Verträgen eine römisch-fideicommissarische Kraft beizulegen¹¹⁹⁾, ist als gänzlich verunglückt anzusehen. Daß der Vertrag ohne Wirkung auf ein bereits bestehendes Testament, daß namentlich ein *paotum de non mutando testamento* unwirksam ist, dieß ist neuerlich¹²⁰⁾ klar nachgewiesen worden. Die Frage, ob der Vertragserbe die Erbschaft noch besonders antreten müsse, oder ob in dem Vertrage selbst die Antretung mit liege? ist sehr verschieden beantwortet worden. Sehen wir aber von der Ansicht aus, daß der jetzige Erbvertrag nur ein Erbrecht gibt und daß er dem alten teutschen Rechte (Vergabung) fremd war, sich vielmehr unter dem Einflusse des römischen Rechtes bildete, so kommen wir auf das Resultat, daß allerdings durch den Vertrag nur die Delation der Erbschaft an den Erben, nicht zugleich deren Antritt erwirkt wird¹²¹⁾. Dieß hat denn wieder die nach Obigem schon aus der Bedingung, welche in jedem Erbvertrage liegt, entspringende Folge, daß der Erbvertragserbe, wenn er den Erblasser nicht überlebt, die Erbschaft nicht auf seine Erben transmittirt¹²²⁾. Er hat aber das *beneficium inventarii*, während er, wenn er sich dessen nicht bedient, alle Schulden bezahlen muß¹²³⁾. Schon darin liegt das dem Vertragserben nicht zu versagende Recht der Ausschlagung der Vertragserbschaft und zwar wird es ihm auch nicht versagt werden können, die aus dem Vertrage ausgeschlagene Erbschaft, wenn er Intestaterbe ist, als solcher anzutreten, vorausgesetzt, daß er dieß nur im eigenen Interesse thut und nicht bloß in der Absicht, sich den bei Schließung des Erbvertrages für den Erblasser übernommenen Verpflichtungen zu entziehen¹²⁴⁾.

Liegt hiernächst nach Obigem die Unwiderruflichkeit im Charakter des Erbvertrages, so versteht es sich von selbst, daß der Vertragserbe sich keine Verfügungen des Mitcontrahenten auf den Todesfall, wodurch der Erbvertrag zu seinem Nachtheile geändert würde, gefallen zu lassen braucht¹²⁵⁾. Daß eine solche Veränderung zum Nachtheile eines Dritten, auch einseitig, wenn der andere Mitcontrahent gar nicht dabei

118) Beseler a. a. D. S. 246.

119) Runde a. a. D. §. 661 und die dort in Note h angez. Schriften.

120) Von Beseler gegen Mühlenbruch a. a. D. Th. 2, Bd. 1, S. 314—325.

121) Umständlich und evident ist dieß dargethan von Beseler a. a. D. S. 270 flg., gegen Rittermaier a. a. D. §. 403, der übrigens keine Verbindlichkeit des Erben zur Antretung anerkennt, ihm vielmehr mit mehreren von ihm Genannten das *beneficium inventarii* zugestehet. Pfeiffer a. a. D. Th. 4, S. 148.

122) Gegen Rittermaier u. Pfeiffer a. a. D. Vgl. Mertens l. c. cap. 2, §. 5, p. 17.

123) Beseler a. a. D. S. 275. Vgl. vorst. Note 119.

124) Beseler a. a. D. S. 276 flg.

125) Im Königreiche Sachsen ist dieß ausdrücklich vorgeschrieben durch die 13. Decision von 1746. Vgl. Schröder l. c. cap. 1, §. 4, p. 18.

berthelligt ist, geschehen könne, so lange der Dritte die frühere Verfügung nicht acceptirt hat, ist wohl unbestritten¹²⁶⁾. Allein der eben erwähnte Grundsatz der Unveränderlichkeit bleibt Regel¹²⁷⁾, wovon nicht einmal der Fall eine Ausnahme macht, wenn Widerruflichkeit im Erbvertrage selbst bedungen ist. Denn dann findet dieselbe nicht vermöge der Natur des Geschäftes, sondern vermöge des eingegangenen Vertrages selbst statt¹²⁸⁾. In früheren Zeiten ging man damit so weit, daß man sogar dem Erblasser nach dem Erbennungsvertrage jede Veräußerung selbst beweglicher Sachen unter den Lebenden untersagte¹²⁹⁾. Allein da der Vertragserbe durch den Vertrag bloß ein Erbrecht, also bloß ein Recht auf den Nachlaß, wie er eben beim Tode und so weit er der Universalsuccession unterworfen ist, erhält, nicht auf die Gegenstände, die der Erblasser bei seinem Leben besitzte: so muß diesem bei seinem Leben jede Disposition unter den Lebenden über sein Vermögen¹³⁰⁾ — falls er nicht darauf ausdrücklich renunziert hat — frei stehen, selbst wenn der Erbvertrag in die öffentlichen Bücher eingetragen ist, da dieß keine ausdrückliche Entsagung jener freien Dispositionsbefugniß involvirt¹³¹⁾. Doch sind davon die Veräußerungen ausgeschlossen, die der Erbe dolo — ein höchst schwieriger Beweis — in fraudem successoris unternommen hat¹³²⁾. Donatio mortis causa, sowie jede andere Veräußerung auf den Todesfall, ist, nach ziemlich einstimmiger Meinung der Praktiker¹³³⁾, untersagt. Auch ist es noch sehr streitig, ob der Vertragserbe bei offener Verschwendung seines Mitcontrahenten auf Sicherstellung mit Effect antragen könne, da der jetzige Erbvertrag nicht ein gegenwärtiges dingliches Recht, sondern nur ein Erbrecht gibt. So viel ist wenigstens gewiß, daß für dieses rein deutsche Institut im vorliegenden Falle schwerlich eine unbestreitbare römische Klage aufgefunden werden kann und daß, was auch im Wesen des Geschäftes liegt, der Vertragserbe immer mehr oder weniger vom guten Willen des Erblassers abhängt. Uebrigens stehen dem Vertragserben dieselben Klagen wie dem Testamentserben, zum Theil in analoger Anwendung, zu¹³⁴⁾; vor allen die hereditatis petitio, hier conventionalis oder pactitia genannt, das interdictum quorum honorum, das iudicium familiae erciscundae und das interdictum quod legatorum, nicht das ein fehlerfreies Testament voraussetzende remedium ex L. alt. C. d. edicto D. Hadriani tollendo¹³⁵⁾.

126) Scheidlein a. a. D. Hft. 3, Abth. 2, §. 123, S. 56.

127) Mittermaier a. a. D. §. 403. Beseler a. a. D. S. 256.

128) Haffe a. a. D. S. 156, 204, 205.

129) Ebendaf. S. 193.

130) Ueber Oesterreich vgl. Scheidlein a. a. D. Hft. 3, Abth. 2, §. 121, S. 52, wonach, auch nach einem Erbvertrage über das ganze Vermögen, der Erblasser noch über ein Viertel selbst letztwillig verfügen kann und Schulden und Legate auf den drei übrigen Vierteln haften.

131) Haffe und Mittermaier a. a. D. Beseler a. a. D. S. 257 flg.

132) Beseler a. a. D. S. 260 flg.

133) Diese s. bei Beseler a. a. D. S. 263.

134) Mittermaier a. a. D.

135) Beseler a. a. D. S. 293.

So viel über den Erbvertrag im Allgemeinen.

Die Unterarten desselben werden, wie sich's von selbst versteht, in der Hauptsache nach den angegebenen allgemeinen Grundsätzen beurtheilt. Insonderheit übergehen wir hier Ehevertrag und Einkindschaft, da ihnen eigene Artikel gewidmet sind. Wir erwähnen nur 1) die Erbverbrüderung (*pactum confraternitatis*), verschieden von der Erbvereinigung, Ganerbschaft, Burgmannschaft¹³⁶⁾ u. s. w., welche Verträge entweder bloße *pacta hereditaria conservativa*, oder auch gar keine Erbverträge sind. Sowie alle diese Institute aus dem Bedürfnisse gegenseitiger Hülfe hervorgegangen sind¹³⁷⁾, so auch die Erbverbrüderung, welcher Name sich nicht vor dem 14. Jahrh. in Deutschland findet¹³⁸⁾. Sie ist ein *pactum hereditarium acquisitivum*, vorzüglich beim hohen Adel vorkommend¹³⁹⁾, wodurch mehrere zur Succession unter einander nicht berechnigte Häuser, oder verschiedene Linien desselben Hauses sich gegenseitig gleichmäßig (*par successiois ius*)¹⁴⁰⁾ ihre Güter auf den Fall des Aussterbens eines oder des anderen in der Masse zuwenden, daß der Letzte der aussterbenden Familie nichts daran ändern kann. Es ist dieß eine eigenthümliche Gestaltung der Vergabungen von Todeswegen¹⁴¹⁾. Beim hohen Adel bedurfte es, sowie überhaupt rücksichtlich der Lehen keine Erbverbrüderung ohne Zustimmung des Lehnherrn errichtet werden konnte¹⁴²⁾, während des Reichsverbandes rücksichtlich der Reichslehen der Bestätigung des Kaisers, jedoch unter Berücksichtigung des den Kurfürsten zustehenden Vorrechtes, Reichsstände ohne kaiserliche Einwilligung zu erwerben¹⁴³⁾. Auch das jetzige teutsche Staatsrecht erkennt die bereits bestehenden Erbverbrüderungen an. Bei neu zu errichtenden würde, wenigstens in den constitutionellen Staaten, die Einwilligung der Stände nöthig sein, da das Princip des Mittelalters über das Eigenthum der regierenden Herren an Land und Leuten, unter dessen Voraussetzung die, übrigens einer nicht mehr möglichen oberlehnherrlichen Bestätigung damals bedürfenden Erbverbrüderungen nur entstehen konnten, dießfalliger neuerlicher Bemühungen ungeachtet¹⁴⁴⁾, noch keine allgemeine

136) Die Literatur dieser genannten Institute findet sich umständlich bei Runde a. a. D. §. 662, von wo sie beinahe wörtlich in das Repertorium des gesammten positiven Rechtes der Teutschen, Th. 7 (Leipzig 1801), S. 90, übergegangen ist. Vgl. auch Mittermaier a. a. D. §. 404, und v. Rotteck u. Welcker, Staatslexikon Bd. 5, S. 248.

137) Mittermaier a. a. D.

138) Danz a. a. D. §. 662, S. 392.

139) Beseler a. a. D. Th. 1, S. 225 u. Th. 2, Bd. 2, S. 93.

140) Danz a. a. D. S. 393, 394.

141) Beseler a. a. D. Th. 2, Bd. 2, S. 90.

142) Runde a. a. D.

143) v. Rotteck u. Welcker, Staatslexikon Bd. 5, u. b. B. Erbverbrüderung, S. 248.

144) Vgl. u. A. Maurenbrecher, die teutschen regierenden Fürsten und die Souverainität. Frankfurt a. M. 1839. Dagegen: Wahrheit und Irrthum in der Maurenbrecher'schen Schrift: die teutschen u. s. w., Kassel 1839, die Beurtheilung der ersten Schrift von Stahl in Richter's und Schneiber's kritischen Jahrbüchern Jahrg. 5, Stf. 2, Nr. 1, S. 97 flg., und die

staatsrechtliche Herrschaft wieder erlangt hat. Die berühmtesten noch wirklichen Erbverbrüderungen sind die sächsisch-hessische, die sächsisch-hessisch-brandenburgische und die brandenburg-mecklenburgische¹⁴⁵⁾. 2) Der weibliche Erbverzicht, die interessanteste Art der renunciativen Erbverträge, gründet sich auf die allgemeine Theorie dieser letzteren. Der renunciative Erbvertrag im Allgemeinen setzt als Contrahenten den künftigen Erben und den künftigen Erblasser voraus, wovon der Erstere dem gegen den Letztern ihm zustehenden Erbrecht (also, wie bei allen Erbverträgen, nicht bloß dem Nachlasse) wirklich entsagt, nicht bloß sich zur Entfagung darauf anheischig macht (*pactum de renunciando*)¹⁴⁶⁾. Darum entsteht auch aus diesem Verträge nicht eine obligatio, sondern das Erbrecht wird absolut, unmittelbar aufgehoben. Dggleich das canonische Recht zu einer Erbverzicht eidliche Bestärkung vorschreibt, so fällt doch der Grund derselben, eine damals unter den Juristen stattfindende Controverse, jetzt hinweg und so hat sich durch Gewohnheitsrecht und Particulargesetzgebung¹⁴⁷⁾ die Gültigkeit solcher unbeschworbenen Verzichte festgestellt. Die Verbindung der Entfagung auf die gemeinrechtlichen Bürgschaftswohlthaten der Frauenspersonen mit diesem Verträge ist nothwendig nicht erforderlich, doch rathlich und in manchen Gesetzen vorgeschrieben¹⁴⁸⁾. Durch einen renunciativen Erbvertrag fallen alle Arten des Erbrechtes, sie mögen aus Gesetz, Testament oder Erbvertrag herrühren, mit Einschluß des Rechtes auf den Pflichttheil, nicht andere Vermögensvortheile, die nicht unmittelbare Folge des Erbrechtes sind, hinweg, es ergäbe sich denn ganz klar aus dem Verträge selbst, daß der Wegfall nur einer bestimmten Art des Erbrechtes gemeint wäre. Oft bedingt sich der renunciirende Theil eine Gegenleistung, für die er sich Sicherungsmittel stipuliren kann, und er ist dann, wenn er hinterher durch Testament oder Erbeinsetzungsvertrag doch Erbe wird, nur ein *heres extraneus*. Der renunciative Erbvertrag wirkt jedoch bloß auf den Renuncianten selbst und seine Erben, so weit sie seine Handlungen genehmigen müssen, also z. B. nicht auf ihr Notherbenrecht gegen ihre Großeltern¹⁴⁹⁾, und der Erblasser kann nunmehr, da das Erbrecht des Renuncianten beseitigt ist, frei disponiren. Thut Erster dieß nicht, so treten an des Letztern Stelle die nächsten anderen Erben. Da man sich dieser Erbverzichte vorzüglich vermöge der Familienautonomie des hohen Adels zur Beförderung des Familienglanzes bediente, so kommt der Fall, daß solche Verzichte von männlichen Familiengliedern geleistet wurden, höchst selten vor, sondern hauptsächlich traf dieß die Frauenzimmer, wenn sie aus dem

Beurtheilung gedachter zweiter Schrift in den Blättern für literarische Unterhaltung, 1839, St. 46 fig.

145) Näheres hierüber bei v. Rotteck u. Welcker a. a. D. S. 249, 250.

146) Beseher a. a. D. S. 233 fig.

147) Ueber Beides s. d. Nachweisungen bei Beseher a. a. D. S. 243.

148) Ebendas. S. 246.

149) Ebendas. S. 250.

väterlichen Hause wegheuratheten, die aber häufig nur zu Gunsten ihrer Brüder auf ihr Erbrecht verzichteten¹⁵⁰).

Schon früh, z. B. sehr streng in den fränkischen Gesetzen, waren die Frauenzimmer vom Erbrechte in den Grundbesitz ausgeschlossen. In- des nahmen die teutschen Gesetze späterhin — z. B. zur Zeit der Mar- kulf'schen Formeln¹⁵¹) — einen, den Frauenzimmern günstigeren Charakter an, so daß die später recipirten römischen Gesetze, schon seit dem 13. Jahrhunderte, den immer vermehrten Anforderungen der adel- lichen Familien nicht mehr entsprachen¹⁵²) und so die weiblichen Erbver- zichte gewöhnlich wurden. Durch diese wurde nicht nur in einzelnen Fäl- len das weibliche Erbrecht beschränkt, sondern es wurden auch gesetzlich und familienstatutarisch die Erbverzichte bei der Verheirathung der Töchter des Adels vorgeschrieben. Nach allem diesen sind die Erbverzichte der Töchter sehr verschiedener Art¹⁵³). In der Hauptsache sind sie entweder freiwillig; oder durch Gesetz, Statut, Herkommen gezwungen, im letzten Falle größtentheils eine bloße Form. Da die Hauptabsicht dabei auf Er- haltung des Glanzes der Familie geht, so erstreckt der Verzicht sich oft nicht blos auf die Erbgüter und väterliche Verlassenschaft, sondern auch auf anderweite Erbschaften, namentlich in der Familie. Die Gegenlei- stungen bestehen, wenn die Tochter heurathet oder in ein Kloster geht, in standesmäßiger Ausstattung, außerdem in den Mitteln zu einem standes- mäßigen Auskommen, in der Maße normirt, daß die Ansprüche der Toch- ter nach dem Verhältniß des Vermögens und Standes, im Einverständ- niß mit den Interessen der Familie, billig geordnet werden. Entstehende Streitigkeiten darüber sucht die Familie unter sich durch gewählte Schieds- richter zu beseitigen und nur im äußersten Falle kommen sie zur Ent- scheidung des Richters. Vorzüglich hat zu Streitigkeiten unter den Ge-lehrten, während wohl mehrentheils man bei den Verzichten beabsichtigte, daß, nach Aussterben des Mannsstammes, der weibliche Stamm über- haupt zur Succession kommen sollte¹⁵⁴), der Vorbehalt des Erbrechtes auf den ledigen Anfall Veranlassung gegeben, indem dann die Frage entsteht, ob nach dem Aussterben des Mannsstammes die Erbtöchter, oder die Regredienterin zur Succession kommt¹⁵⁵). Ueberhaupt kam bei alle dem eine Gleichheit in den verschiedenen Fällen nicht stattfinden, da schon die Beschränkungen der Succession nicht überall gleich und daher auch die Verzichtsformeln sehr verschieden sind¹⁵⁶). Da, wo durch Ge-

150) Paffe a. a. D. S. 191.

151) Rittermaier a. a. D. §. 405.

152) So Beseler a. a. D. S. 271, im Widerspruche mit den mehresten früheren Germanisten. Rittermaier a. a. D. Runde a. a. D. §. 663. Danz dazu Bb. 7, S. 414 fig. Paffe a. a. D. S. 192.

153) Heurath, von der Regredienterbschaft. Steffen u. Darmstadt 1807.

154) Rittermaier a. a. D.

155) Darüber s. b. Art. Regredienterbschaft und gegenwärtigen Art. oben. Vgl. auch Runde und Danz a. a. D. §. 464, bei Danz S. 430 fig.

156) Rittermaier a. a. D.

setze oder Statuten das Erbrecht der Frauenzimmer ohnehin beschränkt ist, ließ man schon in früheren Zeiten den Verzicht bloß zu noch mehrerer Sicherheit bewirken, und so geschieht es bei Lehn- und Stammgütern noch jetzt¹⁵⁷⁾.

Subbeus.

Ereptitia¹⁾, richtiger *ereptoria*²⁾, heißen solche Verlassenschaftsgüter, welche dem, welchem sie durch den Willen des Erblassers oder durch die Verfügung des Gesetzes zugebacht sind, deshalb entzogen werden, weil der damit Bedachte sich durch sein Betragen derselben unwürdig gemacht hat. Die Erfordernisse des Begriffes sind: 1) es müssen Güter aus einer Erbschaft sein, ohne Rücksicht darauf, ob ihr Erwerb durch Erbeinsetzung oder durch Intestaterbfolge, oder durch Legat oder durch Fideicommiss angeboten wird. Auf dieses Erforderniß deutet nicht allein der Ursprung der Lehre aus der *lex Papia Poppaea*³⁾, sondern auch ihr Zusammenhang mit den *Caduca*. Zudem werden die *Ereptorien* öfters kurzweg *caduca* genannt⁴⁾ und auf sie die von diesen geltenden Grundsätze angewendet⁵⁾. Auch ist in dem Titel der Justinianischen Pandekten, welcher besonders diese Lehre behandelt (*de his, quae ut indignis auferuntur* (34. 9.)) und dem des Justinianischen Coder (*de his, quibus ut indignis hereditates auferuntur et ad SC. Silanianum* (6. 35.)) nur von Erbantheilen, Legaten und Fideicommissen in dieser Beziehung die

157) Kunde und Danz a. a. D. §. 663.

1) Literatur: Heineccius, *comm. ad legem Juliam et Papiam Poppaeam* lib. 3. cap. 7. p. 414—423. Pothier, *Pandectae Justinianae* lib. 34. tit. 9. tom. II. p. 554—561. Marejoll, mit welcher Klage kann der Fiscus oder sonstige Dritte auftreten, um sein aus der Indignität des Berufenen hervorgehendes Erbrecht geltend zu machen, in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 1, Nr. 20, S. 380—391. Eine treffliche Zusammenstellung der einzelnen Ereptionsgründe enthält Puchta, Lehrbuch der Pandekten §. 550, S. 611—614. Einzelne gute Bemerkungen über die Geschichte der *Ereptorien* finden sich noch in Schilling's Bemerkungen über römische Rechtsgeschichte S. 312—317, und in der Abhandlung von Schröder zu der Lehre von der *bona vacantia* in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 10, S. 120—127, und Mühlentbruch, in der Fortsetzung des Glück'schen Commentars über die Pandekten Th. 38, S. 361 flg.

2) Diese Benennung beruht auf *Ulp. fr. 19. §. 17.*, wo die Vaticanische Handschrift hat *erepturium*, was schon Hugo in das richtige *ereptorium* umgewandelt hat. Diese Beiseart wird auch durch die Iudorischen Stellen bestätigt, wo es heißt *ereptoria adimenda* und durch die Pithou'schen Excerpte, wo steht *ereptoria reddenda*. Vgl. Schilling, *animadversionum criticarum ad Ulpiani fragmenta* sp. IV. (Lips. 1831) p. 8. *Ereptitia* nannte man solche Güter früherhin nach der von Caius zu *Ulp. fr. l. c. und observat. VI. cap. 7.* vorgeschlagenen Emendation. Ballhorn, genannt Rosen, über *Dominium*, S. 41, schlug *ereptum cui vor.*

3) *Ulp. fr. 19. §. 17.*

4) *Fr. 9. D. de SC. Siliano.* (29. 5.) *L. 2. §. 2. D. si quis aliquem testari.* (29. 6.)

5) *3. B. der Grundsatz caduca cum onere sunt.* Vgl. *L. 60. §. 1. D. de condit. et demonstr.* (35. 1.) *L. 3. §. 5. D. ad SC. Trebell.* (36. 1.) *L. 14. D. de iure fisci.* (49. 14.) *L. 3. D. ibid.* mit *L. 96. §. 1. D. de legatis I.* (30.) *L. 16. §. 2. D. de his, quae ut indignis.* (34. 9.)

Rede; dessen nicht zu gedenken, daß auch die Vasallen in dieser Rücksicht nur Erbschaften und Vermächtnisse erldähnen⁶⁾. 2) Der, welchem sie zugebracht sind, muß erbfähig sein. Die Nothwendigkeit dieses Erfordernisses geht nicht allein aus dem zuerstgenannten Requisite hervor, sondern auch daraus, daß 3) dem Bedachten entweder das Erbrecht deservirt oder das Vermächtniß bereits von ihm erworben sein muß, wenn überhaupt von einer Entziehung aus Unwürdigkeit die Rede sein soll⁷⁾. Das Factum der Erbschaftserwerbung wird nicht weiter berücksichtigt; wenigstens schließt die Ereption den Erwerb der Erbschaft von Seiten des Unwürdigen nicht aus⁸⁾; nur die juristische Möglichkeit des Erwerbes kommt in Frage. 4) Dem Bedachten muß aus einem durch das Gesetz, oder, was diesem gleich steht, ausdrücklich angegebenen Grunde die Fähigkeit entzogen sein, das, womit er bedacht worden, zu erwerben, mit anderen Worten, es muß ihm das *ius capiendi* nicht fehlen⁹⁾; was von der passiven Testamentification genau zu unterscheiden ist. Dieses Recht ist mit dem *capere non posse* verwandt, welches in der Lehre von den *Caduca* vorkommt (s. den Art. *Caducum*), und ob es überhaupt vorhanden sei oder nicht, darüber entscheidet der Zeitpunkt der Delation der Erbschaft¹⁰⁾ oder ein späterer¹¹⁾. Die Zahl dieser Gründe ist nach der Stellung unserer Lehre in den Justinianischen Rechtsbüchern geschlossen, und auch die einzelnen Ereptionsgründe, welche die Gesetze namhaft machen, können nicht durch Interpretation auf ähnliche Fälle ausgebehnt werden, da die Entziehung solcher Erbtheile zur Strafe nur ausnahmsweise gestattet wird.

Was die Geschichte der Lehre anbetrifft, so darf man wohl die *lex Julia* und *Papia Poppaea* als die Quelle derselben betrachten, theils deshalb, weil der Erwerb des *Ereptorium* geradezu diesen Gesetzen von *Ulpian* zugeschrieben wird¹²⁾, theils deshalb, weil die römischen Juristen in ihren Commentaren dazu von den *Indignitätsfällen* speciell handeln¹³⁾. Doch ist die Zahl der *Indignitätsfälle* theils durch spätere *Senatsbeschlüsse*, theils durch kaiserliche *Constitutionen* bedeutend vermehrt worden¹⁴⁾. Vorzüglich thätig waren in dieser Beziehung die Kaiser *Antoninus Pius*, *Marcus Philosophus*, *Severus* und *Caracalla* und selbst *Justinian* hat einen neuen *Indignitätsfall* eingeführt¹⁵⁾. — Das *Papische Gesetz* sprach dergleichen *Ereptorien* höchst-

6) Basil. LX. 42. ed. Fabr. tom. VII. p. 744. *περὶ τούτων, ἐξ ὧν τὰ καταλειφθέντα ληγῶτα ἢ κληρονομία ὡς ἀναξίων ἀραιροῦνται*. Vgl. Heineccius l. c. lib. III. cap. 7. p. 415.

7) L. 25. §. 1. D. 34. 9.

8) L. 8. L. 17. L. 18. §. 1. D. 34. 9.

9) L. 128. D. de legatis I. (30.) L. 2. §. 2. D. 34. 9.

10) L. 9. pr. u. §. 1. D. 34. 9. vgl. mit L. 4. D. de adimendis vel transferendis legatis. (34. 4.)

11) L. 13. §. 9. D. de iure fisci. (49. 14.)

12) Ulp. fr. tit. 19. §. 17.

13) L. 83. D. de acquirenda vel omittenda hereditate (29. 2.) L. 9. u. 10. D. 34. 9. Vgl. Schilling, rechtsgeschichtliche Bemerkungen S. 313.

14) L. 26. Th. C. de appellationibus. (11. 30.) spricht von quae indignis, legibus cogentibus, auferantur. Diese Worte sprechen für die allmähliche Ausbildung der *Indignitätsfälle*.

15) Ein *Senatsbeschluss* unter den *Antoninen* wird in dieser Beziehung er-

wahrscheinlich der Volkscasse, dem Aerarium, zu, wie der Zusammenhang unserer Lehre mit den *Caduca*¹⁶⁾ und *bona vacantia*¹⁷⁾ hinlänglich erweist und das Zeugniß Papinians¹⁸⁾ bestätigt. Zwar wird in den Justinianischen Pandekten und dem Justinianischen Codex die kaiserliche Casse, der *Fiscus* als zum Erwerb der Ereptorien berechtigt genannt¹⁹⁾, allein daß dieß späterer Interpolation angehöre, beweist nicht allein der Umstand, daß zur Zeit, wo das Papische Gesetz gegeben ward, der *Fiscus* von dem Aerarium wesentlich verschieden und einer anderen Verwaltungsbehörde untergeben war, sondern auch die Tendenz der Pandektencompilatoren, die ehemaligen Einzelrechte des Aerarium dem *Fiscus* beizulegen²⁰⁾. Für das Justinianische Recht steht somit die Regel fest, daß die Ereptorien an den *Fiscus* kommen, wenn sie nicht durch specielle gesetzliche Vorschrift anderen Personen zugewiesen werden²¹⁾; doch geschah dieß letztere nur ausnahmsweise und selbst dann entscheidet man sich gewöhnlich nur für das Zurückbleiben derselben in der Erbschaftsmasse²²⁾. Der Erwerb der Ereptorien geschieht ohne weitere Umstände (*ipso iure*), so daß das Eigenthum des entriessenen Erbtheiles sofort an den Erwerber übergeht und es mithin dazu keiner Thathandlung von Seiten des Erwerbers bedarf²³⁾; und zwar wird dieses Eigenthumsrecht nur durch Singularsuccession, wie bei den Legaten, im vorliegenden Falle erworben²⁴⁾, durch Universalsuccession wohl nicht einmal dann, wenn dem Erben sein Erbtheil entriessen wird. Fragt man, durch welche Rechtsmittel dieser Erwerb geltend gemacht werde, so stellen sich nach den verschiedenen Seiten hin als verschiedene heraus. Was nämlich zunächst den anbetrifft, welchem der Erbtheil oder das Vermächtniß entzogen wird, so wird die Klagenabschlagung²⁵⁾ (*actionis denegatio*) in den römischen Rechtsquellen als das

wähnt in L. 2. §. 1. D. 34. 9. Verordnungen des Pius kommen vor in L. 3. D. 34. 9., des Marcus in L. 12. u. L. 16. §. 2. D. 34. 9., Severus und Caracalla in L. 1. D. 34. 9. L. 16. §. 1. D. *ibid.*, von Justinian in L. 25. C. de legatis. (6. 37.)

16) Tacit. *annal.* III. 25. Plin. *epist.* II. 16., IV. 12. Caius *inst.* II. 286., III. 62. L. 13. *pr. u.* L. 15. §. 1. u. 3. D. 49. 14.

17) Caius *inst.* II. §. 150. Ulp. *fr.* 28. 7.

18) L. 12. D. 34. 9.

19) L. 2. §. 1. D. 34. 9. L. 6. u. 13. L. 16. §. 2. D. *ibid.* L. un. §. 12. C. de *caducis tollendis.* (6. 51.) Vgl. L. 5. §. 2. D. 34. 9.

20) Besonders belehrend werden in dieser Beziehung L. 2. §. 1. D. 34. 9. L. 5. §. 2. u. 6. L. 6. L. 9. §. 2. L. 12. D. L. 18. L. 14. D. *ibid.* L. 8. §. 14. D. de *inoff. testam.* (5. 2.) L. 22. §. 3. D. *ibid.* L. 8. C. 6. 35. L. 29. §. 1. D. de *iure fisci.* (49. 14.) L. 4. §. 1. D. de *lege Cornelia de falsis.* (48. 10.) Vgl. Heinemann *l. c.* p. 417.

21) L. un. §. 12. C. 6. 51. vgl. mit Ulp. *fr.* 19. §. 11.

22) L. 25. C. 6. 37. L. 9. *pr.* §. 1. u. 2. D. 34. 9. Eine Ausnahme enthält L. 5. §. 2. D. 34. 9.

23) Ulp. *fr.* XIX. §. 17. vgl. mit §. 2. L. 1. §. 1. D. 49. 14. Daher Ulpian a. a. D. den Erwerb des Ereptorium als ein *lego acquirere* bezeichnet.

24) Ulp. *fr.* XIX. §. 17. vgl. mit §. 2.

25) L. 5. §. 5. 10. u. 11. D. 34. 9. L. 9. *pr.* §. 1 u. 2. L. 12. L. 15. L. 16. §. 1. D. *ibid.* L. 2. §. 23 u. 47. D. ad SC. Tertullianum

Mittel genannt, ihn zum Schweigen zu bringen, was man nicht gerade immer von einer sofortigen Abweisung des Klägers von der Schwelle des Gerichtes zu verstehen hat, sondern auch von der Gestattung einer Ereption gegen die angebrachte Klage, sofern die Umstände, welche die Indignität herbeiführen, vom Kläger in Abrede gestellt werden²⁶). Gleichwohl bleibt der Bedachte, dem sein Erbtheil entzogen wird, immer noch nach, wie vor, Erbe²⁷), und daß dieß nicht bloß dem Namen nach der Fall ist, sondern auch praktische Folgen hat, geht daraus hervor, daß ihm die durch die Erbschaftserwerbung erloschenen Rechte, ohne Unterschied, ob es Obligationsrechte, oder Servituten sind, nicht restituirt werden²⁸). Demnach erscheint es für ihn räthlicher, die Erwerbung zu unterlassen, was dann freilich auf das Schicksal der Ereptorien weiter keinen Einfluß hat²⁹). Für die Erbschaftsschulden haftet der Indignus nach der Ereption nicht weiter, da diese gleich allen anderen auf den Ereptorien ruhenden Lasten auf den Erwerber übergehen³⁰). Von Vermächtnissen, welche Ereptorien werden, wird uns zwar nirgends ausdrücklich bezeugt, daß sie dem Bedachten auch nach der Ereption der Strenge des Rechtes zufolge zugeschrieben werden; allein für diese Annahme spricht jedenfalls die Analogie der Erbschaft. Was aber ferner den Erwerber des Ereptoriums anbetrifft, so ist unter den neueren Rechtsgelehrten sehr streitig, welche Klagen demselben zur Geltendmachung seiner Ansprüche zustehen. Daß es nicht persönliche Klagen sein können, geht, wie auch bereits von Löhrt³¹) bemerkt hat, schon daraus hervor, daß von einem vindicare solcher Erbportionen in den Schriften der classischen Juristen gesprochen wird³²), daher denn von einer *condictio ex lege*, welche manche neuere Juristen dem Erwerber zum Zwecke der Geltendmachung seiner Ansprüche am Ereptorium gestatten, nicht weiter die Rede sein kann. Vielmehr leitet uns der Zusammenhang unserer Lehre mit den *Caduca* und die Zusammenstellung der letzteren mit den Ereptorien in Betreff der für den Erwerber aus der Singularsuccession entstehenden Eigenthumsansprüche bei Ulpian³³) auf die Idee hin, daß auch bei den Ereptorien, gleichwie bei den *Caduca*, von einer wahren Eigenthumsklage (*caducorum vindicatio*) die Rede gewesen sei (s. den Art. Ca-

et Orfitianum. (38. 17.) L. 29. §. 2. u. L. 30. D. de donationibus. (39. 5.) L. 29. §. 1. D. 49. 14. Vgl. von Löhrt, im Archiv für civ. Praxis Bd. 5, S. 387, und Marejoll, in Einde's Zeitschrift für Prozeß und Civilrecht Bd. 1, S. 382.

26) Arg. L. 9. pr. D. de iureiurando. (12. 2.)

27) L. 8. D. 34. 9. L. 18. §. 1. D. ibid. L. 29. §. 1 u. 2. D. 49. 14.

28) L. 8. D. 34. 9. L. 18. §. 1. D. ibid. L. 29. §. 1 u. 2. D. 49. 14.

29) L. 29. §. 1. D. 49. 14.

30) L. 18. §. 1. D. 34. 9.

31) Im Archiv für civilistische Praxis Bd. 5, S. 387, Note 11.

32) L. 21. u. L. 25. §. 1. D. 34. 9. L. 32. §. 28. D. de donationibus inter vivos et uxorem. (24. 1.) L. 8. §. 14. D. de inoffic. testamento. (5. 2.) L. 7. §. 4. D. de poenis. (48. 20.)

33) Ulp. fr. tit. XIX. §. 2. u. 17.

ducum). Dies bestätigt sich auch durch eine andere Stelle Ulpian's³⁴⁾, welche dem Fiscus in einem unbezweifelten Indignitätsfalle geradezu die in rem actio zuspricht, was zur Zeit der classischen Juristen die gewöhnliche Bezeichnung für die Eigenthumsklage war³⁵⁾. Wahrscheinlich dachte man sich das ganze Ereptorium als Einzelsache, welche als solche dem Gegenstand der Klage ausmacht. Anderer Meinung ist freilich Marcellus³⁶⁾, welcher wenigstens für den Fall, wo der Fiscus in die Erbrechte des Indignus eintritt, demselben zur Realisirung seiner Ansprüche nicht allein gegen diesen, sondern auch gegen Andere die hereditatis petitio zuspricht. Er stützt sich zum Beweise dieser Behauptung theils auf den Grundsatz, daß der eripirende Fiscus ganz an die Stelle des Indignus treten, statt seiner succediren soll³⁷⁾; welcher im vorliegenden Falle um so mehr in Betracht komme, da Justinian³⁸⁾ in einem anerkannten Indignitätsfalle ausdrücklich erkläre, der Eripirende trete dabei ganz als Erbe ein, könne alles vornehmen und thun, was ein Erbe vornehmen und thun dürfe, namentlich dieselben Klagen anstellen, wie ein Erbe; theils auf den Sprachgebrauch der classischen Juristen, welche die für das Ereptionsrecht des Fiscus gebrauchten Ausdrücke, wie vindicare hereditatem, evincere hereditatem indigno, auch für die Anstellung der hereditatis petitio gerade in der Lehre von der Indignität gebrauchten³⁹⁾; theils endlich auf Zeugnisse der classischen Juristen, welche unter den bei der hereditatis petitio vorkommenden praedones auch die Indigni verstanden haben sollen⁴⁰⁾ und die Worte des Juvenianischen Senatusconsultes, welche die caduca betreffen, auch auf alle andere Fälle ausdehnen, in denen der Fiscus aus irgend einem Grunde Anspruch auf eine hereditas erwirbt⁴¹⁾; Indes läßt sich gegen die Beweiskraft dieser Gründe so viel einwenden, daß das Eintreten des Fiscus an die Stelle des Indignus eine ganz andere Bedeutung habe, als welche hier vorausgesetzt wird, daß die Justinianische Novelle, welche zur Unterstützung dieser Voraussetzung benutzt wird, dem Zusammenhange des Ganzen nach nicht von der Erthellung der hereditatis petitio an den Eripirenden, sondern von der Anstellung der Klagen gegen die Erbschaftsschuldner verstanden werden muß; daß ferner Ausdrücke, wie evincere

34) L. 43. D. de iure fisci. (49. 14.)

35) Vgl. Duroi, noch einige Bemerkungen über die actio in rem und actio in personam, ius in re und obligatio §. 1 u. 2. im Archiv für civil. Praxis Bd. 6, S. 252—258.

36) Mit welcher Klage kann der Fiscus oder sonstige Dritte auftreten, um sein aus der Indignität des Berufenen hervorgehendes Erbrecht geltend zu machen, in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 1, S. 380—391.

37) L. 16. §. 2. D. 34. 9. L. 8. C. 6. 35.

38) Nov. 1. cap. 1. §. 4.

39) Vgl. L. 8. u. 17. D. de hereditatis petitione. (5. 3.) L. 1. §. 1. D. si pars hereditatis petatur. (5. 4.) vgl. mit L. 2. §. 2. D. qui petant tutores. (26. 6.)

40) L. 25. §. 2—5. D. 5. 3. vgl. mit L. 2. pr. L. 13. u. 14. D. 34. 9.

41) L. 20. §. 6. u. 7. D. 5. 3.

hereditatem indigno, vindicare hereditatem, portiones, ebenso gut von der Erbschaftsklage, als von der speciellen Eigenthumsklage gebraucht werden können, da die *hereditas* als Vermögenscomplez eines Verstorbenen nicht immer den Begriff der Universalsuccession involvirt, z. B. in der so häufig vorkommenden Redensart *emere, vendere hereditatem*, und daß es mit den zuletzt angeführten Stellen eine ganz andere Verwandtniß hat. Denn, was zunächst den Begriff des *Prædo* im Juvenicianischen *Senatusconsulte* anbetrifft, so bezieht sich derselbe nach dem erst durch neuere Untersuchungen festgestellten Zusammenhange dieses *Sc.* mit der alten *pro herede usucapio* nur auf denjenigen, welcher sich im bösen Glauben Behufs der *usucapio lucrativa* in den Besitz einer fremden Erbschaft oder einzelner Sachen aus derselben gesetzt hat⁴²⁾, und, da der Senat bei Abfassung dieses Beschlusses nur sein Augenmerk darauf gerichtet hatte, die *improbæ usucapiones* als etwas durchaus Unrechtliches hervorzuheben und deren Anfechtbarkeit einzuführen, so ist es klar, daß jener *Prædo* des Juvenicianischen *Senatusconsultes*, welcher zwischen dem Diebe oder gewaltsamen Besitzer und jedem anderen Besitzer im bösen Glauben gewissermaßen in der Mitte steht, mit dem *Indignus*, dem ja der Erwerb der Erbschaft nach dem Rechte fortgestattet wird, nichts gemein gehabt haben kann. Und, was endlich die Ausdehnung des *Senatusconsultes* auf den Fall des erblosen Gutes und der *Ereptorien* angeht, so deutet der Zusammenhang der Ulpianischen Worte mit denen des *Senatusconsultes* nur so viel an, daß die Vorschriften des letzteren auch in den genannten Klagenfällen des *Fiscus* zur Anwendung kommen; damit ist aber keineswegs gesagt, daß die dem *Fiscus* deshalb zustehende Klage eine *hereditas petitio* sei, und somit dürfte sich gerade diese Annahme als eine *petitio principii* herausstellen. Zudem steht der hier bestrittenen Ansicht noch der Umstand entgegen, daß die im vorliegenden Falle dem *Fiscus* zur Erlangung der *Ereptorien* gestattete Klage dem Zusammenhange unserer Lehre nach nicht verschieden sein kann von der, welche ihm bei Legaten und *Fideicommissen*, die *Ereptorien* werden, zugesprochen werden muß; daß ferner der *Indignus* auch nach der *Ereption* die Erbschaft erwerben kann und nach der Strenge des Rechtes, wenn er sie einmal erworben, fernerhin als Erbe angesehen wird, also nicht einmal zur Uebernahme der Rolle des Beklagten bei der dem *Ereptienten* zukommenden Erbschaftsklage tauglich erscheinen würde, und daß es endlich unbegreiflich wäre, daß sich für die hier bestrittene Annahme in den Schriften der classischen Juristen kein ausdrückliches Zeugniß vorfindet, wenn dieselbe in der That begründet gewesen. Ein Stillschweigen, welches vom Standpunkte der von uns vertheidigten Ansicht aus leicht erklärt wird, da die römischen Juristen bei dem Zusammenhange unserer Lehre mit der *Sabucæ* es als etwas Bekanntes voraussetzten, daß die zur Realisirung der aus beiden entstehenden Ansprüche eingeführten Klagen identisch sind, und es

42) Vgl. *Caius inst. II. 57.* mit *L. 20. §. 6. D. 5. 3.* Siehe von *Mabai*, über die Haftung des *malæ fidei possessor* für *fructus percipiendi* in *Einbe's Zeitschrift Th. 11, S. 3—5.*

mithin nicht der Mühe werth halten mochten, über eine so klare Sache eine besondere Bemerkung zu machen. — Die Form des Processes, in welcher die genannte Klage abgesetzt wird, hat in Betreff der Personen, welchen das Ereptorium zufällt, mit Ausschluß des Fiscus, nichts Ausgezeichnetes. Fällt das Ereptorium hingegen dem Fiscus zu, so wird der Prozeß gewöhnlich in der Form des Nunciationsverfahrens abgesetzt⁴³). Dieß Verfahren beruht auf folgenden Grundzügen. Es wurde allen Privatpersonen, welche von dem Anfall eines Ereptorium an den Fiscus Wissenschaft erlangt hatten, erlaubt, davon Anzeige bei der betreffenden Behörde zu machen, was man *delatio, nunciare bona fisco* nannte⁴⁴). Für das Anbringen solcher Anzeigen waren bestimmte Zeitfristen festgesetzt, nach deren Ablaufe die Einrede der Verjährung (*praescriptio*) entgegenstand. Die Klage mußte der Denunciant, im Namen des Fiscus, gegen den Besitzer der fraglichen Güter erheben⁴⁵) und fortführen, mithin im vorliegenden Falle die in *rem actio* auf gleiche Weise einleiten, als wenn ein Private gegen einen anderen prozessirte, und den Beweis seiner Anzeige beibringen⁴⁶). Daher der Beklagte in keinerlei Weise nachzuweisen brauchte, wo er die Güter her habe⁴⁷). Für die Erfüllung dieser Verbindlichkeit hatte der Nunciant gleich von Anfang an dem Fiscus Bürgen zu stellen, an welche dieser sich halten konnte, wenn jener die Sache fallen ließ⁴⁸); auch verlor derselbe das Recht, künftighin zu nunciiren⁴⁹) und es trafen ihn gewisse Strafen, wenn ihm bei der Nichterfüllung seiner Zusage sonst kein Entschuldigungsgrund zur Seite stand⁵⁰). Wird der Beweis geführt, so erfolgt die Condemnation des Beklagten und dieser hat dann an den Fiscus Rechnung über die verlangten Güter abzulegen und ein Verzeichniß derselben einzureichen⁵¹). Eigenes Geständniß des Beklagten überhebt des Beweises, und dem Geständnisse wird es gleich geachtet, wenn der Beklagte den Denuncianten oder Richter mit Geld oder Versprechen unrechtmäßiger Weise abfindet⁵²). Wird der Beweis nicht geführt, so erfolgt die Freisprechung des Besitzers⁵³). Für ihre Mühwaltung zu Gunsten des Fiscus erhielten die Nuncianten eine gewisse Belohnung, welche noch in den Justinianischen Pandekten erwähnt wird⁵⁴). Wie groß sie gewesen, ist uns unbekannt.

43) L. 1. pr. D. de iure fisci. (49. 14.) vgl. mit L. 18. §. 4. u. 7. D. ibid. L. 3. §. 10. D. ibid.

44) L. 1. pr. §. 2. D. 49. 14. L. 1. C. de delationibus. (10. 11.)

45) L. 2. §. 3. u. 4. D. 49. 14. L. 22. §. 3. L. 25. L. 35. D. ibid.

46) L. 35. D. 49. 14. J. 25. D. ibid.

47) L. 25. D. ibid.

48) L. 2. §. 3. D. 49. 14.

49) L. 2. §. 3. D. 49. 14.

50) L. 24. D. 49. 14. L. 15. pr. §. 1. u. 2., 4. u. 5. L. 22. §. 3. L. 23. D. ibid.

51) L. 15. §. 5. u. 6. D. 49. 14.

52) L. 4. D. 49. 14. L. 29. pr. L. 34. D. ibid.

53) L. 2. §. 3. u. 4. D. 49. 14.

54) L. 15. §. 1. D. 49. 14.

Die allgemeinen Grundsätze, nach welchen der Erwerb von Ereptionen beurtheilt wird, lassen sich auf folgende Punkte zurückführen. 1) Durch die Ereption soll nur die Hoffnung auf einen Gewinn dem Unwürdigen entzogen werden. Daher wird auf der einen Seite dem Indignus nicht nur das entzogen, was ihm selbst, sondern auch das, was Personen hinterlassen ist, durch welche er erwirbt, z. B. Hausöhne oder eigne Sklaven⁵⁵), mit Ausschluß dessen, was von der Person der letzteren nicht getrennt gedacht werden kann; aus gleichem Grunde wird ihm auch die Belohnung für die Selbstanzeige aus einem Edicte Traians abgesprochen⁵⁶); auf der anderen Seite aber wird ihm nicht entzogen, was er an einen Anderen ausantworten muß, z. B. wenn ihm die Restitution des Legates oder der Erbschaft an einen Dritten auferlegt worden ist, so daß im zuleztgenannten Falle die Ereption sich nur auf die Falcidische Quart beschränkt⁵⁷). Eine weitere Folge dieses Grundsatzes ist es, daß 2) die Ereption, wo sie eintritt, vollständig geschieht, d. h. dem Indignus aller und jeder Gewinn zu Gunsten des Ereptienten entzogen wird, welchen derselbe aus dem ihm hinterlassenen Erbtheile oder Vermächtnisse möglicher Weise gezogen hat. Daher verliert der Indignus nicht allein den Anspruch auf die Falcidische Quart von dem, was ihm entzogen wird⁵⁸), sondern wird auch gezwungen, die aus dem Ereptorium gezogenen Früchte, Zinsen u. s. w. herauszugeben⁵⁹). Die Meinung Papinians, welcher im Falle des *tacitum fideicommissum* nach der *Litiscontestation* auch die Zinsen des Kaufpreises von den gezogenen Früchten vergütet wissen wollte, ist von *Septimius Severus* verworfen worden⁶⁰). 3) Durch die Ereption darf der Indignus in keinem von seinen bereits vor dem Anfall des Ereptorium erworbenen Vermögensrechten verletzt werden. Daher er weder für die Erbschaftsschulden weiter haftet⁶¹), noch dazu angehalten werden kann, die auf den Ereptorien ruhenden Beschwerden anzuerkennen⁶²), und nur solche Verletzungen in den eignen Vermögensrechten zu leiden hat, welche durch eigne Handlungen herbeigeführt werden. So wird er z. B. durch den freiwilligen Erbschaftsantritt verpflichtet, die Legate auszuführen, wenn der *Fiscus* von seinem Rechte keinen Gebrauch macht⁶³); ingleichen kann er nicht Restitution der Obligationen, Klagrechte und Servituten verlangen, welche durch die Erbschaftserwerbung in Folge der *Confusio* erloschen sind⁶⁴), außer wo ihm ein thatsächlicher Irrthum als Entschuldigungsgrund zur Seite steht⁶⁵).

55) L. 5. §. 3. D. 34. 9.

56) L. 5. §. 20. D. 34. 9. vgl. mit L. 13. D. 49. 14.

57) L. 8. §. 14. D. de inoff. testam. (5. 2.)

58) L. 5. §. 19. D. 34. 9. L. 6. 11. 15. D. ibid. L. 59. pr. u. §. 1. D. ad legem Falcidiam. (35. 1.) L. 8. §. 14. D. de inoff. testam. (5. 2.)

59) L. 17. u. 18. D. 34. 9. L. 17. §. 2. D. de usuris. (22. 1.)

60) L. 18. pr. D. 34. 9.

61) L. 18. §. 1. D. 34. 9.

62) L. 5. §. 4. D. 34. 9. L. 50. §. 2. D. de leg. I. (30.)

63) L. 50. §. 2. D. de leg. I. (30.)

64) L. 17. L. 18. §. 1. D. 34. 9. L. 29. §. 1. u. 2. D. 49. 14.

65) L. 17. D. 34. 9.

4) Es hängt nur von der Willkür des Berechtigten ab, ob er von seinem Rechte an dem Ereptorium Gebrauch machen will. Daher der Ereptionsklage Gebrauch zu machen, ja sogar durch ausdrückliche Erklärung auf seine Gerechtfame verzichten darf, was bei dem Fiscus mit dem auch sonst bei fiscalischen Verzichtleistungen gewöhnlichen Ausdrucke *bona non agnoscere*⁶⁶⁾ bezeichnet wird, und in diesem Falle bleibt alles bei dem Alten in der Masse, daß der Indignus die von ihm erworbene Erbschaft definitiv behält; aber auf der anderen Seite dem Rechte des Eripierten nicht durch Handlungen des Indignus präjudicirt wird. Hat der Indignus solche Güter veräußert in der Absicht, den Fiscus darum zu bringen, so hat dieser das Recht, die Veräußerung auch Dritten gegenüber wieder aufzuheben⁶⁷⁾. 5) Der Eripiert, welcher von seinem Rechte am Ereptorium Gebrauch macht, tritt in alle Rechte und Verbindlichkeiten des Indignus ein⁶⁸⁾. Daher der Eripiert die Falcidische und Trebellianische Quart an der Stelle des Eripierten abzuziehen berechtigt ist⁶⁹⁾; daher er die Erbschaftsschuldner verklagen kann⁷⁰⁾; daher ihm das Recht der Abi-tion und *pro herede gestio* in einem bestimmten Falle von Justinian zugesprochen wird⁷¹⁾. Daß er aber in die Verbindlichkeiten des Indignus eintritt, ist nur die Folge der aus der *lex Julia* und *Papia Poppaea* kommenden Rechtsregel: *caduca cum onere fiunt*⁷²⁾, welche in den Justinianischen Rechtsbüchern auf alle Arten dem Fiscus verfallener Güter angewendet wird, bei dem *SC. Silanianum*⁷³⁾, bei der Indignität⁷⁴⁾, bei der Verhinderung am Testiren⁷⁵⁾, bei dem *tacitum fideicommissum*⁷⁶⁾, bei der Deportation⁷⁷⁾, bei den erblosen Gütern⁷⁸⁾. Rücksichtlich des *SC. Silanianum* war zwar eine entgegengesetzte Ansicht aufgestellt worden, diese wird aber von *Caius* als offenbar grundlos verworfen⁷⁹⁾. Als Folgen dieses Grundsatzes muß es gelten, wenn der Fiscus, welchem eine Erbschaft als Ereptorium zufällt, verpflichtet wird, die Erbschaftsschulden abzuführen⁸⁰⁾, die auf dem Ereptorium haftenden Ver-

66) L. 30. §. 2. D. de leg. I. (30.) vgl. mit L. 6. §. 3. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.) L. 4. §. 17. u. 20. D. de fideicommissariis libertatibus. (40. 5.)

67) L. 45. pr. D. 49. 14.

68) L. 2. §. 47. D. ad SC. Tertull. (38. 17.) L. 8. C. de his quibus ut indignis. (6. 35.) Nov. 1. cap. 1. §. 4.

69) L. 3. §. 5. D. 36. 1.

70) Nov. 1. cap. 1. §. 4.

71) Nov. 1. cap. 1. §. 4.

72) Ulp. fr. 17. 3. L. 60. §. 1. D. de condit. et demonstr. (35. 1.) L. 96. §. 1. D. de leg. I. (30.)

73) L. 9. D. de SC. Siliano. (29. 5.)

74) L. 12. 16. §. 2. D. 34. 9.

75) L. 2. §. 2. D. si quis aliquem testari. (29. 6.)

76) L. 3. §. 4. D. 49. 14. L. 3. C. ad legem Falcidiam. (6. 50.)

77) L. 17. §. 5. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.)

78) L. 96. §. 1. D. de legatis I. (30.)

79) L. 14. D. 49. 14.

80) L. 3. §. 5. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.) Nov. 1. cap. 1. §.

mächtnisse zu entrichten, ohne Unterschied, ob es Legate oder Fideicommissa find⁸¹⁾, und die im letzten Willen erteilten Freilassungen anzuerkennen⁸²⁾. Auch hat Kaiser Justinian in der bekannten Constitution, worin er die *Sabuca* des alten Rechtes aufgehoben hat, an diesen Grundsätzen nichts geändert⁸³⁾, vielmehr dieselben bei Gelegenheit eines neuen, erst von ihm eingeführten Indignitätsfalles wiederum besonders eingeschärft⁸⁴⁾. Eine Ausnahme von dieser Regel kommt dann vor, wenn die Erbschaft deshalb *Ereptorium* wird, weil die im ersten Testamente ernannten Erben den Erblasser, welcher dasselbe ändern wollte, daran verhindert haben. Dann fallen nach der Ansicht von *Paullus*⁸⁵⁾ auch alle Legate und Fideicommissa aus diesem Testamente weg, weil angenommen wird; daß der Erblasser sein ganzes Testament habe aufheben wollen. Eine andere Modification erleiden die oben gedachten Grundsätze auch dann, wenn dem Erben neben dem Erbtheile in demselben Testamente noch Legate *per praeceptionem* erteilt sind, und der Erblasser nach Vollendung des ersten Testaments entweder den Namen des Erben ausgestrichen, oder in einem zweiten Testamente solche Personen zu Erben ernannt hat, welche er nicht zu Erben einsetzen konnte⁸⁶⁾. In beiden Fällen kommen nämlich auch die *Praeceptiones* Legate in Wegfall, wenn es aus den Umständen klar ist, daß der Erblasser auch diese dem Erben habe entziehen wollen. Doch wird diese Absicht nicht vermuthet, und, wenn sie nicht ganz auf überzeugende Weise dem Richter dargethan wird, dem *Indignus* die *Vermächtnißklage* nicht abgesprochen. - 6) Durch die *Ereption* wird ein dauerndes, von äußeren Umständen abhängiges Rechtsverhältniß begründet. Daher auf der einen Seite der *Indignus* nicht wieder erwerben kann, was ihm durch die *Ereption* einmal definitiv entzogen worden ist, auf der anderen Seite die Folgen der *Ereption* nicht allein gegen ihn, sondern auch gegen seine Erben in ihrem ganzen Umfange eintreten⁸⁷⁾. Gleichwohl erstrecken sich die Wirkungen der *Ereption* nicht über den *Indignus* und dessen *Universalsuccessoren* hinaus, daher die, welche durch den *Indignus* erwerben, das diesem hinterlassene Erbtheil oder *Vermächtniß* mit Ausschluß des

4. vgl. mit L. 72. pr. D. de iure dotium. (23. 2.) L. 18. §. 1. D. 34. 9. L. 2. C. ad legem Juliam de vi. (9. 12.) Freilich ist es wohl richtiger, nicht an eine unmittelbare Verpflichtung zur Abzahlung der Erbschaftsschulden zu denken, sondern an eine mittelbare, die nur durch die Annahme des vortheilhaftesten *Ereptorium* von Seiten des *Fiscus* entsteht. Vgl. L. 1. §. 1. D. 49. 14. L. 11. D. ibid. und von Schröder, zu der Lehre von den *bona vacantia* in *Ende's* Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 10, S. 107—113.

81) L. 50. §. 2. D. 30. L. 60. §. 1. D. 35. 1. L. 16. §. 2. D. 34. 9. L. 5. §. 4. L. 12. D. ibid. L. 3. §. 5. D. 36. 1. L. 3. §. 4. D. 49. 14. L. 14. D. 49. 14. L. 2. pr. u. §. 1. D. de alimentis vel cibariis legatis. (33. 1.)

82) L. 14. D. 49. 14. L. 3. §. 4. D. ibid.

83) L. un. §. 12. C. de cad. tollendis. (6. 50.)

84) Nov. 1. c. 1. §. 1. 3. 4.

85) L. 19. D. 34. 9.

86) L. 12. D. 34. 9.

87) L. 9. D. 49. 14. L. 26. D. ad legem Corneliam de falsis. (48.

Fiscus und der sonstigen Erpienten erhalten⁸⁸⁾, außer wenn sie um die Handlung, welche die Indignität in der Person des Vermächtnisnehmers oder Erben herbeigeführt, gewußt, sie befördert, oder wenigstens nicht gemißbilligt haben.

Es bleibt noch übrig, die Einzelfälle der Indignität zu verzeichnen. Der älteste Indignitätsfall war wohl der, welcher aus Handlungen des Bedachten gegen den erklärten Willen des Erblassers herrührte. Wenigstens bezieht sich Justinian⁸⁹⁾ geradezu auf alte Volksschlüsse, und wie groß der Umfang desselben im vorjustinianischen Rechte gewesen sei, ergibt das Zeugniß des Paullus⁹⁰⁾, welcher nur dann eine Ausnahme gestattet, wenn der im Testamente ausgesprochene Wille des Erblassers nicht geradezu die Absicht desselben verrathe, die Vorschriften des Gesetzes zu umgehen. Auf die Befolgung der vom Erblasser für sein Begräbniß und die Errichtung eines Monumentes gegebenen Vorschriften beziehen sich noch Stellen in den Justinianischen Rechtsbüchern⁹¹⁾. Daß aber von der Nichtbefolgung dieser Vorschriften her ein Ereptionsgrund genommen werden dürfe, stellt eine in den Justinianischen Codex eingetragene Constitution des Kaisers Alexander Severus⁹²⁾ in Abrede, und seit dieser Zeit scheint derselbe, mit Ausnahme eines speciellen Falles, in Vergessenheit gekommen zu sein. Wenigstens sagt Justinian⁹³⁾, daß in dieser Beziehung die Verfügung der Gesetze abgekommen sei, und spricht zugleich die Absicht aus, dieselbe einigermaßen wiederherzustellen. Im Justinianischen Rechte ist indignus I. hinsichtlich eines ihm deferirten Erbrechtes und Vermächtnisses 1) wer den Tod des Erblassers durch Abtödtung oder Fahrlässigkeit verschuldet hat⁹⁴⁾; 2) der Erbe, welcher es unterläßt, die Untersuchung gegen den Mörder des Erblassers zu bewirken⁹⁵⁾; doch muß in dieser Beziehung dem Erben eine gewisse Fahrlässigkeit zu Schulden kommen⁹⁶⁾; Minderjährigkeit entschuldigt⁹⁷⁾. Dieser Indignitätsfall schreibt sich wahrscheinlich aus dem SC. Silanianum her⁹⁸⁾. 3) Wer bei Lebzeiten des Erblassers ohne dessen Willen über die Verlassenschaft pacificirt hat⁹⁹⁾. 4) Wer die Rechtsfähigkeit des Erblassers,

88) L. 5. §. 5. D. 34. 9.

89) Et in leges respeximus L. 32. C. de fideicommissis. (6. 42.) Auch Nov. 1. praef. §. 1. spricht von τὸς οὕτω γεγραμμένους νόμους.

90) Sent. rec. III. 5. §. 13.

91) L. 202. D. de V. 8. (50. 16.) L. 12. §. 4. D. de religiosis (11. 7.)

92) L. 5. C. 6. 35. Vgl. L. 5. C. de religiosis. (3. 44.)

93) Nov. 1. praef. §. 1. Vgl. Schilling, Bemertungen über römische Rechtsgeschichte S. 314 fig.

94) L. 3. D. 34. 9. L. 10. C. 6. 35.

95) L. 21. D. 34. 9. L. 1. 6. 7. 9. C. 6. 35. L. 15. D. de SC. Siliano. (29. 5.) L. 15. §. 1. u. 2. D. ibid.

96) L. 7. C. 6. 35. L. 21. §. 2. D. 29. 5.

97) L. 6. C. 6. 35.

98) L. 15. §. 1. D. 29. 5.

99) L. 2. §. 3. D. 34. 9. L. 29. §. 2. D. de donationibus. (39. 5.) L. 30. D. ibid.

aus dessen letztem Willen ihm etwas zukommen soll, angefochten hat¹⁰⁰); 5) wer den letzten Willen als verfälscht, als inofficios oder durch die bonorum possessio contra tabulas angefochten, oder eine solche Anfechtung unterstützt hat, ohne durch eine ihm obliegende Pflicht dazu genöthigt zu sein¹⁰¹). Dieser Indignitätsfall erstreckt sich also auf die Zeugen, welche die klägerische Intention durch ihre Aussage unterstützen¹⁰²), auf die klägerischen Bürgen und Anwälte¹⁰³) und auf den Magistrat, der durch sein später in der Appellationsinstanz reformirtes Urtheil den Kläger unterstützt hat¹⁰⁴); keineswegs aber auf Tutoren und Curatoren, welche im Namen ihrer Mündel das Testament anfechten¹⁰⁵), auf den Generalanwalt des Fiscus, welcher die an den Fiscus deshalb gelangende Anzeige ausführt¹⁰⁶), oder auf den Vater, welcher im Namen seines im Testamente der Mutter übergegangenen Sohnes dasselbe als inofficios ansieht¹⁰⁷), eben so wenig auf die Universalsuccessoren, welche den von dem Erblasser erhobenen aber nicht ausgeführten Prozeß zu Ende bringen¹⁰⁸). Minderjährigkeit entschuldigt¹⁰⁹). Auch Zurücknahme der Klage vor der Abgabe des Endurtheiles schließt die Indignität aus¹¹⁰). Wer das Testament angefochten hat, verliert auch alles, was ihm in der secundae tabulae oder dem testamentarischen Codicille hinterlassen ist¹¹¹); während der, welcher die secundae tabulae oder die Codicille ansieht, nicht das verliert, was ihm im Testamente hinterlassen worden¹¹²). Auf Schenkungen von Todeswegen erstreckt sich dieser Ereptionsgrund nicht¹¹³), außer im Falle der bonorum possessio contra tabulas¹¹⁴), wohl aber auf andere Zuwendungen von Todeswegen, sofern sie durch das Testament bedingt sind¹¹⁵). 6) Wer den Erblasser arglistiger Weise an der Errichtung oder Aenderung eines letzten Willens gehindert hat. Im ersten Falle erscheint er unwürdig hinsichtlich der Intestaterbfolge¹¹⁶), im zwei-

100) L. 9. §. 2. D. 34. 9.

101) L. 2. pr. D. 34. 9. L. 5. §. 1. 7—19. D. ibid. L. 7. 15. 22. D. ibid. L. 18. §. 1. D. de bon. possessione contra tabulas. (37. 4.) L. 29. §. 1. D. 49. 14. L. 6. C. ad legem Cornelianam de falsis. (9. 22.)

102) L. 5. §. 10. D. 34. 9.

103) L. 5. §. 10. u. 11. D. 34. 9.

104) L. 5. §. 12. D. ibid.

105) L. 30. §. 1. D. de inoff. test. (5. 2.) L. 22. D. 34. 9.

106) L. 5. §. 13. D. 34. 9.

107) L. 22. §. 1. D. 5. 2.

108) L. 22. §. 2. u. 3. D. 5. 2.

109) L. 5. §. 9. D. 34. 9.

110) L. 8. §. 14. D. 5. 2. L. 8. C. 6. 35. Vgl. L. 24. D. ad leg. Corn. de falsis. (48. 10.)

111) L. 22. D. de vulg. et pup. subst. (28. 6.) L. 5. §. 14. D. 34. 9. vgl. mit L. 2. pr. D. 34. 9. L. 5. §. 4. D. de legatis praestandis. (37. 5.)

112) L. 5. §. 14. D. 34. 9. L. 15. D. ibid.

113) L. 5. §. 17. D. 34. 9.

114) L. 18. §. 1. D. de bon. poss. contra tab. (37. 4.)

115) L. 5. §. 18. D. ibid.

116) L. 19. D. 34. 9. L. 1. pr. §. 1. u. 2. D. si quis aliquem testari. (29. 6.) L. 2. pr. §. 2. D. ibid. L. 2. C. si quis aliquem testari. (6. 34.)

ten hinsichtlich des in dem letzten Willen ihm Hinterlassenen. 7) Wer mit dem Erblasser wissentlich in einer verbotenen Geschlechtsverbindung gelebt hat¹¹⁷⁾. Irrthum und Minderjährigkeit entschuldigt, vorausgesetzt, daß die betreffenden Personen, nachdem sie ihren Irrthum eingesehen oder die Großjährigkeit erreicht haben, dieß Verhältniß nicht fortgesetzt haben. 8) Wer sich gegen den Erblasser anheischig gemacht hat, das ihm Hinterlassene ganz oder zum Theile oder etwas Anderes einer des Erwerbes unfähigen Person zu restituiren, in Betreff dessen, was er restituiren sollte, und dieß wird ihm entziffen, so daß ihm kein Vortheil davon bleibt¹¹⁸⁾; vorausgesetzt indeß, daß der Incapar zur Zeit, wo das Fideicommiß hinterlassen wurde, bereits mit der Incapacität behaftet war¹¹⁹⁾, daß der, welcher sich zur Restitution anheischig macht, von der Incapacität des ersteren unterrichtet war¹²⁰⁾, daß diese Incapacität bis an den Tod des Erblassers gedauert hat¹²¹⁾, daß der, welcher die Restitution vorzunehmen hat, nicht in der väterlichen Gewalt des Erblassers stehe¹²²⁾, und daß die Uebernahme der Verpflichtung zur Restitution heimlicher Weise erfolgt sei¹²³⁾, was man in der Regel schon dann annahm, wenn davon nichts im Testamente oder in den Codicillen stand¹²⁴⁾; gleichviel indessen, ob die Restitution in einer besonderen Urkunde oder durch simples Besprechen übernommen worden¹²⁵⁾. Solche Restitutionsverträge heißen in der Kunstsprache der classischen Juristen *tacita fideicommissa* und wurden als Schleichwege betrachtet, um die Vorschriften des Julischen und Papischen Gesetzes über die Capacität zu umgehen¹²⁶⁾. Dieser Exceptionsgrund schreibt sich aber wohl nicht aus den genannten Gesetzen selbst, sondern aus einem dazu gemachten Senatsbeschlusse her¹²⁷⁾. 9) Wenn ein Erbe oder Vermächtnißnehmer eine ihm vom Erblasser gemachte Auflage ein Jahr lang, nachdem er durch richterlichen Bescheid zur Erfüllung aufgefordert worden, unerfüllt läßt, so verliert er das ihm Hinterlassene bis auf seinen Pflichttheil¹²⁸⁾. Die Personen, die es, wenn sie sich zur Erfüllung der Auflage anheischig machen, erhalten, sind vor Allem der Substitut des Indignus, dann die, welche es vermöge des Accrescenzrechtes erhalten haben würden (dann bei unwürdigen Legataren

117) L. 2. §. 1. D. 34. 9. L. 13. u. 14. D. *ibid.* L. 4. C. de incestis et inutilibus nuptiis. (5. 5.)

118) L. 10. pr. u. §. 1. D. 34. 9. L. 11. L. 18. pr. §. 1. u. 2. L. 23. D. *ibid.* L. 17. §. 2. D. de usuris. (22. 1.) L. 3. pr. §. 1—4. D. 49. 14.

119) L. 10. §. 1. D. 34. 9.

120) L. 10. pr. u. §. 1. D. 34. 9. L. 3. pr. §. 1. u. 2. D. 49. 14.

121) L. 10. §. 1. D. 34. 9. L. 3. §. 2. D. 49. 14.

122) L. 10. §. 2. D. 34. 9.

123) L. 10. pr. D. 34. 9. L. 3. pr. §. 1. u. 3. D. 49. 14.

124) L. 3. pr. D. 49. 14.

125) L. 3. §. 3. D. 49. 14. L. 10. pr. D. 34. 9.

126) Diesen Gesichtspunkt hebt namentlich hervor L. 10. pr. u. §. 1. D. 49. 14. L. 11. L. 18. pr. D. *ibid.* L. 3. pr. §. 1. u. 2. D. 49. 14.

127) L. 11. u. 23. D. 34. 9.

128) Nov. 1. cap. 1.

die Erben, welche im Falle der Unwürdigkeit ihres Miterben eben die Accrescenzberechtigten sind), dann die Universalfideicommissare, dann die Vermächtnißnehmer (unter den beiden letzteren bestimmt die Größe des Universalfideicommisses oder Vermächtnisses die Ordnung), dann die zur Intestaterbfolge Berechtigten nach der Ordnung der Intestaterbfolge (nur mit Auslassung der vom Erblasser enterbten), endlich jeder Andere, welcher die obige Bedingung erfüllt. Findet sich keine von den genannten Personen, welche das dem Unwürdigen Entzogene annimmt, so zieht es der Fiscus mit der Verbindlichkeit zur Erfüllung der Auflage ein. 10) Wenn ein vom Erblasser im letzten Willen Bedachter die ihm von demselben aufgetragene Erziehung eines unmündigen Kindes desselben ablehnt, so verliert er das um dieses Auftrages willen Hinterlassene, den Erbtheil an die Miterben, das Vermächtniß an den Dneriten¹²⁹). II. Hinsichtlich eines ihm deferirten Erbrechtes allein ist indignus 1) wer als nächster Auserwandter im Pupillartestamente dem Sohne des Erblassers substituirt worden ist, und nach dem Tode des Pupillen dessen Mutter der Kindesunterschlebung peinlich anklagt; in der Absicht, für sich die Intestaterbfolge in des Erblassers Güter zu eröffnen, und in diesem Prozesse unterliegt¹³⁰). Dieser verliert dann alles, was er als Substitut des Pupillen sonst erhalten haben würde. 2) Wer bei dem gewaltsamen Tode des Erblassers die Testamentseröffnung vorgenommen und die Erbschaft angetreten hat, ehe die Sklaven des Erblassers auf die Tortur gespannt und die Schuldigen bestraft worden sind¹³¹). Unwissenheit entschuldigt¹³²). Dieser Ereptionsgrund stammt aus dem SC. Silanianum. 3) Der Erbe, hinsichtlich dessen der Erblasser nachher seinen Willen geändert hat, ohne jedoch das Testament oder die Erbeinsetzung wirklich aufzuheben, also wenn der Erblasser auf irgend eine Weise seinen Willen kund gethan hat, daß jener nicht sein Erbe sein solle; wenn er seinen Namen durchstrichen oder nachher ein anderes aber ungiltiges Testament gemacht, worin er ihn nicht eingesetzt¹³³). 4) Der Erbe, welchen der Testator für sein Kind gehalten hat und der nach dessen Tode als untergeschoben befunden wird¹³⁴). 5) Wenn der Erbe zur Erbschaft gehörige Sachen bei Seite schafft, um die Vermächtnißnehmer zu verkürzen, so wird ihm die Falcidische Quart vom Werthe dieser Sachen entzogen¹³⁵). 6) Der Erbe, einerlei ob Testaments- oder Intestaterbe, welcher sich des blödsinnigen Erblassers nach vorhergehender Aufforderung des Verpflegers nicht angenommen hat, in welchem Falle der Verpfleger das Erbtheil des Indignus vindicirt¹³⁶). 7) Wenn Kinder ihre Aeltern, oder Aeltern ihre Kinder oder ein sonstiger Erbe den Erblasser, während

129) L. 1. §. 3. D. ubi pupillus. (27. 2.)

130) L. 16. pr. D. 34. 9.

131) L. 5. §. 2. L. 8. §. 1. L. 27. D. 29. 6. L. 3. C. 6. 35.

132) L. 27. D. 29. 6.

133) L. 12. L. 16. §. 2. D. 34. 9. L. 4. C. 6. 35.

134) L. 46. pr. D. 49. 14.

135) L. 6. D. 34. 9.

136) Nov. 115. c. 3. §. 12.

er weiß, daß er sein testamentarischer oder Intestaterbe sei, in feindlicher Gefangenschaft gelassen haben, ohne ihn losgekauft zu haben, so sind sie, sofern sie wenigstens 18 Jahr alt waren, der Erbschaft des in der Gefangenschaft und Unfähigkeit, ihr liebloses Betragen selbst zu bestrafen, verstorbenen Erblassers unwürdig; dieselbe soll an die Kirche seines Geburtsortes fallen und von dieser zur Loskaufung von Gefangenen verwendet werden¹³⁷). III. Hinsichtlich eines Vermächtnisses insbesondere ist unwürdig 1) wer im Testamente des Vaters als Tutor bestellt ist, und sich excusirt; das ihm in jener Rücksicht hinterlassene Vermächtniß fällt an den Pupillen¹³⁸). Als Grund dieser Verfügung wird angegeben, daß der bestellte Tutor gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Erblassers gehandelt habe¹³⁹). 2) Wer das Testament verheimlicht¹⁴⁰). Dann bleibt das Vermächtniß bei dem Dnerirten. 3) Wer Sachen aus der Erbschaft entwendet, verliert zu Gunsten des Dnerirten an seinem Vermächtnisse den Werth des Entwendeten¹⁴¹). 4) Wer den Erblasser, nachdem dieser das Vermächtniß errichtet hat, beschimpft¹⁴²); wozu nicht allein Injurien gerechnet werden, sondern auch die Denunciation wegen unerlaubten Handels¹⁴³) und peinliche Anklage¹⁴⁴). Sein Vermächtniß wird vom Dnerirten eingezogen. 5) Wer das ihm vom Erblasser aufgetragene Begräbniß desselben nicht besorgt. Auch hier verfällt das Vermächtniß dem Dnerirten¹⁴⁵).

Heimbach.

Erzbischof (Archiepiscopus, Metropolitanus)¹⁾ ist der geistliche Obere (Bischof) eines aus mehreren Diocesen gebildeten kirchlichen Sprengels (Provinz).

Es liegt in der Natur jeder größeren Gemeinschaft, daß zur Wahrnehmung ihrer Interessen sich kleinere und größere Verwaltungskreise bilden, welche in bestimmter Einheit erhalten werden. Die Entwicklungsgeschichte jeder umfangreicheren Vereinigung bestätigt die Nothwendigkeit einer solchen Organisation, und so finden wir auch in der Kirche eine gewisse Gliederung in der Verwaltung, welche man als hierarchische Ord-

137) Nov. 115. c. 3. §. 13. c. 4. §. 7.

138) L. 5. §. 2. D. 34. 9. L. 25. C. de legatis. (6. 37.) L. 36. pr. D. de excus. (27. 1.)

139) L. 5. §. 2. D. 34. 9.

140) L. 25. C. 6. 37.

141) L. 5. C. 6. 37.

142) L. 9. §. 1. D. 34. 9.

143) L. 1. D. 34. 9.

144) L. 31. §. 2. D. de adim. vel transf. legatis. (34. 4.)

145) L. 12. §. 4. D. de religiosis. (11. 7.)

1) Vgl. dist. XCIX—CI. c. 1 sq. Cau. IX. qu. III—X. 1. 8. (f. u. Ann. 79)). Tit. de supplenda negligentia praelatorum (X. 1. 10. in XI. 1. 8.). — Literatur: Thomassin, vetus ac nova ecclesiae disciplina P. I. lib. I. cap. XL—XLVIII. Bingham, origines eccl. lib. II. tit. XVI. Hof. Helfert, von den Rechten und Pflichten der Bischöfe, Th. I, §. 6—16 (dasselbst §. 5, S. 6, Nachweis von Monographien). Winterim, die vorzüglichsten Denkwürdigkeiten der christl. Kirche, Bd. III, S. 269—313.

nung zu bezeichnen pflegt. Die Hierarchie ist aber nicht eine von Beginn her fundirte, sondern im Laufe der Zeit entstandene.

Die Apostel wählten weise zur Gründung der ersten Gemeinden die Hauptstädte der römischen Provinzen, die Metropolen, weil von hier aus die Verbindung mit den andern Städten und dem platten Lande leichter zu bewirken war. Die aus einem solchen Mittelpunkte gegründeten Kirchen blieben mit demselben in steter Gemeinschaft und konnten so einen eignen Verwaltungskreis schaffen, da man in religiösen oder bürgerlichen Angelegenheiten sich nach der Metropole hin zu wenden häufig veranlaßt wurde. Als das Haupt dieses Kreises erschien dann der Bischof der Metropole. Schon im zweiten und dritten Jahrhunderte finden wir dieses Verhältniß für mehre Sprengel in Wirksamkeit, welche seit der Reception des Christenthums im römischen Staate durch Constantin den Großen bedeutend erhöht werden mußte²⁾. Was sich auf dem Wege der Sitte gebildet hatte, ward auf dem Concil zu Nicäa im J. 325 gesetzlich fixirt (mos antiquus perdurat etc.)³⁾ und seitdem weiter ausgeführt⁴⁾. Der Bischof der Metropole, nach dieser Metropolitanus genannt (Conc. Nic., Antioch.), sollte demnach über die andern Bischöfe der Provinz (Eparchie) eine allgemeine Aufsicht führen, für den Fall der Abwesenheit der Bischöfe das Erforderliche veranlassen, für die Wiederbesetzung eines erledigten Bisthums sorgen, die erfolgten Bischofswahlen bestätigen, und Angelegenheiten von allgemeinerem, die Provinz berührendem Interesse in Gemeinschaft mit den Bischöfen berathen und ordnen, zu dem Behufe Provinzialsynoden berufen und auf denselben den Vorßig führen⁵⁾. Zunächst kam es im Oriente zu einer allgemeinen Metropolitanverfassung, Anfangs im Occidente nur hin und wieder und zum Theil in abweichender Form: dann in Afrika und Spanien erscheinen unabhängig von der Hauptstadt nach dem Alter die Bischöfe als Provinzialvorsteher (episcopi primae sedis, primates)⁶⁾. Ueber den Metropolitanen standen Ἀρχιεπίσκοποι, welcher

2) Eine weitere geschichtliche Ausführung findet sich bei Ziegler, pragmatische Geschichte der kirchlichen Verfassungsformen in den ersten sechs Jahrhunderten der Kirche (Leipzig 1778, 8.), S. 61 flg. — Gegen Dupin, de antiqua ecclesiae disciplina diss. I., welcher den im Texte angedeuteten allmählichen Bildungsgang der Hierarchie behauptet, sucht Winterim a. a. D. den apostolischen Ursprung und die primäre Einsetzung zu beweisen.

3) c. 6. (c. 8. dist. LXIV. c. 1. 6. dist. LXV). c. 7. (c. 7. dist. LXV.)

4) c. 9. Conc. Antioch. a. 332. (c. 2. Cau. IX. qu. III), die Quelle des Canon. Apostol. 33. (ab 35.), s. v. Drey, neue Untersuchungen über die Constitutionen und Kanones der Apostel, S. 323 flg.

5) S. Isidor. Etymol. lib. VII. cap. 12. in c. 1. §. 4. dist. XXI: Metropolitanus a mensura civitatum vocatur; singulis enim provinciis praesident, quorum auctoritati et doctrinae ceteri sacerdotes subiecti sunt, sine quibus nihil reliquos agere licet episcopos; sollicitudo enim totius provinciae ipsis commissa est. (Die einzelnen Belege sind unten anzuführen.) Vgl. Balsamon, ad c. 21. u. 102. Cod. eccl. Afric.

6) Münter, primordia ecclesiae Africanae. (Hafniae 1828. 4.) cap. III. IV. — Zembke, Gesch. von Spanien, Bb. I (Hamburg 1831, 8.), S. 127 flg.

Ausdruck ursprünglich mit Patriarchae gleichbedeutend ist. Zuerst wird das Prädicat Archiepiscopus im vierten Jahrhunderte dem Bischofe von Alexandria beigelegt⁷⁾, auf dem Concil zu Ephesus (431) und Chalcedon (451) auch auf die andern Patriarchen übertragen, und dann auf jeden, welchem Metropolitane unterworfen waren⁸⁾. Seit dem achten Jahrhunderte wurde in Gallien⁹⁾ aber der Ausdruck Archiepiscopus den Metropolitane selbst zu Theil, welche keinem Patriarchen unterworfen waren, und da für den Occident überhaupt durch die Ausbildung des römischen Primats dieß allgemeiner der Fall wurde, so erlangten alle Metropolitane den Titel Erzbischof, welcher nun selbst als der üblichere gebraucht ward.

Zum Begriffe eines Metropolitane gehörte von jeher der Besitz einer kirchlichen Provinz und die Inspection über subjeicirte Bischöfe. Gewissermaßen als Primaten des zweiten Ranges wurden solche Metropolitane mit dem Namen Erzbischof beehrt. Bei der weiteren Entwicklung der kirchlichen Verhältnisse wurden aber auch einzelne Bischöfe von der Gewalt der Metropolitane befreit und selbst mit Metropolitanrechten in ihrer Diocese begabt, worauf ihnen, selbst wenn sie keine Bischöfe unter ihrer Aufsicht hatten, auch das Prädicat Erzbischof zufiel¹⁰⁾.

Der Umfang der Metropolitan-Rechte war längere Zeit bedeutend, wurde aber nach und nach theils aus dem Bestreben, den römischen Primat durch unmittelbare Verbindung mit den Bischöfen zu erhöhen, wie dieß namentlich den Pseudo-Isidorischen Decretalen zum Grunde liegt¹¹⁾, theils aber auch vermöge eigener Nachlässigkeit und Verschuldung der Metropolitane geschmälert¹²⁾. Vom Abhalten der Provinzialsynoden hing insbesondere ein großer Theil ihrer Befugnisse ab, welche nicht ausgeübt werden konnten, da die Convocation der Synoden unterblieb. Das rechtliche Verhältniß des Erzbischofs in der Mitte des fünfzehnten Jahrhunderts lernen wir vollständig aus einer Würzburger Synode vom Jahre 1446 kennen¹³⁾. So erhielt es sich im Wesentlichen während des folgenden Jahrhunderts. Das Concil von Trient berührte auch die Stellung der

7) Athanasius Apologia II. Epiphanius advers. haeres. c. LXVIII.

8) S. Nov. 16. 42. 55. 57. s. a. — Isidor. (Num. 4. cit. c. 1. §. 3. cit.): Archiepiscopus graeco dicitur vocabulo, quod sit summus episcoporum; tenet enim vicem apostolicam, et praesidet tam metropolitanis quam ceteris episcopis.

9) Thomassin I. c. P. I. lib. I. cap. XXX. nr. 5. cap. XXXI. nr. 3. lib. II. cap. LV.

10) Darüber, ob solche Erzbischöfe, denen keine Bischöfe subjeicirt sind, als wirkliche oder nur Ehrenmetropolitane zu betrachten seien, ob also auch eine von ihnen gehaltene Synode das Prädicat: synodus provincialis verbiene, haben die Ansichten gewechselt. Auf einer römischen Synode im Jahre 1725 wurde durch Franc. Maria Plonius die negirende Meinung vertheibigt und angenommen. (S. Benedict XIV. de synodo dioecesana lib. II. cap. IV. §. III sq. §. IX.)

11) Knust, de fontibus et consilio Pseudo-Isidor. collectionis §. 20. Vgl. Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechtes, Bd. 1, S. 69, 70. Anm. u. S. 663, 664.

12) Thomassin I. c. P. I. lib. I. cap. XLVIII.

13) Bei Hochheim, Concilia Germaniae T. V. fol. 320. Vgl. Anm. 55.

Metropolen wieder mehrfach, ohne daß aber die von demselben getroffenen Anordnungen (s. unten) in der That verwirklicht worden sind. Da indessen in der neuesten Zeit zum Theil untergegangene Erzbisthümer wieder hergestellt und neue gegründet worden, so bleibt das den Erzbischöfen zustehende Recht, selbst wenn es für den Augenblick noch ruhen sollte, doch von hoher Wichtigkeit und die Anwendung von der weiteren Entwicklung der kirchlichen Institute, insbesondere von der Erneuerung der Provinzialsynoden abhängig. Die neuesten Concorde und Umschreibungs-Bullen beruhen übrigens auf den seit dem sechzehnten Jahrhunderte hergebrachten Grundsätzen und haben die den Erzbischöfen entzogenen Gerechtigkeiten nicht restituirt¹⁴).

Der Metropolit, welchem nicht bloß die Ehre des Titels zu Theil geworden (s. Anm. 10), erscheint in einer zweifachen Qualität: denn einerseits ist er Bischof einer Diocese (Erzdiocese) und im Verhältnisse zu dieser wie ein gewöhnlicher Bischof zu beurtheilen, andererseits aber ist er wirklicher Erzbischof im Verhältnisse zu den übrigen Bischöfen der ihm zugeheilten Kirchenprovinz, insoweit nicht Exemtionen¹⁵ bestehen. Die Gründe zu solchen Exemtionen sind meistens dieselben, welche eine Befreiung von der bischöflichen Gewalt veranlaßt haben¹⁶), doch treten dazu noch eigenthümliche, wegen des Ursprunges von Bisthümern in Gebieten, die bisher von der Inspection des Metropoliten frei waren, oder auch zur Anerkennung besonderer Verdienste, wie umgekehrt zur Strafe gegen einen Erzbischof¹⁷). Uebrigens wird doch im Falle der Negligenz eines erimirten Bischofs der nächste Metropolit zum Einschreiten berechtigt und die Exemten sollen sich den erzbischöflichen Provinzialsynoden nicht entziehen¹⁸).

Die Einrichtung und etwaige Veränderung der Metropolitan Sprengel ist, wie die Circumscription der Bisthümer, eine gemischte Angelegenheit, welche vom Papste nach Vereinbarung mit den betreffenden Staaten be-

14) Vgl. z. B. wegen des Erzbischofs von Freiburg die Bulle *Provida solersque* vom 17. Sept. 1827: *Archiepiscopus in sua dioecesi et provincia ecclesiastica, uti et Episcopi in propria quaque dioecesi, pleno iure episcopalem iurisdictionem exercebunt, quae iuxta canones nunc vigentes et praesentem ecclesiae disciplinam eisdem competit.* S. auch Longner, Darstellung der Rechtsverhältnisse der Bischöfe in der oberrheinischen Kirchenprovinz (Tübingen 1840, 8.), S. 144 flg.

15) S. v. Droste-Hülshoff, Grundsätze des gemeinen Kirchenrechts, Bd. II, Abth. I, §. 145. Eichhorn a. a. D. S. 674.

16) Darüber vgl. man den Art. Bisthum, Bd. II, S. 235 flg.

17) So broht Eugen IV. dem Erzbischofe von Riga mit der Entziehung seiner Metropolitanrechte über das Bisthum Culm, wenn er das Basler Concil besuchen oder anerkennen würde, im Jahre 1441. (S. Wald, de confirmatione episcoporum in ditionibus ordinis Teutonici septentrionalibus, Regimontii 1819. 4. Docum. nr. III. pag. 11—13.) Beispiele anderer Exemtionsbewilligungen für die Diocesen Ermland, Desel u. a. s. m. bei Jacobson, die Metropolitanverbindung Rigas mit den Bisthümern Preußens, in Illgen, Zeitschrift für die historische Theologie, Bd. VI. und Bd. VIII. Desgleichen wegen Passau Pföfing, Vitriarius illustrat. I. 1164. cit. bei v. Droste-Hülshoff a. a. D.

18) Conc. Trident. sess. XXIV. cap. 2. de reform.

wirkt werden muß. Ein Zusammenfallen der politischen und kirchlichen Grenzen ist wegen des bedeutenderen Umfangs der Erzbisthümer¹⁹⁾ nicht so leicht herbeizuführen. Auch waren von jeher die bürgerlichen und kirchlichen Metropolen nicht immer dieselben, indem Veränderungen auf einer oder der anderen Seite nicht eine Nachfolge resp. des Staates oder der Kirche veranlaßten.

Die Rechte der Erzbischöfe beziehen sich theils auf den ordo, theils auf die Jurisdiction, theils auf die äußere Ehre. Wir betrachten dieselben im Einzelnen, mit Rücksicht auf den geschichtlichen Verlauf derselben.

I. Jura ordinis.

Der Erzbischof ist ein Bischof. Da aber der ordo episcopi der höchste ist, so können ihm besondere jura ordinis nicht zustehen: denn die ihm früher gebührende Consecration der Bischöfe (s. unten) war mehr ein Ausfluß seiner Jurisdiction.

II. Jura jurisdictionis.

Die dem Erzbischofe competirenden Jurisdictionrechte pflegt man in solche einzutheilen, die er nur in Gemeinschaft mit den ihm subjeetirten Bischöfen, also insbesondere auf einer Provinzialsynode, auszuüben befugt ist (*jura communia*), und in solche, deren Handhabung ihm selbstständig überlassen ist (*jura reservata*). Jene ruhen zum Theil factisch, zum Theil sind sie aber den Erzbischöfen gänzlich entzogen, diese sind bedeutend geschmälert. Ein Hauptrecht des Erzbischofs ist 1) die Berufung der Provinzialsynoden, das Präsidium auf denselben und die Publication ihrer Schlüsse. Ursprünglich wurde gesetzlich jährlich zweimal, später einmal eine Provinzialsynode gehalten²¹⁾. Schon seit dem dreizehnten Jahrhunderte geschah dies selten²²⁾, und man hielt eine dreijährige Synode für genügend, wie das Concil von Basel bereits anordnete²³⁾, der Cardinal Campegus in der Reformationordnung 1524 wieder einschränkte²⁴⁾ und das Concil von Trident allgemein erzwang²⁵⁾. Dessen ungeachtet sind die Provinzialsynoden auch seitdem nicht regelmäßig und seit dem vorigen Jahrhunderte fast gar nicht mehr gehalten worden. In der neuesten Zeit sind aber eindringliche Wünsche deshalb geäußert worden²⁶⁾ und dies mit um so größerem Rechte, als manche An-

19) S. oben Art. Bisthum, Bb. II, S. 234. — Wegen der jetzt bestehenden Erzbisthümer s. m. die daselbst Anm. 15) cit. Lit.

20) Beispiele bei Jo. Frid. Mayer (praes. Jo. Jac. Mascov.), *diss. de primatibus, metropolitanis et reliquis episcopis ecclesiae Germanicae* ed. III. (Lipsiae 1741. 4.) §. VII.

21) c. 3. 4. 6. dist. XVIII. (Conc. Nicaen. a. 325. Antioch. 332. Chalced. 451.) verb. c. 8. dist. XCII. (Conc. Antioch. a. 332.) — c. 7. eod. (Conc. Nic. II. a. 787.) c. 25. X. de accusationibus. (5. 1.) (Innoc. III. in Concil. Lateran. a. 1215.)

22) Vgl. meine Anm. 17) cit. Abhandlung bei Illgen, Bb. VI, Anm. 45 fig.

23) Sess. XV. vom 26. November 1433.

24) Cap. XXVI. bei Hartzheim, *Concilia Germaniae* Tom. VI. fol. 203.

25) Sess. XXIV. cap. 2. de ref.

26) W. s. vom 3. 1837 und 1840 die Verhandlung mit dem Erzbischofe

gelegenheiten gefeslich nach gemeinsamer Berathung erledigt werden sollen²⁷). — Zur Synode sind die dem Metropolitanen untergebenen Bischöfe zu erscheinen verpflichtet²⁸), und heißen mit Beziehung darauf *suffraganei* (Suffraganbischöfe), „*quia suffragantur Archiepiscopo in officio episcopali, puta in consecrando alios episcopos, celebrando concilia etc.*“ Hiermit hängt zusammen

2) das Recht des Erzbischofs die Provinz zu visitiren. Die Visitation sollte eigentlich jährlich erfolgen, stets aber mit der eigenen Diöcese der Anfang gemacht werden²⁹). Auf dem Concil von Trient kam die Angelegenheit zur Sprache und es ward hier die Ansicht vertheidigt, daß, da die Erzbischöfe sich nur im Namen, nicht eigentlich in der Autorität von den Bischöfen unterschieden, in der Handhabung der Visitation aber die Autorität des Erzbischofes zur Vollziehung komme, eine Visitation immer erst auf einer Provinzialsynode beschlossen werden müsse³⁰). Das Concil decretirte daher: „*a Metropolitanis, etiam post plene visitatam propriam Dioecesim, non visitentur Cathedrales ecclesiae, neque Dioeceses suorum comprovincialium, nisi causā cognitā et probatā in Concilio provinciali*“³¹). Schon auf dem Concil selbst erklärten die Metropolitane, daß diese Verordnung eigentlich jede Visitation unmöglich mache, da der einzige der Provinzialsynode präsidirende Erzbischof wohl immer von der Gesammtheit der Bischöfe überstimmt werden würde. Da überdieß die Provinzialsynoden jetzt nicht gehalten werden, so ruht dieses Recht um so mehr. Indessen sind doch die einzelnen Diöcesan-Bischöfe selbst zur regelmäßigen Visitation verpflichtet. Der Erzbischof kann daher im Fall der Negligenz, zumal wenn das Bisthum erledigt ist, für die Visitation sorgen³²). Ueberhaupt kann aber dem Erzbischofe nicht abgesprochen werden

3) das Recht einer allgemeinen Aufsicht über die Provinz und dem entsprechend die Sorge für Erledigung der Bedürfnisse der Diöcesen, insofern dieß nicht anderweitig geschieht. — a) Es lag dem Erzbischofe früher ob, die Wiederbesetzung erledigter Bisthümer bewirken zu helfen³³), den neugewählten Bischof zu confirmiren und zu consecr-

von Freiburg bei Rheinwald, Acta historico-ecclesiastica, Jahrg. 1837, S. 308—314 und in der Allg. Kirchenzeit. 1840, Nr. 114.

27) *W. f. z. B. Conc. Trid. sess. XXIII. cap. 18. de ref. sess. XXV. cap. ult. de ref.*

28) c. 10. Cau. III. qu. VI. (Nicol. I. a. 865.) *Wgl. c. 12 sq. dist. XVIII.* — *Conc. Trid. l. c. S. auch Anm. 18).*

29) c. 14. X. de censibus. (3. 39.) (Lucius III. a. 1181.) c. 1. eod. in VI. (3. 20.) (Innoc. IV. a. 1252.) c. 13. §. 7. X. de haereticis. (5. 7.) (Innoc. III. a. 1216.)

30) Sarpis, historia Conc. Tridentini lib. VIII. pag. 889. (ed. 1622. 4.)

31) *Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 3. de ref. W. vgl. die versuchte Rechtfertigung dieser Bestimmung bei Thomassin l. c. cap. XLVIII. §. XIII.*

32) c. 4. de negligentia praelatorum in VI. (1. 8.) (Bonifacius VIII.)

33) *Conc. Nic. c. 4. 6. a. 325. (c. 7. 8. dist. LXIV.) Conc. Laodic. c. 12. a. 347—381. (?) (c. 6. dist. LXI.) c. 36. dist. LXIII. (Leo I. a. 446.) Wgl. auch c. 19. Conc. Antioch. 332. (c. 2. 3. dist. LXXV.)*

ren³⁴⁾, so wie von demselben sich den Metropolitaneid leisten zu lassen³⁵⁾. Diese Verpflichtungen und resp. Befugnisse sind meist Reservatrechte der Päpste geworden³⁶⁾, und den Erzbischöfen ist nur das Recht geblieben, für den Fall der Erledigung einer bischöflichen Stelle einen Generalvicarius und Deconomen zu bestellen, wenn das Capitel nicht seiner Obliegenheit nachkommt, innerhalb acht Tagen die Verwaltung zu reguliren³⁷⁾. b) Ist die Diocese besetzt, so soll der Erzbischof darüber wachen, daß sie regelmäßig verwaltet werde. Jede Amts- und Pflichtwidrigkeit der Suffraganen soll er rügen. — Früher ertheilte er den Bischöfen, welche verreisen wollten, die erforderlichen literae formatae³⁸⁾, jetzt soll er darauf sehen, daß Residenz gehalten werde, die Gründe der Abwesenheit des Bischofs prüfen und bescheinigen, und wenn die Abwesenheit über ein Jahr dauert, davon dem apostolischen Stuhle Anzeige machen³⁹⁾. — Er soll seine Aufmerksamkeit auf die einzelnen geistlichen Institute der Diocesen richten, besonders auf die Errichtung der Seminare⁴⁰⁾, darauf achten, daß die geistlichen Stellen zur Zeit besetzt werden und im Falle der Nachlässigkeit der Berechtigten, selbst die Provision bewirken (jure devolutionis)⁴¹⁾. — In allen wichtigen Angelegenheiten kann der Erzbischof von den Suffraganen Bericht fordern; früher mußten selbst nach der Observanz die Bischöfe jährlich den Metropolitaneid besuchen, um mit ihm das Nöthige zu verabreden⁴²⁾, was aber das Concil von Trient abgeschafft hat⁴³⁾.

4) Ein besonderes Gesetzgebungsrecht für die Provinz kann dem Erzbischofe nicht beigelegt werden. Von Bedeutung war früher die von der Provinzialsynode ausgehende Legislation, deren Beobachtung in

34) c. 1. dist. LXII. (Leo I. a. 458.) c. 21. X. de electione. (1. 6.) (Innoc. III. a. 1200.) c. 28. §. 1. X. eod. (idem a. 1202.) c. 44. eod. (idem in Conc. Lateran. a. 1215.)

35) c. 13. X. de maiori et obedientia. (1. 33.) (Gregor. IX. a. 1227.) *Vgl. die oben Anm. 17) cit. Abhandlung bei Zilgen, Bd. VI, Anm. 83 flg.

36) Allgemeiner erst seit dem Ende des funfzehnten Jahrhunderts. Im Wiener Concordat von 1448, so wie in den Fürstenconcordaten, heißt es noch: Quod confirmati ut per nos (Papam) provisi Metropolitanis suis et aliis praestant debita iuramenta et alia, quae de iure tenentur. — Einzelne Ausnahmen zu Gunsten der Erzbischöfe haben sich aber bis in die neueste Zeit erhalten, wie für den Erzbischof von Salzburg. S. den Art. Bischof, Bd. II, S. 219.

37) Vgl. c. 16. 19. dist. LXI. (Gregor I. a. 595. 603.) — c. 3. Cau. IX. qu. II. (Conc. Nic. II. a. 787.) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 16. de reform.

38) Concil. Cath. III. a. 397. c. 28.

39) Conc. Trid. sess. VI. cap. I. sess. XXIII. cap. 1. de reform.

40) Conc. Trid. sess. XXIII. cap. 18. de reform.

41) c. 2. in fin. X. de concess. praebenda. (3. 8.) Concil. Lateran. a. 1179.) c. 3. X. de supplenda negligentia praelatorum. (1. 10.) (Innoc. III.)

42) S. Thomassin l. c. cap. XLVIII. nr. 12.

43) Sess. XXIV. cap. 2. de ref.: Nec Episcopi comprovinciales praetextu cuiuslibet consuetudinis ad Metropolitanam ecclesiam accedere in posterum inviti compellantur.

den einzelnen Diöcesen erfolgen mußte⁴⁴⁾. Zum Erlasse von Hirtenbriefen, welche die bestehende Disciplin einschärfen können, ist der Metropolit natürlich berechtigt. Wesentliche Veränderungen sollen aber selbst von der Provinzialsynode nicht ohne Zuziehung des Papstes bewirkt werden⁴⁵⁾.

5) Anspruch auf bestimmte Abgaben der Suffraganen hat der Erzbischof nicht. Eine Nothsteuer (*subsidium caritativum*), welche der Erzbischof mit Genehmigung des Papstes⁴⁶⁾ oder nach Beschluß der Provinzialsynode⁴⁷⁾ ausschrieb, würde jetzt immer von der Erlaubniß des Staates abhängen. Das wichtigste Recht bleibt noch immer

6) die erzbischöfliche Gerichtsbarkeit. Die Bischöfe sind dem Erzbischofe „*Metropolitana lege subjecti*“⁴⁸⁾ und hiernach erscheint dieser gewissermaßen als *ordinarius* der Suffraganen. Eine förmliche und vollständige Jurisdiction hat er aber darum nicht. Schon nach älterem Rechte durften Beschwerden über einen Bischof an ihn gebracht und von ihm erledigt werden⁴⁹⁾ und dieß muß auch jetzt noch als bestehend anerkannt werden. Wirkliche Criminalfälle sollten an die Provinzialsynode gelangen. Schon seit Pseudo-Isidor kam es aber zu Beschränkungen⁵⁰⁾, indem die Päpste sich die größeren Fälle als *causae majores* reservirten, *causae minores* der Provinzialsynode beließen. Die Befugniß, Censuren gegen die Bischöfe zu erkennen, verblieb dem Metropolit⁵¹⁾; doch soll dieselben in Person und nicht durch seinen Vicarius aussprechen. Das Speciellere wegen der Criminalgerichtsbarkeit bestimmte das Concil von Trident. *Causae graviores* soll nur der Papst beurtheilen; erfordert aber die Sache eine Verhandlung außerhalb der Curie, so wird dem Metropolit eine Special-Vollmacht zur Instruction der Angelegenheit ertheilt, die Sentenz jedoch dem Papst vorbehalten. *Causae minores* reservirten von der Provinzialsynode oder einer von derselben ernannten Deputation⁵²⁾. In Civilsachen der Bischöfe bildet der Erzbischof selbstständig die erste Instanz, in Civilsachen anderer Personen geht an ihn die Appellation⁵³⁾. Dieß ist auch in den Grenzen der kirchlichen Cognition

44) Conc. Tolet. XVI. c. 9. a. 691. (c. 17. dist. XVIII.)

45) Conc. Trident. sess. XXV. cap. ult. de ref.

46) Dieß geschah z. B. 14. Juli 1482 für Preußen. S. Dogiel, Codex diplom. T. V. nr. LXXXVII.

47) Vgl. c. 1425 vom Erzbischof von Gnesen. Jacobson, Gesch. der Quellen des preuß. Kirchenrechtes, Th. I, Bb. I, Anhang, Nr. I.

48) c. 11. pr. X. de officio iudicis ord. (1. 31.) (Innocent. III. a. 1204.)

49) c. 20. Conc. Toletan. III. a. 589. (c. 6. Cau. X. qu. III.)

50) c. 1. Cau. IV. qu. V. c. 4—7. Cau. IX. qu. III. (Ps. Is.)

51) c. 52. X. de sententia excom. (5. 39.) (Honor. III. a. 1225.) c. 1. de officio vicarii in VI. (1. 13.) (Innoc. IV. a. 1250.) c. 1. §. 1. de officio ordinarii in VI. (1. 16.) (Innoc. IV. in concil. Leyden a. 1245.)

52) Conc. Trid. sess. XIII. cap. 6. 8. sess. XXIV. cap. 5. de ref. — sess. VI. cap. 1. sess. XXIII. cap. 11. de ref. — sess. XXIV. cap. 8. de ref.

53) c. 15. dist. XVIII. (Conc. Antioch. a. 332.) c. 35. C. II. qu. VI. (Conc. Milesitan. c. a. 416.) c. 1. de off. ord. in VI. (1. 76.) c. 3.

jetzt von Seiten des Staates anerkannt geblieben⁵⁴). — Wenn gleich Ordinarius der Bischöfe, ist der Metropolit darum nicht zugleich Ordinarius der Diöcesanen, außer in seiner eigenen Erzbischof. Daher fehlt ihm auch im Allgemeinen die Befugniß, Angelegenheiten der Untergebenen der Bischöfe zu entscheiden. Innocenz III. äußerte darüber im Jahre 1204: Archiepiscopus in suffraganei subditum exceptis quibusdam articulis nullam habet potestatem⁵⁵). Diese Fälle zählt die Glosse⁵⁶) auf: „Cum deviat in divinis officiis a consuetudine metropolitane ecclesiae; si deliquit in ejus dioecesi; si habet praedium in dioecesi sua; si causa deferatur ad eum per appellationem; cum absolutus ab archiepiscopo non vult parere episcopo; si criminalis causa est inter episcopum et clericum suum; si clericus habet civilem causam contra episcopum u. a.“

7) Einige specielle Rechte sind jetzt nicht mehr in Gebrauch, wie die früher vom Erzbischofe ausgehende Anordnung der gleichzeitigen Osterfeier⁵⁷), das Recht zur Ertheilung von Ablässen für die Provinz⁵⁸), was jetzt von besonderer päpstlicher Erlaubniß abhängt u. a. m.

III. Jura status et dignitatis.

Die Ehren- und Staatsrechte der Metropoliten sind nach und nach erworben und eher erhöht, als vermindert worden. Dazu gehört:

1) die hohe Stellung in der Hierarchie der Jurisdiction. Früher war das Prädicat: Erzbischof nur den Patriarchen eigenthümlich (s. oben Anm. 7) fig.), später erhielten es alle Metropoliten. Die Erzbischöfe folgten daher in der Hierarchie unmittelbar auf die Primaten⁵⁹) und gingen den Cardinälen, welche bis zum vierzehnten Jahrhunderte nur von der Qualität ihres Amtes ihre Würde entlehnten⁶⁰), im Allgemeinen vor⁶¹). Seitdem nehmen die Erzbischöfe aber die nächste Stelle nach den Cardinälen ein und haben den Vorrang vor den Provinzialbischöfen überhaupt. — Das Rangverhältniß der Metropoliten unter einander beruht in der Hauptsache auf der Zeit der Ordination und ist darnach in Fällen

de appellat. in VI. (2. 15.) (Innoc. IV.) u. v. a. s. auch Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 20. de ref.

54) Die speciellere Ausführung s. m. im Art. Geistliche Gerichtsbarkeit.

55) c. 11. X. de off. ind. ord. (1. 31.)

56) Die Glosse ist hierbei die Quelle für die Entscheidung der oben Anm. 13) cit. Würzburger Synode.

57) c. 24. sq. dist. III. de consecr. Vgl. Winterim a. a. D. S. 280. 281.

58) c. 15. X. de poenitent. et remissionibus. (5. 38.) (Honor. III. a. 1220.) c. 1. eod. in VI. (5. 10.) (Innoc. IV. a. 1245.)

59) Vgl. c. 1. 2. Can. IX. qu. III.

60) S. den Art. Cardinäle, Bd. II, S. 568. Vgl. Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechtes, Bd. I, S. 599. Ueber das Verhältniß zu den päpstlichen Nuntien ist oft gestritten worden. Vgl. Legatio apostolica Petri Aloysii Carafae ed. Ginzler. (Wirceburgi 1840. 8.) pag. 88. 89. 100. 101.

61) S. z. B. J. H. Böhmer zum cap. 4. X. de crimine falsi. (5. 20.) Note 7. (Corp. iur. can. T. II. pag. 782.)

des Streit es öfter beurtheilt worden ⁶²). Das Verhältniß der drei geistlichen Churfürsten und Erzbischöfe in Deutschland war durch besondere Gesetze geregelt ⁶³).

2) Die politische Stellung der Erzbischöfe wurde früher und bis zur Auflösung des deutschen Reichs durch ihre landesherrlichen Rechte bestimmt. Seitdem entscheiden die partikulären Verordnungen der einzelnen Territorien. In Baden hat der Erzbischof die erste Rangklasse unmittelbar nach den Staatsministern ⁶⁴), in Oesterreich gebührt ihm der erste Platz in den Ständeversammlungen u. s. w. ⁶⁵).

3) Den Erzbischöfen gebühren demnachst auch besondere Titel. Das Prädicat: von Gottes und des päpstlichen Stuhles Gnaden, so weit es üblich ist, theilen sie mit den Bischöfen ⁶⁶). Gewisse Titel, wie Patriarch, Primas, Fürst u. s. w., sind einzelnen Metropolitnen eigen thümlich ⁶⁷). Den Titel Eminenz verlieh Urban VIII. den drei geistlichen Churfürsten ⁶⁸). Dem Erzbischofe von Freiburg ist das Prädicat Excellenz beigelegt. Er soll angedet werden: Hochwürdigster Herr Erzbischof, Erzbischöfl. Excellenz ⁶⁹). In Preußen erhalten die Erzbischöfe den Titel: Erzbischöfliche Gnaden ⁷⁰) u. a. m. — Eine besondere kirchliche Auszeichnung ist

4) die Ehre des Kreuzes (crux gestatoria) ⁷¹). Der alte Gebrauch, bei Prozessionen ein Kreuz vortragen zu lassen, wurde besonders von den römischen Bischöfen auch unabhängig von förmlichen Prozessionen beibehalten, und ging dann auf die apostolischen Legaten, die Patriarchen und Primaten, so wie auf die Erzbischöfe über. Einzelne Metropolitnen erhielten das Recht als ein besonderes Privilegium seit dem elften Jahrhunderte ⁷²). Allgemeiner wurde es seit dem dreizehnten Jahrhunderte und auf dem Concil zu Vienne 1311 von Clemens V. allen Erzbischöfen überhaupt verliehen ⁷³); und zwar in der ganzen Provinz

62) Vgl. Hincmar, Rhemens. epist. XLIV. cap. 16. Flodoardus, historia Rhemensis lib. III. cap. 13. 20.

63) S. goldene Bulle Carls IV., Tit. III, §. 2. Tit. XXIII, §. 1, 2 u. a.

64) Verordn. v. 2. März 1837 bei Andr. Müller, Lexikon des Kirchenrechtes, Bd. II, S. 755.

65) S. Helfert a. a. D. §. 16, S. 35.

66) S. die specielle Ausführung über diesen Titel im Art. Bischof, Bd. II, S. 228, Anm. 95.

67) Benedict, de synodo dioecæsana lib. II. cap. IV. §. VI. VII. — Helfert a. a. D. S. 36 (Daraus der wörtliche Abdruck bei Andr. Müller a. a. D. S. 754).

68) v. Droste-Hülshoff a. a. D. §. 143, Anm. 673.

69) S. die Anm. 64) cit. Verord.

70) Ministerial-Rescript vom 12. April 1832. (v. Kampß, Jahrbücher für die preuß. Gesetzgebung, Jft. LXXVIII, S. 415.)

71) S. Thomassin, lib. II. cap. LVIII. nr. VI. cap. LIX. Benedict XIV., de synodo dioecæsana lib. II. cap. VI. ar. II. Binterim a. a. D. S. 307 fig.

72) Beispiele in den in den vor. Anm. cit. Schriften. Vgl. auch c. 1. X. ut lite pendente. (2. 16.) (Alex. III. a. 1170.)

73) Clem. II. de privilegiis. (5. 7.)

auch an eremten Orten die Anwendung erlaubt. Nur bei Anwesenheit eines apostolischen Legatus a latere und um so mehr des Papstes selbst soll der Gebrauch unterbleiben⁷⁴⁾. Dieß muß auch jetzt noch als bestehendes Recht anerkannt werden: denn, wenn Kanonisten, gestützt auf die Vorschrift des Concils von Trident⁷⁵⁾, daß in einer anderen Diöcese Niemand ohne Erlaubniß des Bischofs Pontificalien verrichten, namentlich nicht ordiniren solle, fordern, daß der Erzbischof in einer eremten Diöcese nur mit Consense des Bischofs sich das Kreuz dürfe vortragen lassen⁷⁶⁾, weil man das öffentliche Auftreten als Erzbischof zu den Pontificalibus rechnen muß, so scheint dieß nicht gebilligt werden zu können, weil das Wesen der Pontificalien in der wirklichen Vollziehung einer Handlung vermöge des ordo besteht⁷⁷⁾. Ueberdieß enthält das tridentin. Concil in jener Verordnung nichts Neues, sondern bekräftigt nur eine ganz alte Vorschrift, mit welcher die Verordnung von 1311 schon vereinbar sein mußte. — Das Recht des Kreuzes haben übrigens in Verbindung mit dem Pallium auch mitunter einfache Bischöfe vermöge specieller Verleihung⁷⁸⁾. Bedeutungsvoller ist aber

5) das Recht des Pallii selbst⁷⁹⁾. Pallium ist ein drei bis vier Finger breiter weißer wollener Kragen, an beiden Enden um einige Zoll verlängert. Darauf sind sechs Kreuze von schwarzseidenem Zeuge genäht. Es wird als geistlicher Schmuck so getragen, daß die beiden Enden über Brust und Schultern herabhängen⁸⁰⁾. Der Ursprung desselben ist sehr bestritten. Manche leiten denselben von dem Stirnbande des jüdischen Hohenpriesters, oder dem hohenpriesterlichen Mantel (Mehil) ab⁸¹⁾, Andere erklären das Pallium für einen Mantel, welcher im Oriente einen Theil der kaiserlichen Kleidung bildete⁸²⁾. Sicher ist die Entstehung nicht nachzuweisen. Daß aber das Pallium ein Mantel gewesen, welcher

74) Vgl. c. 23. X. de privilegiis. (5. 33.) (Innoc. III. a. 1216).

75) Sess. VI. cap. 5. de ref.

76) v. Droste-Hülshoff a. a. D. S. 143, Anm. 671.

77) Auch Helfert a. a. D. S. 84 findet in der Vortragung des Kreuzes keine Pontificalhandlung.

78) S. Bb. II, S. 229, Anm. 102. Vgl. Benedict XIV., de synodo dioecetana lib. XIII. cap. XV. nr. X u. XX. Getrennt vom Pallium erhielt diese Ehre durch Benedict XIV. der Bischof von Eichstädt.

79) S. dist. C. Tit. X. de auctoritate et usu pallii. (1. 8.) Verb. Extrav. Comm. I, V. — Thomassin l. c. R. I. lib. II. cap. XLV. nr. VII—X. XVIII. cap. LIII—LVII. Benedict XIV., de synodo dioec. lib. XIII. cap. XV. nr. VII. sq. Winterim a. a. D. — J. G. Pertsch, de origine, usu et auctoritate pallii archiepiscopalis. Helmstad. 1754. 4. Calcagni, de pallio. Venetiis 1820.

80) So ist das Pallium beschaffen, dessen sich der Bischof von Ermland bedient. Nach der Beschreibung, welche Andere davon machen (z. B. Barthel, de pallio. Herbipol. 1753. 4., f. die Stelle bei Eichhorn, Kirchenrecht Bb. I, S. 672, Anm. 9. Winterim a. a. D. S. 303 u. 304 u. X.), sollen die Kreuze roth und schwarz, auch eingewirkt sein.

81) S. Gonzalez Tellez ad cap. 1. X. h. t. nr. 7. Winterim a. a. D. S. 291.

82) So Petr. de Marca, de concordia sacerdotii et imperii lib. VI. cap. 6., welchem Barthel u. v. X. folgen.

im ~~...~~ der Zeit verkürzt worden, kann mit Grund nicht behauptet werden. In der Zeit, in welcher dasselbe zuerst erwähnt wird, erscheint es ~~...~~ der verkürzten Form⁸³). Es findet sich zuerst im vierten Jahrhunderte bei den Bischöfen im Oriente, unter dem Namen *ἀμωπόριον*, bestehend aus Wolle, nicht aus Leinen und das Lamm bezeichnend, welches der Herr suchte und auf seinen Schultern trug, zur Mahnung für die Bischöfe, Christi Nachfolger zu sein⁸⁴). Im Decibente ist die erste urkundliche Nachricht aus dem Anfange des sechsten Jahrhunderts, indem im Jahre 504 der römische Bischof Symmachus dem Erzbischofe Theodor von Ungarn und Lorch das Pallium übersandte, zum Schmuck des priesterlichen Amtes und zur Bezeugung der Einheit mit dem Apostel Petrus begehrt, und ertheilt zum Zeugniß, daß Theodor Erzbischof sei und seine Kirche eine erzbischöfliche⁸⁵). Seitdem findet es sich öfter erwähnt, und zwar unter Vigilius und Gregor I. mit der Einwilligung des Kaisers, wovon aber der Grund wohl in den Zeitumständen gesucht werden darf⁸⁶). Eine feste Theorie bildete sich übrigens erst allmählig und wurde besonders durch Bonifacius befördert, indem derselbe auf einer Synode zu Mainz im J. 742 den Beschluß veranlaßte, daß die fränkischen Metropolite sich stets von Rom das Pallium erbitten sollten⁸⁷). Darauf machten die römischen Bischöfe es zum Princip, daß jeder Erzbischof zur Anerkennung seiner Stelle des Pallii von Rom bedürfe, wie Johannes VII. im Jahre 877 auf dem Concil zu Ravenna erklärte⁸⁸). Auch wurde nun der Grundsatz festgestellt, daß nur der römische Stuhl das Pallium zu ertheilen die Macht habe. Seitdem ist in der Hauptsache nichts verändert worden und es sind daher die einzelnen Bestimmungen selbst auseinanderzusetzen.

Die Verfertigung des Pallii erfolgt nach sehr genauen Anordnungen unter Leitung von fünf damit beauftragten päpstlichen Subdiaconen. Am 21. Januar, als dem Tage der heiligen Agnes, werden zwei weiße Lämmer in zwei Körben, die von einem Pferde getragen werden, zum Vatican geführt und aus dem Fenster desselben auf die Straße hinab vom Papste gesegnet. Dann werden sie in die Agneskirche selbst gebracht und während des Hochamtes beim Agnus Dei von den Geistlichen der Kirche auf den Altar gesetzt und consecrirt. Sie werden dann auf eigener Weide gepflegt, geschoren und die Wolle, jedoch mit anderer vermischt, weil sie sonst nicht genügen würde, von Klosterjungfrauen gesponnen und daraus

83) R. vgl. Jacob. Gothofredus ad c. 1. C. Th. de habitu, quo uti oportet intra Urbem. (14. 10.) ed. Ritter. Tom. V. fol. 236.

84) Isidornus Pelusiota († c. 440) lib. I. epist. 136.

85) Bei Mansi, Coll. Conc. T. VIII. fol. 228. Vgl. Fejer, Codex diplomaticus Hungariae. (Ofen 1829.) ad a. 504.

86) Pertsch I. c. pag. 196 sq. Vgl. Gieseler, Lehrbuch der Kirchengesch. Bb. 1, §. 115, Note II.

87) Decrevimus in nostro synodali conventu... Metropolitanos pallia ab illa sede quaerere et per omnia praecepta Petri canonice sequi desiderare etc. (Epist. CV. ed. Serrarii. Hartzheim, Conc. Germaniae T. I. fol. 67. 68.)

88) c. 1. dist. C.

die Pallien selbst gearbeitet. Diese selbst werden nun am Vorabende der Apostel Petri und Pauli nach gehaltener Vesper in der Kirche des Vaticanus mit Weihwasser und durch Anräucherung geweiht, und eine Nacht auf den Altar gelegt, der über dem Grabe des heil. Petrus erbaut ist, woher das Pallium ein ornamentum de corpore S. Petri sumtum genannt wird⁸⁹). Bis zur Versendung an die Metropolen werden sie nun in einer Kapsel über der Cathedra, auf welcher Petrus zuerst gelehrt haben soll, aufbewahrt.

Nach dem jetzigen Rechte hat nur der Papst die Befugniß, das Pallium zu verleihen⁹⁰). Jeder Erzbischof bedarf desselben: denn es hängt davon die Fülle seines Rechtes und selbst das erzbischöfliche Prädicat ab; denn Innocenz III. erklärte im Jahre 1200: non deberet archiepiscopus se appellare, priusquam a nobis pallium suscepisset, in quo pontificalis officii plenitudo cum archiepiscopalis nominis appellatione confertur⁹¹). Es soll daher innerhalb dreier Monate nach erhaltener Confirmation instantener, instantius, instantissime nachgesucht werden⁹²) und zwar in Person oder durch einen Specialbevollmächtigten. Beim Empfange, der gewöhnlich mit der Consecration jezt verbunden ist, und nach der im Pontificale Romanum im Titel de pallio vorgeschriebenen Solennität erfolgt, ist zugleich dem Papste der Subjectionseid zu leisten⁹³). Innocenz III. erinnerte im Jahre 1202: Non licet archiepiscopo sine pallio convocare concilium, consecrare chrisma, dedicare basilicas, ordinare clericos et episcopos consecrare... clericos ordinare, quum id non tanquam simplex episcopus, sed tanquam archiepiscopus facere videatur⁹⁴). Mit Ausnahme der Berufung der Synode sind dieses sämmtlich Pontificalien, als Ausfluß des ordo, und es rechtfertigt sich daher die Behauptung, daß, mit der erwähnten Ausnahme, der confirmirte Erzbischof, auch ehe er das Pallium erhalten hat, seine Jurisdiction vollziehen darf⁹⁵). Demgemäß kann er auch den Suffraganen schon dann den Auftrag zur Consecration ertheilen⁹⁶). — Das Pallium soll eigentlich unentgeltlich ertheilt wer-

89) So in den Verleihungsurkunden. Vgl. auch c. 4. X. de electione. (1. 6.)

90) c. 23. X. de privilegiis. (5. 33.) (Innoc. III. in Con. Lateran. a. 1216.)

91) c. 3. X. h. t. (1. 8.) Vgl. c. 28. §. 1. X. de electione. (1. 6.) (Innoc. III. a. 1202.)

92) c. 1. dist. C. (Johann. VIII. a. 877.) Verb. Extrav. un lit. (1. 4.) (Joann. XXII. a. 1318.)

93) c. 4. dist. C. c. 4. X. de electione. (1. 6.)

94) c. 28. §. 1. X. de electione. (Anm. 87.)

95) Vgl. argum. c. 15. X. de electione. (1. 6.) Eichhorn, Kirchenrecht Bd. I, S. 672. Dagegen Walter, Kirchenrecht §. 149, Anm. i.

96) c. 11. X. de electione. (1. 6.) Walter a. a. O. betrachtet diese Vorschrift als einen singulären Fall, während derselbe in der That sich als Folge des ganzen Principes zeigt. Das in der vorigen Anm. cit. c. 15. X. 1. 6. spricht allerdings zunächst von einem Bischöfe, das Argument der Stelle auf den Erzbischof erscheint aber unbedeutlich.

den⁹⁷⁾; doch wurden die von Gregor I. verbotenen Gebühren (Anm. 97) später wieder üblich, auf der Synode zu Basel zwar aufgehoben⁹⁸⁾, aber in Folge des Wiener Concordats, welches die Sache stillschweigend übergeht, wieder eingeführt. Die Entrichtung der Palliengebühren wurde nun zu einer drückenden Abgabe⁹⁹⁾, welche durch Mitwirkung der dazu wohl berechtigten Staaten¹⁰⁰⁾ jedoch in der neueren Zeit zu einer verhältnißmäßigen¹⁰¹⁾ Laxe herabgesetzt ist. — Der Gebrauch des Pallii ist übrigens ein beschränkter, und beruht im Einzelnen auf der besonderen Verleihungsurkunde. Regelmäßig darf es nur in der Provinz, bei Verrichtung der Pontificalien an bestimmten Tagen getragen werden¹⁰²⁾, nämlich: am Weihnachtstage, am Feste des heil. Stephanus, des heil. Johannes des Evangelisten, auf Neujahr, Erscheinung des Herrn, Palmsonntag, am grünen Donnerstage, am Char-Sonnabend, den drei Ostersfesttagen, Sonntag nach Ostern, Himmelfahrt, Frohnleichnam, Geburt Johannis des Täufers, Aposteltage, vier Marienstage (Reinigung, Verkündigung, Himmelfahrt, Geburt), am Tage aller Heiligen; sodann an den vorzüglichsten Festen jeder erzbischöflichen Kirche, bei der Weihe einer Kirche, bei Ordinationen von Geistlichen, Consecration eines Bischofs, Benedictionen der Nonnen, am Jahrestage der Consecration des Erzbischofs¹⁰³⁾. — Das Pallium ist ein höchst persönliches, für eine einzelne Erzdiocese bestimmtes Ornament. Es darf daher nicht verliehen werden und wird mit dem Besizer begraben¹⁰⁴⁾. Wer mehr Erzbisthümer zugleich verwaltet, muß für jedes ein eigenes Pallium erwerben¹⁰⁵⁾.

In der griechischen Kirche waren die Erzbischofe an sich als Bischöfe der bedeutenderen Städte ohne Suffraganen, als Metropolitane stehen sie aber an der Spitze der Eparchie, deren mehrere eine Diocese bilden¹⁰⁶⁾. Die Rechtsverhältnisse selbst sind denen der katholischen Kirche analog.

In der evangelischen Kirche in Deutschland ist das Prädicat: Erzbischof als ehrende Auszeichnung eines Generalsuperintendenten neuerdings angewendet worden¹⁰⁷⁾, und zwar nach dem Muster anderer evangelischer

97) c. 3. dist. C. (Gregor. I. a. 595.)

98) Sess. XXI. de annatis.

99) S. v. Droste-Hüschhoff a. a. D. §. 144, Anm. 696.

100) S. Gregel, diss. de iuribus nationi germanicae ex acceptatione Decretorum Basileensium quaesitis §. XCVI sq. (in Gratz, continuatio thesauri Schmidiani T. I. pag. 106 sq.)

101) Diese Laxe beruht, wie die sonstigen Abgaben, auf der firrten Schätzung der Einnahmen der Diocesen. Für das Pallium des Bischofs von Ermland werden jetzt 142 Scudi, d. i. 213 Thaler entrichtet. — Wegen des Erzbischofs von Freiburg s. Kongner a. a. D. S. 143.

102) S. c. 1. 4. 6. 7. X. h. t. (1. 8.) Pontificale Romanum tit. de pallio.

103) Hier tritt übrigens die oben Anm. 75) bemerkte Beschränkung ein.

104) c. 2. X. h. t. (1. 8.)

105) S. c. 4. X. de postulat. praelator. (1. 5.)

106) S. über diesen Sprachgebrauch oben den Art. Bisthum, Bd. II, S. 233, Anm. 4, und Walter, Lehrbuch §. 159.

107) S. Preuß. Cabinets-Ordre vom 19. April 1829. (Bei Nicolovius, die bischöfliche Würde in Preußens evangelischer Kirche [Königsberg 1834. 8.], S. 96.)

Länder, in welchen sich die erzbischöfliche Würde, jedoch zum Theil mit bestimmten Prädogativen, erhalten hat. In Dänemark hat der Bischof von Kopenhagen den Vorrang vor den anderen Bischöfen, der Bischof von Seeland aber ist eigentlicher Metropolit und hat das Recht, die übrigen Bischöfe zu ordiniren und den König zu salben. In Schweden ist der Bischof von Upsala Metropolit und in der englischen Episcopalkirche sind die Bischöfe von Canterbury und York Erzbischöfe und jener Metropolit der ganzen Kirche. In Irland gibt es vier Erzbischöfe.

S. S. Jacobson.

Evangelische Kirchenverfassung. Die Lehre von der Verfassung der evangelischen Kirche hat seit ihren ersten Anfängen das ihrer Entwicklung wenig günstige Schicksal erfahren, von einseitigen Theorien beherrscht zu werden. Die Ausdrücke der theologischen, politischen und philosophischen Richtung ihrer Zeit waren die Systeme des Episcopalismus, Territorialismus und Collegialismus, welche nach einander dem Verfassungsverhältnisse seine Erklärung und seine Grundlage zu geben versuchten, Systeme, die sich zum Theil als absolute Gegensätze zu einander verhielten. In der That finden noch jetzt Viele in dem einen oder anderen den Canon der Verfassung; aber, um die Wahrheit zu sagen, auch an solchen fehlt es nicht, die beirrt und gedängigt durch den Widerspruch oder Inhalt jener Systeme der trostlosen Befürchtung verfallen sind, es möge wohl überhaupt dem evangelischen Kirchenrechte keine eigene Idee inwohnen, da es sich so geduldig unter jede andere von außen her gebrachte Idee beugen lasse. Gestehen wir es offen, es liegt hierin ein Moment der Wahrheit, nur daß die Schuld nicht dem Stoffe, sondern den Bearbeitern zufällt, die bald aus dem canonischen Rechte, bald aus einer unchristlichen Philosophie, bald aus dem Staatsrechte ihre Grundlagen entlehnten, anstatt dem Wesen der Kirche mit Ernst nachzugehen, und aus dem Gegensätze zu dem römischen Katholicismus ihre Idee zu entfallen.

Die römische Kirche faßt sich selbst als das verwirklichte Reich Gottes, in welchem ausschließlich durch das von Christus eingesetzte Priestertum alle Gnaden des Geistes auf die gesetzlichen Empfänger hinübergeleitet werden. Der Zusammenhang mit diesem Priestertum bedingt alles kirchliche Sein des Einzelnen; er lebt dennoch und wird der Gemeinschaft Christi und des heil. Geistes, wenn auch theilweise ohne Frucht, theilhaft, wenn auch sein Glaube todt ist; während umgekehrt alle, wie wohl sie im lebendigen Glauben auf den Urquell des Christenthumes zurückgehen, dennoch dem kirchlichen Tode verfallen, sobald sie leugnen, daß zwischen ihnen und dem Princip der Erlösung jenes Priestertum ausschließlich den Zusammenhang und in diesem das Heil erwirke. Diese Auffassung, welche eben das zum Gesetz umgeschlagene Evangelium ist, ist zwar nie ohne Protestation geblieben; und die römische Kirche wußte was sie wollte, als sie Arnold von Brescia dem Feuertode überlieferte, und die Waldenser durch Feuer und Schwerdt vernichtete. Entfesselt trat aber der Geist zuerst in der Reformation hervor, indem er der Lehre von den Werken das Princip von der Rechtfertigung im Glauben gegenüber-

stellte. Auf dieser Grundlage entwickelte sich, eine neue Erscheinungsform des christlichen Lebens, die evangelische Kirche, deren Verfassung darzustellen hier unsere Aufgabe ist. Wir lösen dieselbe, indem wir

I. die Ansichten der Reformation von der Kirche und der Kirchengewalt

darstellen, wobei wir mit um so größerem Rechte

A. die sächsische Reformation ¹⁾

voranstellen, als diese es zunächst ist, welche die Verfassung der meisten deutschen Landeskirchen bestimmt hat. Als Quellen dienen uns hierbei theils die Bekenntnisse, theils die verschiedenen Gutachten und Bedenken, in denen die Reformatoren dem Kaiser und den katholischen Ständen gegenüber die Vertheidigung der evangelischen Kirche führten, oder über die den einzelnen Landeskirchen zu gebende Verfassung sich aussprachen.

1) Die Kirche.

Dem empirischen Begriffe der Kirche, wie wir ihn im Eingange in kurzem Umrisse zeichneten, setzten die Reformatoren die absolute Negation in dem Begriffe der unsichtbaren oder richtiger geistlichen Kirche gegenüber als der Gemeinde der Gläubigen, in welcher das Evangelium rein und lauter gelehrt und die Sacramente recht verwaltet werden ²⁾. Dieses ist die heilige, unfehlbare Kirche, die über den ganzen Erdkreis verbreitet, alle Gläubigen als die Glieder Eines Leibes unter dem Haupte Christo umfaßt und im Sacrament vereinigt. Die Kirche ist jedoch nicht allein Resultat, sondern auch Mittel der erlösenden Thätigkeit Christi; sie soll das Reich Gottes vorbereiten und in dieser ihrer Thätigkeit ist ihr die Gegenwart des Herrn bis an das Ende der Tage verhießen. Deshalb führt jene innere Gemeinschaft zu äußeren Anstalten, deren Zweck es ist, den Glauben immerdar lebendig zu erhalten, und immer weiter zu verbreiten; es entsteht als Product der Gemeinschaft stiftenden Glaubens, aber auch nach unmittelbarem göttlichen Willen die äußere Kirche ³⁾. Es ist also in letzterer Beziehung der Unterschied zwischen der evangelischen und katholischen Kirche nicht darin zu suchen, daß die letztere für sich den göttlichen Ursprung anspricht, während die erstere als Menschenwerk zu betrachten wäre; wohl aber waltet darin eine unermeßliche Verschiedenheit ob, daß die katholische Kirche auch ihre Form als von Gott gesetzt betrachtet, mithin die Verfassung unter die Artikel des Glaubens stellt, während der Protestantismus die Entwicklung der Verfassung auf dem Grunde, der gelegt ist, dem menschlichen Ermessen überläßt, und jede Form

1) Keine Abhandlung: Die Grundlagen der Kirchenverfassung nach den Ansichten der sächsischen Reformatoren, in der Zeitschr. für deutsches Recht von Reyscher und Wilda, Bd. 4, S. 1 flg.

2) Aug. Conf. A. VII.: Est autem ecclesia congregatio sanctorum, in qua evangelium recte docetur et recte administrantur sacramenta.

3) Die Nothwendigkeit der sichtbaren Kirche ist von Wurm, „Ueber den Begriff der sichtbaren Kirche“ in den Studien der evangel. Geistl. Würtembergs, Bd. 2, Hft. 2 (Stuttg. 1830), geleugnet. Vgl. dagegen Jacobson, in den kirchenrechtl. Untersuchungen, Beitr. 2 (Königsb. 1833), S. 129 flg. Umgekehrt wird der Begriff der unsichtbaren Kirche bekämpft von Krehl, in der Zeitschr. für hist. Theol. 1840, Hft. 1.

derselben als dem Willen Christi entsprechend ansieht, in der ihrem Leben seine Freiheit und sein Frieden nicht verkümmert werden. Von diesem Standpunkte aus gewinnt die Verschiedenheit der Verfassung, wie sie überall nach den individuellen Verhältnissen der einzelnen Länder sich entwickelt hat, ihre Erklärung und Rechtfertigung. Ein Irrthum aber ist es, wenn behauptet wird, daß die Bildung einer äußeren evangelischen Gesamtkirche dem Princip der Reformation widerspreche⁴⁾, wenn schon nicht geleugnet werden darf, daß der heutige Zustand, in welchem zunächst die äußere Kirche in einzelne Landeskirchen abschließt, die nur durch das Bekenntniß und die Gemeinschaft der Sacramente zu einer Einheit verbunden sind⁵⁾, seine Vorzüge habe, indem er jenem starren Formalismus wehrt, der der Grundfehler der katholischen Kirche ist.

2) Das Lehramt und die Gemeinden.

In die Kirche ist der Beruf zur Pflege des christlichen Lebens durch Lehre, Gottesdienst und Disciplin gelegt, und dieser Beruf ist an alle ergangen, die in die Gemeinschaft des Glaubens und der Sacramente getreten sind. Dieses ist das allgemeine Priesterthum, von welchem in der Schrift selbst gesagt ist: Ihr seid das auserwählte Geschlecht, das königliche Priesterthum, das heilige Volk, das Volk des Eigenthums, die ihr verkündigen sollt die Tugenden deß, der euch berufen hat von der Finsterniß zu seinem wunderbaren Lichte. Seine Stätte hat es zunächst in der geistlichen Kirche. Aus dieser geht die Kirche als rechtliche Anstalt hervor mit der Aufgabe, durch Entfaltung der bezeichneten Thätigkeiten alle ihre Glieder dem Ziele zuzuführen, an dem sie Eine Heerde unter dem Einen Hirten sein werden. Wer aber ist zu dieser Thätigkeit berufen? Nicht ein Stand geheiligter Priester, in dem unauslöschlich der heilige Geist waltet, ob er auch selbst dem Glauben abgestorben wäre, sondern allen kommt die Theilnahme an ihr zu, die mit Herz und Mund dem Evangelium sich angeschlossen haben, und in lebendiger Gemeinschaft der Lehre und des Sacramentes stehen. Also der allgemeine Beruf bethätigt sich auch in der äußeren Kirche, nur daß die rechtliche Ordnung alle, die nicht äußerlich selbstständig sind, als selbstständige thätige Glieder der kirchlichen Gemeinschaft zu betrachten verbieten muß. Noch aber bleibt die wichtige Frage nach der rechtlichen Form jener Thätigkeit zu lösen übrig, wobei uns wieder das Wesen der Kirche unmittelbar die Entscheidung an die Hand gibt. Dieses besteht wesentlich in der Gemeinschaft; jede kirchliche Thätigkeit ist eine gemeinsame, und kann nicht anders, als in dem Bewußtsein der Gemeinschaft geübt werden. Auf diesem Princip ruht die Gliederung der Kirche in selbstständige Gemeinden, als die nächsten und unmittelbaren Organe des kirchlichen Wirkens,

4) Z. B. von Klee, das Recht der Einen allgemeinen Kirche Jesu Christi, Bb. 1 (Magdeb. 1839), S. 329, und Burm, in der angef. Abh. S. aber Jacobson a. a. D. S. 163.

5) Aug. Conf. A. VII.: Et ad veram unitatem ecclesiae satis est consentire de doctrina evangelii et administratione sacramentorum. Nec necesse est ubique esse similes traditiones humanas, seu ritus aut ceremonias ab hominibus institutas.

eine Institution, welche die katholische Kirche mit Nothwendigkeit um ihres Principes willen, aber zu ihrem großen Nachtheil hat untergehen lassen, während geschrieben steht: Also sind wir viele ein Leib in Christo und untereinander ist einer des anderen Glied, Röm. 12, 5., und: Allesamt seid unter einander unterthan und haltet fest an der Demuth, 1. Petri 5, 5. Damit aber die Stetigkeit jenes Berufes immerdar gesichert bleibe, besteht in der Kirche nach dem Willen Christi das Lehramt, als dessen Beruf die Bekenntnisse die Predigt des Evangeliums, die Absolution, die Verwaltung der Sacramente und die Handhabung des Bannes bezeichnen⁶⁾. Mit dem canonischen Rechte nennen sie ihn oft auch eine potestas, die sie wieder in potestas ordinis und iurisdictionis abtheilen⁷⁾. Dester aber bezeichnen sie ihn als ministerium verbi divini, eine Bezeichnung, in der sich die Negation einer heilsvermittelnden priesterlichen Gewalt unmittelbar ausdrückt, dem gegenüber also jener eben erwähnte andere Ausdruck sich schlechthin als ein Anklang an die gewohnte Terminologie des canonischen Rechtes darstellt. Und jener Dienst im göttlichen Wort ist zunächst ein Dienst in der Gemeinde und mit der Gemeinde⁸⁾. Ausschließlich überwiesen ist ihm, um der Ordnung willen, die Leitung des Gottesdienstes, die Predigt und die Spendung der Sacramente, rücksichtlich welcher letzteren sich die Gemeinde als empfangend verhält; aber selbstthätig soll die letztere mitwirken bei der Verwaltung der Sucht⁹⁾, weil die Zwingherrschaft die Erzfelddin der Kirche ist, bei der

6) Art. Schalk. De pot. Papae (Hase, Libr. symb. p. 351.): Evangelium tribuit his, qui praesunt ecclesiis, mandatum docendi evangelii, remittendi peccata, administrandi sacramenta, praeterea iurisdictionem, videlicet mandatum excommunicandi eos, quorum nota sunt crimina et recipientes rursus absolvendi. Aug. Conf. A. V. VII. (ib. p. 10. 37.)

7) Art. Schalk. XIV. de pot. ecll. (Hase, p. 294.): Et placet nobis vetus particio potestatis in potestatem ordinis et potestatem iurisdictionis. Habet igitur episcopus potestatem ordinis, hoc est ministerium verbi et sacramentorum, habet et potestatem iurisdictionis, hoc est auctoritatem excommunicandi obnoxios publicis criminibus, et rursus absolvendi eos, si conversi petant absolutionem.

8) Diese Bedeutung des Lehramtes, welche zuletzt von Puchta in einer trefflichen Schrift (Einleitung in das Recht der Kirche, Leipzig 1840), gegenüber einer neueren, unevangelischen Richtung entwickelt worden ist, spricht sich in klaren Zügen bei Luther aus: Ein jeglicher Christ hat und übet Priesterwerke. Aber über das ist nun das gemeine Amt, so die Lehre öffentlich führet und treibet, dazu gehören Pfarrherren und Prediger. Denn in der Gemeinde können sie nicht alle des Amtes gewarten, so schicket sichs auch nicht, in einem jeglichen Hause zu taufen und das Sacrament zu reichen. Darum muß man Etliche dazu wählen und ordnen, so zu predigen geschickt und dazu in der Schrift sich üben, die das Lehramt führen und dieselbe vertheidigen können, item also die Sacramente von wegen der Gemeinde handeln, damit man wisse, wer da getauft worden sei und Alles ordentlich zugehe. Sonst würde langsam eine Kirche werden oder bestellet werden, wenn ein jeglicher Nachbar dem andern predigte, oder unter einander ohne Ordnung alles thäten. Solches ist aber nicht der Priesterstand an ihm selbst, sondern ein gemein öffentlich Amt für die, so da alle Priester, das ist Christen sind. Werke, Balch's Ausg. 5, 1509.

9) Sendschr. an die Nürnberger v. J. 1540 im Corp. Ref. III. 965.: Restitnatur et excommunicatio, non ante, ut in litibus rerum profanarum,

Bestellung des Lehramtes¹⁰⁾, und was aus ihrem Begriffe weiter folgt, bei der Verwaltung ihres Vermögens.

3) Das Kirchenregiment und die Kirche.

Es liegt im Begriffe der Kirche, als einer rechtlichen Anstalt, daß ein oberstes Regiment die harmonische Bewegung ihrer einzelnen Theile, der Gemeinden, sichere. Der Kreis seines Wirkens bestimmt sich also dahin, daß er die Bewahrung der Lehre, die Ordnung des Gottesdienstes sammt der Autorisation des Lehramtes, die Handhabung der Zucht über den Gemeinden und die oberste Verwaltung des Kirchengutes, also die mit dem Kirchengewecke in unmittelbarer Gemeinschaft stehenden Verhältnisse umfaßt. Hierin steht die evangelische Kirche wiederum zu der katholischen in directem Widerspruche, welche von ihrem äußerlichen, weltlichen Standpunkte aus nicht nur eine Gerichtsbarkeit über die weltlichen Verhältnisse der Geistlichen und das Kirchengut, sondern auch das Recht der Gesetzgebung wie der Jurisdiction in manchen bürgerlichen Beziehungen anspricht. Nicht ganz in gleicher Weise verhält es sich mit den Ehesachen, welche eine, sogar auf mißverständene Aeußerungen der Reformatoren selbst gestützte territorialistische Anschauung als außerhalb des kirchlichen Gebietes gelegen betrachtet. Allerdings hat die evangelische Kirche zu keiner Zeit dem Staat von der Ordnung der ehelichen Verhältnisse auszuschließen versucht, denn sie ist immer dessen eingedenk gewesen, daß der Staat in der Familie wurzle. Auf der anderen Seite hat sie sich jedoch auch nie des Bewußtseins entäußert, daß die Ehe durch das Christenthum ihre Heiligung empfangt, und daß die Erziehung für religiöses Leben durch die Familie geschehen müsse, in welcher Beziehung einmal ein treffendes Wort von Luther zunächst die Ehe die Pflanzschule nicht allein der Polizei, sondern der Kirche und des Reiches Christi bis an der Welt Ende genannt hat. Deshalb fordert die evangelische Kirche, daß ihr neben dem Staate die Theilnahme an dieser Seite des Lebens gewährt werde¹¹⁾, und dieses Verlangen ist auch früher immer erfüllt worden, bis man seit Thomastius die überraschende Entdeckung gemacht hat, daß die Ehe nicht in den Bereich der Kirche, sondern des Staates und leider auch der Welt ausschließlich gehöre. Können wir für alle diese

sed de iudiciis manifestis, adhibitis in hoc iudicium senioribus in qualibet ecclesia. Melanth. de abus. eccl. emend. im Corp. Ref. IV. 542.: Nec liceat soli pastori ferre sententiam excommunicationis, sine ulla decuria iudicum aut nemine adhibito ex honestioribus viris suae ecclesiae. Ut enim vocantur haec iudicia ecclesiae, ita sunt plures adhibendi, ut Paulus voluit. Tyrannis est inimica ecclesiae.

10) Luther, de instituendis ministris ecclesiae ad senatum Pragensem, und: Grund und Ursach aus der Schrift, daß eine christliche Versammlung oder Gemeinde Macht habe, alle Lehre zu urtheilen und Lehrer zu berufen und abzusetzen. Von den Modificationen, welche später die Ansichten der Reformatoren in diesem Stücke erlitten, wird unten gehandelt werden.

11) v. Gerlach, Kirchenrechtl. Untersuchung der Frage: Welches ist die Lehre und das Recht der evangelischen Kirche, zunächst in Preußen, in Beziehung auf die Ehescheidung u. s. w., in der Zeitschr. für Protestantismus und Kirche, Bd. 2, S. 21 fig. Meine angef. Abh. S. 23 fig.

Punkte uns zur Bestätigung auf die eigensten Zeugnisse der Bekenntnisse berufen, so lassen uns dieselben freilich auf die andere anscheinend so leicht zu lösende Frage, nach dem Subject der Kirchengewalt, ohne Antwort; diese ist vielmehr durch das Leben zu Gunsten der Landesherren entschieden, und dann erst zum Gegenstande einer sehr lebendigen, aber wenig fruchtbaren Erörterung gemacht worden. Wir hegen die Hoffnung, es werde bald eine Zeit kommen, da dieser in unzähligen Schriften fast bis zur Uebersättigung verhandelte Streit in seiner ganzen Wichtigkeit erkannt werden, wie denn schon jetzt in den Lehrbüchern die ganze Lehre von den drei Systemen beinahe nur als eine Verzierung und als außerhalb alles Zusammenhanges mit dem lebendigen Rechte gestellt erscheint. Dennoch können wir uns hier der Verpflichtung, in eine Erörterung der Hauptpunkte einzugehen, nicht entschlagen, weil auf der einen Seite durch die speculative Philosophie, auf der anderen durch die altlutherische Orthodoxie, in welche sich vor der religiösen Verflachung unserer Zeit das rege gewordene kirchliche Bewußtsein flüchtet, die Systeme des Territorialismus und Episcopalismus wiederum begründet worden sind, während das Collegialsystem, wiewohl von beiden bekämpft, dennoch neben ihnen ein kümmerliches Dasein fristet¹²⁾. Beginnen wir, der historischen Entwicklung folgend, mit dem Episcopalsystem.

Dieses betrachtet, in seiner ältesten Gestalt¹³⁾, die Kirchengewalt als ein an sich den Bischöfen vermöge der Institution der Kirche eigenes Recht, das durch den Religionsfrieden suspendirt, und einstweilen auf die Landesherren devolvirt ist, die es nun als Depositare oder Nutznießer ausüben. Gefangen in den Banden des canonischen Rechtes, erhebt sich diese Auffassung nicht zu der Idee einer selbstständigen evangelischen Kirche. Eine andere, gleichzeitig hervortretende, abstrahirt von dieser Devolutionstheorie und läßt vielmehr die äußere Kirchengewalt auf die Landesherren revolviren¹⁴⁾, an welche der Ruf zur Obhut nicht allein über die zweite, sondern auch über die erste Tafel des Gesetzes ergangen ist. Sie überweist jedoch diese Gewalt den Landesherren nicht ohne Beschränkung, sondern sie fordert, daß dieselbe unter dem Beirathe der mit der potestas interna, d. i. der sogen. potestas ordinis betrauten Glieder des geistlichen Standes, und zwar rücksichtlich der Verwaltung durch besondere kirchliche, aus geistlichen und weltlichen Gliedern zusammengesetzte Behörden, rücksichtlich der Gesetzgebung im Gebiete des Dogma und der Berufung der Pfarrer unter Zustimmung der Laien ausgeübt werde. Es ist also nach ihr die Kirche ein dreigliedriger Organismus, da in ihr der Regent, die Geistlichen und das Volk (status politicus, ecclesiasticus, oeconomicus) mit verschiedenem Verufe am Regimente thätig sind. Später gewann jedoch diese Auffassung in der Reaction gegen den Pietismus,

12) Die neueste Darstellung der verschiedenen Systeme bei Stahl, die Kirchenverfassung nach Lehre und Recht der Protestanten (Erl. 1840), S. 5 flg.

13) Stephani, de iurisdictione qualem habeant omnes iudices tam saec. quam eccl. in imperio Rom. Francof. 1611.

14) Reinkingk, de regimine saeculari et ecclesiastico: Giess. 1619. Marb. 1631.

der den hierarchischen Anmaßungen des lutherischen Lehrstandes die Ideen der unsichtbaren Kirche und des allgemeinen Priestertumes gegenüberstellte, eine andere Richtung, als deren Vertreter der leipziger Theolog Carpzov¹⁵⁾, der zelotische Gegner von Spener und Thomasius, zu betrachten ist. Nach diesem gebührt dem Landesherrn die äußere, formale, dem Lehrstande die innere, materielle Kirchengewalt, vermöge deren derselbe in den Gebieten der Lehre und Liturgie beschließt, was von dem Landesherrn vollstreckt werden soll, zu allen wichtigeren Verfügungen über äußere Verhältnisse aber wenigstens die Zustimmung ertheilt, während die Laien auf das Recht der Aneignung beschränkt sind. Einer solchen, nach dem Katholicismus hinüberschlagenden, allen kirchlichen Gemeingeist tödtenden Auffassung trat das Territorialsystem entgegen, indem es das christliche Leben vor der Priestergewalt unter den Schutz der Landesherrn flüchtete. Sein Vorkämpfer ist Thomasius, der durch die Carpzov'sche Intoleranz aus Leipzig vertrieben, in Halle ein Asyl gefunden hatte¹⁶⁾. Er leugnet jede Gewalt in Sachen der Lehre, indem er für die letztere, auch die bekenntnißwidrige, Duldung fordert. In allen anderen Sachen aber legt er den Regenten, und zwar ohne Unterschied ihrer Confession, das Recht der Anordnung zum Zwecke der Erhaltung des Friedens bei, wobei er nur in den Regeln der Klugheit eine Schranke findet. Es liegt am Tage, wie dieses, namentlich durch J. H. Böhmer¹⁷⁾ weiter entwickelte, System den Begriff der Kirche als einer individuellen Lebensordnung aufhebt. Deshalb trieb es sogleich das durch puritanische Ideen gendährte, auf dem von Pufendorf¹⁸⁾ schwankend gelegten Grunde namentlich von Pfaff¹⁹⁾ ausgebildete Collegialsystem als seinen Gegenfuß hervor, welches die Glieder der auf der Grundlage gleicher Berechtigung errichteten kirchlichen Gesellschaft (collegium aequale) als die Träger der Kirchengewalt (iura collegialia s. in sacra) betrachtet, den Regenten aber auf die Wahrnehmung des Staatsinteresses (iura maiestatica circa sacra) beschränkt. Daß eine solche Auffassung mit dem bestehenden Verhältnisse, mit dem Kirchenregimente der Landesherrn im Widerspruch stehe, war freilich nicht zu verkennen. Deshalb halfen sich

15) Carpzov (resp. Grünwald), disp. de iure decidendi controversias theologicas. Lips. 1695. 4.

16) Hossbach, Spener und seine Zeit, Bd. 2, S. 105 fig. — Thomasius, vom Rechte evangelischer Fürsten in theol. Streitigkeiten. Halle 1696. Vom Rechte eines Fürsten in Mittelbingen- (das. 1695) u. A. Ueber Hugo von Groot, der mit Anderen in den remonstrantischen Streitigkeiten (Buddeus, isag. hist. theol. p. 736 sq.) das Territorialsystem verteidigte (de imperio summarum potestatum circa sacra. Paris 1646.) s. Stahl a. a. D. S. 121. Die territorialistischen Anschauungen von Hobbes und Spinoza haben auf die deutsche Wissenschaft keinen unmittelbaren Einfluß geäußert.

17) De iure episcopali principum evangelicorum (Hal. 1712), J. E. P. Tom. 1. tit. 28. 81.

18) De habitu religionis ad vitam civilem. Brem. 1786.

19) Origines iuris eccl. Tübing. 1719. Akadem. Neben über das R. u. Daf. 1742. — Ueber die Entstehung des Collegialsystems in der reform. Kirche.

Ihre Begründer und Vertheidiger mit einer Fiction, oder, um es besser zu sagen, mit einer Nothlüge, indem sie annahmen, daß von den Kirchengliedern, als den Inhabern der Kirchengewalt, die letztere auf die Regenten zur Zeit der Reformation factisch übertragen worden sei.

Es ist nicht der Ort, hier in die verschiedenen Schattirungen dieser Systeme einzugehen, welche ein wenig fruchtreicher Scharfsinn erfunden hat, oder in die umständliche Widerlegung dessen, was neuerdings zur speculativen Begründung des Territorialsystemes von Rothe²⁰⁾ Geistreiches und Täuschendes, oder zur Vertheidigung des Episcopalsystemes in Carpzov'scher Färbung von Stahl beigebracht worden ist. Wohl aber müssen wir versuchen, die Ansichten der Reformatoren selbst darzustellen, um uns bewußt zu werden, ob die Verfassung sich auf der Grundlage einer Idee entwickelt habe, wodurch dann zugleich auch der Gesichtspunkt für die Würdigung jener Systeme wird gefunden werden.

Hierbei erinnern wir zuvörderst an die Verhältnisse, unter denen sich die evangelische Kirche entwickelte, insbesondere an die Thatsache, daß die Reformatoren selbst, nachdem sich in der Confession der neuerwachte religiöse Geist bezeugt hatte, den Zusammenhang mit der katholischen Kirche erhalten zu können glaubten. Deshalb erboten sie sich in allen Verhandlungen mit dem Kaiser und den katholischen Ständen fort und fort die Gewalt der Bischöfe anzuerkennen²¹⁾, sobald dieselben sich der Reformation anschließen und allem unchristlichen Zwange entsagen würden, eine Bedingung, unter der Melanthon bekanntlich sogar den Papst anerkennen zu dürfen glaubte²²⁾. Die Verfassungsform dachten sie sich aber unter dieser Voraussetzung so, daß den Bischöfen das Recht zustehen sollte, das Predigtamt zu bestellen, und rechte christliche Ceremonien, so wie die Ordination mit gebührendem Examen und Unterweisung zu halten, über Lehre und Amtsführung der Prediger Aufsicht zu führen, die Visitationen anzuordnen, Synoden zu versammeln und die Universitäten und Schulen zu beaufsichtigen, während für die Ausübung der Disciplin und die Visitationen, so wie zur Handhabung der Gerichtsbarkeit in Ehe- und Sponsalsachen besondere, aus Geistlichen und frommen, gelehrten Laien zusammengesetzte Kirchengenichte oder Consistorien bestellt werden sollten²³⁾.

20) Rothe, die Anfänge der christl. Kirche, S. 1 flg. — Dageg. Klee a. a. D. S. 279 flg. Stahl a. a. D. S. 263 flg. Cotta zu Gerhard, loci theol. XIV. 374 sq. Petersen, die Idee der christl. Kirche. Leipzig 1839. — Eine (unvollständige) Literaturgeschichte gibt Schmittbener, das Recht der Regenten in kirchlichen Dingen, Berlin 1838, der seinerseits einem ertravaganten Territorialsystem zugethan ist. Die Thatsache des landesherrl. Episcopatrechtes ist vertheidigt in v. Kampff, über das bischöfl. Recht der evang. Kirche in Deutschl., Berlin 1828; das Collegialsystem bes. v. Schleiermacher (Pacificus Sincerus), über das liturg. Recht der evangel. Landesfürsten. Götting. 1824.

21) Viele Belege in meiner angef. Abh. S. 26.

22) Consil. de moderandis controversiis religionis ad Gallos v. J. 1534. im Corp. Ref. II. 743.

23) Melanth. de abusibus eccl. emendandis v. J. 1541. im Corp. Ref. IV. 542., sch. Reformationsformel v. J. 1545, ib. V. 579. Aus dieser letzte-

Bekennen wir es immerhin, es war eine fromme Täuschung, welche solche Concessionen von beiden Seiten hin für annehmbar, überhaupt eine solche Ausgleichung mit der von ihrem Princip des Verdienstes beherrschten römischen Kirche für möglich halten konnte. Darum sehen wir denn auch, daß alle jene so oft wiederkehrenden Anerbietungen immer ohne Frucht blieben, ja daß die Reformatoren, während sie gegen den Kaiser und die katholischen Stände sich noch immer in der bezeichneten Weise erklärten, die Verfassungsverhältnisse in den einzelnen Ländern auf der eigenen Grundlage der Kirche in ganz anderer Weise gestalteten. Hier müssen wir nun den Einen Satz an die Spitze stellen: sie hatten von einer späteren Anschauung, die dem Staate auch den Beruf der Kirche beilegt, keine Ahnung, sondern der Begriff der Kirche als einer von Christus gestifteten individuellen Lebensordnung stand fest in ihrem Bewußtsein. Deshalb dachten sie ebenso wenig an eine Uebertragung der Kirchengewalt an den Staat, als an die Uebertragung derselben auf einen heilsvermittelnden Clerus. Wie aber ist es zu erklären, daß nach einer in allen teutschen Landeskirchen gleichmäßig zu Tage tretenden Rechtsbildung das Kirchenregiment dennoch von den Landesherren geführt wird, und findet dieser scheinbar so große Widerspruch in den Ansichten der Reformatoren selbst seine Erklärung? Dieses ist in der That oft genug mit anscheinender Sicherheit verneint worden. Dennoch verweisen wir nicht, daß es uns gelingen werde, inmitten all' der widersprechenden Ansichten die befriedigende Lösung zu finden. Wir gehen dabei zurück auf die Ansicht der Reformatoren von dem göttlichen Rechte der Obrigkeit, welches erkannt zu haben der herrlichste Gewinn der Reformation gegenüber der römischen Kirche ist, die nur scheinbar sich dem weltlichen Regimente als Stütze darbietet, während ihre treuen Diener die Lehre von der Volkssouveraineté erfunden und zu Zeiten ihrer Herrin praktisch dienstbar gemacht haben. Die weltliche Obrigkeit aber, so sagen die Reformatoren weiter, ist nicht allein von Gott zur Erhaltung des äußeren Friedens berufen, sondern der edelste Theil ihrer Aufgabe ist, daß sie der Kirche, von der sie selbst ihre Erleuchtung empfängt, die äußere Ordnung schaffe, auf daß ihr ganzer Dienst sich zu einem Dienste Gottes gestalte²⁴⁾. So richten sie also an die in der Gemeinschaft des Bekenntnisses stehende Obrigkeit die Aufforderung zur Obhut über die Lehre²⁵⁾, zur Bestellung des Lehramtes mit frommen Dienern²⁶⁾, zur Verwaltung des Kirchengutes u. s. w.²⁷⁾. Die Form aber für diese Thätigkeit ist nicht eine

ren Urkunde führt Stahl den Beweis für die Behauptung, daß von den Reformatoren die Kirchengewalt als zunächst den Bischöfen eignend betrachtet worden sei. Auch sie enthält jedoch nur eine Concession, wie ich in der angef. Abh. S. 30 urkundlich erwiesen habe.

24) Apol. bei Hase p. 232., Art. Schmalk. ib. p. 350.

25) Bedenken Melanths v. J. 1537 im Corp. Ref. III. 470.

26) Bedenken dess. v. J. 1537 im Corp. Ref. III. 251. Sentschreiben dess. an Weit Dieterich v. 25. Oct. 1543, das. V. 210.

27) Gutachten der Wittenberger v. J. 1537, das. IV. 1442. Reudecker, Urkunden aus der Reformationszeit, S. 310.

willkürliche, so daß es gleich viel wäre, von wem die letztere geübt würde, sondern es soll sich die Individualität der kirchlichen Lebensordnung dadurch aussprechen, daß besondere kirchliche, aus Dienern am göttlichen Wort und frommen gelehrten Laien zusammengesetzte Behörden oder Consistorien für die ständige Verwaltung, insbesondere die Handhabung des Bannes, die Gerichtsbarkeit und die Visitationen von der Obrigkeit bestellt werden. Solche fordern zuerst die schmalkaldischen Artikel (1537) für die Ehesachen²⁸⁾; schon im folgenden Jahre sind sie aber in der hier dargestellten Bedeutung in einem von den Wittenberger Theologen verfaßten, erst neuerdings veröffentlichten Bedenken dargestellt, in welchem die ganze Summe der damaligen Verfassungsanschauungen entfaltet ist²⁹⁾. Noch aber können wir hier unsere Erwägung nicht abschließen, denn noch haben wir über die Gesetzgebung in der Kirche und das Verhältniß der Gemeinden zu derselben keine Aufklärung empfangen, und noch haben wir den Widerspruch auszugleichen, daß oben die Gemeinden zur Wahl des Lehramtes und zur Theilnahme an der Kirchenzucht für berufen erklärt wurden, während wir nun finden, daß für die Bestellung der Diener am göttlichen Wort die Priester an ihre Stelle treten, und die Handhabung des Bannes den Consistorien übereignet wird. In beiden letzteren Beziehungen sind zunächst durch politische Momente die ursprünglichen Anschauungen der Reformatoren modificirt worden, insbesondere waren es, so viel die Pfarrwahl anlangt, die Bewegungen des Bauernkrieges, welche die Uebertragung dieses Rechtes auf die Gemeinden als bedenklich erscheinen ließen, und allmählig den, in die meisten Gesetzgebungen übergegangenen Grundsatz hervortrieben, daß dem Regimente die Besetzung des Lehramtes, der Gemeinde aber das Recht des Widerspruches gebühre³⁰⁾. Ähnlich verhielt es sich mit dem Bann, der zunächst von den Pfarrern mit den Gemeinden ausgesprochen werden sollte, nun aber, als die formlose Handhabung desselben den Frieden störte, den Consistorien als Vertretern der Kirche übereignet wurde, eine Gestaltung, durch welche die Entwicklung der Zucht in der lutherischen Kirche zumeist gelähmt worden ist. Endlich, über das Recht der Gesetzgebung sprechen sich die Reformatoren nur rücksichtlich eines, aber des wichtigsten Verhältnisses, der Lehre aus, indem sie dem Begriffe der Kirche gemäß schlechthin die Mitwirkung nicht allein der Geistlichen, sondern auch der

28) Art. Schmalk. de pot. episc. Hase p. 354 sq.

29) Der Theologen Bedenkenn vom wegen der Consistorien, so vfericht sollen werden, 1538, in meiner Abh. S. 62 flg. Für den Urheber dieses, für die Geschichte der evangelischen Kirchenverfassung sehr wichtigen Gutachtens halte ich Justus Jonas.

30) XII. Artikel der Bauerschaft. Sartorius, Geschichte des Bauernkrieges S. 382 flg. Luther, Verlegung der XII. Artikel der Bauerschaft, Werke XVI. 84. Schon im J. 1536 heißt es in einem Bedenken Melanths im Corp. Ref. III. 184: Zum andern, das ist wahr, daß kein Mensch sich des öffentlichen Predigamtes ohne einen öffentlichen Beruf und Vocation unterstehen soll, und dieser Beruf stehet vornehmlich bei der Oberkeit und Bewilligung der Kirchen desseligen Ortes, da einem zu predigen befohlen wird.

alen fordern³¹⁾. Dasselbe nehmen wir für die Gesetzgebung im Gebiete der Liturgie mit um so größerem Rechte in Anspruch, je inniger und unauslösllicher diese mit dem Dogma der Kirche verbunden ist, und hierbei irrt es uns auch nicht, daß die Confession die Aufrichtung der Gottesdienstordnungen durch die *episcopi seu pastores* für zulässig erklärt³²⁾, sobald durch sie die Gewissen nicht beschwert würden. Diese und ähnliche Stellen finden darin ihre Erklärung, daß die Reformatoren absichtlich das liturgische Element als äußerliches in den Hintergrund stellten, um ihren Widerspruch gegen das katholische Princip von dem Werkdienste zu manifestiren³³⁾, und am wenigsten dürften sie als Beweise einer dem Lehrstande beigelegten Kirchengewalt angeführt werden, in welcher Beziehung sie neuerdings von Stahl gebraucht worden sind.

Ueberblicken wir nun schließlich diese Sätze, und stellen wir sie mit den oben in kurzen Umrissen gezeichneten Systemen in Vergleichung, so ergeben sich folgende Resultate. Das Territorialsystem findet in der Reformation nirgends auch nur einen leisen Anklang; es ist also irrig, was zuweilen mit großer Zuversichtlichkeit behauptet worden ist, daß die Auslieferung der Kirche an den Staat durch die Reformatoren erfolgt sei; spätere Erscheinungen, die uns die Kirche in der That als an die weltliche Gewalt wehrlos anheimgegeben zeigen, sind also nicht ihre Schuld. Ebenso wenig aber ist das *Episcopalsystem* in seiner *Carпов = Stahl'schen* Färbung ein Erzeugniß der Reformation, sondern dieses gehört einer Zeit an, in der in der lutherischen Kirche die hierarchischen Netzen des Lehrstandes den freien Blick auf das Princip der Reformation getrübt haben. Zuletzt hat auch das *Collegialsystem* in seiner oben dargestellten Fassung, in der es das Gemeinleben und thätige Zusammenwirken der Kirche aufhebend die Kirchenglieder individualisirt, in der Reformation seine Begründung. Dagegen ist es dem Begriffe der Kirche entsprechend, wenn dieses System mit großer Schärfe die Rechte des Staates und der Kirche scheidet. Behauptet es aber weiter, daß die Kirchengewalt stillschweigend von der Kirche auf die Landesherren übertragen worden sei, so ist dieses, so gefaßt, nicht richtig. Die Gewalt eignet vielmehr fort und fort der Kirche und wird in ihrem Dienste als ein Amt von den in der Gemeinschaft des Bekenntnisses stehenden Inhabern der Landesherrschaft geübt. Dieser Dienst, dieses Amt ist das immerwährend thätige. Daneben steht aber die Kirche, welche, wo es eine Aenderung in der Lehre und den mit ihr zusammenhängenden Einrichtungen; also der Liturgie und Verfassung gilt, endlich entscheidet. Auf diesem Wege gewinnen wir eine jeden Anspruch auf Stetigkeit der Verwaltung und

31) Vgl. die Bedenken Melanths im Corp. Ref. III. 468. und bei Pezel, Melanth. cons. lat. I. 528., und die dem Kaiser auf dem Convent zu Regensburg übergebenen Artikel im Corp. Ref. IV. 349., welche gegen Stahl, der dem Lehramte die Kirchengewalt auch in dieser Beziehung beilegt, in einer angef. Abh. S. 17 flg. angeführt sind.

32) Aug. Conf. A. VII. bei Hase p. 42.

33) Bedenken Melanths im Corp. Ref. III. 474., meine angef. Abh. S. 20 flg.

Freiheit der Bewegung befriedigende Versöhnung; auf ihn verwiesen zu haben, ist ein großes Verdienst der trefflichen Schrift Puchta's, das auch wir dankbar ehren.

Um vieles kürzer können wir uns bei der Darstellung der

B. Ansichten der schweizerischen Reformatoren fassen, die sich in den Bekenntnissen ausführlich über die Form des christlichen Lebens erklärt haben. Sie stimmen mit der sächsischen Reformation in Beziehung auf den Begriff der Kirche³⁴⁾ und die Nothwendigkeit des Lehramtes überein³⁵⁾; die Kirchengewalt halten sie aber für ein wesentliches Attribut der Gemeinden. Dieselbe wird durch ein von der Gemeinde freiwilligtes Kirchenregiment ausgeübt, welches aus den Pastoren, den Ältesten und Diaconen besteht und den Beruf hat, die Lehre zu erhalten, die christliche Zucht und die Pflege der Armen zu üben, und für die Ruhe des Gottesdienstes zu sorgen³⁶⁾. Ueber ihr steht, die Einheit vermittelnd, die durch die Pastoren und Ältesten gebildete Synode. Diese Form der Verfassung fordern die Symbole als die urchristliche und nothwendige, ~~Wiewohl~~ nicht verkannt werden mag, daß sie ebenso sehr auf einer Uebertragung nationaler Rechtsansichten auf die Kirche beruhe. Wie es sich aber auch hiermit verhalte, gewiß ist, daß eine absolute Form der Verfassung nicht dem evangelischen Principe entspreche, als welches die Gleichstellung des Äußereren und Inneren verwirft, und daß in Teutschland die Synodal- und Presbyterialverfassung nach ihrem vollen Begriffe nicht zur Entwickelung gediehen, sondern zumeist auch in der reformirten Kirche das kaiserliche Regiment sich geltend gemacht hat.

Nachdem wir solchergestalt der Grundlagen uns versichert haben, von denen die Verfassung der Kirche ausgegangen, müssen wir, bevor wir zur Darstellung der heutigen Verfassungsverhältnisse im Einzelnen übergehen, zuvörderst noch

II. die Entwickelung der Verfassungsformen³⁷⁾ in Erwägung stellen. Wir gehen dabei von der

A. Consistorialverfassung

aus, weil diese in den teutschen Landeskirchen die vorherrschende ist, und zwar nehmen wir zunächst auf Sachsen Beziehung, dessen Verfassung den meisten übrigen ein Vorbild geworden ist. Wir beginnen mit der ersten

34) Conf. Helv. (1566.) c. 17., Scot. 16. 18., Declar. Thorun. 7. Rißsch, protest. Beantw. der Symbolik Dr. Röthler's, S. 232.

35) Conf. Gall. A. 25. 30., Belg. A. 30. 31., Helv. poster. c. 18.

36) Conf. Gall. A. 29., Belg. A. 30. u. a. — Discipline des églises reformées de France (Heidelb. 1771.), und in Soulier, Statistique des églises reformées de France (à Paris 1828.), S. 191 flg.

37) Für die Geschichte der sächs. Kirchenverf. muß auf Söckendorf, Historia Lutheranismi und auf Weber's vortreffliche Arbeit, Darstellung des im Königr. Sachsen geltenden Kirchenrechtes (Leipzig 1818 flg.) verwiesen werden. Leider ist überhaupt die Geschichte der Particularkirchenverfassungen nur wenig bebaut worden. Für Preußen liefert Jacobson, Geschichte der Quellen des preuß. Kirchenrechtes II, 1, schätzbare Beiträge. Ein Muster ist die geschichtl. Einleitung zu der Sammlung der württemb. Kirchengesetze von Eisenlohr. Tübing. 1835.

Visitation (1528), dem ersten Schritte zur Ordnung der regellosen kirchlichen Verhältnisse. Nach der bisher nur aus einem Auszuge bei Sektendorf bekannten, nunmehr vollständig veröffentlichten Instruction³⁸⁾ war es zunächst die Bestellung des Lehramtes mit frommen Dienern und die Regulirung der kirchlichen Vermögensverhältnisse, auf welche die Sorgfalt der von dem Kurfürsten abgeordneten, geistlichen und weltlichen Visitatoren richtete. Zugleich aber wurde der Grund zu einer Organisation der Kirche in der Einführung des Amtes der Superintendenten gelegt, deren Bestimmung es sein sollte, über die Amtsführung und den Wandel der Pfarrer Aufsicht zu führen, und neben den landesherrlichen Beamten an der Gerichtsbarkeit in Ehesachen Antheil zu nehmen³⁹⁾. Die höchste Autorität behauptete sich der Kurfürst selbst, während die Visitatoren die Stelle einer höheren Aufsichtsbehörde vertraten. Schon im nächsten Jahrzehnt wurde jedoch das Bedürfnis einer die Stetigkeit der Verwaltung sichernden Verfassung lebendig erkannt, und es wurde deshalb, nachdem seit dem J. 1539 zu Wittenberg eine Behörde für die Gerichtsbarkeit in Ehesachen bestanden, deren Einrichtung wir nicht näher nachzuweisen vermögen⁴⁰⁾, auf der Grundlage des bereits erwähnten Bedenkens v. J. 1538 im J. 1542 das Wittenberger Consistorium errichtet. Die Constitutionsurkunde desselben ist verloren; doch zeigt theils das angeführte Bedenken, theils der von Buchholzer edirte⁴¹⁾ zweite Entwurf, daß die Aufsicht über die Lehre, den Wandel und die Amtsführung der Geistlichen, über das religiöse und sittliche Verhalten der Gemeinden, und über das Kirchengut, die Handhabung des Bannes, so wie die Jurisdiction in Ehesachen und in den Streitigkeiten zwischen den Pfarrern und Gemeinden seinen Berufskreis bildeten. Erst später, seit dem J. 1580, kam es zur Errichtung einer höchsten kirchlichen Behörde, des Kirchenrathes, für die Gesetzgebung, die Dispensationen u. s. w. Die Geschichte desselben ist von Weber⁴²⁾ ausführlich erörtert, auf dem wir hier Bezug nehmen; doch müssen wir hier noch ergänzend hinzusetzen, was dort nicht, aber auch nirgends anderswo bemerkt ist, daß diese Institution, wie noch manche andere, z. B. die der Generalsuperintendenten, von der sächs. K.-D. v. J. 1580 aus der Württembergischen

38) Instruction und Befehl, borauff die Visitatores abgefertiget sein, 1527, in meiner angef. Abh. S. 45 fig.

39) Diese Einrichtung ist in die meisten der von Bugenhagen abgefaßten Kirchenordnungen übergegangen, z. B. in die Hamburger v. 1529. Krabbe, eccles. evang. Hamb. instaur. hist. (Hamb. 1840.), p. 91., Bremer Kirchenordn. v. 1534.

40) Vgl. D. Brücken, Bedenken der Visitation halber In Herzog Hedrich Fürstenthumb, dat. Wittenbergk Sonntag nach Ulrici 1539, in meiner angef. Abh. S. 87. Die aus Sektendorf (Hist. Luth. III, 219.), von Stahl u. A. entlehnte Nachricht, daß der Kanzler Brück „zuerst den Versuch eines Consistoriums zu Wittenberg gemacht habe“, ist hiernach zu berichtigen.

41) Constitution und Artikel des geistl. Consistorii zu Wittenberg... durch Georgen Buchholzer. Franck. a. D. 1563.

42) Sächs. K.-K. Bd. 1, S. 280 fig.

R.=D. v. 1559⁴³⁾ wörtlich entlehnt ist, ein Zusammenhang, den wir durch den Einfluß des Jacob Andrea auf die sächsische Kirche erklären zu dürfen glauben. Die letztere Institution hat sich jedoch nur über wenige Kirchen verbreitet, vielmehr blieben gewöhnlich die höchsten weltlichen Behörden mit der Ausübung der den Landesherrn vorbehaltenen Rechte beauftragt. Dagegen gingen die Consistorien in alle teutsche Landeskirchen über⁴⁴⁾, und zwar nahmen sie in ihren Geschäftskreis fast gleichmäßig die Gerichtsbarkeit über das Kirchengut und die persönlichen Rechtsverhältnisse der Geistlichen auf. In der neueren Zeit ist, wie wir weiter unten anführen und belegen werden, ihr Ressort oft auf das ursprüngliche Maß, zuweilen auch über dasselbe hinaus reducirt worden; das Princip ist jedoch überall dasselbe geblieben, und nur insofern hat die Verfassung in manchen Ländern ein neues Element in sich aufgenommen, als den Gemeinden in den Presbyterien, der Totalität der Gemeinden in den Synoden eine größere Mitwirkung am Regiment zugestanden worden ist. Dieses ist meistens die Folge der Vereinigung mit der reformirten Kirche gewesen, deren Verfassung wir nunmehr darzustellen haben.

B. Die Synodal- und Presbyterialverfassung⁴⁵⁾ mit ihren ancients und diacones, und ihren Presbyterien oder consistories, finden wir zuerst ausgeprägt in den von Wilhelm Farel, dem treuen Gehilfen Calvins, reformirten Kirchen zu Straßburg (1525), Neuchâtel (1530) und Genf (1531 flg.); ihre Spuren gewahren wir aber bei den Waldensern, von denen sie denn auch durch Farel entlehnt worden zu sein scheint. Von Straßburg und Genf aus wurde sie nach Frankreich durch Biret, nach Schottland durch Knox und nach England durch Johannes Laske übertragen, und aus dem letzteren kam sie, durch die Reformirten, welche sich vor den Gewaltthätigkeiten der Königin Maria flüchteten, nach den Niederlanden und in einzelne süddeutsche Städte, besonders aber an den Niederrhein, wo die Beschlüsse der Generalsynode von Wesel (1568) die Grundlage für die kirchliche Verfassung von Jülich, Cleve, Berg und Mark wurden⁴⁶⁾. Endlich am Ende des 17. und im Anfange des 18. Jahrh. finden wir sie durch die franz. Refugiés auch in das nördl. Deutschland, namentlich nach Hannover und Braunschweig verpflanzt. Im Zusammenhange mit ihrer ersten Entwicklung steht ihre Erscheinung in Hessen, wo die Synode von Homberg

43) Bei Eisenlohr a. a. D. Bb. 1, S. 106.

44) Einige Nachweisungen darüber, so wie über den durch die sogen. Reformationsformel v. 1545 und die erste Mecklenburger Kirchenordn. (1552) vermittelten Zusammenhang einer Classe von Kirchenordnungen gibt meine angef. Abh. S. 86 flg.

45) Wickell, die Synodal- und Presbyterialverf. der evangel. Kirche in ihrem Ursprunge und ihrem Einflusse auf Hessen, in der Zeitschr. des Vereins für Hess. Geschichte und Landeskunde Bb. 1, S. 43 flg.

46) Ueber diese Länder und den Uebergang der Synodal- und Presbyterialverf. auf die lutherischen Gemeinden in Cleve und Mark (R.=D. v. 1687) vgl. v. Dven, die Presbyterial- und Synodalverfassung in Berg, Jülich, Cleve und Mark. Essen 1829.

(1526), deren Beschlüsse durch den unmittelbaren Einfluß des Franz Lambert von Avignon bestimmt wurden⁴⁷⁾, ein durchaus presbyterianisches Kirchenregiment anordnete. Nach ihr bestehen neben den Geistlichen Laienälteste und Gemeindeconvente zur Handhabung der Disciplin; die Bestellung und Absetzung der Geistlichen geschieht durch die Gemeinden; das höchste Regiment endlich bildet eine jährliche Synode der Geistlichen und Gemeindeabgeordneten, durch welche für die Leitung des kirchlichen Lebens während der Zwischenzeit ein Ausschuß und die Visitatoren gewählt werden u. s. w. Diese sogen. Homberger Reformation⁴⁸⁾ ist aber in Hessen niemals zur That geworden, vielmehr hat die dortige Kirchenverfassung einen Entwicklungsgang genommen, der sich zuletzt in den Consistorien abschloß⁴⁹⁾, und geblieben ist nur die Theilnahme der Gemeinden, und zwar auch der lutherischen, durch besondere Presbyterien. Ähnlich haben sich die Verhältnisse in anderen Ländern gestaltet, namentlich übten, seit Cleve und Mark an Brandenburg gekommen, dort die Regenten, ungeachtet der fortbestehenden Presbyterialverfassung, einen weit über das bloße *ius circa sacra* hinausgehenden Einfluß⁵⁰⁾. In der neuesten Zeit ist zwar durch die Kirchenordnung vom J. 1835 die Synodal- und Presbyterialverfassung in den Rheinprovinzen und Westphalen auf der Grundlage des älteren Rechtes wiederhergestellt worden⁵¹⁾; es darf jedoch nicht behauptet werden, daß das, was jene Verfassung in ihrem vollen Begriffe zunächst charakterisirt, die absolute Selbstständigkeit der Kirche gegenüber dem auf das Majestätsrecht beschränkten Regenten zugleich anerkannt worden sei; sondern die Eigenthümlichkeit der neuen Verfassung besteht zunächst nur darin, daß der Gemeinde eine ausgebreitete Theilnahme an der Ordnung ihres eigenen Lebens zugestanden ist. Von diesem Standpunkte aus gewährt die rheinisch-westphälische Kirchenordnung, die Ansprüche der Gemeinden mit der Consistorialverfassung in der glücklichsten Weise vermittelnd, viel mehr als die Gesetzgebung der anderen Länder, insbesondere Badens⁵²⁾ und Bayerns⁵³⁾, in denen bis jetzt die Synodal- und Presbyterialverfassung hergestellt worden ist.

47) Baum, Franz Lambert von Avignon. Straßb. 1840.

48) *Reformatio ecclesiarum Hassiae iuxta certissimam sermonum Dei regulam ordinata in venerabili synodo per Clem. Hass. princ. Philippum anno 1526.... Hombergi celebrata bei Schmincke, Mon. Hass. T. III. Bickell a. a. D. S. 64 flg.*

49) Bickell, S. 68 flg.

50) v. Kampß, das bischöfliche Recht u. s. w. S. 152 flg.

51) Bei Rheinwald, *Acta hist. oecol.*, Jahrg. 1835, S. 375 flg. — Surtlage, die älteren Presbyterialkirchenordnungen der Länder Jülich, Berg, Cleve und Mark in Verbindung mit der neuen Kirchenordnung u. s. w. Leipzig 1837.

52) *Evang. Kirchenvereinigung in Baden nach ihren Haupturkunden. Heidelberg. 1821. Rinck, Erläuterung der evang.-prot. Kirchenvereinigungsurkunde des Großh. Baden, 1827.*

53) Fuchs, Zustand der protest. Kirche in Bayern. Ansb. 1830.

III. Die heutigen Verfassungsverhältnisse.

1) Der Landesherr.

Die evangelischen Landesherren haben nach einer, auf die Ansichten der Reformation unmittelbar zurückleitenden Auffassung das Amt des Kirchenregimentes (iuss episcopale). Sie führen dasselbe, so viel die ständige Verwaltung und die Gerichtsbarkeit betrifft, durch die aus geistlichen und weltlichen Gliedern zusammengesetzten Consistorien, denen als Aufsichtsbeamtete die Superintendenten untergeordnet sind. Dagegen ist ihnen nach einer durchaus gemeinsamen Rechtsbildung, sowohl die Gesetzgebung mit dem ihr entsprechenden Dispensationsrechte und der in ihr enthaltenen Regimentsgewalt ebenso vorbehalten geblieben, als die Verleihung der kirchlichen Aemter (sogen. iura reservata). In größeren Staaten besteht gewöhnlich eine höchste kirchliche Behörde (Cultusministerium), welche in diesen Angelegenheiten entweder persönlich beschließt, oder dieselben zur persönlichen Entschließung des Regenten vorbereitet. Hierüber entscheidet zunächst die besondere Verfassung; doch kann es als Gemeinsames betrachtet werden, daß die Gesetzgebung und gewisse Dispensationen, z. B. von allen Aufgeboten und in näheren Verwandtschaftsgraden, zu den vorbehaltenen Rechten im eigentlichen Sinne gehören. Wo keine besonderen Cultusministerien bestehen, ressortiren jene Kirchenangelegenheiten von den höchsten weltlichen Verwaltungsbehörden, die entweder von den Consistorien berathen werden, oder, was öfter vorkommt, geistliche Referenten haben, deren Bestimmung es ist, das reingeistliche Moment in seinem Rechte zu vertreten.

Eine Modification erleiden diese Grundsätze da, wo die Kirche unter einem katholischen Regenten steht. Auch für dieses Verhältniß hat sich in Teutschland die Rechtsansicht entwickelt, daß dem Landesherren die Kirchengewalt zustehet. Die Erklärung derselben gewinnen wir aber nicht aus den Anschauungen der Reformatoren, die von einer solchen, an sich völlig begriffswidrigen Stellung eines inmitten des Katholicismus stehenden Regenten zu der evangelischen Kirche keine Vorstellung haben, sondern nur aus der Geschichte, und zwar in der folgenden Weise. Der westphälische Friede⁵⁴⁾ hatte verordnet, daß den Landsassen, Vasallen und Unterthanen augsburgischer Confession die freie Religionsübung nach dem Besizstande vom J. 1624 mit den annexis religionis exercitii, insbesondere der institutio consistoriorum gesichert sein, wo sich aber die Verfassung bis zu diesem Punkte nicht entwickelt habe, die bischöfliche Jurisdiction in den die augsburgische Confession nicht berührenden Verhältnissen auch ferner in Uebung bleiben solle. Die Unbestimmtheit dieser letzteren Verfügung und die Thatsache, daß in jenem Verhältnisse die Verfassung ihrer Spitze entbehrte, führte jedoch bald auf die durch das Territorialsystem geförderte Auffassung, daß die Kirchengewalt oder das Episcopatrecht dem Landesherren als solchem gebühre, und diese macht sich auch da geltend, wo entweder der evangelischen Kirche erst später von dem Regenten die Religionsübung zugestanden wurde, wie in Oesterreich, oder

54) Art. V. §. 31. Stahl a. a. D. S. 222.

ein katholischer Staat, wie Bayern, Landestheile mit einem ausgebildeten evangelischen Verfassungsverhältnisse ausnahm, oder wo der Regent den angestammten Glauben wechselte. In der That steht sie zu der Idee der Kirche in einem schneidenden Misverhältnisse, und nur durch das Territorialsystem kann die Behauptung erklärt werden, es könne der Regent, der vermöge seiner Confession die evangelische Kirche als die fortwährende Emanation des schwersten kirchlichen Verbrechens betrachten muß, dennoch derselben mit Bewußtsein dienen. Die Wahrheit dieser Auffassung bezeugt sich denn auch in der Rechtsansicht, daß das Regiment in einem solchen Verhältnisse durch ein zwar von dem Landesherrn bestelltes, aber selbstständiges Consistorium geübt werden müsse⁵⁵), und noch mehr spricht sich das Bewußtsein von der Unmöglichkeit eines unmittelbaren landesherrlichen Kirchenregimentes in den Reversalien aus, in denen convertirende Regenten auf das letztere verzichteten⁵⁶). Unter den Ländern, in denen jene Form der Verfassung besteht, mögen hier Bayern und Sachsen erwähnt werden. In dem ersteren wird das Regiment durch ein selbstständiges Oberconsistorium geführt. In bestimmten wichtigeren Verhältnissen, bei neuen organischen Einrichtungen und allgemeinen Verordnungen, Dispensationen wegen verbotener Verwandtschaftsgrade, der Verleihung und Entziehung kirchlicher Aemter, der Eintheilung der Pfarrsprengel u. s. w., hat dasselbe zwar nur gutachtliche Berichte an das Staatsministerium zu erstatten, und es könnte mithin scheinen, als ob das auf der einen Seite aufgehoben werde, was auf der anderen verfassungsmäßig verbürgt ist. Indessen findet dieser Widerspruch darin seine Versöhnung, daß die königliche Entschließung zwar die Genehmigung der von dem Oberconsistorium beantragten Einrichtungen verweigert, nicht aber an deren Stelle eine neue zu setzen berechtigt ist⁵⁷). In Sachsen⁵⁸) dagegen wird die Stelle des Regenten durch eine durchaus selbstständige evangelische Behörde, die evangelischen Staatsminister, vertreten, welche die vorbehaltenen Rechte ausüben und die höchste kirchliche Instanz bilden⁵⁹). Minder groß erscheint der Widerspruch, wenn der lutherische Landesherr über die reformirte Kirche und umgekehrt die Kirchengewalt ausübt. Zwar hatte für den Fall, daß einem lutherischen Landesherrn ein reformirtes Land zufallen, oder der reformirte Landesherr die Confession wech-

55) Feuerbach, eine längst entschiedene Frage über die obersten Episcopatrechte der evang. Kirche. Nürnberg. 1823.

56) Z. B. in Sachsen 1697, in Württemberg 1704, in Hessen-Cassel 1754, in Sachsen-Gotha 1822. Entsprechende Zusicherungen enthalten auch die Württemb. W.-u. §. 76, Kurhess. §. 134, Braunschw. L.-D. §. 214, Altenb. W.-u. §. 130. Anderer Ansicht war der katholisch gewordene Herzog von Anhalt-Köthen: Paulus, kann ein deutscher Regent, wenn er römisch-katholisch wird, eine Pflicht oder ein Recht haben, auf eine evangelisch-protest. Landeskirche unmittelbar und persönlich als Souverain oder als oberster Bischof zu wirken? Zerbst 1827.

57) Stahl a. a. D. S. 234 flg.

58) W.-u. §. 57.

59) Ueber Oesterreich: Helfert, die Rechte und Verfassung der Katholiken im Oesterreich. Kaiserstaate. Wien 1827.

sein würde, so wie für das umgekehrte Verhältniß, der westphälische Friede in dem Wahlrechte der Gemeinden u. s. w. sehr umfassende Garantien gegeben⁶⁰⁾; diese sind jedoch gewöhnlich nicht praktisch geworden, sondern es wird zumeist das Verhältniß der Gemeinden nach den bereits dargestellten allgemeinen Grundsätzen beurtheilt, und rücksichtlich des Regiments hält man es für hinreichend, wenn den das Regiment in beiden Kirchen führenden Consistorien geistliche Beisitzer beider Confessionen beigegeben sind. Dieses ist z. B. das Verhältniß im Kurfürstenthum Hessen, dessen Verfassungsurkunde dem Landesherren die Kirchengewalt über die evangelischen Glaubensparteien ausdrücklich beilegt⁶¹⁾.

2) Die Consistorien⁶²⁾.

Für die ständige Verwaltung, also für die Aufsicht über die Lehre und Liturgie, über die Amtsführung und den Wandel der Geistlichen, für die Prüfung der Bewerber um geistliche Aemter und die Anordnung der Ordination und Institution, für die Beaufsichtigung und obere Leitung der Vermögensverwaltung, endlich für die Gerichtsbarkeit bestehen die Consistorien, welche früher bald formirte, aus geistlichen und weltlichen Gliedern zusammengesetzte Behörden, bald aber auch so gebildet waren, daß man die kirchlichen Verwaltungsgeschäfte einer bereits bestehenden weltlichen Behörde übertrug und dieser nur geistliche Beisitzer zuordnete, denen dann zugleich die Prüfungen und Ordinationen übertragen waren. In der neueren Zeit ist jedoch das Ressort der Consistorien häufig beschränkt worden; der Bann (die eigentlich kirchliche Gerichtsbarkeit) ist längst nicht mehr Theil der kirchlichen Ordnung; die Gerichtsbarkeit in Ehesachen ist oft der oberen weltlichen, jene über kirchliches Gut und die persönlichen Verhältnisse der Geistlichen aber den Untergerichten übertragen; endlich sind oft auch viele Gegenstände der kirchlichen Verwaltung den weltlichen Administrativbehörden zugewiesen, denen dann geistliche Beisitzer beigegeben sind. Dann sind also die Consistorien, wie z. B. in Preußen, nur Behörden für die Beaufsichtigung, Leitung und Förderung des inneren kirchlichen Lebens⁶³⁾. Ob aber eine solche Einrichtung vor dem Begriffe der Kirche gerechtfertigt werden kann? Es scheint, nicht durchaus. Zwar das fordert die evangelische Kirche nicht, daß sie eine Gerichtsbarkeit in weltlichen Verhältnissen ausübe; es ist also die Rückgabe derselben an den Staat, von dem sie gekommen, keine Beeinträchtigung ihrer Rechte. Wenn sie aber von der Ordnung des ehelichen Lebens völlig ausgeschlossen, und wenn ein Theil der Ordnung ihrer eigenen

60) A. VII. §. 1. 2.

61) Kurh. W.-u. §. 134.

62) Weber, de consistorio. Arnstad. 1647. Ludovici, Einleitung zum Consistorialproceß. Halle 1713.

63) Oft ist den Consistorien auch das Dispensationsrecht in bestimmten Verhältnissen (z. B. zu den Haustaufen, Haustrauungen, Eheschließung in der geschlossenen Zeit oder in entfernteren Verwandtschaftsgraden, zur Zulassung zur Confirmation vor dem gesetzlichen Alter u. s. w.) besonders übertragen. Vgl. z. B. Spangenberg, das Territorialkirchenrecht des Königr. Hannover, in Eppert's Annalen Bd. 3, S. 16, großh. hess. Edict v. 6. Juni 1832, in Weiß, Archiv Bd. 3, S. 224 u. A.

Verhältnisse an Behörden überwiesen sind, deren Zusammensetzung zunächst für diesen Zweck nicht berechnet ist; so muß sie dieses als eine Verletzung ihres Begriffes als einer individuellen Lebensordnung beklagen. Von diesem Standpunkte ist z. B. das Verhältniß in Preußen zu beurtheilen, wo die äußeren Kirchenangelegenheiten nach einem sehr weiten Begriffe (Besetzung der landesherrlichen Patronatstellen, Aufrechterhaltung der äußeren Kirchenzucht, Beobachtung der Amtsführung der Geistlichen u. s. w.) von den Provinzialregierungen ressortiren⁶⁴).

Eine besondere Art der Consistorien sind die Behörden, in deren die Ständesherrn und städtischen Magistrate bestimmte Rechte des Regiments ausüben. Diese entstanden, so viel die letzteren anlangt, dadurch, daß die Reformatoren die Aufforderung zur Einführung der neuen kirchlichen Ordnung an die Inhaber der Landeshoheit, aber ebensowohl auch an die magistratus politici richteten, und daß diesem Rufe viele Obrigkeitlichen Folge leisteten, indem sie von den Reformatoren Kirchenordnungen abfassen ließen und unter ihrer Autorität publicirten, und der Bestellung des Lehramtes, der Gerichtsbarkeit in Ehefachen und der kirchlichen Vermögensverwaltung sich annahmen. Später, als sich die städtischen Verhältnisse änderten, gingen die meisten dieser Rechte auf die Landesherren über; oft aber blieb die Gerichtsbarkeit in Ehefachen und über die Geistlichen in erster Instanz ein Verhältniß, das sich oft z. B. in Hannover⁶⁵) findet. — Die Glieder des Herrenstandes übten ursprünglich ganz dasselbe Recht, auf dessen Grundlage die Landesherren das Episcopatrecht erwarben. Mit ihrer Unterordnung unter die Landeshoheit machte sich das letztere auch hier insofern geltend, als die sogen. Reservate auf die Landesherren übergingen. Jenen blieb aber oft die Verwaltung, die sie in sogen. Mediatconsistorien in Unterordnung unter die landesherrlichen Consistorien⁶⁶), seltener die unmittelbar vortragenden Behörden ausübten. Die Bundesacte hat den Ständesherrn die Aufsicht in Kirchen-, Schul- und Stiftungsfachen bestätigt⁶⁷), und später ist ihnen oft in den einzelnen Ländern das Recht zur Bestellung von Unterconsistorien ausdrücklich zugestanden, und das Verhältniß derselben zu den landesherrlichen Behörden näher bestimmt worden⁶⁸).

64) Gab.-D. v. 31. Dec. 1825 vgl. mit der Instruction v. 23. Oct. 1817. Fürstenthal, Sammlung der Kirchengesetze Bb. 2, S. 368. — Ueber die heutigen Verhältnisse im Königr. Sachsen: Verordn. v. 10. Apr. 1835 im Codex des sächs. R.-R. S. 395. — Für das Großh. Hessen das in der vor. Ann. angef. Ebiect u. a.

65) Spangenberg a. a. D. S. 30.

66) Vgl. über das Stolbergische Consistorium in der Grafschaft Hohenstein den angef. Spangenberg S. 29, und über das Schönburgische Consistorium zu Glauchau die Recesse v. J. 1745 und 1835 im Codex des sächs. R.-R. S. 452 flg.

67) Art. XIV.

68) Vgl. die bei Bollgraff, die teutschen Ständesherrn, abgedruckten Ebiecte für Bayern, Preußen (wo den Mediatconsistorien die den Provinzialregierungen eignenden Rechte überlassen sind) und das Großh. Hessen. Das neueste Beispiel bietet das kurheff. Ebiect v. 29. Mai 1833, §. 22. In Baden (Ebiect

3) Die Superintendenten⁶⁹⁾.

Die Behörden, durch welche das kirchliche Leben unmittelbar beaufsichtigt wird, sind die Superintendenten (Inspectoren, Präpste, Metropolitane, Decane, Erzpriester, Senioren), deren Wirkungskreis nach der Entwicklung der Consistorialverfassung sich näher so geregelt hat, daß er die in den Visitationen bethätigte Aufsicht über den Wandel und die Amtsführung der Geistlichen, über die religiösen und sittlichen Zustände der Gemeinde, über die Verwaltung des Kirchengutes, so wie bestimmte kirchliche Handlungen, die Ordinationen und Investituren der neuangestellten Geistlichen, die gütliche Ausgleichung der Streitigkeiten zwischen den Pfarrern und den Gemeinden, die Regulirung zwischen den Erben verstorbener Geistlichen und den Amtsnachfolgern, die Ertheilung der licentia concionandi, oft auch die Ertheilung gewisser untergeordneter Dispensationen, begreift. Dagegen gehört jetzt fast nirgends mehr die Gerichtsbarkeit in den Kreis ihrer Berechtigung⁷⁰⁾. In Beziehung auf das Verhältniß der Superintendenten zu den Pfarrern und Gemeinden hat die Territorialgesetzgebung verschiedene Gestaltungen entwickelt; gewöhnlich gibt es zwischen beiden keine vermittelnde Behörde, wie in Preußen und Sachsen; zuweilen sind aber auch für eine untergeordnete Aufsicht noch andere Geistliche bestellt, wie in Kurhessen die Metropolitane, in Mecklenburg die Präpste. Auf der anderen Seite fand sich aber früher in manchen Ländern auch die Einrichtung, daß ein Generalsuperintendent über mehrere Diöcesen die Aufsicht führte. Dieses ist noch jetzt in manchen Ländern, in Preußen, Württemberg, Braunschweig u. a., der Fall; die Generalsuperintendenten bilden jedoch keine Zwischeninstanz, sondern sie sind Mitglieder der Consistorien, und ihre Bestimmung ist nur, überall da thätig zu werden, wo es persönlicher Anschauung und unmittelbarer Einwirkung bedarf⁷¹⁾. Die Bestellung der Superintendenten ist ein landesherrliches Reservat, und nur ausnahmsweise besteht, wie in manchen Theilen Kurhessens, ein Wahlrecht der Pfarren⁷²⁾. Regelmäßig ist bei ihr der leitende Gesichtspunkt dieser, daß der Superintendent selbst Pfarrer einer größeren Gemeinde sein solle.

v. 16. Apr. 1814) und Württemberg (v. Mohl, Staatsrecht Bd. 1, S. 488) ist den Standesherrn das Recht zur Errichtung von Unterconsistorien abgesprochen.

69) Vgl. z. B. für Preußen: Schmidt, der Wirkungskreis und die Wirkungsart des Superintendenten, Quedlinb. 1837, für das Großh. Hessen: Instr. v. J. 1832 bei Weiß, Archiv Bd. 3, S. 233. Die reformirten Kirchen haben das Amt der Inspectoren mit ganz gleicher Bedeutung, z. B. in Hessen, Hannover u. a.

70) In Württemberg bilden die Decane mit dem Oberamtsrichter die erste Instanz in Chefachen. v. Mohl, Staatsrecht Bd. 2, S. 466.

71) Preuß. Instruction für die Generalsuperintendenten vom 14. Mai 1829 bei Fürstenthal, Bd. 1, S. 487 flg. — Augusti, über das Amt eines Generalsuperintendenten, Beitr. zur Gesch. und Statist. der evang. Kirche S. 788 flg.

72) Ledderhose, Kurhess. A.-N. S. 33.

4) Die Theilnahme der Gemeinden und der Kirche am Regiment.

a) Die Gemeinden.

Schon oben konnte es als eine Eigenthümlichkeit der evangelischen Kirche bezeichnet werden, daß sie, abweichend von dem Princip des Catholicismus, die Gemeinden als selbstständige, zur Theilnahme an dem Regimente berechnete Corporationen auffaßt. Zugleich sahen wir, daß die letztere insbesondere bei der Berufung des Lehramtes und der Ausübung der Zucht, so wie bei der Vermögensverwaltung sich bethätigen sollte. In allen diesen Angelegenheiten hat jedoch eine unkirchliche Richtung zur Verkümmernng des kirchlichen Gemeindelebens geführt. Die Kirchenzucht ist oft in Vergessenheit gerathen, das Recht des Widerspruches gegen die Person, die Lehre und den Wandel eines designirten Geistlichen, welches zeitig schon an die Stelle des Wahlrechtes getreten, wird oft nicht mehr, oder doch nur als bloße Form ausgeübt, und auch die Mitwirkung bei der Verwaltung des Vermögens trat nur insofern hervor, als den Gemeinden die Wahl der Administratoren, Kirchväter, Provisoren, Altarleute u. s. w. zustand. Aus dieser Gestaltung ist es dann weiter zu erklären, daß regelmäßig die Gemeinden früher nicht besonders organisiert waren. In der neueren Zeit sind aber dieselben in manchen Ländern in ihre ursprünglichen Rechte wieder eingesetzt und es sind besondere Kirchencollegien, Presbyterien, Kirchenconvente als ihre Vertreter bestellt worden, die sich bald durch Cooptation ergänzen, bald frei gewählt werden, und an deren Spitze der Pfarrer seine nothwendige Stelle hat⁷³⁾. Wo diese Einrichtung nicht besteht, werden die Gemeinden durch die selbstständigen männlichen Mitglieder in den bezeichneten Verhältnissen vertreten. Dagegen entspricht es dem Princip nicht, wenn die bürgerliche Gemeindebehörde, wie in Sachsen⁷⁴⁾, als Repräsentantin der kirchlichen Interessen betrachtet wird, weil sie zunächst nach ganz anderen Gesichtspunkten als dem der kirchlichen Qualification gebildet werden.

b) Die Kirche.

Die Theilnahme der Kirche am Regiment soll, wie wir bereits früher in Uebereinstimmung mit den meisten Kirchenrechtslehrern bemerk-

73) Vgl. für Baden die oben Anm. 52) angeführten Schriften; für das Großh. Hessen: Edict v. 6. Juni 1832, bei Weiß, Archiv Bd. 3, S. 252; für Nassau: Edict v. 1. Apr. 1818, Ditto, Nass. K.-R. S. 254 flg.; für die preuß. Rheinprovinzen und Westphalen: R.-D. v. J. 1835; für Württemberg: Consistorialerlaß v. 29. Oct. 1824, bei Eisenlohr a. a. D. Bd. 2, S. 650 flg.; für Rheinbayern: Brendel, K.-R. S. 498 flg. In Bayern dießseits des Rheins ist die Einführung der Presbyterien an dem Widerspruche der Kirche gescheitert. Lehmann, Entwurf einer Presbyterialverfassung. Nürnberg. 1821. Kaiser, über die Presbyterien. Erl. 1822. Fuchs, die Einführung der Kirchenvorstände (Nürnberg. 1822) u. X. Ueber die durch Reser. v. 2. Jan. 1817 in Preußen angeordneten Kirchenvorstände: Schleiermacher, über die für die prot. Kirche des preuß. Staates einzurichtende Synodalverfassung. Berlin 1817. — Ueber die hessischen Presbyterien, welche schon seit der Ordnung der christl. Kirchenzucht v. J. 1539 bestehen: Ledderhose S. 14, 38 flg.

74) Nach der Landgemeindeordnung v. 7. Nov. 1838 im Codex des sächs. K.-R. S. 493.

ten, bei der Veränderung der Lehre, der Liturgie und der Verfassung sich bethätigen. Regelmäßig ist aber die Kirche für diese Seite ihres Wirkens nicht besonders organisirt worden, sondern man hielt es für hinreichend, aus dem Stillschweigen der Gemeinden auf ihre Zustimmung zu den von dem Regiment beschlossenen Einrichtungen zu folgern. Es liegt am Tage, wie wenig Sicherheit dieser Maßstab gewähre, der zunächst nur in der religiösen Erschlaffung der Gemeinden seine Begründung findet. Dies ist denn auch in der neueren Zeit lebendig erkannt, und bereits ist der Kirche in manchen Ländern eine Repräsentation durch Synoden verliehen worden, deren Bestimmung es ist, von der Ordnung des kirchlichen Lebens Kunde zu nehmen, Anträge an das Regiment zu bringen und über die von diesem beschlossenen Einrichtungen zu berathen⁷⁵⁾. Eine solche Verfassung setzt aber, als Grundlage, eine Organisation der Gemeinden wesentlich voraus. Dagegen können Synoden des Lehrstandes nicht als eine Befriedigung der Ansprüche der Kirche betrachtet werden⁷⁶⁾, da das evangelische Princip keine Repräsentativkirche im Sinne des Katholicismus kennt, und ebenso wenig ist es zulässig, daß die Kirche durch die Landstände vertreten wird. Diesen kommt nach der besondern Verfassung, nur zu der aus dem Majestätsrechte hervorgehenden Gesetzgebung, so wie bei der Ordnung der Verhältnisse, welche die evangelische Kirche, wie die Gerichtsbarkeit über das Kirchengut u. a., ein Recht der Mitwirkung zu, und dann ist ihre Zustimmung zur Veränderung der unter den Schutz des Staates gestellten Verfassung der Kirche erforderlich. Durch die letztere wird jedoch die Zustimmung der Kirche nicht ersetzt, sondern diese muß durch eine Synode oder durch die große Mehrzahl der Gemeinden erklärt werden. Endlich ist noch einer Richtung zu gedenken, die den Synoden nicht nur die Theilnahme an der Gesetzgebung, sondern auch die ständige Verwaltung unter völliger Ausschließung der Landesherren vindicirt⁷⁷⁾. Diese entspricht einer neueren Bestrebung im Gebiete des Staatslebens und wird wie diese durch die Geschichte gerichtet. x.

Execution, Executionsverfahren¹⁾. I. Einleitung.
Obligatio indicati. Das am Schlusse des Prozeßes zu sprechende

75) In Bayern diesseits und jenseits des Rheins (Fuchs, Zustand der prot. Kirche in Bayern. Ansb. 1830), in Baden, vgl. o. Anm. 52), in Rheinpreußen und Westphalen nach der K. O. v. J. 1835, hier mit sehr umfassender Bezeichnung. Ueber die im J. 1817 angeordneten Kreis- und Provinzialsynoden s. d. Anm. 70) angeführte Schrift von Schleiermacher.

76) Darum ist die Synode in Württemberg, welche durch den Zutritt der Generalsuperintendenten zu dem Consistorium gebildet wird (Eisenlohr a. a. D. Einl. S. 35, 82, 91), keine Repräsentation der Kirche.

77) Kettig, die freie Kirche. Gießen 1832. — Ein raisonnirendes Verzeichniß der zahlreichen, die Reformation der Verfassung beantragenden Schriften enthalten die ersten Bände des Repertoriums von Rheinwald.

1) Literatur: Joh. Bapt. Asinii tract. de executionib. Venet. 1589. J. Carlier, de executione rei iud. Herbiq. 1737. Romani, de execut. Lips. 1674. J. O. Tabor, de exec. rei iud. Giess. 1661. Ramos del Manzano ad tit. de re iud. curas secundae. Meer-

Urtheil hat nicht geradezu Rechte zu schaffen oder zu vernichten, sondern nur die Existenz oder Nichtexistenz der Rechte declaratorisch auszusprechen²⁾. Das rechtskräftige Urtheil ist daher das Ende des Streitiges³⁾, und der obsiegende Kläger sowohl, als der verurtheilte Beklagte kann gegen einen abermaligen Anspruch mittelst der *exceptio rei iudicatae* entweder die Zerstörung des früheren Verhältnisses, oder dessen durch das Urtheil festgestelltes positives Resultat geltend machen.

Außerdem kann aber auch der siegende Kläger mit der *actio iudicati* die neubegründete Obligation auf *iudicatum facere oportere* verfolgen, und Vollstreckung des gesprochenen Urtheiles gegen den Beklagten fordern⁴⁾, sofern derselbe nicht gezahlt oder sich auf andere Weise mit ihm abgefunden hat⁵⁾. Wo durch das Urtheil unmittelbar Rechte constituirte werden, wie durch die *adiudicatio* in Theilungsprozessen, oder bei Klagen, welche — wie die Präjudicialklagen⁶⁾ — nicht auf Verurtheilung eines bestimmten Gegners, sondern nur auf vorläufige Entscheidung einer jetzt in Untersuchung begriffenen Frage gerichtet sind, kommt eine solche Vollstreckung natürlich nicht vor.

Um nun die Lehre von der Execution vollständig zu erkennen, ist es nöthig, sich das Verhältniß des Rechtes selbst zu der gerichtlichen Geltendmachung und Vollstreckung desselben zu vergegenwärtigen. Im römischen Rechte der classischen Zeit steht alles dieses mit einander im engsten Zusammenhange; jede Verurtheilung muß auf *baares Geld* lauten, und die *actio iudicati* ist immer auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet⁷⁾. Bei den arbiträren Klagen, also namentlich bei allen dinglichen Klagen, erfolgt diese Verurtheilung auf *Geld*, auf *quanti ea res est*, erst alsdann, wenn der Beklagte dem Restitutions- oder Exhibitionsbefehle nicht nachkommt. Diese arbiträre Natur konnte auch manchen nicht arbiträren Klagen, wenn es bei ihnen — wie beim *Depositum* und *Commodatum* — auf das Restituiren einer *Species* ankommt, durch Ertheilung einer *formula in factum concepta* beigelegt werden⁸⁾. Bei

mann, thes. 7. pag. 115 sq. Anton Faber, error. pragm. decas LVI. Rittermaier, der gemeine deutsche bürgerliche Proceß in Vergl. mit dem preussischen und französischen Civilpr. u. s. w. Beitrag III, §. VI.

2) L. 8. §. 4. D. si servit. vindic. (8. 5.) L. 35. §. 1. D. de rei vindic. (6. 1.)

3) L. 1. D. de re iudic. (42. 1.)

4) L. 35. D. de noxalib. act. (9. 4.) L. 4. §. 3. 6. 7. D. de re iud. (42. 1.) Keller, von der Littecontestation §. 24, 25, 27.

5) L. 4. §. 3. D. de re iudic. (42. 1.)

6) Schilling, Instit. Bd. 2, §. 348. Bei dinglichen Klagen verhält sich die Entscheidung über die Zuständigkeit des Rechtes selbst als Präjudicialpunkt für die in der Condemnation auszusprechende Restitutionspflicht. L. 7. 12. L. 8. §. 4. D. si servit. vindic. (8. 5.) Brakenhoest, die Identität der Rechtsverhältnisse (Göttingen 1839), S. 226.

7) Caius IV. §. 48. L. 4. §. 3. D. h. t. L. 37. §. 6. D. de operis lib. (38. 1.)

8) Caius IV. 47. Rhein. Museum Bd. 6, S. 34, 35. Zimmern, römischer Proceß S. 212.

allen übrigen persönlichen Klagen lautet, wenn eine obligatio certa zum Grunde liegt und auf certa pecunia geklagt wird, die Condemnation auf diese, wenn aber auf certa res geklagt wird, auf den einfachen Werth der Sache (quanti ea res est) zur Zeit der Litiscontestatio. Wenn eine obligatio incerta zum Grunde liegt — namentlich also bei allen zweiseitigen bonae fidei Geschäften — geht die Condemnation auf das nach Abrechnung der Ansprüche und Gegenansprüche bleibende Resultat, quidquid adversarium ex b. f. dare, facere oportet.

Die Vollstreckung des Judicatus geschieht dann auf Anrufen des Klägers nicht vom iudex, sondern vom magistratus⁹⁾, und wenn der Beklagte Einwendungen erhebt oder leugnet, so wird die Anordnung eines neuen iudicium für die actio iudicati nöthig, welche nach älterem Rechte auf das Doppelte geht¹⁰⁾. Unmittelbare Zwangsmittel werden jedoch regelmäßig nicht angewendet; sie gelten als extraordinaria executio, für eine Anomalie (incivile)¹¹⁾. Die Executionsmittel sind vielmehr die Zusprechung des Beklagten in die Schuldenhaft, und die missio in bona, selbst für einen einzelnen Gläubiger¹²⁾, wodurch dieser zur Detentio und custodia der schuldenrischen Güter, so wie zu deren Verkauf in Folge des entstandenen prätorischen Pfandrechtes befugt ward¹³⁾.

Dieses streng consequente System des römischen Processes, welcher auf der Idee der Umwandlung der älteren Verpflichtung in eine neue strengere auf baares Geld gerichtete beruhte, löste sich nach und nach auf. Der nächste Schritt zu dem neueren Zustande war vielleicht die unmittelbare Vollstreckbarkeit des arbitrii de restituendo durch Wegnahme der in Rede stehenden Sache vom Beklagten, und Ablieferung derselben an den Kläger¹⁴⁾, dann aber kam die Ansicht ab, daß der Gesamttinhalt der streitigen Geschäfte in eine Geldcondemnation aufgelöst werden müsse, und einzelne Ansprüche auf bestimmte Summen und Sachen von diesem Gesamttinhalte nicht zu trennen seien. Statt jener alten Idee des Processes bildete sich die neue aus, daß der Staat durch Gerichtsbehörden Privatrechte schütze, und mittelst reeller Zwangsmittel

9) L. 15. pr. D. h. t. Doch pflegte der Prätor die Leitung der Execution und Entscheidung etwa vorher nöthiger Liquidationen einem Commissarius, arbiter oder executor, zu übertragen. L. un. §. 1. C. Th. de litig. (4. 5.) L. 3. §. 8. D. de neg. gest. (3. 5.) L. 48. D. de solut. (46. 3.) L. 7. D. de confessis. (42. 2.) L. 6. 8. C. de exec. rei ind. (7. 53.)

10) Paulli sent. rec. I. 19. 1. Paffe, im rhein. Museum Bd. 6, S. 56 fig.

11) L. 1. §. 2. D. si ventris nomine. (25. 5.) L. 23. §. 3. D. quod metus causa. (4. 2.) Brisson., sel. antiquit. IV. nr. 2.

12) Bethmann-Holweg, Prozeß des sinkenden röm. Reiches S. 305. L. 6. §. 2. D. h. t.

13) Rechtälerikon Bd. 2, S. 279 fig., 343 fig.

14) L. 68. D. de rei vind. (6. 1.) L. 7. C. de execut. rei ind. (7. 53.) cf. rhein. Mus. Bd. 6, S. 27. Bethmann-Holweg l. c. S. 331. — Früher hat man die L. 68. cit. von Ulpian oft für interpolirt gehalten. Faber. coniect. 16. 17. und errores 89. err. 4. Bethmann-Holweg, Versuche S. 58.

tel zur Erfüllung jeder einzelnen Obliegenheit nöthige. Man klagte und condempnrte also, wie heut zu Tage, auf einzelne Leistungen, mochten sie nun in Zahlungen, Leistung von Handlungen oder Herausgabe von Sachen bestehen¹⁵⁾, und daneben ward die pignoris capio, Auspfändung, welche zuerst nur als Zwangsmittel zur Erfüllung öffentlicher Pflichten¹⁶⁾, dann aber bei der extraordinaria cognitio¹⁷⁾ gebräuchlich war, das gemeinhin übliche Executionsmittel, so daß die missio in bona als Executionsmittel wegen einzelner Forderungen außer Gebrauch gekommen sein wird. — Als das römische Recht sich nach Deutschland verpflanzte, vereinigten sich seine Bestimmungen in der vorliegenden Materie mit denen des teutschen Rechtes. Nach der älteren teutschen Gerichtsverfassung lag die Vollstreckung der Urtheile nicht den Urtheilsfindern, sondern dem das gerichtliche Verfahren leitenden Beamten ob¹⁸⁾, der nach dem Rechte des Sachsenspiegels die Auspfändung, oder die Befrohnung und den Verkauf unbeweglicher Güter durch den Frohnboten verfügte¹⁹⁾. Nach dem Untergange der Schöffenverfassung vereinigte sich die Befugniß zum Urtheilen und zum Vollziehen in einer Person, und man betrachtete die Executionsverhandlung geradezu als Theil oder besondere Instanz des ganzen Prozesses²⁰⁾. Aus den dürftigen Bestimmungen der fremden Rechte bildeten sich dann unter Einwirkung teutscher Gewohnheiten, der Praxis und der Particulargesetzgebungen diejenigen Sätze über die Vollstreckung aus, welche man heut zu Tage als die gemeinrechtlichen betrachten darf. Die teutschen Reichsgesetze sind aber keine Quelle für diese Lehre, denn während in den älteren Reichsgesetzen noch die Acht und die damit verbundene Beschlagnahme der Güter des Geächteten als Executionsmittel gilt²¹⁾, ist in den neueren Anordnungen Acht und Bann in Civilsachen abgeschafft, und bloß auf die civilia coercendi et compellendi media verwiesen²²⁾.

Sonach bildet denn namentlich in Ansehung der Natur der Verpflichtung aus dem Urtheile das neuere römische Recht die Grundlage des heutigen Rechtes. Von der logischen Consequenz und Zweckmäßigkeit des Formularprozesses sind dabei nur einzelne Spuren übrig geblieben: die darin zu Tage liegende Ansicht vom Zusammenhange des Rechtes selbst mit dem Prozesse aber war schon zu Justinians Zeiten verloren gegangen, und man betrach-

15) L. 31. 32. J. de actionib. (4. 6.) L. 17. C. de fideic. libert. (7. 4.) L. 14. C. de sentent.

16) 3. B. L. 1. pr. D. de adm. tut. (26. 7. §. 3.) J. de satisf. tut. (1. 25.) L. 14. §. 2. D. de religios. (11. 7.) L. 9. D. de munerib. (50. 4.) L. 1. §. 1—2. D. de via publ. (43. 10.)

17) L. 31. D. h. t. L. 5. §. 10. D. de agnosc. vel. al. lib. (25. 3.)

18) Lex Salic. tit. 53. cap. 3. tit. 59. lex Rip. tit. 32. cap. 3.

19) Sachsenspiegel B. 1. X. 53. X. 70. B. II. X. 41. Hausfild, Gerichtsverfassung der Deutschen §. 44 fig.

20) Rittermater, Prozeßvergl. Beitr. Bb. 3, S. 157 fig.

21) G.-G.-D. v. 1521, tit. 31. G.-G.-D. v. 1555, Thl. 3, tit. 48.

22) Reichsabschied v. 1654, §. 159 fig. Wahlcap. Karl 6. 8, 20. Karl 7. art. 20. §. 11. cf. Visit. Absch. v. 1713, §. 83.

tete den letztern — etwa wie in der jetzigen Zeit — nur als den formellen Gang der Rechtsverhandlung, ohne in seinen Formen den innigen Zusammenhang mit dem Rechte selbst zu erkennen. Jene obligatio iudicati enthält nun eine wahre Novation der früheren Verbindlichkeit²³⁾, wobei jedoch die Accessorien der letzteren nicht mit vernichtet werden²⁴⁾. Die neue nun unmittelbar vollstreckbare Obligation ist (im neueren Rechte) auf certa res oder certa pecunia gerichtet²⁵⁾. Die Klage daraus kann sowohl von den Erben des Siegers, als gegen die Erben des Verurtheilten angestellt werden²⁶⁾ und dauert dreißig Jahre²⁷⁾. Wegen der formalen Selbstständigkeit dieser neuen Obligation²⁸⁾ ist es dabei gleichviel, ob der Verurtheilte der eigentliche Schuldner ist, oder ein Dritter, der sich für ihn auf den Streit einließ²⁹⁾. Ist der Prozeß durch Stellvertreter geführt, so findet aus der Prozeßführung des Vormundes und des actor einer Corporation die actio iudicati für und gegen den Pupillen und die Corporation statt³⁰⁾. Ist durch Procuratoren prozessiert, so muß die Sentenz auf deren Namen gefaßt werden³¹⁾, was nach den Reichsgesetzen nur alsdann nöthig ist, wenn die Partei selbst vor Abfassung des Urtheiles gestorben ist und ihre Erben noch nicht in den Prozeß eingetreten sind³²⁾. Nach römischem Rechte erwarb nur der cognitor die actio iudicati direct für oder gegen die Partei³³⁾; rücksichtlich des Procurators befolgte man lange Zeit den Grundsatz, daß das Rechtsverhältniß aus der res iudicata nur für diesen, nicht für den dominus begründet sei, jedoch wurde die actio iudicati utiliter für und gegen die Partei selbst zugelassen³⁴⁾. Nach den heutigen Ansichten aber begründet das Urtheil nur für den dominus und nicht für den Procurator Rechte und Verbindlichkeiten. Die actio iudicati kann von dem durch einen Procurator vertretenen Kläger und gegen den durch einen Procurator vertretenen Beklagten unmittelbar angestellt werden³⁵⁾, und wenn

23) Keller, Titiscontest. u. Urtheil §. 24—31.

24) Keller l. c. §. 99 fig. L. 11. pr. D. de pign. act. (13. 7.) L. 13. §. 4. D. de pignor. (20. 1.) L. 35. D. de usur. (35. 1.)

25) §. 32. J. de action. (4. 6.) L. ult. §. 1. Cod. de usur. rei iud. (7. 54.) — verbi: pecunias vel res in cond. positas.

26) L. 6. §. 3. D. h. t. Mevius, dec. VIII. dec. 136.

27) L. 6. §. 3. cit. Archiv für civ. Praxis Bd. 6, Nr. 17. v. Bülow und Pagemann, prakt. Erört. Bd. 7, Nr. 116.

28) L. 3. §. 11. D. de pecul. (15. 1.)

29) L. 23. D. de solut. (46. 3.) L. 10. §. 1. D. de in rem verso. (15. 3.)

30) L. 4. §. 2. D. h. t. L. 11. §. 7. D. de exc. rei. iud. (44. 2.)

L. 2. pr. D. de admin. tut. (26. 7.) L. 7. D. quando ex facto tut. (26. 9.)

L. 6. §. 3. D. quod cuiusque univ. nomine. (3. 4.)

31) L. 1. C. de sent. (7. 45.)

32) Dep.-Absh. v. 1600, §. 73. J. R. X. v. 1654, §. 99. Böhmer, J. E. P. I. tit. 38. §. 44.

33) Fragm. Vat. §. 317.

34) L. 27. §. 1. L. 28. D. de procurat. (33. 3.) Fragm. Vat. §.

331. L. 1. C. Th. de cognit. (2. 12.)

35) Bethmanns-Polweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozeßes S. 243.

man heut zu Tage das Urtheil noch auf den Namen des Procurators fassen sollte, würde dieß nur eine leere Form sein. Ist durch Bürgen eine cautio iudicatum solvi bestellt, so kann das in der Hauptsache ergangene Urtheil nicht — wie oft behauptet wird³⁶⁾ — unmittelbar, sondern nur in Folge der Anstellung der actio ex stipulatu gegen die Bürgen vollstreckt werden. Wegen der Delicte eines Haussohnes kann dieser selbst ausgeklagt, und alsdann die actio iudicati de peculio gegen den Vater gerichtet werden³⁷⁾. — Sonst aber ist es durchgängige Regel, daß die Folgen des Urtheiles mittelst der actio iudicati nur unter den Parteien selbst geltend gemacht werden können³⁸⁾. Von einem Uebergange der actio iudicati auf oder gegen Singularsuccessoren ist daher überhaupt nicht die Rede. — Eine Ausnahme wird gewöhnlich in Ansehung veräußerter litigibser Sachen gemacht³⁹⁾. Die sich für die Hilfsvollstreckung in einem solchen Veräußerungsfalle ergebenden Modificationen sind folgende. Bei persönlichen Klagen ist mit der Beschränkung der Wirkungen der res iudicata auf die Parteien das Interesse des Klägers vollkommen gewahrt. Bei dinglichen Klagen aber kann, sofern der Beklagte das Streitobject nach dem Beginne des Processes veräußert, die Lage des Klägers verschlimmert werden, indem er von dem den Restitutionsbefehl nicht befolgenden Beklagten nur das Interesse erlangen kann, sofern auf Herausgabe der Sache selbst gegen deren jetzigen Besitzer aber gerichteten Klage die exceptio rei in iudicium deductae oder rei iudicatae entgegenstehen würde⁴⁰⁾. Dieserhalb war die Alienation litigibser Sachen verboten, wobei nach älterem Rechte, namentlich einem Edicte von Augustus⁴¹⁾, unbedingte Nichtigkeit der Alienation⁴²⁾, nach Justinianischem Rechte⁴³⁾ aber nur eine Rescission derselben angenommen werden kann. Im älteren Rechte war die wichtigste Folge davon die, daß der Empfänger der Sache sich gegen den Kläger nicht auf die exceptio rei in iudicium deductae berufen konnte⁴⁴⁾; an eine Vollstreckung des Urtheiles gegen den dritten Besitzer war aber nicht zu den-

36) Voet. comm. ad P. II. tit. 8. §. 17. Mevius, dec. VIII. dec. 378. Bayer, Vorträge u. s. w. S. 549. L. 1. D. iudic. solvi. (2. 8.) L. 27. §. 1. D. de proc. (3. 3.) L. 3. §. 1. C. de usur. rei iud. (7. 54.) Faber, error. dec. 85. err. 3.

37) L. 34. 35. D. de noxalib. act. (9. 4.) L. 3. §. 11. 12. D. de peculio. Faber, error. pragmat. dec. 78. err. 3. u. 4.

38) L. 2. Cod. quib. res iud. non noc. (7. 56.)

39) Mevius, dec. VIII. dec. 380. Faber, Cod. def. 7. 20. def. 7. Bayer, Vorträge über den Civilproceß S. 231, 232, 549.

40) Schmid, diss. de litigiosar. rerum alien. (Jenae 1840.) pag. 4—8.

41) Frag. vet. J. de iure fisci §. 8.

42) Schmid l. c. pag. 19—38. (cf. Mühlenbruch, von der Cession §. 29.)

43) L. 1. C. de praescr. longi temp. (7. 33.) Paulli sent. rec. V. tit. 2. §. 5. L. 3. 4. C. de litig. (8. 37.) L. un. C. Th. de litigiosis. (4. 5.)

44) Schmid l. c. pag. 27.

ten, denn das Urtheil erfolgte — nach der Natur der arbiträren Klagen — erst alsdann, wenn dem Restitutionsbefehle nicht Folge geleistet war, und zwar auf die erhärtete *litis aestimatio*; dem Kläger blieb daher, wenn ihm an der Erlangung der Sache selbst lag, nichts übrig, als gegen den Empfänger eine besondere Klage anzufangen. Anders verhielt sich die Sache, als im späteren Rechte der Restitutionsbefehl mit dem auf Herausgabe der Sache selbst lautenden Urtheile zusammensiel und die *exceptio rei in iudicium deductae* abkam. Nun konnte der Kläger sofort nach geschעהner Veräußerung auf deren Rescission antragen, so daß die Sache zu dem Veräußerer zurückgebracht werden mußte, und er, um zu seinem Zwecke zu gelangen, nur den Prozeß mit dem Beklagten durchzuführen hatte. Hat er in diesem Prozesse bereits ein Urtheil erwirkt, so wird gewiß bei dem Restitutionsverfahren der Umweg einer Zurückgabe an den Beklagten vermieden, und die Auslieferung an den Kläger direct verfügt⁴⁵). Das canonische Recht⁴⁶) hat dieselben Grundsätze angenommen, und insonderheit im cap. 10. X. de const. (1. 2.) in den *partibus decisis* — unverkennbar mit Beziehung auf L. 4. C. de litig. (8. 37.) — dem Kläger die Befugniß eingeräumt, entweder de *vicio litigiosi contractus*, oder de *proprietate* zu klagen. Zunächst geht also das Rescissionsverfahren gegen den jetzigen Besitzer nur auf Restitution der Sache an den Beklagten, und nur wenn gegen diesen schon ein vollstreckbares Urtheil vorliegen sollte, auf Restitution an den Kläger. — Was die gegen die *obligatio iudicati* geltend zu machenden Einreden betrifft, so sind, da es nur darauf ankommt, an *iudicatum sit*⁴⁷)? auch nur solche Einreden zulässig, welche ein Erlöschen der Pflicht ex *iudicato* betreffen⁴⁸), von den gegen die ursprüngliche Verbindlichkeit gerichteten aber nur die sogen. privilegierten Einreden, die *exc. SC. Macedoniani*, *compensationis*, *benef. competentiae* und *cedendarum actionum*⁴⁹). Nach gesprochenem Urtheile ist dem Beklagten eine Frist zur freiwilligen Erfüllung zu geben, die ursprünglich dreißig Tage, dann zwei Monate und endlich vier Monate betrug⁵⁰), nach canonischem Rechte aber nach Billigkeit zu bestimmen ist⁵¹). Während dieser Zeit zahlt der

45) L. 1. C. Th. de *revoc. don.* (8. 13.) *verb.: ut vindicationis habeat effectum.* Schmid l. c. pag. 34. 35. 54. L. un. C. Th. de *litigiosis.* (4. 5.) *verb.: tanquam nihil factum sit lite nihilominus peragenda.* L. 4. C. J. de *litigiosis.* (8. 37.) *verb.: compellendum non tantum rem redhibere.*

46) *Causa 11. quaest. can. 50. cap. 10. X. de constitut. (1. 2.)* *word. aus cap. 3. u. 4. X. ut lite pendente (2. 16.)*

47) L. 1. pr. D. *quae sent. sine appell.* (49. 8.) L. 75. D. de *iudiciis.* (5. 1.) L. 56. D. h. t. L. 2. Cod. *sent. rescindi non posse.* (7. 50.)

48) L. 7. D. h. t. L. 1. Cod. de *re iud.* (7. 52.)

49) L. 11. D. de *SC. Maced.* (14. 6.) L. 16. §. 1. D. de *compens.* (16. 2.) L. 17. §. 2. D. *solut. matrim.* (24. 3.) L. 41. §. 2. D. h. t. L. 41. §. 1. D. de *fidei.* (46. 1.)

50) L. 2. 3. C. de *usur. rei iud.* (7. 54.) L. un. C. T. eod. tit. (4. 19.) *ibiq. Gothofredus.*

51) L. 15. de *sent.* (2. 27.)

Schuldner nur die bereits vorher schuldigen Zinsen⁵²⁾, nach Ablauf derselben aber, da die frühere Zinspflicht nach Justinians vielleicht nicht richtiger Aeußerung in *L. ult. C. de usur. rei iud.* durch die im Urtheile liegende Novation getilgt ist, die *usuras rei iudicati*, welche früher 24 vom Hundert betragen, von Justinian aber auf 12 vom Hundert herabgesetzt sind⁵³⁾. Heut zu Tage bleibt es bei fünf vom Hundert.

II. Allgemeine Voraussetzungen der Execution sind:

1) Das Vorhandensein eines rechtskräftigen Urtheiles⁵⁴⁾, entweder in der Hauptsache oder über einen getrennt davon entschiedenen Nebenpunkt. Sobald gegen das Urtheil Rechtsmittel eingelegt sind, ist der Unterrichter nicht befugt, mit der Execution vorzuschreiten, die Fälle ausgenommen, in denen der Suspensiveffect der Rechtsmittel wegfällt⁵⁵⁾. In diesen Fällen aber kann auch eine gegen das den Suspensiveffect versagende Decret oder gegen die Verfügung der Execution eingewandte Appellation die Vollstreckung des Urtheiles regelmäßig nicht aufhalten⁵⁶⁾. Wird die frühere bereits vollstreckte Sentenz reformirt, so muß nun die Execution aufgehoben und Alles in den früheren Stand gesetzt werden⁵⁷⁾, selbst wenn von dem Appellaten noch Rechtsmittel gegen das reformatorische Urtheil verfolgt würden. In den Fällen, wo auf solche Weise ein Urtheil provisorisch vollstreckt wird, ist aber von dem Sieger regelmäßig *cautio de eventualiter restituendo* zu leisten, oder die erquirte Schuld *ad depositum iudiciale* zu nehmen. Doch sind in besonders dringenden Fällen, z. B. Alimentensachen, Ausnahmen zulässig, und überhaupt läßt sich hier *arg. §. 107 des J. R. A.* (verb. mit oder ohne Caution) annehmen, daß der Richter den Umständen nach über die Nothwendigkeit der Cautionleistung nach billigem Ermessen zu entscheiden habe. Wird die Appellation gegen ein condemnatorisches Urtheil verspätet, so steht der Vollstreckung nichts im Wege⁵⁸⁾, ist aber mit der Einlegung die Bitte um *integri restitutio* verbunden, so darf nach römischem Rechte der Unterrichter nicht mit der Execution vorschreiten⁵⁹⁾; nach canonischem Rechte⁶⁰⁾ ist solches nach Leistung einer *cautio de restituendo* durch den Gläubiger alsdann gestattet, wenn die Besorgniß vorhanden ist, daß der Schuldner die Sache nur hinzuhalten suche. Wenn nach erfolgtem Urtheile eine Novation angenommen wird, so ist es erklärlich, daß dasselbe

52) *L. 3. pr. D. de usuris. (22. 1.)* cf. *L. 13. in f. C. eod. tit. (4. 32.)*

53) *L. un. C. Th. de usur. r. i. (4. 19.)* *L. 2. C. J. eod. tit.*

(7. 54.)

54) *L. 58. D. h. t. L. 1. C. de exec. rei iud. (7. 53.)*

55) *Cap. 56. X. de appell. (2. 28.)* *Cap. 7. eod. tit. in 6. (2. 15.)*
 Rechtslexikon Bd. 1, S. 385—387. Böhmer, *exerc. ad P. exerc. 102.*

56) *L. 5. Cod. quor. appell. non recip. (7. 64.)* *Cap. 15. X. de sent. (2. 27.)* Böhmer *l. c. cap. 2. §. 3.*

57) Böhmer *l. c. §. 4.*

58) *Clem. 6. de appell. (2. 12.)*

59) *L. un. Cod. in integr. rest. postul. ne quid novi fiat. (2. 50.)*

60) *Cap. 6. 7. X. de in integr. restit. (1. 41.)* Mevius, *decis. VII. 57.*

nicht weiter vollzogen werden kann⁶¹). — Das Urtheil eines Schiedsrichters kann nur als *laudum homo legatum* mittelst einer *actio in factum* an die gewöhnlichen Gerichte zur Execution gebracht werden⁶²). Wenn in demselben Prozesse gegenseitige Ansprüche (*petitiones mutuae*) verhandelt, und die Ansprüche des einen Theiles zuerkannt sind, so kann die Vollstreckung nicht eher erfolgen, als bis auch über die (*compensablen*) Ansprüche des Gegentheiles erkannt ist⁶³). Der im römischen Rechte dem Urtheile gleichgesetzte *deferirte Eid*⁶⁴) steht heut zu Tage — wo es der Anstellung der *actio iudicati* nicht mehr bedarf — ebenso wenig dem Urtheile gleich⁶⁵), als die *confessio in iure*, welche dem *Judicate* gleich galt, und woraus die der *actio iudicati* analoge *actio confessoria* entsprang⁶⁶); doch kann, falls der Beklagte die ganze Klage sammt dem *petitum* zugesteht, und das Gericht allenfalls noch durch eine *sogen. Agnitionsresolution* erklärt, daß der Beklagte seinem Auerkenntnisse Folge zu leisten habe, auf gleiche Weise wie im Mandatsprozeße ohne Abgabe eines Urtheiles die Execution verfügt werden⁶⁷). Dagegen sind dem gemeinen teutschen Rechte *executorische Urkunden* in dem Sinne, daß ohne weitere *Procedur* die Execution daraus stattfände⁶⁸), unbekannt. — Ob aber ein im Auslande gesprochenes Urtheil im Inlande vollziehbar sei, ist bis auf die neueste Zeit bestritten. Zur Zeit der teutschen Reichsverfassung ward in Ansehung der Reichsstaaten unter einander eine solche Vollziehbarkeit von den angesehensten Staatsrechtslehrern und der Praxis des Reichshofrathes⁶⁹) angenommen. Nach der Auflösung der Reichsverfassung kam indeß die Ansicht auf, daß, abgesehen von besonderen Verträgen, kein Staat die Vollstreckung seiner Erkenntnisse durch die Gerichte eines anderen Staates in Anspruch nehmen könne⁷⁰), und es ist zu einem gleichförmigen Gebrauche in dieser Hinsicht noch nicht gekommen. So wird in England ein ausländisches Urtheil, jedoch nach Prüfung der *Competenz* des ausländischen Richters, vollstreckt⁷¹), in Frankreich aber nicht⁷²).

61) L. 40. pr. D. de minor. (4. 4.) u. Anton Faber in Rat. ad h. l. L. 2. C. de except. rei iud. (7. 54.) L. 4. §. 4. D. de re iud. (42. 1.)

62) L. 5. pr. §. 1. Cod. de recept. (2. 56.)

63) L. 1. §. ult. D. quae sent. sine appell. (48. 9.) L. 1. Cod. rer. amot. (5. 21.)

64) L. 56. D. de re iudic.

65) Glück, Commentar Bd. 12, S. 240 flg.

66) Bethmann-Holweg, Versuch u. s. w. S. 263, 295, 301 flg.

67) Puchta, Dienst der Justizämter Bd. 2, S. 131, 530.

68) Ramos del Manzano ad tit. de re iud. Pars 2. cap. 2. sect. II. §. 6—8. (Meermann 6. p. 130.) Briegleb, executorische Urkunden und Executivpr. Bd. 1, S. 50.

69) Pütter, Rechtsfälle Bd. 3, Th. 1, Nr. 247—249. Haas, de effectu exceptionis rei iudicatae in territorio alieno. Göttingen 1791.

70) Pagemann, Pratt. Erdrt. Fortf. v. Spangenberg, Bd. 9, S. 505.

71) Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft des Auslandes Bd. 7, S. 247.

72) Code de proced. art. 546. Code civil. art. 2123. 2128. Rittermaier, im Archiv für civil. Praxis Bd. 14, S. 89—91.

In Preußen sind ausländische Urtheile vollstreckbar, sofern sich nicht wegen der Competenz des requirirenden Gerichtes oder in der Sache selbst ein Anstand findet⁷³⁾. In den übrigen Staaten ist man bald mehr, bald minder willfährig, man hält sich jedenfalls an den Grundsatz der Reciprocität, räumt wohl den Unterthanen vor Auswärtigen ein Vorzugsrecht ein, und prüft die Competenz des auswärtigen Richters⁷⁴⁾. In Oesterreich entscheidet die Reciprocität allein⁷⁵⁾, ebenso in Sachsen⁷⁶⁾ und in Hannover⁷⁷⁾. In Bayern ist die Vollstreckung eines im Auslande gesprochenen Urtheiles zulässig, wenn bei dem Gerichte des auswärtigen Staates entweder der allgemeine Gerichtsstand des Wohnortes, oder einer der besonderen Gerichtsstände der belegenen Sache, des Arrestes oder der geführten Verwaltung begründet war, und durch gerichtliche Zeugnisse dargethan wird, daß in dem auswärtigen Staate selbst keine ausreichende Executionsmittel vorhanden sind; doch haben einheimische Gläubiger den Vorrang vor Ausländern⁷⁸⁾. In Württemberg schreibt das Gesetz vom 15. April 1825 §. 7. vor, daß die rechtskräftigen Urtheile ausländischer Gerichte, wenn deren Competenz außer Zweifel ist, unter Voraussetzung der Reciprocität zu vollziehen sind. Auch in Kurhessen entscheidet die Reciprocität, doch sind die Requisitionen dem betreffenden Obergerichte zur Verfügung zu übersenden⁷⁹⁾. Fehlt es an particularrechtlichen Bestimmungen, so muß man unter der Voraussetzung der Reciprocität das von dem ausländischen competenten Gerichte gesprochene Urtheil für vollstreckbar halten. Zwar umschließt das Recht, als das die Staatsvereinigung tragende Band, zunächst freilich nur Unterthanen eines bestimmten Staates⁸⁰⁾, und die Verhältnisse zwischen Unterthanen verschiedener Staaten würden daher ohne Rechtsschutz sein. Gegen diesen Uebelstand sicherte man sich im Alterthume durch Diabikasten und Recuperationen⁸¹⁾, in der neueren Zeit duldet man aber neben den civilisirten Staaten keine Sphäre der Rechtslosigkeit und Eigenmacht, in welche Verhältnisse jener Art fallen müßten, vielmehr betrachtet jeder Staat das räumlich in seinem Gebiete Enthaltene als seinen Gesetzen unterworfen, und danach bilden sich bestimmte Grundsätze über die Competenz seiner Gerichte in Beziehung auf die Verhältnisse der Unterthanen zu Ausländern. Eine Folge der Anerkennung dieser Grundsätze ist dann auch die Vollstreckbarkeit eines ausländischen Urtheiles, unter Voraussetzung der Competenz des auswärtigen Gerichtes. Diese Competenz ist regelmäßig nach dem ausländischen Rechte und nur dann nach dem einheimischen zu beurtheilen,

73) Gerichtsordnung tit. XXIV. §. 30.

74) Particularbestimmungen bei Wittermayer a. a. D. und von der Rahmer in Ever's Themis Bd. 2, S. 1, Nr. 5.

75) Pratobevera, Materialien Th. 1, S. 229.

76) Gef. v. 4. April 1805.

77) Untergerichtsordn. v. 1828, §. 161.

78) W. v. 9. Oct. 1807 u. 2. Juli 1811.

79) Linde, Zeitschrift Bd. 4, Nr. 15.

80) Klüber, öffentliches Recht des d. B. §. 366.

81) Sell, die recuperatio der Römer (Braunschw. 1837), S. 16 fig.

wenn Landesgesetze eine Prorogation an fremde Gerichte unmöglich machen. Ebenso ist die Beobachtung der Reciprocität ein Erforderniß, doch hat man keinen Grund, eine Nachweisung derselben zu fordern, sondern kann sich mit der oblatio ad reciproca begnügen. Mangel von Executionsobjecten im Auslande ist aber ebenso wenig ein Erforderniß, als man ex officio für das Interesse inländischer Gläubiger zu sorgen, oder diesen einen Vorzug vor dem Ausländer zu geben hat.

2) Die Execution setzt Liquidität der Ansprüche, Zusprechung einer bestimmten Sache oder Summe im Urtheile voraus. Ist die Quantität oder Qualität des zu Leistenden noch nicht bestimmt, sondern bloß über Recht und Verbindlichkeit im Allgemeinen erkannt, so ist vor der Execution noch eine Liquidationsinstanz erforderlich, in welcher auf summarischem Wege das zu leistende Quantum festgesetzt wird⁸²⁾. Das diese Instanz beschließende Urtheil wird, sobald es rechtskräftig geworden ist, vollzogen. Doch kann bei mehreren Litisconsorten diese Liquidität gegen einzelne früher, als die übrigen herbeigeführt⁸³⁾, und überhaupt, wenn ein Theil der Forderung liquid, der andere illiquid ist, die Vertreibung des liquiden Theiles verfügt werden⁸⁴⁾. Ein solches Liquidationsverfahren kann insonderheit eintreten a) rücksichtlich der Zinsen, Früchte und Prozeßkosten, welche einer Partei zuerkannt sind, b) bei sogen. Universalaklagen, insbesondere der hereditatis petitio, wo es nach der Verurtheilung noch auf Feststellung des Betrages ankommt, und bei Entschädigungsklagen, wo die Ermittlung des Quantum des zu Erfetzenden oft zweckmäßig einer besondern Instanz vorbehalten bleibt; c) in den Fällen, wo auf Herausgabe einer bestimmten Sache oder Vornahme einer Handlung erkannt, die zugesprochene Leistung in natura nicht zu erlangen und deshalb eine Condemnation auf den Werth oder auf Entschädigung auszusprechen ist.

III. Die Executionsmittel selbst sind entweder gegen die Person des Schuldners oder gegen sein Vermögen gerichtet.

1) Persönliche Haft findet sich noch im neueren römischen Rechte, aber ohne Zweifel nur als öffentliches Gefängniß für insolvente Schuldner⁸⁵⁾. Das teutsche Recht kannte dagegen eine Personalexecution entweder als Folge des Einlagervertrages und der Clausel: mit oder ohne Recht, oder als allgemeines Zwangsmittel⁸⁶⁾. Auch nach der Reception des römischen Rechtes erhielt sich in den Particularrechten jene strenge Ansicht⁸⁷⁾, allein da das canonische Recht⁸⁸⁾ die persönliche Haft als Vollstreckungsmittel nicht gelten läßt, und die Reichspolizeiordnung von

82) L. 1. 2. C. de sent. quae sine certa quant. (7. 46.)

83) L. 44. D. de iudiciis. (5. 1.)

84) L. 21. D. de rebus cred. L. 15. C. de sentent. L. 5. pr. D. de statu lib. (40. 7.)

85) L. 1. L. 8. C. qui bonis ced. poss. (7. 71.)

86) Lex Baiuv. II. 1. §. 4. 5. Sachsensp. B. II, X. 11. Sächs. Reichb. 27.

87) Eichhorn, Rechtsgef. §. 377, 456, 576.

88) Cap. 2. X. de pignori. (3. 21.)

1577, tit. 23, §. 2, dieselbe nur als Strafe der Bankrottiret betrachtet, so kann sie gemeinrechtlich nicht mehr für ein zulässiges Executionsmittel gehalten⁸⁹⁾ und in der Executionsinstanz nur als eine Ungehorsamsstrafe angewendet werden. Auch muß man die Behauptung Leyser's⁹⁰⁾, daß die zum Kostenersatz verurtheilte Partei im Falle der Zahlungsunfähigkeit ins Gefängniß gesetzt werden könne, für falsch halten, denn da der Kostenersatz nicht als eine Strafe zu betrachten ist⁹¹⁾, so kann der Grundsatz: qui non habet in aere, laet in corpore, nicht davon gelten. Im Wechselprozeß ist dagegen persönliche Haft das vorzugsweise gebräuchliche Executionsmittel.

2) Nach teutschem Gerichtsgebrauche — für welchen man in L. 1. C. de officio praef. Aug. (1. 37.) eine Analogie zu finden glaubte — kann auch die Einlegung einer Wache oder des Executors in die Wohnung des Exequenden verfügt werden. Der dazu bestimmte Unterbediente wird dann angewiesen, sich beköstigen und täglich gewisse Diäten zahlen zu lassen, auch nach Ablauf einer vorzuschreibenden Frist über den Erfolg des Einlagers zu berichten.

3) Der Zwang zum Abarbeiten⁹²⁾ war im teutschen Rechte mit dem Zuschlagen zu Hand und Halfter verbunden. Das römische Recht verwirft dieses Executionsmittel⁹³⁾, und dasselbe möchte auch heut zu Tage bei der Schwierigkeit, durch die erzwingbaren Arbeiten neben der Alimentation des Schuldners noch einen Ueberschuß zu erlangen, unpraktisch sein.

Gegen das Vermögen des Schuldners sind folgende Executionsmittel gerichtet:

1) Die Wegnahme der Sache, zu deren Herausgabe der Schuldner verurtheilt ist behuf deren Ablieferung an den Gläubiger⁹⁴⁾ und die Ermiffen des Verurtheilten aus Grundstücken.

2) Die Auspfändung⁹⁵⁾. Diese ist im römischen Rechte im Gegenseße zu der missio in bona und als unmittelbares Zwangsmittel zunächst ein Verfahren extra ordinem⁹⁶⁾, dann aber durch kaiserliche Constitutionen zum allgemeinen Executionsmittel bei Geldschulden erhoben und näher regulirt⁹⁷⁾, und besteht darin, daß auf Befehl des magistratus durch die Gerichtsunterbedienten bewegliche Sachen des Schuldners

89) Mittermaier, im Archiv für civil. Praxis Bd. 14, Nr. 4 u. 11. Puchta, Concursprozeß §. 27.

90) Leyser, spec. 88. med. 9.

91) v. Bülow und Hagemann, prakt. Erdr. Bd. 4, Nr. 49.

92) Martin, Prozeß §. 262. Veitke, Anleit. zur gerichtl. Prax. §. 332. Preuß. Gerichtsorb. tit. 24, §. 142.

93) L. 12. C. de oblig. et act. (4. 10.)

94) L. 68. D. de rei vindic. (6. 1.)

95) Tit. Cod. si in causa iudic. pign. capt. sit. VIII. 23. L. 15. §. 2—12. D. de re iudicata. (42. 1.)

96) L. 50. D. de evict. (21. 2.) Cuiac. recit. solenn. ad tit. Cod. 8. 22.

97) Bethmanns-Holweg, Prozeß des sinkenden römischen Reiches §. 30, S. 334. Pufendorf, observ. tom. III. obs. 61.

in Beschlag genommen werden⁹⁹) oder Gläubiger in Grundstücke eingewiesen wird⁹⁹). Mit der wirklichen Pfändung¹⁰⁰) entsteht dann für den Gläubiger ein Pfandrecht, in Folge dessen nach Ablauf von zwei Monaten die abgepfändeten Sachen zu seiner Befriedigung unter Leitung des Gerichtes verkauft werden können¹⁰¹). Dieses Executionsmittel ist in Ansehung ausstehender Forderungen des Schuldners ebenfalls anwendbar¹⁰²), und Sachen der Minderjährigen können durch dasselbe mit voller Wirksamkeit angegriffen werden¹⁰³).

3) Oft wird auch die *missio in bona* als Executionsmittel aufgeführt. Nach dem prätorischen Edicte war dieselbe allerdings das regelmäßige Executionsmittel¹⁰⁴), allein nachdem durch die Praxis oder ein Rescript von Antoninus Pius die eben erwähnte Abpfändung einzelner Sachen Regel geworden, mußte die *missio in bona*, welche regelmäßig in das ganze Vermögen des Schuldners geschah¹⁰⁵), hinwegfallen, so lange der Schuldner solvent war, und die für diesen Fall bei weitem passendere Auspfändung eintreten¹⁰⁶). Die *missio* ist danach — abgesehen von den übrigen Fällen ihrer Statthaftigkeit — als Executionsmittel auf den Fall der Insolvenz beschränkt. Im neueren römischen Rechte kommt nach der Ansicht Mancher in L. 3. C. de exec. rei iud. (7. 53.) eine Immission vor, sobald eine zum Executionsobjecte vorgeschlagene unbewegliche Sache keinen Käufer findet, allein richtiger wird diese Stelle auf den Zuschlag des Eigenthumes an den Gläubiger bezogen¹⁰⁷). Im Justinianischen Rechte werden endlich Contumacialurtheile regelmäßig durch *missio in bona* vollstreckt, jedoch nicht durch *missio in omnia bona*, sondern nur durch Einweisung des einzelnen Gläubigers in einen seiner Forderung entsprechenden Theil der schuldenrischen Güter¹⁰⁸). Da diese Bestimmung in Deutschland nicht praktisch geworden ist, so kommt die Immission nur als Executionsmittel in einzelnen Immobilien, behuf der Pfändung oder behuf der Befriedigung des Gläubigers aus deren Früchten vor. Bei Gütern, deren Verkauf wegen ihrer

98) L. 15. §. 2. D. de re iud. (42. 1.) L. 5. C. quor. appell. non recip. (7. 65.)

99) L. 2. 4. C. qui potiores in pign. (8. 18.)

100) L. 26. §. 1. D. de pign. act. (13. 7.)

101) L. 1—3. C. h. t. L. 31. D. de re iudicata. (42. 1.)

102) L. 15. §. 8. D. de re iud. (42. 1.)

103) L. 3. §. 1. D. de reb. eorum qui sub tut. (27. 9.)

104) Bethmann's-Holweg, Prozeß des sinkenden röm. Reiches S. 305 flg.

105) Schilling, Instit. Bd. 2, §. 95 in f.

106) L. 31. D. de re iudic. (42. 1.) Zimmern, römischer Prozeß S. 269.

107) L. 15. §. 3. 6. D. de re iudic. L. 3. C. si pign. in caus. iud. (8. 23.) Faber, error. pr. 56. c. 2. Cuius Recit. sol. ad tit. Cod. 7. 53. und observ. XXVI. cap. 22. Sententis, Pfandrecht S. 533.

108) L. 9. C. de bonis auct. iud. poss. (7. 72.) L. 6. §. 3. 4. C. de his qui ad eccles. (1. 12.) L. 17. C. de dignit. (12. 1.) Novella 53. C. 4. §. 1.

Lehnsqualität oder wegen herrlicher Rechte nicht geschehen kann, ist insbesondere diese Art der Immission oder das folgende Executionsmittel anzuwenden.

4) Die Sequestration eines Grundstückes, um den Gläubiger aus dessen Einkünften zu befriedigen¹⁰⁹⁾. Zwischen der Sequestration und der Immission des Gläubigers ist nach den Umständen zu wählen. Man kann keineswegs die Sequestration der Immission unbedingt vorziehen¹¹⁰⁾, denn die gegen die Immission sprechenden Gründe — die Unzuverlässigkeit der Nutzungsansprüche und die leicht neuen Streit veranlassenden Berechnungen — treffen bei der Sequestration ebenfalls zu¹¹¹⁾.

5) Geldstrafen (und nöthigenfalls Gefängnißstrafen) zur Erzwingung der Vornahme oder Unterlassung einer Handlung¹¹²⁾. Sie treten nach der heutigen Praxis oft ein, wo man sich im römischen Rechte durch *cautiones iudiciales*, oder Condemnation auf das Interesse half.

IV. Anwendung der Executionsmittel.

1) Gemeinsame Bestimmungen. Sind die unter II. bezeichneten Voraussetzungen vorhanden, so wird dem Verurtheilten auf Anrufen der obsiegenden Partei eine vom Richter nach Ermessen zu bestimmende¹¹³⁾, meist in dem Particularrechte genau vorgeschriebene Frist gesetzt, binnen welcher dem Urtheile bei Vermeidung der Executionsvollstreckung Genüge zu leisten ist. Nach dem Ablaufe dieser Frist wird auf abermaligen Antrag des Gläubigers, welcher zugleich die Insinuation des die Execution androhenden Decretes nachzuweisen und das anzuwendende Executionsmittel bestimmt vorzuschlagen hat, die Hilfsvollstreckung wirklich verfügt. Competent zur Verfügung der Execution ist regelmäßig nur der Richter, welcher in der Hauptsache entschieden hat. Auch der delegirte Richter ist zur Executionsvollstreckung befugt, wenn sich sein Auftrag auf die Erledigung des ganzen Prozesses bezieht¹¹⁴⁾. Nach den positiven Quellen des gemeinen Rechtes¹¹⁵⁾ würde, wenn in der Appellationsinstanz ein reformatorisches Erkenntniß gesprochen ist, die Execution dem Oberrichter zustehen, allein die Praxis beobachtet diese Vorschrift nicht durchgängig. Wenn die Person oder die Sachen, gegen welche die Executionsmaßregeln zu richten sind, sich nicht im Jurisdictionbezirke des angerufenen Richters befinden, so muß dieser das competente Gericht wegen der Hilfsvollstreckung requiriren. Dieses wendet indeß nur die an dem Orte der Vollstreckung zulässigen Executionsmittel auf die daselbst zulässige Weise an¹¹⁶⁾, enthält sich jeder Entscheidung in der Sache selbst,

109) Gl. d. Pandektencommentar Bd. 15, S. 237.

110) Wie preuß. Gerichtsordn. tit. 24, §. 118.

111) Wittermaier, prozeßvergleich. Beitr. Bd. 3, S. 201.

112) J. R. X. §. 162.

113) *Tempus indicati* vgl. L. 31. D. h. t. L. 2. 3. §. 1. Cod. de usur. rei iud. (7. 54.) cap. 15. X. de sentent. (2. 27.) Diese Frist wird oft schon im Urtheil gegeben.

114) Cap. 5. 7. 26. X. de off. iud. deleg. (1. 29.) Böhmer, J. E. P. 1. 19. §. 28. u. 29.

115) S. Rechtslexikon Bd. 1, S. 388.

116) Archiv für civ. Praxis Bd. 13, S. 308. cf. Bd. 14, S. 102.

und verweist die etwa vorgeschügten Einreden an den requirirenden Richter, wobei es — wenn dieselben nach den bei ihm geltenden Gesetzen die Execution hemmen — diese vorerst suspendirt¹¹⁷). — Obergerichte pflegen die Vollstreckung der von ihnen erkannten Execution einem Untergerichte aufzutragen, welches dann über vorkommende Einreden, sobald solche nicht bloß den modus der Vollstreckung betreffen, nicht selbst zu entscheiden, sondern an das committirende Gericht zu berichten hat¹¹⁸). Gegen die Verfügung der Execution kann, da dieselbe nur eine Contumacialverfügung ist, schon nach dem Satze: *contumax non appellat*¹¹⁹), nur insofern appellirt werden, als dieselbe an sich nicht legal ist¹²⁰), oder bei der Execution überhaupt das Maß überschritten, oder die gesetzliche Ordnung bei der Anwendung der Executionsmittel nicht beobachtet¹²¹) wird. In einem solchen Falle soll nach eingewandter Appellation weiteren Veränderungen an dem früheren Zustande durch Sequestration oder Deposition der Executionsobjecte vorgebeugt werden¹²²). Unordnungen bei der Executionsvollstreckung kann aber der Oberrichter schon auf einfache Beschwerden verhindern¹²³), doch darf die vollstreckte Execution, sobald der Gläubiger nicht mehr als das ihm Gebührende erhalten hat, wegen eines dabei stattgefundenen regelwidrigen Verfahrens keinesweges als nichtig aufgehoben werden¹²⁴). In der Executionsinstanz sind dann nur Einwendungen gegen die Art und Weise der Vollstreckung, neu entstandene Einreden, oder die oben genannten privilegierten Einreden zu beachten. Die Executionsvollstreckung erfolgt unter beständiger Aufsicht des Gerichtes durch das dazu bestimmte Unterpersonal. Nöthigenfalls kann die Polizeigewalt und selbst die bewaffnete Macht, namentlich bei Widerseßlichkeiten — welche ein Strafverfahren veranlassen können — zur Unterstützung des Executors requirirt werden. Ist der Executor säumig, so hat das Gericht sofort Strafmandate gegen ihn zu erlassen. Uebrigens hat sich der Executor lediglich an das ihm ertheilte Executionsmandat zu halten und jedes Urtheil über die Zulässigkeit der Execution sowohl, als der etwa dagegen vorgebrachten Einwendungen zu vermeiden¹²⁵). Ueber die sich etwa ergebenden Hindernisse, so wie über die geschehene Executionsvollstreckung ist von ihm an das Gericht zu berichten, welchem dann die weitere Verfügung zukommt. Die Kosten der Execution (Hilfsgelder)

117) Archiv für civ. Praxis Bd. 14, S. 101. v. Bülow u. Sagemann, prakt. Erdr. Bd. 4, Nr. 23. Forts. von Spangenberg, Bd. 9, S. 513.

118) Cap. 5. X. de sentent. (2. 27.)

119) L. 1. Cod. quor. appell. non recip. (7. 65.)

120) L. 2. 11. 15. 25. C. Th. quor. appell. non rec. (11. 36.) L. 5. C. J. eod. tit. (7. 65). Mevius, dec. VIII. d. 426. — Cap. 15. X. de sent. (2. 27.) Cap. 43. X. de appell. (2. 28.)

121) Mevius, dec. II. d. 229.

122) L. 5. C. cit.

123) Mevius, III. dec. 108.

124) Mevius, II. dec. 147. IV. dec. 72.

125) L. 6. C. de exec. rei iud. (7. 53.)

hat der die Execution erwirkende Gläubiger vorzuschleifen, dieselben sind aber vom Schuldner mit beizutreiben und zu erstatten¹²⁶⁾.

2) Bestimmungen über die Anwendung der einzelnen Executionsmittel nach der Beschaffenheit der zu erequirenden Schuld.

1) Wegen einer Geldschuld ist die Auspfändung das zunächst statt-hafte Mittel. Dabei müssen zuerst die Mobilien, — wobei jedoch Acker- und Wirthschaftsgeräthe, so wie das zum Ackerbau bestimmte Vieh zu schonen sind¹²⁷⁾ —, dann die Immobilien, und ganz zuletzt die ausstehenden Forderungen angegriffen werden¹²⁸⁾. Bei Hülfsvollstreckungen gegen Minderjährige werden dagegen Immobilien zuletzt angegriffen¹²⁹⁾.

Bei der Execution in das Mobilienvermögen des Schuldners erhält der Gerichtsdienner oder Executor den Auftrag, so viel als nöthig von des Schuldners beweglichen Sachen in Beschlag zu nehmen. Zuerst ist zu sehen, ob sich baares Geld beim Schuldner findet; in dessen Ermangelung sind die etwa ohnehin zum feilen Verkaufe bestimmten Waaren- und Fruchtvorräthe, dann Pretiosen, Hausgeräthe und zuletzt auch Kleider und Handwerkzeug und ländliche Inventariestücke in Beschlag zu nehmen, wobei natürlich zunächst immer nur das am leichtesten Entbehrliche zu nehmen ist¹³⁰⁾. Die abgepfändeten Sachen, woran nun für den Gläubiger ein Pfandrecht entsteht, werden genau verzeichnet und in sicherer Gewahrsam, meist in eine eigene Pfänderkammer, nicht aber bei Privatleuten, weil diese für deren Bewachung nicht verantwortlich sind¹³¹⁾, untergebracht. Unter Umständen können die abgepfändeten Sachen in der Wohnung des Schuldners gelassen werden; sie sind alsdann, Mobilitäten, Früchte auf dem Felde u. dgl. ausgenommen, zu versiegeln, und dem Schuldner ist jedes Vergräfen daran bei Gefängnißstrafe zu untersagen. Schon die Menschlichkeit gebietet übrigens, wenn Krankheits- oder ähnliche Fälle in der Familie des Schuldners stattfinden, die Execution in soweit einzuschränken, daß keine Gefahr für Leben oder Gesundheit irgend einer Person dadurch entsteht. Ueber die vollzogene Execution erstattet der Executor dem Gerichte unter Ueberreichung des Verzeichnisses der abgepfändeten Sachen Bericht, welches solchen, nebst der Anlage, beiden Parteien mittheilt und auf Anrufen des Gläubigers nach einer gemeinrechtlich zwei Monate betragenden¹³²⁾, nach der Praxis und nach Landesgesetzen aber oft abgekürzten Frist den durch einen Gerichtsdienner, Actuar oder auch wohl eigens angestellten Auctionator zu besorgenden Verkauf befiehlt. Findet sich kein Käufer, so kann der Gläubiger —

126) Delje, Anleitung zur gerichtlichen Praxis §. 344.

127) L. 7. u. 8. C. quae res pign. (8. 17.) Auth. agricultores ood. tit.

128) L. 15. §. 2. D. h. t.

129) L. 5. §. 9. D. de reb. eor. (27. 9.)

130) Fredericksdorf, Anweisung für Justizbeamte Th. 3, S. 71—77. Puchta, Dienst der deutschen Justizämter Bd. 2, S. 336—342.

131) Geiger und Glück, Rechtsfälle Bd. 3, Nr. 47.

132) L. 31. D. de re iud. (42. 1.)

dem es überhaupt frei steht, bei der Versteigerung mit zu bieten¹³³⁾ — die Zuspreehung der Pfänder für den Betrag seiner Forderung, welche dadurch erlischt, beim Regenten erwirkt¹³⁴⁾, ohne daß ein Wiedereinsetzungsrecht des Schuldners stattfindet. Im Falle des Verkaufes aber befriedigt das Gericht den Gläubiger von den Auktionsgeldern und gibt dem Schuldner den Rest derselben zurück.

Müssen Immobilien angegriffen werden — welches bei daran bestellten Hypotheken schon vor den Mobilien geschehen kann — so darf der Gläubiger zunächst um Immission nachsuchen, welches für chirographarische Gläubiger den Nutzen hat, daß ein Pfandrecht für sie entsteht. Diese Immission, welche durch ein sogen. Immissionsdecret erfolgt, schließt indeß die Ermission des Schuldners nicht in sich. Zunächst kann der Gläubiger versuchen, sich aus den Früchten des Grundstückes bezahlt zu machen, und zu dem Ende auch eine Sequestration beantragen, dann aber kann er den öffentlichen Verkauf¹³⁵⁾ des Grundstückes verlangen. Besitzt der Schuldner Lehngüter, in welche die Execution zu vollstrecken ist, so kann die Subhastation nur alsdann erfolgen, wenn die Schuld entweder mit einer wirksamen Hypothek verbunden, oder wenn sie von allen Lehnfolgern und dem Lehnsherrn consentirt, oder wenn das Lehen ein veräußerliches ist¹³⁶⁾. Sonst sind die Lehns gläubiger auf die Früchte beschränkt, und Allodialgläubiger können selbst diese nur so lange angreifen, als das Lehen in den Händen des Schuldners, oder solcher Nachfolger desselben ist, welche als Allodialerben für die Schuld haften. Zur Befriedigung des Gläubigers ist dann eine immissio quoad fructus oder Sequestration des Lehens zulässig, wobei man jedoch dem Vasallen das beneficium competentiae einzuräumen pflegt. Die Allodialgläubiger stehen den Lehns gläubigern in Beziehung auf die Befriedigung aus den Früchten nach¹³⁷⁾. Ein ähnliches Verhältniß tritt bei Meiergütern ein; auch diese können ohne Consens des Gutsherrn nicht verkauft werden, und wo sie — was particularrechtlich vorkommt — schlechthin zur Subhastation gebracht werden können, geschieht solches nur mit Vorbehalt der Rechte des Gutsherrn. Der Gläubiger hat sich also, wo die Veräußerung nicht zu erwirken steht, auf die Execution in das allodium und die Früchte zu beschränken. Erbzinsgüter können dagegen im Wege der Execution subhastirt werden, doch muß dem dominus directus nach richtiger Ansicht auch in diesem Falle das laudemium gezahlt¹³⁸⁾, jedenfalls aber wegen des zuständigen Vorkaufrechtes ihm von dem Verkaufe Nachricht gegeben werden.

Wird nun die Subhastation selbst verfügt, so pflegt das zu subhastirende Grundstück taxirt zu werden, um einen Anhaltspunkt gegen dessen

133) L. 2. C. si in causa iud. pign. (8. 23.)

134) L. 15. §. 3. D. h. t. L. 3. C. si in causa iud. (8. 23.)

135) Heinemann, die Subhastation nach rationalen und politischen Grundätzen. Weimar 1832.

136) Hartm. Pistor, quaest. iur. lib. I. qu. 15.

137) Hellfeld, opuscula nr. XXIII. §. 16.

138) Gluck, Commentar Bd. 8, §. 512.

Verfleubung unter dem Preise zu haben¹³⁹). Gemeinrechtlich ist dieses indeß bloß beim Verkauf der Güter fiscalischer Schuldner vorgeschrieben¹⁴⁰). Der anzusetzende Subhastationstermin wird — wobei die Particularrechte häufig genauere Bestimmungen enthalten — durch Anschlag vor der Gerichtsstelle und in öffentlichen Blättern bekannt gemacht, und die Vorladung etwaiger Realberechtigter damit verbunden. Die aus den bisherigen Verhandlungen oder den Hypothekenbüchern ersichtlichen Gläubiger dieser Art¹⁴¹), so wie der Schuldner¹⁴²) sind speciell vorzuladen. Vor dem Subhastationstermine sind von dem Gläubiger die Verkaufsbedingungen einzureichen, welche, nachdem der Schuldner darüber gehört ist, vom Gerichte festgestellt werden. Findet sich kein annehmlicher Käufer, so kann der Gläubiger selbst ein Gebot auf die Sache thun¹⁴³), oder fordern, daß ihm dieselbe vom Regenten an Zahlungsstatt zugeschlagen werde¹⁴⁴), wodurch die ganze Forderung schlechthin erlischt, und wobei von einem späteren Wiedereinlösungsrechte des Schuldners nicht die Rede ist. Gewöhnlich geschieht heut zu Tage letzteres gegen einen gerichtlich ausgemittelten Schätzungspreis¹⁴⁵), sofern man nicht für besser hält, die Subhastation zu wiederholen, und nicht Particularrechte einen anderen Ausweg an die Hand geben¹⁴⁶). Sonst wird aber das subhastirte Grundstück dem Käufer zugeschlagen, wegen Einzahlung und Vertheilung der Kaufgelder das Erforderliche angeordnet, und die Präclusion der nicht angemeldeten Realansprüche verfügt. Ueber den Verkauf der gepfändeten Sachen überhaupt ist aber noch Folgendes zu bemerken. Entstehen vor dem Verkaufe der Pfänder Incidentsstreitigkeiten mit dritten Personen über Eigenthums- oder Pfandrechte daran, so hat der Executionsrichter darüber zu entscheiden¹⁴⁷); nach erfolgtem Zuschlage an den Käufer aber gehört die Entscheidung über dergleichen Ansprüche nicht mehr vor ihn und in das bisherige Verfahren¹⁴⁸). Ueber den Fall, daß der Käufer den gebotenen Kaufpreis nicht bezahlt, spricht Ulpian in L. 15. §. 7. h. t. Diese Stelle hat nach Anton Faber's¹⁴⁹) richtiger Interpretation folgenden Sinn: der exquirende Richter darf nicht ohne Weiteres gegen den Käufer Zwangsmittel anwenden¹⁵⁰), und wird, wenn er es unterläßt, dem Gläubiger nicht verantwortlich (*cum nec habeat actionem adversus eum is etc.*). Dieser kann vielmehr, indem nach L. 1. C. si in caus.

139) Rittermaier, Prozeßvergl. Beitr. 3, S. 205.

140) L. 16. C. de resc. vend. (4. 44.) Rarekoll in Grotman und Edhr, Magazin Bd. 4, S. 376.

141) L. 6. C. de remiss. pign. (8. 26.)

142) L. 4. C. de distr. pign. (8. 28.)

143) L. 2. C. si in causa iud. (8. 23.)

144) L. 15. §. 3. D. h. t. Faber, error. pragm. dec. LVI. err. 5—7.

145) Glück, Comment. Bd. 19, S. 408.

146) Rittermaier, der gemeine teutsche Prozeß Beitr. 3, S. 208 fig.

147) L. 15. §. 4. 5. h. t.

148) L. 15. §. 6. h. t.

149) Coniect. V. 16. cf. Donell. oomm. 27. 3. §. 7.

150) L. 9. C. de obl. et act. (4. 10.)

ind. der durch den Richter gefchehene Verkauf als von ihm gefchehen gilt, gegen den Käufer klagen, und er ist zu solchen Klagen auch fogleich befugt, da die gepfändeten Sachen immer praesenti pecunia, non sio, ut post tempus pecunia solvatur, verkauft werden müssen. Daneben bleibt jedoch der einfachere Weg, daß der Richter die verkauften Sachen weiter verkauft, was ohne Umstände angeht, da dieselben von dem fälligen Gläubiger daran haftenden Pfandrechte nicht frei geworden find. Heut zu Tage pflegt man es als Kaufbedingung aufzustellen, daß der Käufer im Falle der Nichtbezahlung sofortiger Execution unterworfen ist, oder daß die Pfänder auf seine Gefahr und Kosten sofort weiter verkauft werden. — Bei dem Verkaufe der gepfändeten Sachen steht übrigens den Gläubigern und Verwandten des Schuldners ein Vorkaufsrecht zu¹⁵¹⁾.

Fehlt es endlich an Mobilien und Immobilien, so werden die ausstehenden Forderungen des Schuldners — zu deren eidlischer Angabe derselbe angehalten werden kann — zum Gegenstande der pignoris capio gemacht¹⁵²⁾. Diese können gleich eingetrieben und zur Befriedigung des Gläubigers verwandt werden¹⁵³⁾, beides jedoch nur, wenn sie klar und unbestritten sind¹⁵⁴⁾. Sind sie dieses nicht, so erlangt der Gläubiger ein Pfandrecht daran, und es ist ihm zu überlassen, gegen den Schuldner actione utili zu klagen¹⁵⁵⁾, denn obwohl der Executionrichter über die Frage, ob der Schuldner auch Eigenthümer der abgepfändeten Sachen sei, als über einen Incidentspunkt entscheidet, so findet doch in Ansehung der Frage über die Richtigkeit der ausstehenden Forderungen nicht ein Gleiches statt¹⁵⁶⁾. Heut zu Tage pflegt man die Forderungen des Schuldners mit Arrest zu belegen und dem Gläubiger deren Einklagung zu überlassen. Daß übrigens Besoldungen und Pensionen kein geeignetes Executionsobject wären, läßt sich gemeinrechtlich nicht behaupten, nur muß bei Arrestanlagen auf Besoldungen von Staatsdienern diesen so viel gelassen werden, daß sie subsistiren können, und das öffentliche Interesse nicht leidet, weshalb, wenn Landesgesetze keine Bestimmung über die anzugreifende Quote enthalten, bei der höchsten Staatsbehörde deshalb beiräthlich angefragt werden muß¹⁵⁷⁾.

Finden sich endlich bei dem Schuldner gar keine Executionsobjecte vor, so kann derselbe nach der Praxis — und zwar im Unge-

151) L. 16. D. de reb. auct. ind. possid. (42. 5.) Anton Faber, conlect. V. 15.

152) L. 15. §. 2. 8. D. h. t. L. 5. C. de exec. rei ind. (7. 53.)

153) L. 15. §. 8. 10. D. h. t.

154) L. 15. §. 9. eod. tit.

155) L. 4. C. quando fiscus! (4. 15.) L. 4. C. quae res pign. (8. 17.)

156) L. 15. §. 9. cit. Donell. comm. 27. 7. §. 5.

157) Struben, rechtl. Heb. Bb. 1, Nr. 7. v. Bülow und Pagemann, prakt. Erbt. Bb. 7, C. 118.

horamsfalle durch Gefängnißstrafe — zur Leistung eines Manifestations-
eides angehalten werden ¹⁵⁸).

Die Execution durch Einlager wegen Geldschulden ist nur gegen
Honoratioren, den Umständen nach gegen Gemeinden und endlich in sol-
chen Fällen gebräuchlich, wo es darauf ankommt, den bösen Willen des
Schuldners zu bezwingen.

Uebrigens darf der Richter auf keine Weise, weder von Amtswegen,
noch auf Antrag des Gläubigers, die angegebene Reihenfolge, in welcher
das Vermögen des Schuldners anzugreifen ist, abändern ¹⁵⁹).

2) Ist der Schuldner zur Herausgabe einer individuell
bestimmten Sache verurtheilt, so wird ihm zunächst die Herausgabe
bei einer Geldstrafe befohlen, und wenn er nicht Folge leistet, die Sache
samt den etwa mit zu restituirenden in natura vorhandenen Accessio-
nen ¹⁶⁰) durch die Gerichtsunterbedienten abgenommen und dem Gläubiger
zugestellt ¹⁶¹). Findet sich die Sache bei ihm nicht vor, so erfolgt (vor-
ausgesetzt, daß, nach der Beschaffenheit des Falles, der Schuldner nicht
durch etwaigen casuellen Untergang befreit wurde) die Condemnation auf
die — nach Umständen durch den Schätzungsseid des Gläubigers auszu-
mitteln — Restitution der Sache, und diese Restitution wird vom
Schuldner beigetrieben. Ist ein Immobile herauszugeben, so wird der
Schuldner mit seinen Effecten durch den Executor ermittelt und der
Gläubiger in den Besitz gesetzt, wobei rücksichtlich herauszugebender Län-
dereisstücke die Besitzergreifung für den letzteren durch symbolische Zeichen,
Ergreifung einer Scholle und Ausstechung eines Nasenstückes zu geschehen
pflügt ¹⁶²). Das hier Gesagte bezieht sich nicht blos auf die obligatio
dandi — Verpflichtung zur Eigenthumsübertragung — sondern auch
auf die Verpflichtung zum Restituiren, Exhibiren und Tradiren bestimm-
ter Sachen, denn im neueren römischen Rechte wird in diesen Fällen die
Sentenz gerade auf das Geben und Abblefern der bestimmten Sache ge-
faßt, und in diesem Maße erequiert, so daß der directe Zwang nicht blos
auf die Restitutionspflicht bei arbiträren Klagen, wobei er zuerst vor-
kommt ¹⁶³), beschränkt ist ¹⁶⁴).

3) Lautet die Sentenz auf Vornahme einer bestimmten
Handlung im engeren Sinne (so daß also das Restituiren und Tra-
diren von Sachen, was sonst zur obligatio faciendi gehört, nicht mit
darunter begriffen wird), so ist hier eine directe Erzwingbarkeit
überall nicht denkbar ¹⁶⁵). Zunächst befiehlt man also die Vornahme der

158) Fredericksdorf, Anweisung für Justizbeamte Bb. 3, S. 76. Puchta,
Dienst der deutschen Justizämter Bb. 2, S. 339.

159) Donell. comm. 27. 7. §. 2. 3. 6.

160) L. 76. pr. D. de rei vind. (6. 1.) L. 7. C. de exec. rei ind.
(7. 53.)

161) L. 68. D. de rei vind. (6. 1.)

162) Puchta a. a. D. §. 249.

163) L. 68. D. de rei vindic. (6. 1.)

164) Bethmann-Holweg l. c. S. 337. vgl. aber Sintenis in
Einde, Zeitschrift Bb. 11, S. 74, 75, 85.

165) Sintenis l. c. S. 51—87.

Handlung bei Geldstrafen, läßt dieselbe — wo es angeht — durch Dritte verrichten und zieht die dadurch erwachsenen Kosten von dem Verurtheilten ein¹⁶⁶), oder verurtheilt denselben bei fortbauern dem Ungehorsam zum Erfasse des Interesses¹⁶⁷). Ist aber der Verurtheilte zur Zahlung von Geldstrafen, so wie zur Leistung des Interesses außer Stande, so bleibt nichts übrig, als ihn durch Gefängnißstrafen zur Vornahme der in Rede stehenden Handlung zu nöthigen. — Auch ist in Fällen dieser Art, sobald es nur darauf ankommt, den Eigensinn des Verurtheilten zu überwinden, die Execution durch Einlager anwendbar¹⁶⁸).

4) Ist dem Verurtheilten die Unterlassung einer bestimmten Handlung geboten, so wird ihm für den Fall der Vornahme derselben eine Geldstrafe angedroht und diese eintretenden Falles beigetrieben. Daneben kann ihm die Leistung einer cautio de non amplius turbando, de non offendendo etc. aufgelegt werden¹⁶⁹). Bei fortbauern dem Ungehorsame können Gefängnißstrafen eintreten, welche dann nicht als eigentliche Executionsmittel, sondern als Ungehorsamsstrafen zu betrachten¹⁷⁰), und — wenn gleich von Seiten der Theorie sich Zweifel gegen ihre Anwendung erheben lassen¹⁷¹) — in der Praxis auf keine Weise zu entbehren sind.

V. Hindernisse der Execution.

1) Von Seiten der Staatsgewalt kann die Vollstreckung rechtskräftiger Erkenntnisse auf keine Weise gehindert werden¹⁷²). Ein solcher Eingriff würde einer Verweigerung der Justiz gleichkommen, und einen Recurs an den Bundestag begründen können¹⁷³). Auch durch einen sogen. Kompetenzconflict — als gehöre die Sache nicht vor die Justiz, sondern vor die Verwaltungsbehörden — kann nach eingetretener Rechtskraft die Vollstreckung nicht gehemmt werden. Die Analogie des von einem incompetenten Richter gefällten, und daher nichtigen, Urtheiles paßt für einen solchen Fall nicht¹⁷⁴).

2) Dagegen kann die Executionsvollstreckung in folgenden Fällen aufgehalten, beschränkt oder ganz aufgehoben werden: 1) Wenn der Schuldner noch Zahlungsfristen erlangt. Diese können ihm in der Regel nur mit Bewilligung des Gläubigers gegeben werden; denn wenn-

166) L. 5. D. de interdict. (43. 1.) Cap. 3. X. de testam. (3. 26.)

167) L. 13. §. 1. D. h. t.

168) Puchta, Dienst der teutschen Justizämter Bd. 2, §. 248.

169) J. N. X. §. 162. Daß diese Cautio nicht aus L. un. Cod. uti possid. (8. 6.) abzuleiten sei, ist jetzt außer Zweifel. Kuborf in v. Caspigny's Zeitschrift Bd. 9, S. 27 flg.

170) Linde, Zeitschrift Bd. 8, S. 220.

171) Archiv für civil. Praxis Bd. 14, S. 125 flg.

172) L. 3. C. ut lite pendente. (1. 21.) L. 3. C. sent. resc. non posse. (7. 50.) Bahlsap. Carl 7. art. 17. §. 1. Pfeiffer, prakt. Ausf. III, S. 270. Technische Bestimmungen finden sich in vielen Particularrechten.

173) Wiener Schlußacte art. 29. 63. Klüber, öffentl. Recht d. t. B. §. 169, in Not. Winnigerode, was ist Justiz- und was ist Administrations- sache (Darmstadt 1835), S. 179, 180.

174) Archiv f. civ. Praxis Bd. 23, S. 296.

gleich der Richter mit Berücksichtigung der Umstände des Schuldners das *tempus iudicati* nach Billigkeit bestimmen kann, so steht ihm doch gemeinrechtlich nicht die Befugniß zu, ohne Bewilligung des Gläubigers noch weitere Zahlungsfristen zu gestatten¹⁷⁵⁾. Jedoch hebt ein vom Regenten oder der Mehrzahl der Gläubiger ertheiltes förmliches *moratorium* die Executionsvollstreckung auf. 2) Wenn der Schuldner Einreden vorbringt. Hier ist jedoch zu unterscheiden: a) Einreden gegen die bereits entschiedene Sache sind unzulässig, mit Ausnahme der sogen. privilegierten Einreden. Von diesen kann das *beneficium competentiae* nur eine Einschränkung, das *beneficium cedendarum actionum* aber die Aufhebung der Execution, sofern die Session verweigert wird, bewirken. Doch können nicht privilegierte Einreden den Umständen nach noch mittelst *restitutio contra rem iudicatam ex capite novorum*, oder aus einem römisch-rechtlichen Restitutionsgrunde zulässig werden. Ein solches Restitutionsgesuch muß dann, wenn es nicht den Verdacht einer beabsichtigten Prozeßverschleifung veranlaßt, die Execution hemmen¹⁷⁶⁾. b) Neu entstandene und gegen die Schuld aus dem Judicate gerichtete Einreden sind zulässig¹⁷⁷⁾, können aber nur, sofern sie liquid sind, die Vollstreckung hemmen. Sind sie illiquid, so wird die Execution fortgesetzt, doch hat der Gläubiger *cautio de restituendo* zu leisten¹⁷⁸⁾, widrigenfalls die *executurum* Objecte nur *ad depositum* genommen werden. c) Einreden, welche die Voraussetzungen der Execution betreffen, sind statthaft, können aber nur, sofern sie liquid sind, als hindernd in Betracht kommen. Einreden gegen den *modus et ordo executionis* sind zulässig, sie können indeß nicht Hemmung der Execution überhaupt, sondern nur eine Prüfung und Sistirung des unregelmäßigen Verfahrens veranlassen. 3) Nach dem oben Bemerkten kann die Einlegung eines Suspensivrechtsmittels, sofern zugleich mit derselben um Restitution gegen die Desertion nachgesucht ist, die Execution hemmen. 4) Entsteht *Concurs* über das Vermögen des Schuldners, so ist jede von einem einzelnen Gläubiger erwirkte Execution zu sistiren. 5) Wird von dritten Personen mittelst einer Intervention Anspruch an die im Wege der Execution in Beschlag genommenen Gegenstände erhoben, so ist die Execution einstweilen zu sistiren. Betrifft der Anspruch den Streitgegenstand selbst, so muß er sofort bescheinigt werden, wenn er die Vollstreckung hemmen soll¹⁷⁹⁾. Betrifft er aber bloß die abgepfändeten Objecte, so können diese zunächst nur gegen Cautionsleistung zurückgegeben werden; zur vorläufigen Verhinderung des Verkaufes bedarf es indeß weder einer Cautionsleistung, noch einer Bescheinigung der Ansprüche

175) L. 31. D. h. t. cap. 15. X. de sent. (2. 27.) Die Bestimmungen des J. R. X. §. 170 flg. haben nur Beziehung auf die damalige Zeit.

176) Cap. 6. X. de int. rest. (1. 41.) Archiv für civ. Praxis Bb. 4, S. 143.

177) Cap. 4. X. de except. (2. 25.) L. 7. D. h. t.

178) Arg. des J. R. X. §. 107, 124.

179) Cap. 38. X. de testib. (2. 20.)

des Interveniënten¹⁸⁰). Es ist in einem solchen Falle rätlich, die Execution sogleich auf einen anderen Gegenstand zu richten; ist solches aber nicht möglich, so muß vom Executionsrichter über jene Ansprüche entschieden werden. Das römische Recht¹⁸¹) ordnet hier an, daß der Prätor oder der von ihm beauftragte, die Execution leitende und vollstreckende Beamte *summatim* die Sache entscheiden soll. In Fällen dieses *summatim cognoscere*¹⁸²) kam es nicht auf Beweise, sondern auf bloße Wahrscheinlichkeit an, und die Entscheidung erfolgte nicht nach förmlicher Instruction der Sache vom *iudex*, sondern vom Prätor durch ein bloßes Decret¹⁸³). Dieses wirkte dann nur, daß entweder die Execution fortschritt, oder die streitige Sache freigegeben wurde; den in Frage gekommenen Rechten selbst ward dadurch nicht präjudicirt. Heut zu Tage kennt man indeß ein solches Verfahren nicht mehr, indem selbst im summarischen Verfahren eine wirkliche Beweisführung nothwendig und ein Entscheiden auf Wahrscheinlichkeiten nicht statthaft ist¹⁸⁴). Es wird daher der Interventionsstreit im unbestimmten summarischen Prozesse verhandelt, und nach Führung der nöthigen Beweise entschieden. Werden an der in Beschlag genommenen Sache von einem Dritten bessere Pfandberechtigungen geltend gemacht, so wird demungeachtet zum Verkauf geschritten, die Sache jedoch nur alsdann zugeschlagen, wenn ein solches Gebot geschieht, daß der bessere Pfandgläubiger befriedigt wird und noch ein Ueberschuß für den Kläger bleibt¹⁸⁵). Eine Intervention endlich, durch welche ein Dritter, getrennt von dem Beklagten, auftritt, im Wesentlichen jedoch nur dessen Interesse verfolgt, ist in der Executionsinstanz nur dann zulässig¹⁸⁶), wenn der Interveniënt eine Nullität des früheren Processes, oder zulässige *nova* geltend machen kann¹⁸⁷), und suspendirt dann die Execution.

Liebe.

Executivprozeß (Hilfsprozeß, *Processus executivus*). Unter den sogenannten summarischen Processen hebt sich durch seine Individualität und praktische Bedeutung besonders die Prozeßart hervor, welche der Sprachgebrauch Executivprozeß¹) nennt. Diese seine Eigenthüm-

180) Mevius, dec. V. d. 211.

181) L. 15. §. 4. h. t.

182) Bes. v. Savigny, Zeitschrift Bd. 6, S. 230 flg.

183) Das also von ihm selbst geändert oder zurückgenommen werden konnte. L. 14. h. t.

184) Archiv für civ. Praxis Bd. 7, S. 374 flg. Rittermayer, Prozeßvergleich Beitr. 4, S. 109 flg.

185) L. 15. §. 5. h. t. Archiv für civ. Praxis Bd. 14, S. 174 flg., Bd. 15, S. 362 flg.

186) Eide, Zeitschrift Bd. 5, S. 420, 421.

187) Mevius, dec. II. dec. 181.

1) Literatur: M. Colerus (ein ganzer Foliant), *Tractatus de processibus executivis*. Jenae 1586. (1595. 1602. zul. 1729.) Fr. Meradus, *Praxis universalis processus executivi*. Neap. 1701. (Auch ein Foliant.) J. H. Berger, *Electa processus executivi, possessorii*. Lips. 1705. Rudovici, *Einleitung zum Civilprozeß*, 6. Aufl. (Halle 1719), Cap.

lichkeit zeigt sich darin, daß der Kläger, indem er durch sofortige Vorlesung einer Urkunde, welche seinen Anspruch nach allen Seiten hin ins Licht setzt, dessen Wichtigkeit darthut, die Constatirung der Richtigkeit vorausgesetzt, die Verurtheilung des Beklagten erwirkt, wenn dieser nicht ebenfalls sofort das Entgegengesetzte, die Unrichtigkeit des Anspruches, darthut, während es sonst herrschender Grundsatz ist, daß dem Beklagten vollständige Vertheidigung gestattet sein soll, also auch solche, welche nicht mit dem sofortigen Beweis ihres Thatsächlichen verbunden ist.

Diese besondere Form von summarischem Civilverfahren hat eine tiefe sich langsam entwickelnde historische Wurzel, welche in der Nothwendigkeit, den Credit in Schutz zu nehmen und zu fördern, ihren Boden fand²⁾. Diese Nothwendigkeit führte zu dem Grundsätze, daß die

3, S. 21—36: Von dem *processu executivo*. Leyser, *Medit. ad Pand. Vol. III. IV.* (Lips. et Guelph. 1743.) *Spec.* 276.: *De instrumento garantigato et processu executivo*. p. 1095—1103. Schaumburg, *Principia praxeos iuridicae iudicariae, quae modos procedendi in iudicio ab ordinario diversos sistunt.* (Jenae 1756.) *Lib. II. Cap. II.*: *De processu executivo*, p. 39—68. Hofmann, *teutsche Reichspraxis Th. 2* (Frankf. 1765), *Hauptst. 71*: *Vom Executivprozeß* S. 392—413. Fredericksdorf, *Anweisung für angehende Justizbeamte Bb. 2* (Lemgo 1773), S. 171—186: *Vom dem processu executivo*. Hommel, *teutscher Flavius*, 3. Ausg. (Bayr. 1755), s. v. *Executivprozeß* S. 273—282. Knorre, *Anleitung zum gerichtlichen Prozeß*. (Halle 1777), *Buch 3*, *Hauptst. 2*: *Vom dem executivischen Prozeß*, S. 453—466. Schmidt, *Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden*, 2. Aufl., *Bd. 1* (Leipzig 1800), S. 82—99. *Bd. 4* (1802), S. 54—60. Danz, *Grundsätze des summarischen Prozeßes*, 3. Ausg. (Stuttg. 1800), *viertes Hauptstück: Von dem Executivprozeße* S. 49—66. Mahlen, *Anleitung zum summarischen Prozeße* (Berl. 1804), S. 39—65: *Vom dem Executivprozeße*. Claproth, *Einleitung in sämtliche summarische Prozeße*, 4. Aufl. (Gött. 1808), *achtes Hauptstück: Vom Executivprozeße* S. 245—271. Grolman, *Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten*, 3. Aufl. (1810), S. 523—530: *Vom dem Verfahren in Fällen, in welchen der sogenannte Executivprozeß eintritt*. Kori, *über den Executivprozeß und die Wiedertlage nach gemeinem und königlich sächsischem Rechte*. Zweite verbesserte und mit den Gesetzen der übrigen Länder sächsischen Rechtes vermehrte Auflage. Jena 1826. (Der Titel sagt zu viel, indem der gemeinrechtliche Executivprozeß nur nebenbei berührt wird. S. die Recension der Schrift in der *Halj. Allg. Literaturzeit.* v. 1832, Nr. 97.) Bayer, *Theorie der summarischen Prozeße*, mit Ausschluß des Concursprozeßes (München 1830), §. 40—47, S. 90—113. Mackeldey, *Grundriß zu Vorlesungen über den gemeinen teutschen und preussischen Civilprozeß*, nebst einem Anbange, die Lehre von den summarischen Civilprozeßen enthaltend (Bonn 1833), S. 18—25. Martin, *Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Prozeßes*, 11. Ausg. (Heidelb. 1834), §. 250—252, S. 435—442. v. Linde, *Lehrbuch des teutschen gemeinen Civilprozeßes*, 5. Aufl. (Bonn 1838), §. 360—363, S. 447—452. Rittermaier, *der gemeine teutsche bürgerliche Prozeß in Vergleichung mit dem preussischen und französischen Civilverfahren u. s. w.*, 4. Beitrag, 2. Aufl. (Bonn 1840), §. 5: *Der teutsche Executivprozeß* S. 154—190.

2) Vgl. bes. Strauss, *dissertatio de clausulis executivis*. Mogunt. 1741. Bayer a. a. D. §. 41: *Ursprung und Ausbitung des Executivprozeßes* S. 92—94. Eichhorn, *teutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, 4. Ausg. *Th. 3* (Gött. 1836), §. 463. Rittermaier a. a. D. S. 155—160 und Briegleb, *Advocat in Nürnberg*, über executorische Urkunden und Executio-

Zweifellofigkeit eines Anspruches sofort auch, in Folge seiner Anerkennung, die Befugniß begründen solle, im Zwangswege (durch Execution) zur Befriedigung geführt zu werden. Aus dieser Wurzel ist die — von Mehreren, z. B. von Malblanc, Principia iuris romani p. II. sect. post. (Tubing. 1802.) §. 604. p. 609. negirte — gemeinrechtliche Lehre vom Executivprozeß erwachsen, genährt von der Praxis, die in einzelnen Reichsgesetzen — Reichsdeputationsabschied v. J. 1600, §. 32³⁾, Instrum. pac. osnabr. Art. IV. §. 47. (— nulli processus executivi decernuntur, nisi his exceptionibus praevia plenaria causae cognitione decisis —)⁴⁾, Jüngster Reichsabschied, §. 174. (— im Falle des Saumsfalls auf bloße Vorzeigung der Obligation per paratam executionem wider den Schuldner verfahren worden —)⁵⁾ — einigen Anhalt gewann. Nach dieser Doctrin muß der Kläger (Implo- rant), welcher sich den Vortheil des Resultates des Executivprozeßes zuwenden will, sich zugleich gehörig zur Sache legitimiren⁶⁾, mit der Klage (Imploration, executivische Klage) eine beglaubigte Abschrift⁷⁾ der fehlerfreien, den geltend zu machenden Anspruch nach allen Seiten hin (— quid, quale, quando⁸⁾, quantum, cui, a quo debeatur —) ins Licht stellenden (guarentigirten) Urkunde, sie mag ein öffentliches oder

prozeß (Münch. 1839), Th. 1. (Auch unter dem Titel: Geschichte des Executivprozeßes.) Th. 2. (Hreftomatia von Belegstellen zur Geschichte des Executivprozeßes.)

Von historischem Interesse ist ein im zweiten Bande der Consil. Tubing. (Tubing. 1731.) S. 750—775 abgedrucktes Gutachten (Consil. 140.) v. J. 1651, das sich mit einer im Jahre 1623 errichteten und zu einer executivischen Klage benutzten Schulbuktunde über 329,000 Ducaten beschäftigt, welche drei Grafen von Fugger einem Venetianer ausstellten. — Schloß's Beschreibung!

3) Senkenberg, Sammlung der Reichsabschiede Th. 3, S. 479.

4) Senkenberg a. a. D. S. 580.

5) Senkenberg a. a. D. S. 673. Neuendorf, vermischte Abhandlungen über Gegenstände der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit (Ulm 1805), Abhandl. 5.: Begründung des Executivprozeßes in den teutschen Reichsgesetzen; Commentar über den Reichsabschied v. 1654, §. 174.

6) J. B. als Cessionar oder Geschenknehmer. Vgl. J. G. Bauer, progr. an et quando assignatio processui executivo locum det? Lips. 1758. (Opusc. Tom. I. 45. p. 454 sq.) und den Rechtsfall bei Thon: Gesammelte Rechtsfälle, Criminalgeschichten und rechtliche Bedenken aus dem Civil- und Criminalrechte, Bd. 1 (Ilmenau 1827), S. 71—80: VIII. Rechtsfall. Ueber die Gewähr der Klage und Erfordernisse des Executivprozeßes, und S. 275—307: XII. Rechtsfall. Betrifft eine Schuldklage im Executivprozeße und in dessen Gefolge mehrere interessante Nebenumstände.

7) Daß die Abschrift beglaubigt sein müsse, ergibt sich aus dem Zwecke, ist auch in einzelnen teutschen Staaten ausdrücklich vorgeschrieben, z. B. in Sachsen-Altenburg durch eine Verordnung vom 14. Juli 1828. Martin, Jahrbücher der Gesetzgebung und Rechtspflege in Sachsen, Bd. 1, Jahrg. 1828, (Neust. 1829), S. 9.

8) Ueber die Frage, ob, wenn die Urkunde hinsichtlich der Zeit, da dem Ansprüche Genüge geschehen soll, schweigt, s. Gouffert, civilistische Erörterungen (Würzb. 1820), Abhandl. II, S. 27 fg.

ein Privatdocument sein⁹⁾, bebringen. Die Bitte geht dahin, einen Termin zur Vorlegung der Urschrift dieser Urkunde (oder Urkunden) und Anerkennung ihrer Richtigkeit (wenn sie Privaturkunde ist) oder Einsicht (wenn die Urkunde eine öffentliche), und den Beklagten (Impuloraten) zum Erscheinen in demselben unter dem Androhen anzuberaumen, daß im Falle seines Nichterscheinens die Urkunde als echt anerkannt (agnoscirt oder recognoscirt) werden würde, und ihn sodann zur Erfüllung der dadurch documentirten Verbindlichkeit, so wie zur Erfüllung der erwachsenen Kosten zu verurtheilen. Zeigt die Klage weder im Allgemeinen noch in ihrer Eigenschaft als executivische Klage einen erheblichen Mangel, und ist namentlich der Inhalt der Urkunde von der Art, daß sie, ihre Richtigkeit vorausgesetzt, den Richter von der Richtigkeit des klagend verfolgten Anspruches in vollem Umfange überzeugt¹⁰⁾, so theilt er das Duplicat des Klaglibells oder eine beglaubigte Abschrift des Protocolls, welches über die mündlich angestellte Klage aufgenommen wurde, nebst beiliegender Abschrift der Urkunde dem Beklagten mit, betraunt Termin an und ladet dazu beide Theile vor¹¹⁾. Dem Kläger wird dabei der Rechtsnachtheil angedroht, daß im Falle seines Nichterscheinens oder der Nichtvorlegung des Originals der Urkunde der Beklagte von der Klage in ihrer Eigenschaft als executivische entbunden werde, während der Beklagte unter dem Präjudiz vorgeladen wird, daß sein Nichterscheinen so angesehen werde, als erkenne er die Richtigkeit der Urkunde an. Der vom Beklagten accusirte Ungehorsam des Klägers hat die Realisirung des ihm angedrohten Rechtsnachtheiles zur Folge, wornach Beklagter in so weit von der Klage entbunden wird, als ihre Eigenschaft als executivische reicht, und sie die Wirkung haben sollte, welche dieser Qualität entspricht. Der vom Kläger accusirte Ungehorsam des Beklagten veranlaßt den Richter zur Realisirung des angedrohten Rechtsnachtheiles und so zur Erlassung des von dem Kläger erbetenen Urtheiles. Erscheinen

9) Ob auf Grundlage eines Gesetzes executivisch geklagt werden könne? s. Klein, merkwürdige Rechtsprüche der holländischen Juristenfacultät, Bb. 1 (Berl. 1796), Nr. VIII, S. 68—70: Kann aus einem Gesetze executivisch geklagt werden? (Mittheilung eines die Frage verneinenden bestätigenden Erkenntnisses.) Vgl. auch noch Berger l. c. §. 35.

10) T. J. Reinhardt, dissertatio de qualitate actionum et executionum in processu executivo. Erford. 1735.

Verbreitet sich die Urkunde über mehrere Ansprüche und erscheint sie nur hinsichtlich einzelner derselben als quarentigirt, so hat der Richter nur insoweit den Executioproces einzuleiten und gegebenen Falles dann auch zu Gunsten des Klägers zu erkennen. Leyser l. c. med. 3., wo ein Urtheil der Juristenfacultät zu Helmstädt mitgetheilt wird — „weil aber der vornehmste Posten der 150 Thaler sich auf klare Briefe und Siegel gründet — so haben wir liquidum ab illiquido separirt und Beklagten nach vorgängiger Recognition des Reverses zur Zahlung, jedoch gegen Bestellung genugsamer Caution wegen der Wiederklage, condemnirt.“

11) Vgl. über das Verfahren überhaupt Reingruber, Abhandlungen über dunkle Civilgesetzstellen (Landshut 1814), S. 199 flg.

beide Theile, so legt Kläger das angebliche Original der Urkunde¹²⁾ vor und trägt, wenn sie ein öffentliches Document ist, darauf an, daß sie dem Beklagten zur Einsicht vorgelegt werde, während er, wenn sie Privaturkunde ist, darum bittet, daß sie demselben zur Agnition oder eidlichen Ablegung vorgelegt wird. Der Richter legt hierauf dem Beklagten das Original vor und fordert ihn auf, sich darüber zu erklären. Beschränkt sich dieser darauf, die Richtigkeit der Urkunde anzuerkennen, so erläßt der Richter das der Klagbitte entsprechende Urtheil. Beschränkt sich der Beklagte darauf, die Richtigkeit der Urkunde abzuleugnen, so kommt es darauf an, ob sie öffentliches oder Privatdocument ist. Im ersten Falle erfolgt, wenn der Richter (aus der Beschaffenheit des Documentes) sofort von dessen Richtigkeit sich überzeugt findet, oder Kläger im continenti diese Richtigkeit darthut, dasselbe Urtheil zu Gunsten desselben, im entgegengesetzten Falle die Entbindung des Beklagten von der Klage in ihrer Eigenschaft als executivische. Im letzteren Falle wird Beklagter, jedoch nur auf den besonderen Antrag des Klägers, welcher, wenn er die Richtigkeit durch Schriftvergleichung u. s. w. darthun zu wollen erklärt, dadurch auf den Executivprozeß verzichtet und das ordentliche Verfahren herbeiführt, zur Ableistung des Diffessionseides angehalten. Je nach dessen Verweigerung oder Ableistung erfolgt Verurtheilung oder Entbindung des Beklagten. Bringt dagegen Beklagter, entweder die Erklärung über die Richtigkeit der Urkunde verweigern, oder mit Vorbehalt seiner Zuständigkeiten abgebend, Einreden vor, sie mögen verzögerliche¹³⁾ oder zerstörende¹⁴⁾ sein, so wird sofort darüber bis zum Schlusse verhandelt und dann das dem Gehalt derselben entsprechende Urtheil erlassen¹⁵⁾, gegen welches die allgemeinen Rechtsmittel gerichtet werden können.

Findet der Richter bei der Prüfung der executivischen Klage einen erheblichen Mangel in dieser ihrer Eigenschaft, besonders in Bezug auf die Urkunde, auf welche sie sich stützt, so leitet er, unter Hervorhebung desselben, das ordentliche Verfahren ein.

Diese Grundzüge der Lehre vom gemeinrechtlichen Executivprozeße sind von einem vielfachen Kreise von Streitfragen umringt; ja! man

12) Ob sogenannte exemplificirte Urkunden gleichen Werth haben? Bejahende Entscheidung bei Schorch, sentent. et resp. Erford. sent. 361. Claproth a. a. D. §. 160, §. 252, ist für die Bejahung.

13) Zu diesen dilatorischen Einreden gehören besonders die, welche das Wesen des Verfahrens überhaupt betreffen oder die Bedingungen des Executivprozeßes, der nicht hätte eingeleitet werden dürfen, negiren.

14) Zur Casuistik der Lehre von den im Executivprozeße statthafter zerstörenden Einreden s. bef. Canngiesser, collectiones decisionum supr. trib. appell. Hasso-Casell. Tom. I. (Cass. 1768.) decis. 50. p. 189 sq. (Erkenntniß auf Zulässigkeit der Einrede der Theilung.) Gebr. Overbeck, Resitationen über verschiedene Rechtsmaterien, Bd. 6 (Jann. 1802), Red. 835.: Ueber die peremptorischen Einreden im Executivprozeß. Ein Fall davon S. 161—177.

15) Mit den illiquiden Einreden, d. h. mit denen, welche nicht (z. B. wegen eines Rechtsprivileges) in sich selbst liquid sind, oder welche der Beklagte nicht sofort liquid gemacht hat, wird derselbe zur besonderen Ausführung durch

kann fügen, diese Doctrin sei ein Conglomerat, eine Mosaik von Contractoverfen. Sönnner bemerkt im Eingange der weiter unten anzuführenden: Abhandlung 77. im vierten Bande seines Prozeßhandbuchs mit Recht, daß die außerordentliche Verfahrensart des Executivprozeßes, weil sie „nur dem Gerichtsgebrauche ihre Existenz“ verdanke, diesem auch „die vielen Streitigkeiten verdanke, welche in dieser frequenten Materie herrschen“, und schon Mevius, vollständiger Commentar von wucherlichen Contracten (Frankf. 1729), S. 15, fügt, indem er einen Blick auf die buntesfarbte Praxis des Executivprozeßes geworfen, hinzu: „Und wer mag die mancherlei Arten, bei den Gerichten zu verfahren, erzählen; einem jeden gefällt dabot seine Weise.“

Eine der wichtigsten Streitfragen ist die, ob die Einrede des nicht gezahlten Geldes (*except. non num. pec.*) eine solche sei, welche der Beklagte der gegen ihn gerichteten Executivklage entgegensetzen könne, eine solche, womit er gehört werden müsse? Viele Juristen lehren und vertheidigen den Satz, daß auch dann, wenn die Einrede des nicht gezahlten Geldes innerhalb des Bienniums opponirt würde, der Beklagte damit nicht gehört werden dürfe, sondern zur besonderen Geltendmachung seiner Rechtszuständigkeiten (durch Anstellung einer Wiederklage) verwiesen werden müsse, es sei denn, daß er sofort zugleich ihre Richtigkeit dathue. Zu ihnen gehört Schaumburg l. c. §. 11. Anmerk. 5. (*verior, supposita processus executivi indole, videtur sententia eorum, qui negant, huic exceptioni locum esse si in continenti probari nequeat*), Knorre a. a. D. §. 21, S. 464., J. H. Böhmmer, *doctrina de actionibus*. (Hal. 1765.) sect. II. cap. VIII. §. 61. p. 577., Schilter, *praxis iuris romani*. Editio quarta. Tom. II. (Francof. 1733.) Exercit. XXII. §. 20. p. 150¹⁶), Hellfeld, *iurisp. forens*. Editio quarta. (Jena 1801.) §. 767. p. 315., Danz a. a. D. S. 55., Schmidt, *praktisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden*, 6. Ausg. (Jena 1803), §. 881, S. 635 und Elsäffer, *gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle* Bd. 2, Abh. 2. Diesen Rechtslehrern hat sich eine Majorität von Prozeßualisten gegenüber gestellt, welche dafür streiten, daß, wenn die Einrede des nicht gezahlten Geldes innerhalb des Bienniums opponirt

Anstellung einer Klage (Wiederklage) verwiesen. Freilich oft ein schlechter Trost. Schon zur Zeit des Kammergerichtes in Weßlar, so sagt der erfahrungsreiche Verfasser von „Welt und Zeit“ (Advocat Tassoy in Frankfurt) S. 221 seiner Aphorismen über bürgerliche Gesetzgebung und Rechtspflege (Stuttg. 1826), behaupteten Advocaten und Klienten, die freie Uebersetzung eines Verweisungsdecretes ad separatas heiße: Laufe ihm nach, um nichts zu bekommen!

Ob Vermuthungen dem Beweise der Richtigkeit der Einrede gleichstehen? s. darüber Mevius, *decisiones*, P. IV. dec. 355.

16) Es heißt dort namentlich: *Debitor, de non facta numeratione excipiens, fundamentum suae exceptionis nullum, nisi inficiationem allegat suam. Quare paratam executionem quomodo poterit impedire? Certe enim semper eludere possent debitores processum executivum per hanc exceptionem, quia probationes per testes et iuramentum in hoc genere processus non habent locum.*

werde, dieses, da sie in sich selbst begründet sei, mit Bestand geschehe. Ludovici a. a. D. §. 2, S. 23. Titius, ius priv. rom. germ. (Lips. 1709.) lib. 12. cap. 12. §. 15. p. 1593. 1594. Fredersdorf a. a. D. S. 173. Mahlen a. a. D. S. 46. Gönner, Handbuch des teutschen gemeinen Prozeßes, 2. Aufl., Bd. 4 (Erl. 1805), Abh. 77: Von der Einrede des nicht gezahlten Geldes im Executivprozeße S. 192—211. Glück, Commentar Bd. 12, S. 159 flg. Bayer a. a. D. §. 46, S. 106 Anmerk. Mackeldey a. a. D. S. 24. Mittermaier a. a. D. S. 183. Die Streitfrage, welche Grolman a. a. D. mit Stillschweigen übergangen hat, findet ihre Entscheidung in dem Charakter der Einrede selbst, die nur dem Namen nach Einrede, der Sache nach verneinende Einlassung ist. Es fragt sich noch, sagt Mackeldey a. a. D., ob und inwiefern die exceptio non num. pec. im Executivprozeße stattfindet, wenn die Klage aus einer Schuldschreibung angestellt wird. Viele, fügt er hinzu, wollen nun zwar diese Einrede nur dann zulassen, wenn sie in continenti liquid ist. Allein dieß beruht auf einer falschen Ansicht von der Natur dieser Einrede. Die sogen. exceptio non num. pec. ist nämlich gar keine wahre Einrede, welche der Beklagte zu beweisen und liquid zu machen hat, sondern sie ist negative Litiscontestation, welche den Kläger zum Beweise verpflichtet. Da nun ein chirographum über ein mutuum vor Ablauf von zwei Jahren weder Beweis, noch obligatorische Kraft hat, so muß man, wenn früher daraus geklagt wird, die exceptio non num. pec. auch im Executivprozeße dagegen zulassen. Vgl. noch Pfeiffer, vermischte Aufsätze über Gegenstände des teutschen und römischen Privatrechtes (Marb. 1803), Aufg. III, §. 10, S. 132, 133, und dessen praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft Bd. 2 (Hann. 1828), Abh. II: Ueber den objectiven Umfang der Anwendbarkeit der Einrede des nicht gezahlten Geldes, so wie Roskirt, über acceptiones im Allgemeinen und über die exceptio non adimpleti contr. non num. pec. u. s. w. S. 336—373 des zweiten Bandes seiner Zeitschr. für Civils und Criminalrecht. Heidelb. 1837. (Der Verf. betrachtet dort die except. non num. pec. auch in ihren prozeßualischen Beziehungen.)

Eine zweite Streitfrage beschäftigt sich damit, welche Beweismittel dem Beklagten, welcher die vorgeschützte Einrede sofort liquid stellen muß, zu diesem Zwecke formell zu Gebote stehen¹⁷⁾? Nach Einigen kann nicht bloß Urkunde, sondern auch Eidesdelation¹⁸⁾ zur Hand genommen wer-

17) J. C. Schröter, diss. de probatione, per testes et praesumptiones, ita ut sine iuramento judiciali et necessario in processu executivo locum habente. Jenae 1723. J. F. Mantzel, dissertatio de processu executivo, maxime quoad delationem iuramenti litis decisorii. Rost. 1749.

18) Sogar die Zulässigkeit des Zeugenbeweises wird vertheidigt, z. B. von Revius l. c. (Commentar) §. 17, S. 177—179 und Abrecht, Entscheidung merkwürdiger Rechtsfälle (Hannover 1800), Bd. 2, S. 118 flg.: Ist im Executivprozeße zur Erweisung der Einreden der Beweis durch Zeugen ganz verwerflich?

den. Lubovici a. a. D. §. 20, §. 31, 32. Fredericksdorf a. a. D. §. 178. Knorre a. a. D. §. 20, §. 463. Revius a. a. D. (Commentar u. s. w.) §. 179. Leyser l. c. med. 2. Stryk, usus modern. Tom. II. lib. 12. tit. 2. §. 23. und dessen Tract. de Cautel. Juram. Edit. IV. (Hal. 1732.) p. 279. Glück, Commentar Bd. 17, §. 287. Hagemann, praktische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit Bd. 7, §. 20. Claproth a. a. D. §. 169, §. 267. Cramer, observ. iur. univers. Tom. I. obs. 431. Andere Rechtslehrer, z. B. Struv, iurisprudentia romano-germanico-forensis. (Francof. 1760.) lib. IV. tit. XVIII. de processu executivo §. 6. p. 509., Gunbling, akademischer Discours oder Vorlesungen über G. A. Struv's iurispr. rom. germ. for. (Frankf. 1746), §. 424, Titius l. c. §. 13. (während im §. 14 Ausnahmen gestattet werden), Schaumburg l. c. §. 2. Note 3, Wernher, observ. sel. P. I. obs. 36., Schmidt, Commentar Bd. 1, §. 95, 96, Danz a. a. D. §. 37, §. 64, Berger l. c. §. 37—45, Grolman a. a. D. §. 243, §. 526, Gödner a. a. D. §. 4, §. 197, 198, Thibaut, System des Pandektenrechtes, 6. Aufl., Bd. 3 (Jena 1818), §. 1212, Note a, Raschbey a. a. D. §. 24, Linde a. a. D. §. 362, §. 450, schließen die Eidesdelation aus, allerdings mit haltbaren Gründen, weil dem Delaten nach gemeinem Rechte die Gewissensvertretung zu Gebote und das dadurch herbeigeführte gegliederte Verfahren mit dem Executivprozeße in Widerspruch steht. Vgl. noch Mittermaier a. a. D. §. 183, 184.

Drittens wird darüber gestritten, ob, ohne Rücksicht auf den Grund und das Object der Klage, der Weg des Executivprozeßes zugänglich sei, oder ob in dieser Beziehung eine Beschränkung stattfinde? Letzteres behaupten Bauer, progr. de processu executivo, ob causam legati non admittendo. Lips. 1758. (opuscul. Tom. I. nr. 44.), Fischer, progr. Num legatarius heredem ex testamento processu executivo convenire queat? Viteb. 1783., Grolman a. a. D. §. 243, §. 524, 525, Heffter, Institutionen des römischen und deutschen Civilprozeßes (Bonn 1825), §. 433, Claproth a. a. D. §. 160, Martin a. a. D. §. 250, §. 436, Linde, §. 360, §. 447, während für Unbeschränktheit streiten: Kori a. a. D. §. 6, Schmidt, Commentar Bd. 4, §. 43, §. 59 (Bd. 2, §. 490, §. 388 hebt der Vf. hervor, daß die dingliche Pfandklage nicht im Wege des Executivprozeßes geltend gemacht werden könne), Reinhardt l. c. §. 4., Danz a. a. D. §. 30, §. 51, Süptiz, Lehrbuch der summarischen Prozesse (Braunschw. 1807), §. 42. Der Zweck des Institutes des Hilfsprozeßes führt für diese Meinung, welche sich auch in einem von Hert, Consilia et Responsa. Tom. I. (Francof. 1729.) p. 168 sq., mitgetheilten Gutachten der Juristenfacultät zu Gießen vertheidigt findet, das sich dahin ausspricht, daß aus einem Erbvertrage executivisch geklagt werden könne.

Mit dieser Streitfrage steht eine vierte Controverse in Relation,

die, ob auch auf Grund eines zweiseitigen Vertrages executivisch geklagt werden könne¹⁹? Der verneinenden Meinung sind Ludovici a. a. D. §. 1, S. 23, Frederisdorf a. a. D. S. 172, 173, Holzschuher, der Rechtsweg. Ein Versuch vergleichender Gesetzeskritik des französischen mündlichen und gemeinen teutschen schriftlichen Civilprozesses (Nürnberg 1831), S. 550, Heffter a. a. D. S. 434, während eine Mehrzahl von Rechtslehrern sich für Bejahung der Frage entschieden hat, indem sie darauf hindeutet, daß es genüge, wenn der Kläger durch die sofort beigebrachte Urkunde zugleich darthue, daß er von seiner Seite den Vertrag erfüllt habe. Wir finden auf dieser Seite Schaumburg l. c. §. 7, Knorre a. a. D. §. 9, S. 458, Hofmann a. a. D. §. 1637, S. 402, 403, Schmidt, Commentar Bd. 1, §. 58, S. 83, 97. Note, Mahlen a. a. D. §. 25, S. 42, Danz a. a. D. §. 30, S. 51, Claproth a. a. D. §. 160, S. 250, 251, Mackeldey a. a. D. S. 19, Martin a. a. D. §. 250, Note b, Linde a. a. D. §. 360, S. 448. Dieser Theorie hat sich, in besonderer Beziehung auf den zweiseitigen Vertrag zwischen der Lotteriedirection und Spielern, angeschlossen Bender, die Lotterie. Eine juristische Abhandlung. Heidelberg 1832. (Beilageheft zum 15. Bande des Archives für die civilistische Praxis.) S. 122²⁰. Die Geschichte²¹) und der Zweck des Institutes spricht für Bejahung der Streitfrage.

Auch darüber herrscht Differenz, ob, gleich den Einreden, auch Replik in continenti (durch Urkunden) liquid zu stellen seien? Martini, §. 252, S. 442, und Heffter a. a. D., verneinen dieses, wohl, wie sich Bayer a. a. D. S. 111 ausdrückt, aus keinem anderen Grunde, als weil die dadurch entstehende Verzögerung nur dem Kläger nachtheilig ist, dieser aber auf das beschleunigte Verfahren Verzicht leisten kann. Für Bejahung sind Linde a. a. D. §. 263, S. 451 und Bayer a. a. D. und mit Grund. Denn wenn man, um mit Letzterem weiter zu reden, erwägt, daß durch die Zulassung von Repliken, wogegen sodann auch illiquide Dupliken gehört werden müssen; ein seltsames Gemisch von summarischem und ordentlichem Verfahren entsteht, nach dessen Beendigung möglicher Weise noch ein neuer ordentlicher Prozeß über diejenigen Einreden nachfolgen könnte, welche der Beklagte ihrer Illiquidität halber im Executivprozesse gar nicht berührt hatte, so dürfte wohl die Meinung derjenigen den Vorzug verdienen, welche in dem Falle, wo einer vollkommen liquiden peremptorischen Einrede nichts, als eine illiquide Replik entgegengesetzt wurde, annehmen, daß der Kläger im Executivprozesse abzuweisen sei und demselben nichts Anderes übrig bleibe, als im ordentlichen Prozesse aufzutreten und die illiquide Replik in dem Vortrage seiner Klage zu anticipiren. Vgl. noch Mittermaier a. a. D. S. 187.

Ferner wird darüber gestritten, ob, wenn zwischen beiden Theilen

19) Mittermaier a. a. D. S. 172—174.

20) X. M. ist Beschorner, dissert. quaestiones nonnullas ad ius Lotar. pert. sistens. (Dresd. 1806.) Cap. V. §. 3. p. 34.

21) Briegleb a. a. D. S. 137. Mittermaier a. a. D. S. 173.

eine Aufkündigung (Löskündigung) verabredet wurde, Kläger auch dann sofort durch Urkunde darthun müsse, daß er aufgekündigt habe und die stipulirte Frist abgelaufen sei? Die meisten Prozessualisten erfordern dieses, z. B. Fredericksdorf a. a. D. S. 172, Danz a. a. D. S. 32, Note d, S. 56, Bayer a. a. D. S. 43, S. 99, Mahlen a. a. D. S. 28, Note 3, S. 47, während andere Rechtslehrer von diesem Erfordernisse absehen, z. B. Kori a. a. D. S. 24, Claproth a. a. D. S. 161, S. 255, Mittermaier a. a. D. S. 177, und meinen, es genüge, wenn der Kläger darauf antrage, daß dem Beklagten zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit eine Frist anberaunt werde, welche die Aufkündigungsfrist umfasse.

Endlich ist auch die Frage controvers, ob das gegen das im Executioverfahren erlassene Urtheil ergriffene Rechtsmittel Suspensiveffect genieße? Diese Frage findet sich verneint bei Claproth a. a. D. S. 173, S. 273²²⁾, Kori a. a. D. S. 31 und Martin S. 252, S. 442, dagegen bejaht bei Hofmann a. a. D. S. 1649, S. 411, 412, Schaumburg l. c. S. 13, S. 64, 65, Bayer a. a. D. S. 112, Linde a. a. D. S. 363, S. 452 und Mittermaier a. a. D. S. 188, und zwar mit Recht, da das gemeine Recht der Behauptung, daß das Rechtsmittel seines wesentlichen Effectes beraubt sei, keinen Anhalt bietet.

Fast ist auch die Frage Controverse, ob zu den zulässigen verzögerlichen Einreden auch die Einrede der fehlenden Caution wegen der Wiederklage²³⁾, welche der Beklagte vorschützt, um Sicherheit zu gewinnen, wenn er dadurch seine zum besonderen Rechtsgange verwiesenen Ansprüche richtig gestellt hat, zu rechnen sei? Indessen steht die Meinung der Rechtslehrer so sehr auf der Seite der Bejahung der Frage²⁴⁾, daß

22) Dieser Prozessualist versagt indessen nur dann die Suspensivwirkung, wenn Beklagter das Rechtsmittel ergreift. Ihm hat sich angeschlossen Mezelbey a. a. D. S. 25.

23) Auch darüber, ob Beklagter mit der, der Erklärung auf die Klage beigefügten Wiederklage (vorausgesetzt, daß sie in continenti liquid gemacht wird) gehört werde, ist Zweifel. S. Wernher l. c. Tom. I. P. 5. obs. 214. Martin a. a. D. S. 251, S. 440, 441. Sartorius, die Lehre von der Wiederklage nach dem gemeinen deutschen Civilprozeß (Erl. 1838), S. 347. Mittermaier a. a. D. S. 180, 181. Ueber executivische Wiederklage gegen Klage im ordentlichen Prozeß s. Weber, Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden (Schw. 1789), zweite Betrachtung, S. 30—35.

24) Claproth a. a. D. S. 167, S. 264, 265, sagt: Von verzögerlichen Einreden haben diejenigen, welche das Wesentliche des gerichtlichen Verfahrens betreffen, statt; hierher wird aber die Einrede der zu bestellenden Sicherheit der Wiederklage und Unkosten halber unbillig gerechnet, fügt aber S. 173, S. 273, 274 hinzu: Wird der Implorat zur Zahlung verurtheilt und mit seinen unerwiesenen, aber doch nicht ganz verwerflichen Einreden zum besonderen Verfahren verwiesen, der Implorant wäre aber nicht völlig zahlbar, so kann er nicht anders, als gegen Sicherheitsbestellung wegen Erfüllung des künftigen Urtheiles (cautio de iudicato solvendo), über deren Nichtigkeit das Gericht zu urtheilen hat, zur Zahlung angehalten werden.

sie kaum als Streitfrage anzusehen ist. *Leyser*, *Medit. Sp.* 34. *Med.* 6. 7. *Wernher l. c.* Tom. II. P. 7. *Abh.* 233. Tom. III. P. 2. obs. 298. *Engau*, *Decisiones et resp.* T. I. *Decis.* 213. nr. 3. *Schmidt*, *Commentar* Bd. 1, §. 121. *Fredersdorf a. a. D. S.* 137. *Hofmann a. a. D. §.* 1644, S. 407. *Hennings*, *Zulässigkeit der Wiederklage und der Vorstandsforderung, insonderheit im Executivprozeße* (Hamb. 1806), S. 65 flg. *Bayer*, §. 46, S. 107, 108, Note 7. *Linde a. a. D. §.* 362, S. 450. *Mittermaier a. a. D. S.* 180.

Bei diesem unsicheren Boden der Theorie erscheint auch die hier übersichtlich zu betrachtende Rechtsprechung mehr oder weniger schwankend. Am wenigsten ist dieses noch der Fall hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit der Einrede des nicht gezahlten Geldes, indem sich die Praxis der Theorie zugewendet hat, daß diese Einrede ihrer Natur nach als zulässig erscheine, so, daß der Beklagte auch dann damit gehört werden müsse, wenn er nicht sofort ihre Nichtigkeit darthue.

In Bezug auf die Frage, ob dem Beklagten für Liquidstellung seiner Einrede die Eideszuschreibung zu Gebote stehe, finden wir Entscheidungen, welche sie bejahen. Nach dem Zeugnisse von *Leyser*, *Sp.* 135, *med.* 2., sprach sich im Jahre 1716 die Juristenfacultät zu Helmstädt dahin aus. Gleiches that, wie uns *Hagemann*, *prakt. Erörter.* Bd. 7 (Hann. 1824), S. 20, berichtet, das Oberappellationsgericht in Celle.

Hinsichtlich der Controverse, ob in Bezug auf den Grund oder das Object der Klage die Beschreitung des Weges des Executivprozeßes Beschränkungen unterworfen sei, finden wir verneinende Entscheidungen. Bei *Mevius*, *decis. P.* 8. *dec.* 191. steht ein Erkenntniß vom J. 1680, dessen Inhalt die Ueberschrift angibt: *Contra tertium rei hypothecariae possessorem ex instrumento paratam executionem habente executive agitur*, während *P.* 7. *dec.* 124. ein Urtheil v. J. 1659 mitgetheilt wird, das in gleichem Sinne erlassen wurde: *Contra tertium rei oppignoratae possessorem processus executivus competit*. *Berger*, *decisiones summi pro vocat. senatus Elect. Saxon. Dresd.* 1720., beurkundet Erkenntnisse, deren wesentlicher Inhalt gleichfalls von der Aufschrift angedeutet wird, z. B. p. 350. *dec.* 367.: *Processus executivus institui potest ab herede contra heredem. P.* 351.: *Ex testamento scripto, eoque judiciali, executive agi potest*. *Leyser*, erwähnt *Sp.* 381. *med.* 5. eines Erkenntnisses der Juristenfacultät zu Helmstädt v. J. 1716, welches eine executivische Klage des Legatars auf Grund des letzten Willens gegen den Erben zuließ (s. auch noch *Sp.* 500. *med.* 7. 8.), und *Sp.* 307. *med.* 1. eines Spruches dieser Facultät, welcher sich dafür entschied, daß aus Ehepacten executivisch geklagt werden dürfe.

Besonders zahlreiche Nachweisungen der Praxis finden wir hinsichtlich der Streitfrage, ob auch aus zweiseitigen Verträgen executivisch geklagt werden könne. Die Rechtsprechung zeigt sich hier der Bejahung hingeneigt. Diese Praxis früherer Zeit finden wir bei *Berger l. c.* (*decisiones*), z. B. p. 292. *dec.* 304.: *Ex instrumento*

emtionis venditionis, quo venditor evictionem omnimodam promisit, executive agi potest, actori iniuncta implementi probatione etc. vgl. mit p. 310. dec. 325.: Exceptionum secuti implementi etiam in processu executivo locum habet, und Puffendorf, observ. iur. univ. Tom. III. obs. 210.: An ex contractu bilaterali agi possit? wo ein Erkenntniß des Appellationsgerichtes in Celle mitgetheilt wird. Aus neuerer Zeit finden wir diese Praxis bezeugt bei Klein, merkwürdige Rechtsprüche der haltschen Juristenfacultät Bd. 3 (Berl. 1798), S. 176—178: Aus dem Pachtvertrage allein findet in Ansehung der dadurch übernommenen Verbindlichkeit keine Executivklage statt. (Der aus einer Urkunde über einen abgeschlossenen Pachtvertrag executivisch klagende Verpächter wurde auch darum mit der Klage abgewiesen, weil er nicht zugleich dargethan habe, daß er seinen Verbindlichkeiten genügt habe.) Mahlen a. a. D. S. 25, S. 42, Note 3, wo eines Erkenntnisses des obersten Gerichtes von Schwedisch-Pommern v. J. 1801 gedacht wird, das in gleichem Falle auf gleiche Art entschied, und Bopp, Nachträge zur hessen-darmstädtischen Civilprozeßordnung v. J. 1724 flg. (Darmst. 1839), S. 409 flg. Hier wird die Praxis des Oberappellationsgerichtes in Darmstadt (Erkenntnisse aus den Jahren 1829²⁵) und 1830) dargestellt, welche im Wesentlichen sich dahin gestaltet hat: Auch aus zweiseitigen, besonders aus Pachtverträgen, kann, vorausgesetzt, daß Kläger die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten sofort urkundlich darthut, executivisch geklagt werden. Bei fortlaufenden Verbindlichkeiten, wie sie namentlich aus Pachtverträgen erwachsen, genügt es aber, wenn der klagende Verpächter durch Urkunden nachzeigt, daß er den Pachtvertrag einmal vollständig erfüllt habe, also z. B. von ihm das Verpachtete dem Pächter überliefert worden sei. Behauptet nun der belangte Pächter, daß der Verpächter während der Pachtzeit den Vertrag nicht erfüllt habe, oder, mit anderen Worten, daß derselbe sich vertragswidriger Handlungen schuldig gemacht habe, z. B. daß er dem Pächter einen Theil des Verpachteten wieder entzogen habe, so erscheint dieses Vorbringen als Einrede, welche Beklagter zu beweisen hat, daher es nicht dazu dienen kann, um die Verwerfung der Executivklage zu erwirken. Ebenso wenig erscheint der Executivprozeß dann als unstatthaft, wenn der klagende Verpächter, welcher nach dem Zeugnisse des producirten Pachtbriefes ein gewisses Pachtgeld liquid

25) Nach einem anderen Erkenntnisse desselben obersten Gerichtes v. J. 1829 kann der Aussteller einer quarentigjährigen Schulbureau dadurch, daß er seine illiquiden (nicht in continenti erweislichen) Einreden praeveniendo, im Gewande einer Klage, vorbringt, dem Executivprozeße und dessen Wirkungen, unter dem Prätext der Litispändenz, nicht ausweichen (s. Bopp a. a. D. S. 409). Aus dem Jahre 1824 liegt ein Erkenntniß desselben Gerichtshofes vor, wornach, wenn aus einem in gehdriger Form ausgestellten Wechsel executivisch geklagt worden ist, dagegen die privilegierte Einrede des nicht gezahlten Geldes nicht stattfindet, Beklagter vielmehr, wenn er den Nichtempfang nicht sofort darthut, damit ad separatum zu verweisen ist. Nach einem Erkenntnisse aus dem Jahre 1837 findet bei dergleichen Klagen der Executivprozeß nicht statt.

zu fordern hat, beim Klagevortrag bemerkt, daß er darauf Stückzahlungen erhalten, da er nur den Beweis der Momente der Klage mit denselben anticipando anzutreten, nicht aber dazuthun hat) daß dem Beklagten keine Einreden gegeben seien.

Eine Beurkundung der Praxis hinsichtlich der Controverse, ob der Kläger zugleich die Aufkündigung und den Ablauf der Frist darthun müsse, finden wir bei Mahlen a. a. O. S. 47, Note 8, wo der Verf. vorträgt, daß mehrere Rechtsprüche des obersten Gerichtes von Schwedisch-Pommern v. J. 1800 diesen Beweis für erforderlich erklärt hätten. In einem von Lhon a. a. O. S. 259 flg. mitgetheilten Rechtsfalle-erkamte das Gericht zweiter Instanz reformatorisch die executivische Klage für zulässig, obgleich Kläger für diesen Beweis nicht Sorge getragen, da bereits vor Erlassung des Erkenntnisses erster Instanz die Aufkündigungsfrist abgelaufen gewesen sei; allein das oberste Gericht, das Oberappellationsgericht in Jena, stellte das Urtheil erster Instanz, welches sich dahin aussprach, daß die Klage noch zur Zeit nicht statt habe, wieder her.

In Bezug auf die Einrede der fehlenden Caution wegen der Verklage hat sich auch die Praxis für Zulässigkeit derselben entschieden. S. 3. B. ein Urtheil der Juristenfacultät zu Gießen v. J. 1707 bei Hert, Consilia et Responsa Tom. II. (Francof. 1730) decis. 716, p. 683., ein Urtheil vom Jahre 1655 bei Mevius, decis. P. III, dec. 22., ein Erkenntnis der Juristenfacultät zu Helmstädt v. J. 1706, welches Leyser, Spec. 34. med. 7., mittheilt: Es ist, was die geforderte satisfactionem pro reconventionem et expensis belangt, nicht ohne, daß solche in allen, auch Executivprozeß, sonderlich, wenn Beklagter einige wahrscheinliche Ursache anzuführen weiß, weshalb er Sicherheit verlangt, bestellt werden müsse u. s. w., und ein Erkenntnis des Hofgerichtes in Darmstadt²⁶⁾ v. J. 1824 bei Bopp, Mittheilungen aus den Materialien der Gesetzgebung und Rechtspflege des Großherzogthumes Hessen u. s. w., Th. 3 (Darmst. 1831), S. 148—151: Ueber die

26) Was überhaupt die Rechtsprechung dieses Gerichtshofs in Bezug auf das Institut des Executivprozeßes betrifft, so liegen Erkenntnisse aus neuerer Zeit vor, worin im Wesentlichen ausgesprochen wurde: 1) Da, wo kein Wechselrecht gilt (was fast im ganzen Großherzogthume der Fall ist), begründet ein Wechsel nur insofern den Executivprozeß, als er noch eine weitere causa dabendi, als das solenne Zahlungsversprechen, enthält. Als causa dabendi aber genügt, was da, wo Wechselrecht herrscht, und die Angabe einer solchen weiteren causa dabendi erfordert wird, für eine hinreichende Bezeichnung der Schuldverbindlichkeit gehalten wird, namentlich der Ausdruck: Werth in Rechnung, oder Werth in mir selbst. 2) Ist in einem gültig abgefaßten Wechselbriefe nur die Wechselverbindlichkeitszeit verfloßen, so bleibt er doch als garantisirte Urkunde gültig. 3) Die Urkunde, worauf executivisch geklagt wird, braucht der Klage nur in Abschrift beigefügt zu werden; einer Beglaubigung derselben bedarf es nicht, es sei denn, daß besondere Gründe diese erheischen. 4) Hat Kläger, indem er alles das, was eine Executivklage erfordert, wahrte, überhaupt um schnelle Rechtshilfe gebeten, so kann der Richter von Amtswegen den Executivprozeß einleiten.

Zulässigkeit und Wirkung der Einrede der Sicherheitsleistung wegen der Wiederklage im Executivprozeße, wodurch ausgesprochen wurde, daß diese Einrede auch im Executivprozeße zulässig und so wirksam sei, daß der Beklagte bis zur geschenehen Cautionsleistung von der Verbindlichkeit, den Ansprüchen des Klägers zu genügen, befreit bleibe; indessen müsse für die Statthaftigkeit der anzustellenden Wiederklage ein rechtlicher Grund angeführt werden. Vgl. auch noch Engau, decisiones et responsa. Tom. I. decis. 213. nr. 3.

In vielen teutschen Staaten hat sich die Gesetzgebung mit dem Executivprozeße überhaupt oder einzelnen Seiten desselben beschäftigt²⁷). Schon früh geschah dieses in Kurpfalz u. zur Beseitigung der wichtigsten Streitfragen. So wurde z. B. bestimmt, daß der Beklagte zur Liquidation seiner Einrede der Eidesdelation sich nicht bedienen könne²⁸), daß die Einrede des nicht erhaltenen Geldes nur dann zulässig sei; wenn sie sofort liquid gestellt werde²⁹), während zugleich noch Einzelnes normirt ward, z. B. wegen der Legitimation des klagenden Erben und Cessionars zur Sache, der Recognition der öffentlichen Urkunden, des Veduzirzes, womit der Beklagte vorgeladen wird, wegen der Diffession u. s. w.³⁰) (Nach dieser Gesetzgebung kann aus einer Urkunde, welche die causa debendi nicht ausspricht, executivisch geklagt werden³¹). Das Gesetz vom 28. Februar 1838 hat das Institut des Executivprozeßes, wie es sich mit Hilfe der älteren Legislation gestaltet hat³¹), beibehalten³²). Vgl. noch über Casuistik: Kind, quaest. for. Tom. III. (Lips. 1799.) p. 280 sq., E. Kind, Sammlung auserlesener Rechtsgutachten (Leipz. 1836), S. 175 fg. (Mittheil. eines motivirten Erkenntnisses des Appellationsgerichtes in Dresden über die Erfordernisse zum Executivprozeße, insbes. über die Nothwendigkeit der Angabe des Zu- und Vornamens in der Urkunde), und Kori, Erörterungen praktischer Rechtsfragen aus dem ge-

27) Rittermaier a. a. D. S. 160.

28) Knorre a. a. D. §. 21, S. 464. Gottschalk, selecta discept. for. cap. Tom. I. (Dresd. 1816.) Cap. 28. p. 413 sq. Tom. III. (1830.) Cap. 26. p. 306 sq.

29) Knorre a. a. D. §. 21, S. 464. Berger, Oeconomia Juris, edit. sept. cura Winkleri. (Lips. 1771.) p. 900. Kori a. a. D. §. 25. Haubold, sächsisches Privatrecht, herausgegeben von Günther (Leipzig 1829), S. 291 fg. Gemminghaus, ist nach gemeinem sächsischen Rechte die Einrede des nicht gezahlten Darlehns im Executivprozeße zulässig? Unter Berücksichtigung eines speziellen Falles beantwortet (S. 339—351 des ersten Jahrganges [1828] der Martin'schen Jahrbücher der Gesetzgebung und Rechtspflege in Sachsen, Neustadt 1829). v. Partsch, Entscheidungen praktischer Rechtsfragen, mit Rücksicht auf Erkenntnisse von Oberbehörden bearbeitet (Leipz. 1840), S. 278, 279. CCLXXXVIII: Die exceptio non num. pec. kann auch im Executivprozeße vorgeschützt werden.

30) Daegener, dissertatio de declinanda recognitione documentorum propter deficientem causam debendi in processu executive. Lips. 1721.

31) Ueber Klagebarkeit aus zweiseitigem Vertrage s. Biener, systema proc. iud. et comm. et sax. edit. Siebdrat et Krug. P. II. (Berl. et Lips. 1835.) §. 243. p. 121. 122.

32) Rittermaier a. a. D. S. 168.

meinen und sächsischen Civilrechte, mit Beziehung auf die darüber vom k. sächs. vormaligen Appellations- und nunmehrigen Oberappellationsgerichte ertheilten Entscheidungen, Th. 3 (Dresd. 1837), Nr. XXIV.

Die Gesetzgebung im Hannover'schen schritt gleichfalls schon früh zur Wegräumung einzelner Controversen, z. B. durch die Bestimmung, daß dem Beklagten zur sofortigen Richtigstellung seiner Einrede die Eidesdelation zustehe. Knorre a. a. D. §. 20, S. 463. Claproth a. a. D. §. 169, Note c, daß bei Verabredung der Aufkündigung diese und der Ablauf der Frist gleichfalls sofort von dem Kläger dargethan werden muß. Claproth a. a. D. §. 161, Note c, daß, da dort die Einrede des nicht gezahlten Geldes an eine (das biennium verkürzende) Frist von 3 Monaten gebunden ist, wenn innerhalb dieser Zeit executivisch geklagt wird, der Beklagte sofort die Richtigkeit dieser Einrede darthun muß. Claproth a. a. D. §. 161, S. 256, Note g. v. Bothmer, einige Bemerkungen in Betreff der exceptio und querela non num. pec. (S. 169—182 des ersten Bandes der Zeitschrift für die Civil- und Criminalrechtspflege im Königreiche Hannover, herausgegeben von Gans. Hann. 1827.), S. 178 fg. Die hannover'sche Untergerichtsordnung v. J. 1827 verbreitet sich auch über das Institut des Executivprozeßes, der in allen Fällen Raum findet, in welchen der Anspruch des Klägers hauptsächlich auf fehlerfreien Privaturkunden, auf klaren Brief und Siegeln beruht, aber nur wegen Forderungen baaren Geldes oder verbrauchbarer Sachen gegeben wird. Aus einem zweiseitigen Vertrage kann executivisch geklagt werden, wenn die Erfüllung desselben von Seiten des Klägers sofort durch Urkunde nachgezeigt wird. Um die Einrede sofort liquid zu stellen, steht dem Beklagten die Eidesdelation zu, ohne daß dem Kläger dagegen die Gewissensvertretung zu Gebote steht. Das gegen den Spruch gerichtete Rechtsmittel entbehrt der Suspensivwirkung.

Die Gesetzgebung von Holstein stimmt hinsichtlich der Einrede des nicht erhaltenen Geldes mit der von Sachsen überein, stellt sich aber hinsichtlich der Zulässigkeit der Eideszuschiebung zum Zwecke der Liquidstellung der Einrede auf die entgegengesetzte Seite. Knorre a. a. D. §. 20, S. 464. §. 21, S. 464²⁹⁾. Auch im Herzogthume Braunschweig, dessen Gesetzgebung dem Rechtsmittel den Suspensiveffect verweigert, ist diese Eidesdelation gestattet, jedoch unter der Bedingung, daß die Absicht, diese zur Hand zu nehmen, vor dem Termine erklärt wird, damit der Kläger in den Stand gesetzt werde, seine Erklärung darüber vorzubereiten. F. r. e. d. e. r. s. d. o. r. f. a. a. D. S. 178. Krüger, systematische Darstellung des

33) Vgl. noch Brinkmann, wissenschaftlich-praktische Rechtskunde Bb. 1 (Schleswig 1831), S. 180—192: Ueber den Mißbrauch eines Blanquets, so wie über die Unzulässigkeit des Executivprozeßes, wenn dringender Verdacht eines solchen Mißbrauches vorhanden ist. (In zweiter Instanz wurde angenommen, daß der Verdacht des Betrages so nahe liege, „daß man die in Frage befangene Sache für eine zum Executivprozeß sich eignende keineswegs erachten könne“ und dahin reformirt, daß Beklagter mit dem Beweise des Betrages zu hören sei.) S. noch die Recension dieser Schrift in dem Jahrg. 1833 der Gall. Allg. Literaturzeit. N. 106, S. 234.

bürgerlichen Prozeßes im Herzogthume Braunschweig (Braunschw. 1829), §. 58: Executivprozeß S. 140—142. Ebenso läßt die Legislation von Kurhessen³⁴⁾ zur Liquidstellung der Einrede (wozu indessen eine Frist von 14 Tagen gestattet wird) die Eideszuschreibung zu. Vgl. überhaupt Wagner, Grundzüge der Gerichtsverfassung und des untergerichtlichen Verfahrens in Kurhessen, zweite vermehrte Ausgabe (Marb. 1827), §. 258—263: Vom Executivprozeß, S. 221—223, und Wagner, Nachträge zu den Grundzügen u. s. w. (Cassel 1833), §. 299, a (wo bemerkt wird, daß im Executivprozeß zur Rechtfertigung des Rechtsmittels nur eine Frist von 14 Tagen gegeben sei), S. 214, 215: Zu §. 258. Die hanau'sche Untergerichtsordnung v. J. 1764 handelt in einem besonderen Titel³⁵⁾: Tit. 39, vom Executivprozeß, indem darin das, wesentlich von der gemeinrechtlichen Theorie nicht abweichende Verfahren vorgezeichnet wird.

Das Particularrecht von Hamburg (Statutenrecht v. J. 1603, Th. 1, Tit. 23) läßt im Executivprozeße die Einrede des nicht gezahlten Geldes selbst dann nicht zu, wenn sie in *continenti liquid* gestellt werden soll; dem Beklagten sei nur gestattet, daß er „hernacher den Creditoren wiederum besprechen möge“³⁶⁾.

Die Gesetzgebung von Bayern gestattet den Executivprozeß, den auch die neueren Entwürfe einer Civilprozeßordnung, z. B. der Entwurf v. J. 1825 (§. 785—804), festgehalten, nur bei „verbrieften und liquiden Schuldsforderungen“, läßt Eidesdelation zur Richtigstellung der Einrede nicht zu, wohl aber die Einrede der fehlenden Caution wegen der Wiederklage, und läßt öffentliche Urkunden im Termine blos zur „Inspection“ vorlegen. Vgl. überhaupt, und insbesondere wegen der Einrede des nicht gezahlten Geldes, v. Wendt, vollständiges Handbuch des bayerischen Civilprozeßes (Mülnb. 1827), Anhang als zweiter Theil, §. 184: Executivprozeß, S. 27—29, und Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern, herausgegeben von Seuffert und Glück, erster Jahrgang (1836), S. 89 fig.: Beitrag zur Lehre vom Executivprozeße, zweiter Jahrgang (1837), S. 122 fig.: Zur Lehre vom Executivprozeße, dritter Jahrg. (1838), S. 22 fig.: Glück, zur Lehre vom Executivprozeße. (Die Frage, ob auf eine Urkunde, welche über den Zahlungstermin schweigt, hin geklagt werden könne, wird nach gemeinem und bayerischem Rechte untersucht und bejaht.) Viertes Jahrg. (1839), S. 289—293: Seuffert, einige Fragen aus dem Gebiete des Executivprozeßes. (Die Fragen, ob der Beklagte von dem Kläger die Edition der

34) Die Gesetzgebung hat sich im Großherzogthum Hessen mit dem Institute des Executivprozeßes gar nicht beschäftigt; es ist dort lebendig ein Födling der Doctrin und der davon genährten Praxis.

35) Hanau'sche Untergerichtsordnung vom Jahre 1764, mit mehreren Änderungen und Beschränkungen u. s. w. von Neuem abgedruckt im Jahre 1829, S. 68, 69. S. noch Pfeiffer, neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Oberappellationsgerichtes in Cassel Bd. 4, 5. Hann. 1820, 1821. decis. 167: Ueber den Executivprozeß im Fürstenthume Hanau.

36) Schmidt, Commentar Bd. 4, S. 80—84.

Urkunde verlangen könne, womit er die Richtigkeit seiner Einrede darthun will, und ob man sich zu diesem Zwecke der Eidbeschwörung bedienen könne, werden untersucht und verneint.)

Ueber die preussische Gesetzgebung hinsichtlich des Executivprozesses s. Fürstenthal, theoretisches und praktisches Lehrbuch des preussischen Civil- und Criminalprozesses, Th. 1 (Königsb. 1827), Lit. 28: Vom Executivprozesse, S. 202—206, S. 112—114, Mackeldey a. a. D. S. 21, 22, 26, 27, und Mittermaier a. a. D. S. 166, 167, wo der Verfasser zugleich der Verhältnisse dieser älteren Gesetzgebung zu der neueren Legislation v. J. 1833 über summarischen Prozeß gedenkt³⁷). Ueber die badische Civilprozeßgesetzgebung v. J. 1831 in Bezug auf Executivprozeß s. ebendas. S. 171, 183, 184, 186, 188, 189. Dort finden wir auch vergleichende Hinblicke auf die neueren Gesetzgebungen kleinerer teutschen Staaten über Executivprozeß, als des Großherzogthums Oldenburg v. J. 1824, der anhaltischen Lande von demselben Jahre³⁸), des schwarzburg-sondershaus'schen v. J. 1834³⁹).

In mehreren teutschen Staaten (abgesehen von den teutschen Staatsgebieten auf der linken Seite des Rheines, in denen der den Executivprozeß nicht kennende französische Civilprozeßcodex herrscht) findet sich das Institut des Hilfsprozesses gar nicht eingebürgert. Zu diesen Staaten gehört das Herzogthum Nassau nach dem Zeugnisse von Flach, Erklärungen zum Prozeßgesetze des Herzogthumes Nassau vom 23. April 1822 (Wiesbaden 1837), S. 27 ff., der uns berichtet, daß wiederholte Entscheidungen der Obergerichte seit undenklicher Zeit dieser Art von summarischem Prozesse den Krieg erklärt hätten, und zweier Entscheidungen des obersten Gerichtes aus den Jahren 1833 und 1835 gedenkt, welche dieser Richtung gefolgt seien⁴⁰). Auch in dem Gebiete der freien Stadt

37) Ueber die Casuistik s. noch v. Kämpf, Jahrbücher der preussischen Gesetzgebung u. s. w. Bd. 3 (Berl. 1814), S. 308—310: Ueber die Zulässigkeit des Executivprozesses aus Rotariatsinstrumenten, welche in Ländern, wo die französische Gesetzgebung gilt, errichtet werden. (Mittheilung zweier Erkenntnisse, wornach das Kammergericht sich, weil nur aus fremden gerichtlichen Urkunden executivisch geklagt werden könne, gegen das geheime Obertribunal für die Zulässigkeit entschied) und Simon und v. Strampf, Rechtsprüche der preussischen Gerichtshöfe Bd. 1 (Berl. 1828), S. 23 ff.: Kann aus einem bei einem ausländischen Gerichte ergangenen Judicate bei einem preussischen Gerichtshofe in processu executivo geklagt werden? Bd. 2 (Berl. 1830), S. 148 ff.: Findet aus einseitig ausgestelltem, an sich den Executivprozeß begründendem Instrumente derselbe auch dann statt, wenn die causa debendi erwiesenermaßen aus einem Bilateralcontract entspringt? und S. 156 ff.: Kann aus einem zweiseitigen Vertrage gegen einen Dritten, der an Schließung eines Vertrages nicht Theil genommen, auf Zahlung einer, in Folge jenes Vertrages auf seinem Gute eingetragenen Forderung im Executivprozesse geklagt werden?

38) Abgedruckt im 7. Bande des Archives für die civilistische Praxis S. 428 ff.

39) S. Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 17, S. 288, 289.

40) S. meine Recension dieser Schrift S. 1019—1031 des Jahrg. 1837 der Kritischen Jahrbücher für teutsche Rechtswissenschaft, S. 1024, 1025.

Frankfurt ist der Executivprozeß unbekannt, weil man ihn, wie Bendor, Lehrbuch des Civilprozeßes der freien Stadt Frankfurt (Frankf. 1837), S. 215, Anmerk. 1, bemerkt, als völlig entbehrlich und mit den bestehenden prozessualischen Einrichtungen nicht leicht vereinbarlich betrachtet⁴¹⁾. Wie uns Berg, über den mecklenburgischen Civilprozeß u. s. w. (Rostock 1832), S. 25, 26, berichtet, wurde von der Praxis der mecklenburgischen Obergerichte der Executivprozeß abgeschafft; nur in der Stadt Rostock habe er sich erhalten. Freilich habe diese Abschaffung „die traurigsten Folgen und mache die Prozesse unsterblich.“ Vgl. jedoch noch Trottsche, Materialien zu einem Handbuche des mecklenburg-schwerinschen Particularcivilprozeßes (Güstrow 1837), S. 344, und Mittermaier a. a. D. S. 165⁴²⁾. Die österreichische Prozeßlegislation kennt den Executivprozeß nicht, dessen Zweck sie durch andere Formen zu wahren bemüht gewesen ist. Mittermaier a. a. D. S. 166.

Ueber Gesetzgebungspolitik s. bes. Engelhard, Entwurf einer verbesserten Gesetzgebung für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten (Mudolstadt 1817), S. 56, 57, 201, Globig, System einer vollständigen Gesetzgebung für die kais. russ. Gesetzcommission, Th. 4, gerichtliches Verfahren (Dresden 1818), S. 362, 363, Holzschuher a. a. D. S. 550—556: Vom Executivprozeße (der Verf. unterwirft diese Form des summarischen Prozeßes einer Kritik und stellt sie der französischen Gesetzgebung gegenüber, wornach öffentliche Urkunden durch sich selbst executivische Kraft haben, und jeder Besizer einer Privaturlunde in den Stand gesetzt wird, dieser einen executorischen Titel zu verleihen, da ihm gestattet ist, den Aussteller zur Anerkennung unter dem Präjudiz des Anerkenntnisses vorladen zu lassen), und Mittermaier a. a. D.

Bopp.

Expropriation, Zwangsabtretung des Gegenstandes des Privateigenthumes zu öffentlichen Zwecken gegen vollständige Entschädigung. Expropriationsgesetze¹⁾. Das römische Recht stellt den allgemei-

41) Die für das Großherzogthum Frankfurt erlassene Civilprozeßordnung hatte im Art. 410 verordnet: zum summarischen Prozeßverfahren seien geeignet namentlich alle auf einer öffentlichen Urkunde oder auf einem förmlichen Notariatsinstrumente beruhenden persönlichen Forderungen. S. großherzoglich frankfurtisches Regierungsblatt Bd. 2 (Frankf. 1812), S. 297.

42) Ueber Casuistik s. Netteblatt, Rechtsprüche des Oberappellationsgerichtes in Parchim, Bd. 1 (Berl. 1821), Nr. 18, S. 350 fig. (Erkenntniß dahin, daß das Bekenntniß valuta erhalten, absque causa debendi speciali, die Einleitung des Executivprozeßes begründe.)

1) v. B e n d t, neuester Expropriationscodex, oder vergleichende Darstellung der wichtigsten älteren und neueren Gesetze und Verordnungen über Enteignung, Kanal- und Straßenbau, Eisenbahnen u. dgl. Erste Abtheilung. Historische Darstellung schon gegebener Gesetze und Verordnungen in solchen fremden und deutschen Staaten, welche vor Errichtung des deutschen Bundes specielle Enteignungsbestimmungen besaßen. Abschnitt I. Griechen. II. Römer. III. Bayern. IV. Preußen. V. Rheinbapern. VI. England. VII. Frankreich. VIII. Oesterreich. Zweite Abtheilung. Historische Darstellung schon gegebener Gesetze und Verordnungen in deutschen und anderen Ländern seit Errichtung des deutschen Bundes. Abschnitt IX. Die deutschen Bundesstaaten überhaupt und

nen Grundsatz auf, daß Niemand gezwungen werden könne, den Gegenstand seines Eigenthums zu veräußern. L. 12. Cod. de his quae vl. (2. 20.) L. 11. Cod. de contr. emt. (4. 38.) *Invitum comparare vel distrahere postulantis desiderium iustam causam non continet.* Indessen finden sich in den Justinianischen Gesessammlungen Bestimmungen, welche die Regel als eine nicht ausnahmslose erscheinen lassen, — bedingter Zwang zum Verkauf des Slaven, §. 2. Instit. de his, qui sui. (1. 8.), §. 4. Instit. de donat. (2. 7.), L. 2. Pand. de his, qui sui. (1. 6.), — Verbindlichkeit, den Theil eines Grundstückes abzutreten, der erforderlich ist, um als Weg zu einem Grabmale zu dienen: *Si quis sepulcrum habeat, viam autem ad sepulcrum non habeat, et a vicino ire prohibeatur — Praeses compellere debet, iusto pretio iter ei praestari, ita tamen, ut iudex etiam de opportunitate loci prospiciat ne vicinus magnum patiatur detrimentum.* — Verbindlichkeit zur Abtretung des Theiles eines Grundstückes, welches erforderlich ist, um eine durch Wassergewalt oder Einsturz zerstörte Straße herzustellen. L. 14. §. 1. D. *Quemadmodum serv. amitt.* (8. 6.) — Zwang zur Abtretung von Grundelgenthum zum Zwecke städtischer Verschönerung, öffentlicher Bauten und Plätze nach Lib. 8, tit. 12. Cod. de operibus publicis (z. B. L. 6.: *Diruenda sunt omnia, quae per diversas urbes vel in foro, vel in publico quocunque loco contra ornatum et commodum ad decorem faciem civitatis exstructa noscuntur.* Ueberblicken wir das heimische Recht²⁾, so finden wir den Grundsatz der Zwangsabtretung des Privateigenthums vorzugswelse im Gebiete des Landwirtschaftsrechtes herrschend und dazu angewendet, um größere ökonomische Zwecke, als z. B. ausgedehntere Wiesenkultur durch Bewässerung, zu erreichen. Zu einer eigentlichen Rechtsanstalt bildete sich das Institut der Expropriation³⁾

insbesondere Württemberg, Hannover, Sachsen = Coburg = Saalfeld, Sachsen = Meiningen, Sachsen = Altenburg. X. Braunschweig. XI. Großherzogthum Hessen. XII. Die Republik Genf. XIII. Kurhessen. XIV. Königreich Sachsen. XV. Baden. XVI. Frankfurt. XVII. Als Zugabe: Der neueste königl. bayerische Entwurf mit den von der Kammer der Reichsräthe beschlossenen Modificationen. Dritte Abtheilung. Entwurf der Hauptpunkte jeder neuen Gesetzberathung über Expropriation und damit verwandte Gegenstände. Zugleich als systematische Uebersicht der in den beiden ersten Abtheilungen enthaltenen historischen Darstellung. Abschnitt XVIII. Hauptgrundsätze der Enteignung. XIX. Entschädigung und Maßstab derselben. XX. Verfahren. XXI. Kosten. XXII. Gesetzmang. XXIII. Besondere Bestimmungen über Kanalbau. XXIV. Eisenbahnen. Nürnberg 1837. — Staatslexikon oder Encyclopädie der Staatswissenschaften Bd. 7 (Mit. 1839), S. 16 — 28: *Gezwungene Eigenthumsabtretung (expropriation pour cause d'utilité publique)*, von Mittermaier. Conversationslexikon der Gegenwart Bd. 1, 1838, s. v. *Expropriationsrecht* S. 1237—1246.

2) Grimm, teutsche Rechtsalterthümer (Göttingen 1828), S. 491 fg.

3) Ueber Entziehung des Eigenthums gegen Entschädigung im gemeinen Nothzustande s. Pütter, Beiträge zum teutschen Staats- und Fürstenrecht Th. 1 (Göttingen 1777), S. 357, 358 und Schlettwein, Archiv für den Menschen und Bürger, Bd. 2 (Leipzig 1781), III. S. 19 fg.: Von dem gemeinen

erst in neuester Zeit aus. Für Oesterreich sind die Grundzüge derselben, welche in späteren Gesetzen ihre einzelnen Anwendungen erhalten haben — v. Wendt a. a. D. S. 87—90 — in dem bürgerlichen Gesetzbuche §. 365 gezogen, worin ausgesprochen ist, daß jeder Unterthan sein Eigenthum gegen eine dem Werthe angemessene Entschädigung, deren Größe Gegenstand der rechtlichen Beurtheilung sei, wenn das allgemeine Beste es erheische, abtreten müsse, weil jeder Staatsbürger diesem seine Privatinteressen aufopfern müsse und dem Staatsoberhaupte das oberste Eigenthumsrecht zustehe, das er in dringenden Fällen über das Vermögen der Privaten herrschend werden lassen könne⁴⁾. Die preussische Gesetzgebung finden wir in den ersten Paragraphen des elften Titels des ersten Theiles des allgemeinen Landrechtes. Es wird dort (§. 4—11) ausgesprochen, der Staat sei nur dann berechtigt, Jemanden zum Verkaufe des Objectes seines Eigenthumes zu zwingen, „wenn es zum Wohl des allgemeinen Wesens nothwendig sei.“ Zur Anlegung oder Breitermachung einer öffentlichen Landstraße oder eines schiffbaren Kanals oder Flußbettes könnten die Eigenthümer der angrenzenden Grundstücke zur käuflichen Abtretung des erforderlichen Theiles desselben gezwungen werden. Gleicher Zwang sei zulässig bei Befestigung eines Ortes. Auch die Besitzer von Getreidevorräthen könnten bei entstehendem Getreidemangel, zur Abwendung einer drohenden Hungersnoth, zu deren Ausstellung zum Verkauf genöthigt werden. Finde über den Preis keine Vereinigung statt, so werde derselbe von Schägern nach dem außerordentlichen Werthe bestimmt. Die Frage, ob das gemeine Wohl die Abtretung verlange, bleibe der Entscheidung durch das Staatsoberhaupt vorbehalten; wegen der Bestimmung des Preises aber solle rechtliches Gehör nicht versagt werden⁵⁾. Was Bayern betrifft, so enthält schon die Landes- und Polizeiordnung und das Landrecht vom Jahre 1616 (in Bezug auf Straßen und Wege) Einiges über Zwangsabtretung von Grundeigenthum⁶⁾. Ueber die spätere Gesetzgebung, für diesen Staat, in dessen Verfassungsurkunde es heißt: Niemand kann gezwungen werden, sein Privateigenthum selbst für öffentliche Zwecke abzutreten, als nach einer förmlichen Entscheidung des versammelten Staatsrathes und nach

Besten oder der gemeinen Wohlfahrt der Staaten, an Hrn. Geheimen Justizrath Pütter in Göttingen.

4) Scheidlein, Handbuch des österreichischen Privatrechtes Th. 2 (Wien 1814), S. 45. Das französische Civilgesetzbuch bestimmt im Art. 545: Niemand kann gezwungen werden, sein Eigenthum abzutreten, es sei denn um des öffentlichen Nutzens willen und vermittelst einer gerechten und vorhergehenden Entschädigung. In den Jahren 1810 und dann 1833 wurden ein besonderes Expropriationsgesetz erlassen. v. Wendt a. a. D. S. 42 fig., 68 fig. Rittermaier a. a. D. S. 18.

5) Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten. Neue Ausgabe. Erster Theil, erster Band (Berlin 1817), S. 273—275. S. noch v. Wendt a. a. D. S. 33—35 und, in Bezug auf Abtretung für Eisenbahnzüge, S. 35—42.

6) v. Wendt a. a. D. S. 8, 9.

vorgängiger Entschädigung, wie solches am 4. August 1815⁷⁾ bestimmt ist⁸⁾, — besonders auch hinsichtlich der Anlegung von Eisenbahnen f. v. Wendt a. a. D. S. 9—33⁹⁾, Conversationslex. der Gegenw. a. a. D. Das Staatsgrundgesetz des Königreiches Sachsen¹⁰⁾ functionirt in dem von der „Abtretung von Privateigenthum zu Staatszwecken“ handelnden §. 31¹¹⁾ Folgendes: Niemand kann gezwungen werden, sein Eigenthum oder sonstige Rechte und Berechtigkeiten zu Staatszwecken abzutreten, als in den gesetzlich bestimmten oder durch dringende Nothwendigkeit gebotenen, von der obersten Staatsbehörde zu bestimmenden Fällen und gegen Entschädigung, welche ohne Anstand ermittelt und gewährt werden soll. Entsteht ein Streit über die Summe der Entschädigung, und der Eigenthümer oder der Berechtigte will sich bei der Entscheidung der Verwaltungsbehörde nicht beruhigen, so bleibt ihm unbenommen, die Sache im ordentlichen Rechtswege zur Erledigung zu bringen; es ist aber einstweilen die Abtretung zu bewirken und die von jener Behörde festgesetzte Summe ohne Verzug zu bezahlen. Auf diese Grundlage ist ein, sich zunächst auf die Anlegung von Eisenbahnen beziehendes Gesetz vom 3. Juli 1835 gebaut¹²⁾, auf welches sich eine von gleichem Tage datirte Vollzugsverordnung gründet. Ebenso dient der durch die Verfassungsurkunde des Großherzogthums Baden¹³⁾ garantirte

7) v. Wendt a. a. D. S. 14—17. Döllinger, Verfassung des Königreiches Bayern mit den darin angeführten früheren Königl. Edicten Bd. 1 (München 1818), S. 18, 19.

8) v. Zangen, die Verfassungsgesetze deutscher Staaten in systematischer Zusammenstellung, Th. 1 (Darmstadt 1826), S. 156.

9) Ueber Rheinbayern (Rheinpfalz) f. v. Wendt a. a. D. S. 42—52.

10) Die Verfassungsurkunde von Württemberg spricht sich im §. 30 dahin aus: Niemand könne gezwungen werden, sein Eigenthum und andere Rechte für allgemeine Staats- oder Corporationszwecke abzutreten, als nach vorausgegangener Entscheidung des Geheimenrathes über die Nothwendigkeit und gegen vorgängige volle Entschädigung. Entstehe Streit über deren Größe und wolle sich der Eigenthümer bei der Entscheidung der Verwaltungsbehörde nicht beruhigen, so sei der Rechtsweg einzuschlagen, einstweilen aber die von jener Stelle festgesetzte Summe ohne Verzug auszubezahlen. Im Wesentlichen übereinstimmend ist der §. 36 des Staatsgrundgesetzes von Hannover vom Jahre 1833 und der §. 32 der Landschaftsordnung für das Herzogthum Braunschweig. S. überhaupt v. Wendt a. a. D. S. 99, 100, 103—107.

11) S. über denselben Müller, kritische Bemerkungen zum sächsischen Verfassungsgesetz v. 4. September 1831 (S. 147 flg. des ersten Bandes des X. Müller'schen Archives für die neueste Gesetzgebung aller deutschen Staaten. Mainz 1832), S. 161.

12) v. Wendt a. a. D. S. 131—148. Sächsisches Expropriationsgesetz, oder die Abtretung des Grundeigenthumes bei im Königreich Sachsen anzulegenden Eisenbahntracten, nach den darüber erschienenen Gesetzen bearbeitet und mit Hinzufügung rationell-landwirthschaftlicher Erläuterungen für Beamte, Taxatoren, Grundeigenthümer und aller sonstiger Interessenten systematisch dargestellt von einem Cameralisten. Leipzig 1836.

13) Der Geschichte dieses Staates gehört eine Erscheinung an, welche v. Drais, Geschichte der Regierung und Bildung von Baden unter Carl Friedrich, Th. 1, S. 186, vorgeführt hat. Als im Jahre 1771 die Hungers-

Grundsatz: Niemand kann gezwungen werden, sein Eigenthum zu öffentlichen Zwecken abzugeben, als nach Berathung und Entscheidung des Staatsministeriums und nach vorausgegangener Entschädigung¹⁴⁾, einem Gesetze vom 28. August 1835¹⁵⁾ zur Grundlage. Gleiches ist der Fall mit Kurhessen und dem Großherzogthume Hessen¹⁶⁾. Das Staatsgrundgesetz des ersteren Staates spricht sich im §. 32 dahin aus: Das Eigenthum oder sonstige Rechte und Gerechtigkeiten können für Zwecke des Staates oder einer Gemeinde, oder solcher Personen, welche Rechte derselben ausüben, nur in den durch die Gesetze bestimmten Fällen und Formen gegen vorgängige volle Entschädigung in Anspruch genommen werden. Ueber Nothfälle, in denen ausnahmsweise nachfolgende Entschädigung eintreten soll, wird ein besonderes Gesetz das Nähere bestimmen. Dieses Gesetz wurde im Jahre 1834 (unterm 30. October) erlassen¹⁷⁾. Nachdem auf dem ersten Landtage im Großherzogthume Hessen in den Jahren 1821 das Staatsgrundgesetz zu Stande gekommen war, in dessen Art. 27 es heißt: Das Eigenthum kann für öffentliche Zwecke nur gegen vorgängige Entschädigung, nach dem Gesetze, in Anspruch genommen werden, wurde noch auf demselben Landtage dieses Gesetz (vom 27. Mai 1821), das vorzugsweise zu dem Zwecke zu erlassen war, um Normen zur Entscheidung für den Fall festzusetzen, daß der Privateigenthümer behauptet, der Zweck verlange die Abtretung nicht, oder sich mit dem Betrage der ihm zugebachten Entschädigungssumme nicht zufrieden erklärt, verabschiedet¹⁸⁾. Ein Gesetz vom 18. Juni 1836 verordnete weiter: Wenn von Privatpersonen oder von Privatgesellschaften, welche, die Er-

noth einen hohen Grad erreicht hatte, ließ man bei Schrdt (Leopoldshafen) auf dem Rheine ein Schiff, das der Stadt Basel Frucht bringen sollte, anhalten und diese austheilen, den Basellern aber dasselbe Quantum gleichzeitig im Oberlande, wo sich einiger Vorrath befand, anweisen. Eine durch die Noth entschuldigete factische Zwangsabtretung eigener Art!

14) v. Jangen a. a. D. S. 173.

15) v. Wendt a. a. D. S. 149—171.

16) Das Expropriationsgesetz der zwischen diesen beiden Staaten liegenden freien Stadt Frankfurt a. M. vom Jahre 1836 finden wir bei v. Wendt a. a. D. S. 171—177. S. noch in prozessualischer Beziehung Bendor, Lehrbuch des Civilprocesses der freien Stadt Frankfurt (Frankfurt 1837), S. 57, 58, 215, 342, 350.

17) v. Wendt a. a. D. S. 123—131. Beurkundung der Rechtsprechung in der Zeitschrift für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen, Hft. 1 (Cassel 1836), S. 255, 256, Nr. XXII.: Abtretung zu öffentlichen Zwecken. Begründung der Entschädigungspflicht. (Präjudiz des obersten Gerichtes.) Im zweiten Hefte derselben Zeitschrift (Cassel 1837) findet sich ein Beitrag: Wöhler, einige Bemerkungen über das in Kurhessen durch das Gesetz vom 30. October 1834 vorgeschriebene gerichtliche Abschätzungsverfahren bei Abtretungen zu öffentlichen Zwecken.

18) Floret, historische-kritische Darstellung der Verhandlungen der Ständeversammlung des Großherzogthumes Hessen im Jahre 1820, 1821 (Gießen 1822), S. 245—249. Beck, das hessische Staatsrecht, zweites Buch (Darmstadt 1832), S. 385—392. v. Hofmann, Beiträge zur näheren Kenntniß der Gesetzgebung und Verwaltung des Großherzogthumes Hessen (Gießen 1832), S. 34.

Verhältniß zur Anlegung einer Eisenbahn im Großherzogthume auf ihre Kosten von der Staatsregierung erhalten haben, zu diesem Behufe die eigenthümliche Abtretung eines Grundstückes oder eines Theiles desselben verlangt wird, so treten die Bestimmungen des Gesetzes vom 27. Mai 1821 über die Abtretung von Privateigenthum für öffentliche Zwecke ein¹⁹⁾.

Auch in anderen deutschen Staaten wurden den Expropriationsgesetzen eine solche Ausdehnung verliehen, oder wurden besondere Gesetze zu dem Zwecke erlassen, um solchen Unternehmungen durch die Befugniß, Abtretung des Privateigenthums zu verlangen, die Bahn zu brechen.

Mit Recht bemerkt Mittermaier a. a. D. S. 18: Die Wissenschaft hat für die Ausbildung der hier in Frage stehenden Rechtslehre noch wenig gethan, und bei Vergleichung der verschiedenen Gesetzgebungen bemerkt man leicht, daß die Legislation noch auf dem Wege der Experimente sich befindet und noch nicht zu der nothwendigen festen Grundlage und Uebereinstimmung gekommen ist. Allerdings läßt sich nicht bezweifeln, daß die Lehre von der Expropriation eine Doctrin der Zukunft, obwohl nicht einer entfernten, ist. Die Gegenwart trägt erst die Steine zu ihrem Ausbau herbei.

Die wichtigsten legislativen Beziehungen hat Mittermaier a. a. D. S. 18—28. in Betracht gezogen, so daß es genügen kann, dahin zu verweisen. S. auch noch die ganze dritte Abtheilung des v. Wendtschen Codex.

Eigenthum, Eigenthumsrecht, Dominium. Nach dem Plane dieses Werkes kann es nicht die Absicht sein, den Stoff, welchen die Ueberschrift ankündigt, in jeder Beziehung zu erschöpfen. Er erfordert in einzelnen Theilen, namentlich rücksichtlich der verschiedenartigen Erwerbarten, eine abge sonderte Behandlung, der auch, wie namentlich der Accession, Occupation, Usucapion, Tradition eigene Artikel gewidmet sind. Ohnehin gehört jener in seinen praktischen Resultaten zu den bekanntesten. Auch haben wir darüber gute Werke, welche in vielen Händen sind¹⁾. Unverläßlich ist es dagegen, das wahre Wesen des Eigenthums

19) Vergleiche überhaupt noch Eigenbrodt, das Verhältniß der Gerichte zur Verwaltung im Großherzogthume Hessen, mit Entscheidungen des Staatsoberthes zu Darmstadt (Darmstadt 1840), S. 35, S. 189—202.

Im Jahre 1791 wurde ein Gesetz erlassen, wornach der Eigentümer eines Grundstückes nach Umständen gezwungen werden konnte, dasselbe zum Zwecke der Errichtung eines Gebäudes, also zum Besten eines Privaten abzutreten. Bopp, der heßische Rechtsfreund (Darmstadt 1837), S. 6, 7.

1) Donelli Comm. L. 9. C. 8 sq. Westphal, Arten der Sachen, C. II, S. 261—784. Reinhard, Verf. einer systematischen Einleitung in die Lehre vom Eigenthumsrechte. Gießen 1801. G. Fr. Haenel, de acquirendo rerum dominio. Lips. 1817. Fr. E. Gesterding, Darst. der Lehre vom Eigenthume. Greifswald 1817. A. E. Pütter, die Lehre vom Eigenthume. Berlin 1831. P. E. Kriß, Darstellung praktischer Materien des röm. Rechtes. Dresden und Leipzig 1834. Ueber den Begriff des Eigenthumes ver dient vor-

mit der erforderlichen wissenschaftlichen Genauigkeit zu entwickeln, welches so subtiler Natur ist, daß es leicht gerade hinter dem für bekannt angenommenen Gemeinfaßlichen verloren geht und doch nicht ignotirt werden darf, wenn es nicht zu praktischen Irrthümern verleiten soll: Hauptlich aber müssen die mit einem so enthusiastischen Eifer begonnenen jüngsten Forschungen im Gebiete des vaterländischen Rechtes berücksichtigt werden, welche die Praxis so wenig unbeachtet lassen darf, als sie sich vor manchen Verwirrungen zu verwahren Ursache hat, welche dieselben durch die Neuheit ihrer Entdeckungen in unsere Lehre bringen.

Eigenthum im weitesten Sinne verliert sich in den Unterschied von Mein und Dein überhaupt. Es bezeichnet Alles, was zu unsererk Vermögen gehört, und nach dem Hange unserer Sprache zur Lautologie und Alliteration am kürzesten durch Geld und Gut ausgedrückt wird. Die Worte Gut und Vermögen bezeichnen Wechselbegriffe, welche die staatswirthschaftlichen Schriftsteller nicht weniger, wie die Juristen beschäftigen, jedoch mit dem Unterschiede, daß jene mehr den ersten, und diese mehr den anderen in das Auge fassen, weil in dem einen eine Brauchbarkeit, welche verschwindet, wenn sie Allen gemein ist, in dem anderen das Haben das Hauptmerkmal bildet. Das Vermögen ist die natürliche Umgebung einer freien Persönlichkeit, welche ihren Wirkungskreis nicht nur in dem Raume, sondern auch in der Zeit bestimmt und ihren Zwecken unterwirft. Wie zu einem Weltkörper auch seine Atmosphäre gehört, so umfaßt es sowohl körperliche, als unkörperliche Dinge, bestehend aus bloßen legteren in bloßen Gerechtigkeiten oder in Forderungsrechten²⁾. Seine unterscheidbaren Bestandtheile haben das gemein, daß sie sich zu Geld anschlagen lassen und dasselbe gilt von dem Ganzen, das diese Bestandtheile umfaßt, in welchem als vollkommenem Abbild der dasselbe befeelenden Persönlichkeit nach ihrer Kraft zu verbinden und verbunden zu werden, die einzelnen Bestandtheile sich in positive Gesäßen auflösen, welche mit den dasselbe vermindernenden und begränzenden negativen Gesäßen verglichen werden müssen. Seine unvermeidliche Ungleichheit entscheidet in dieser Welt über das Loos von Reichthum und Armuth, welches, so empfindlich es Vielen schon in seinen Mittelstufen fällt, zu den Fatalismen des Rechtszustandes gehört³⁾. Ohne den unvergleichlichen Nachtheil, die Frei-

zügliche Berücksichtigung Mayer, Autonomie, §. 8—15. Paffe, von der christlichen Gütergemeinschaft (Kiel 1806), S. 24 flg.

2) Bonorum appellatio aut naturalis aut civilis est: naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant; id est, beatos faciant: beare est prodesse. In bonis autem nostris computari sciendum est, non solum, quae domini nostri sunt, sed et, si bona fide a nobis possideantur, vel superficaria sint. Aequae bonis adnumerabitur, etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur. L. 49. D. de Verb. sign. Ulpianus L. 59. ad Edictum. Hiermit sind zu vergleichen L. 208. 178. 222. 5. eodem.

3) Sie sind in sehr lebhaften Farben hervorgehoben in Hugo's Lehrbuch des Naturrechtes, §. 249 flg. Den Nutzen und die Nothwendigkeit des Eigenthums hat dagegen die Politik des Aristoteles schon so erschöpfend entwickelt, daß man in den neueren Widerlegungen des St. Simonismus keinen wesent-

heit der Gleichheit zu opfern, können sie durch keinen privatrechtlichen Zwang, sondern nur durch Ansprüche an die Großmuth und Menschlichkeit derer, welche sich dabei im Vortheile befinden, und durch sehr durch Schonung erworbener Rechte bedingte Polizeianstalten verbessert werden. Schon die bei ihrer Allgemeinheit nicht aus bloßer Gewohnheit zu erklärende Resignation, womit sie, den äußersten Nothzustand ausgenommen, ertragen werden, weist darauf zurück, daß eine dem Fleische so harte Proben zumuthende Einrichtung, gleich dem bürgerlichen Gehorsam, welcher Millionen gesunder und muthiger Menschen, trotz der in der Seele des Trägsten wohnenden Abneigung, sich beherrschen zu lassen, oft schon einem Weibe, einem Kinde, einem Weichling, einem Blödsinnigen unterworfen hat, auf einer höheren Nothwendigkeit beruht, welche die Zwecke Aller umfaßt, indem sie den Zwecken jedes Einzelnen genughut.

Im engeren und eigenthümlichen Sinne versteht man dagegen unter Eigenthum dasjenige, was man kurzweg das Substantielle unseres Rechtes an Dingen nennen kann, weil es als Höchstes und Letztes (ius summum nach dem wohlgewählten Ausdrucke des Donellus) unseren Vermögensrechten ihre Beständigkeit gibt. Wie aber der Verstandesbegriff der Substanz, der unserer Wahrnehmung überall und nirgends begegnet, das Kreuz der speculativen Philosophen ist, so gehört auch jener Begriff zu denjenigen, worüber die Rechtsgelehrten nicht recht haben einig werden können. Wer Lust hat, sich mit den verschiedenen Versuchen der ersteren, sich in dem Labyrinth, ob es nur eine unendliche Substanz oder auch viele endliche Substanzen geben könne, und wie die letzteren neben der ersteren bestehen, zurechtzufinden, bekannt zu machen, der könnte für die bei unserem Vorwurfe sich ergebenden juristischen Probleme sehr interessante Vergleichen darbiethen.

Unser Corpus iuris ist uns mit einer schulgerechten Definition nicht vorangegangen. Desto schärfer entwickelt dasselbe die vollständigen Elemente unseres Begriffes, durch das Axiom der Ausschließlichkeit, *duorum in solidum dominium vel possessionem esse non posse*⁴⁾, durch die davon unzertrennliche Beziehung auf eine discrete körperliche Sache, mit deren Untergang es so gewiß aufhört, als es durch eine ihr selbstständiges Dasein aufhebende Vereinigung mit einer anderen Sache verschwinden kann, ferner als Totalität aller dinglichen Rechte durch den Gegensatz gegen die übrigen nur als gefonderte Bestandtheile zu begreifenden *iura in re*, welche, so sehr wir ihnen eine von dem Eigenthümer unabhängige Wirklichkeit zugestehen müssen, doch, als parasitische, sich von einem fremden Stamme nährenden Pflanzen, dem Eigenthume stets einverleibt bleiben. Nicht besonders ausgesprochen, aber aus den Folgen

neuen Gedanken finden wir. Hugo's Tendenz ist bloß sceptisch, um den Dogmatismus der damals gewöhnlichen Naturrechtslehrer aus seinem Schlummer zu wecken, nach welchen die Einrichtung sich so fadengerade von selbst verstehen soll, daß sie nicht Kampf und Zeit gebraucht hätte, sich auszubilden und ohne Gesetz bloß *facto* entstehen konnte.

4) L. 5. §. 15. D. locati. L. 1. §. 1. de S. Silan. L. 25. pr. de Verb. signif.

sich aufdringend⁵⁾, ist endlich der charakteristische Zug, daß dieses Recht seinem passiven Objecte, einer der willenlosen Natur angehörigen Sache, als eingefleischtem Gute, eine Art von Achtung gebietender Persönlichkeit, ein Lebensprincip oder eine Spontanität mittheilt, vermöge der sie den abwesenden Herren, auch ohne erkennbare Verbindung mit einer bestimmten Persönlichkeit, wie ein anderes Ich, repräsentirt, beim Uebergang von einem auf den anderen unter dem Wechsel der Besitzer sich gleich bleibt, gewisser Accidentien fähig wird, welche bis zur willkürlichen Los-trennung ihr inhärent und in neuen Species sowohl, als unter veränderten Gestalten sich fortpflanzt und erzeugt. Am meisten passen alle diese Merkmale auf das Grundeigenthum, das daher der Engländer vor-züglich reales Eigenthum nennt. Die schwierigere und mehrfach beschränkte Ausbildung beim beweglichen Gute, im teutschen, übrigens fast überall in unserem Vaterlande in diesem Punkte dem gemeinen Rechte gewiche-nen Rechte nur unvollkommen ausgeprägt, hatte auch im römischen Alter-thume den übrigens nicht auf Fahrnisse beschränkten Unterschied von *res mancipi* und *res mancipi* hervorgebracht, welcher, so wie er sich will-kürlich firirt hatte, zwar längst verschwunden, doch in seinem wahrschein-lichsten Princip uns noch bei fungibelen Sachen begegnet, nicht nur im Civilrechte, namentlich beim *quasiusufructus*, sondern auch im Crimi-nalrechte, besonders in solchen Contractverhältnissen, in welchen der für eine anvertraute fremde Sache dieser Art verantwortliche Inhaber zugleich *debitor quantitatis* wird, und wobei der oft zweideutige Thatbestand des Verbrechens so viel Lact fordert, daß ein überhoinischer Jurist bei der von ihm empfohlenen Vorzüglichkeit der Entscheidung der Thatfrage durch eine Jury dieses Beispiel besonders hervorgehoben hat.

Daß ein Begriff, welcher bei all seiner Einfachheit doch durch viel-seitige Beziehungen wiederum so mannigfaltig wird, gerade durch ein recht ernstlich logisches Bestreben, sein Wesen hervorzuheben, ohne sich in das Unverständliche zu verlieren, Definitionen hervorgebracht hat, welche, so wenig sie für unwahr erklärt werden können, doch nur den Gemeinsinn und nicht die Wissenschaft befriedigen, darf gar nicht bestreben, da sich darin nur das *omnis definitio in iure periculosa* unserer alten Classi-ker bewährt. Die besteiste und für den Hausbedarf ausreichende läuft auf die noch jüngst von Prof. Günter⁶⁾ gebilligte: „Eigenthum sei das unbeschränkte und ausschließliche Dispositionsrecht über eine körperliche Sache.“ So richtig es nun ist, daß dieses Recht ursprünglich in dem Eigenthume liegt und in einem gesunden Sinne seine vollkommenste Er-

5) Vgl. aus Hauptstellen L. 86. D. de V. S. L. 26. D. de acquir-
rerum dominio. L. 12. D. quemadm. serv. amitt.

6) Archiv für die civilistische Praxis Bd. 17, S. 31. Damit stimmt im
Wesen überein Hellfeld, *Jurispr. for.* S. 576., Höpfner, *Commentar*
§. 287 (welcher übrigens noch das bloß abgeleitete Merkmal des vindications-
rechtes von jedem Besitzer beifügt), und die gangbarsten Compenzien. Schon
Bartolus definierte: *dominium est ius de re statuendi, ut quis velit, nisi*
iure prohibeatur. Ebenso Göltschen, Vorlesungen über das gemeine Civil-
recht Bd. 2, S. 19, §. 223.

scheinung bildet, so gehört doch dieses Merkmal keineswegs zu seinem Wesen, weil, wie der verewigte Mayer (Autonomie S. 1, §. 8—15) bündig gezeigt hat, die Definition weder das beschränkte, noch unvollständige Eigenthum ausschließen darf. Weder der Lehns Herr, noch derjenige, welcher sein Grundstück in emphyteusis gegeben, überhaupt derjenige, dem eine nuda proprietas zusteht, während ein Anderer den ususfructus etc. hat, können über die Sache nach Willkür verfügen, während diese alle das Eigenthum haben, welches neuerdings von unseren Germanisten, trotz seiner äußersten Beschränktheit, auf die Dauer des Lehnsherrn sogar dem Zuerstgenannten ganz zugeschrieben wird. Daß der Eigenthümer, als solcher, kein Souverain ist und sich mancher durch das gemeine Beste gebotenen polizeilichen Beschränkung fügen muß, daß man mit seiner Sache keine rechtsverletzende Handlung vornehmen darf und eine obligatio ex maleficio damit nicht aufgehoben wird, daß ihr Urheber dabei, wie wenn er das eigene Haus anzündet, unmittelbar und zunächst über sein Eigenthum verfügt, verstünde sich freilich von selbst. Ebenso auch die Pflicht des Worthaltens, wie wenn Einer das verkaufte Pferd todt schlagen, oder den verkauften Wald aushauen wollte, ungeachtet beide bis zur Uebergabe noch sein sind. Solche Einwürfe würden nicht hierher gehören und die Definition bloß schikaniren. Aber in dem Eigenthume selbst liegt ein Princip seiner Veränderungen, welche nur als Accidenzen oder Modificationen seiner unter diesem Wechsel bleibenden Substanz zu erklären sind. Dieses nun muß mit umfaßt werden, wenn die Definition ihren Begriff erschöpfen soll. Sonst bezeichnet sie, gleich jenem akademischen Docenten des vorigen Jahrhunderts, welcher, um sie ad oculos zu demonstriren, seine Perrücke vom Kopfe nahm und zerkaute, nur den äußerlich vorübergehenden Act seiner gegenwärtigen Ausübung, nicht jenes Permanente, was dasselbe, wie ein Leben im tiefsten Schlafe, ohne solche Lebenszeichen noch fortbauend erhalten kann.

Diesigen, welche, wie Hofacker (princ. J. C. §. 877.), Glück (Commentar Th. 8, S. 36), Mackeldey u. s. w., diesem Mangel dadurch abhelfen wollten, daß sie ein Recht auf die Substanz oder an die Sache selbst substituirt, dürften den Fehler nicht verbessert haben, wohl aber auf der andern Seite zu weit gegangen sein. Denn durch die von ihnen gewählte Bezeichnung wird das dominium mit der bloßen Proprietät identisch. So wenig die letztere dem Eigenthümer fehlen darf, so schließt doch sein Recht immer auch den sogenannten ususfructus causalis in sich, wenn nicht ein Anderer den ususfructus formalis hat, was sein Recht so wenig aufhebt, als wenn ein Anderer durch Gemeinschaft an der Proprietät ihn noch so sehr beschränkt. Nicht ohne historische Verwandtschaft mit unserer Materie bietet uns das alte Staatsrecht in der verwickeltsten, durch ihre zufällige Entstehung den juristischen Scharfsinn so sehr in Anspruch nehmenden Construction unserer vormaligen Reichsverfassung ein Gleichniß⁷⁾. Auch

7) Ueber diese Materie haben wir eine nicht nach Verdienst bekannt gewordene interessante Schrift eines Geschäftsmannes: Geschichte der Landeshoheitsstreitigkeiten und Grundsätze, nach welchen dieselben

In dem kleinsten teutschen Territorium konnte immer nur Einer der Landesherren sein und er blieb es, wenn auch Andere in diesem Gebiete die bedeutendsten Hoheitsrechte hergebracht hatten, was keine Seltenheit war, weil die sogenannten Grafenbanne, der Blutbann, Wildbann, Zoll und Geleit aus der der völligen Ausbildung der Landeshoheit vorangegangenen Zeit nicht selten in mächtigeren Händen sich erhalten hatten. Darum betrachtete man die letztere nicht als getheilt, sondern nur als beschränkt und definirte sie als das Recht auf den Inbegriff aller Hoheitsrechte, welches in Beziehung auf jeden in der Ausübung durch Selbsthilfe zu behauptenden Zweig keines Beweises bedurfte, sondern vielmehr demjenigen, der seine Ausübung bestritten oder gar sich vindiciren wollte, vor den Reichsgerichten die Beweislast auferlegte, und ebenso durch Erlöschen jener Staatsrechtsverbituten, welche eine strenge und consequente Theorie, so wenig in facta daran gedacht wurde, der landesherrlichen Oberaufsicht hätte subordiniren sollen, sich damit von selbst consolidirt haben würde. So hat der wahre Eigenthümer die gleiche Regel und Aussicht für sich. Man setzte ferner die Landeshoheit, welche stets mit Sitz und Stimmrecht auf Reichs- und Kreistagen verbunden war, der sogenannten Landesherrlichkeit der Reichsritterschaft entgegen, welcher nicht jener Complex, sondern nur speciell hergebrachte und zu beweisende Hoheitsrechte zugestanden wurden. Allein so wie die beschränkteste Landeshoheit immer von dem Sachkriterium abhängig blieb, daß ihr Inhaber eine unabhängige Civiljurisdiction neben einer unabhängigen Polizei- und Gesetzgebungsgewalt in bürgerlichen Sachen behalten muß, so ist es auch ein Verdienst dieser Hofacker'schen Definition, auf die Wahrheit aufmerksam gemacht zu haben, daß mit aller Proprietät, d. h. mit der Macht, die Gestalt der Sache zu verändern, dieselbe ganz zu veräußern, oder sie unbeschadet ihrer qualitativen Einheit (universitas) durch aufgelegte Lasten in ihrem Werthe zu vermindern (nam suae quidem rei moderator et arbiter, wie es in der L. 21. C. mandati vel contra heißt), das Eigenthum verschwindet und daß diese Macht nicht mehr wie ususfructus, usus, servitus etc. davon abgesondert, sondern unter Mehreren nur in ungetheilter Gemeinschaft sich denken läßt. Aber, was dem Eigenthume auch als Phänomen nicht fehlen darf, fällt darum seinen Begriff nicht aus.

Hasse definiert: „Eigenthum ist das Recht, jede nicht überhaupt verbottene Verfügung über die Substanz oder über die Früchte einer speciellen körperlichen Sache vorzunehmen, insofern nicht irgend ein anderes Individuum zu einer bestimmten Verfügung der Art *ex quavis causa* befugt, oder doch berechtigt ist, zu verlangen, daß die Ausübung derselben unterlassen werde.“ Bei ihm ist das Bestreben, die von ihm nicht verkannten Fehler der schon gerügten Definitionen zu vermeiden, in eine

beurtheilt werden müssen. Ulm 1795. Ihr Verfasser war in den kleineren Territorien, wo dergleichen Streitigkeiten oft vorkamen, zu Hause und auch in der Literatur sehr bewandert.

8) X. a. D. S. 28.

bloße Umschreibung ausgeartet, welche die von ihm sich vorgesezte Aufgabe einer schulgerechten Erklärung keineswegs löset. Das negative Merkmal einer überhaupt unverbottenen Verfügung ist schon ein überflüssiges, weil es sich, wie vorhin bemerkt, von selbst versteht. Ebenso liegt das ausschließliche Vornehmen des zu ihrer Ausübung gehörigen Actes schon in dem Begriffe einer jeden Befugniß. Auch der Usufructuar darf nicht nur jeden Dritten, sondern selbst den Eigenthümer von dem Gebrauche der Sache ausschließen, der Servitutberechtigte mindestens eine solche Ausübung sich verbitten, welche die Ausübung seines eigenen Rechtes hindern oder vereiteln würde⁹⁾. Ja es folgt schon aus dem der Jurisprudenz mit der Staatswirthschaftskunde gemeinen Begriffe eines Gutes, der, wie die Liebe nicht ohne Eifersucht ist, aus dem alle Werthe bestimmenden Streben nach individueller Vereinigung mit unserem Selbst hervorgeht, so daß die nutzbarsten und unentbehrlichsten Elemente der Körperwelt, wie die Luft, das Flußwasser, das Meer, welche ihrer Natur nach keiner solchen individuellen Vereinigung fähig, auch wegen ihres unerschöpflichen Gebrauches kein Bedürfniß einer solchen Vereinigung erzeugen, nicht zu den Gütern gezählt werden, obgleich sie, wie die gesunde Lage oder die schöne Aussicht eines Hauses oder Grundstückes den Werth eines wahren Gutes erhöhen. Sollten ferner wegen der Schwierigkeit, sie in einer einfachen Bezeichnung zu umfassen, die Ausflüsse des Eigenthums einzeln aufgenommen werden, so dürfte ihre Aufzählung nicht unvollständig sein. Es dürften aber dem Rechte über die Substanz und auf die Früchte das Recht, sie zu besitzen (*ius possidendi*) und sie zu vindiciren, wohl auch der Anspruch auf ihre Unverletzlichkeit nicht fehlen, wodurch das Ausschließende des Eigenthums einen mehr eigenthümlichen, positiven Ausdruck bekommen hätte¹⁰⁾. Auch die Schlußworte scheinen mehr zu sagen, als hierher gehört und besonders macht sie das *ex quavis causa* viel zu vag. Der Herr einer Sache hört nicht auf, als Person dazustehen, in der Kraft eines freien Wesens und in der Wechselwirkung mit seines Gleichen zu verbinden und verbunden zu werden. Die Beschränkungen des Eigenthümers, wie wenn dieser sein Gut verpachtet oder vermiethet hat und daher durch seinen Contract gehalten ist, bis zu beendigter Pacht- oder Mietzeit dasselbe einem Andern zu überlassen, sind daher unserer Lehre völlig fremd. Was allein

9) *Et belle Sextus Pedius definit, triplicem esse causam operis novi nunciationis. Naturalem, cum in nostras aedes quid immittitur, aut aedificatur in nostro. Publicam causam, quotiens leges, aut senatus-consulta, constitutionesque principum per operis novi nunciationem tuerur. Impositiam, cum quis, postquam ius suum diminuit, alterius auxit, hoc est, posteaquam servitutem aedibus suis imposuit, contra servitutum fecit. L. 3. §. 9. D. de operis novi nuncione.*

10) Diesen Weg hat Mühlenbruch, *Doctr. Pand. T. II. §. 241.* eingeschlagen. Den Anspruch auf ihre Unverletzlichkeit läßt er weg und es kann auch darüber gestritten werden, ob er hierher gehört. Doch scheint er mir in seiner Ausdehnung auf rein *culpöse* Beschädigungen ein Ausfluß aus dem Eigenthume. Die Parallelsirung mit der Körperverletzung dürfte hierin den *Donellus* rechtfertigen.

angedeutet werden mußte, das sind die Beschränkungen unseres Eigenthums, welche theils aus dem Institute desselben folgen, theils als willkürliche Impositionen, wie *servitus*, *superficies*, *emphyteusis* etc., dasselbe bleibend afficiren¹¹⁾. Ihnen hätten sich ausgleichend gegenüber gestellt die möglichen Erweiterungen unseres Eigenthums durch Accessionen jeder Art, möge nun ihr factisches Dasein ohne besondere Privatwillkür durch das Recht dafür erklärt sein, oder mögen sie, wie andere Zugehörden, einen besonderen Erwerbstitel und eine besondere Widmung bedürfen. Der Grund dieser Ungenauigkeiten lag in dem gänzlichen Uebersehen der mit dem Begriffe des Eigenthums vergesellschafteten Subject-Objectivirung, in welche dieser treffliche Schriftsteller darum nicht näher einging, weil ihm für seine Aufgabe das Axiom der Untheilbarkeit genügte. Die Sache nimmt in dem Eigenthume einen repräsentativen Charakter an, welcher das passive Rechtsobject selbst als Träger von Rechten und Verpflichtungen zu betrachten erlaubt. Man könnte zwar versucht werden, eine solche Personenvorstellung als eine höchst gezwungene Rechtsdichtung herabzuwürdigen, besonders da ihre Willkürlichkeit in mancher specieller Anwendung, in welcher sich auch in dem Rechte verschiedener Länder keine durchgängige Uebereinstimmung zeigt¹²⁾, sich schwer verkleinern läßt. Sie ist jedoch schon darum keine Grille, weil sie nothwendig ist, in die Auslegung unserer Willenserklärungen, ja in die Zurechnung zur Schuld Sinn und Verstand zu bringen und unseren Rechtsverhältnissen, besonders aber unseren Vermögensrechten: sowohl Wirkung, als beständige Dauer zu geben. Sie wurzelt aber auch trotz aller eingemischten Willkürlichkeiten in einer Grundvorstellung, wozu der menschliche Geist sich von selbst hinneigt, weil er sie nicht aufgeben kann, ohne auf jeden Vernunftgebrauch zu verzichten, so daß in der Hauptsache sich alle Menschen darüber verstehen müssen.

Ob nach dem Fehlversuche eines Schriftstellers, dem unsere Wissenschaft so Ausgezeichnetes verdankt, uns gelingen wird, den bisher gerügten

11) So kann eine Prädialservitut nicht über das Bedürfniß des herrschenden Grundstückes bestellt werden. Wird daher besonders bedungen, daß eine Servitut auch zum Vortheile eines Nachbarn ausgedehnt werden dürfe, so ist ein solcher Vertrag nur für die Paciscenten und ihre Erben verbindlich und für keinen Singularsuccessor. So ist wenigstens die gemeine Meinung. Vgl. Glück, Bd. 10, §. 644, Thibaut, Vers. Bd. 1, Abth. 1, S. 11 flg.

12) So kennt das römische Recht keine Grundbeschwerden, welche jeden Besitzer zu einem Thun verpflichten, wohl aber das teutsche, und letzteres beurtheilt z. B. nach geendigtem Nießbrauch das eingeegte Feld ganz anders, als das römische die *fructus pendentes*. Auch darüber läßt sich streiten, ob die Meinung der Proculerjaner, daß die Form der Materie auch dann vorzuziehen sei, wenn die letzte wieder hergestellt werden kann, nicht den Vorzug verdient gehabt hätte, da doch die Materie als fungibele Sache leichter auszugleichen ist. Am wenigsten aber wird sich der gesunde Menschenverstand in den Satz finden, daß die Schrift dem Papier weichen muß, wodurch das eigentl. Eigenthum, das literarische, zerstückt wird, da doch die Griffe des Segers keine Fittade zusammenstoppeln, wenn sie nicht der Geist Homers regiert. Dieses Eigenthum fordert dringend eine Anerkennung von der Gesetzgebung.

Erklärungen eine befriedigendere zu substituiren, müssen wir dahin gestellt sein lassen. Wir kehren zu dem Standpunkte zurück, von dem unsere Einleitung ausging. Bei jedem Rechte läßt sich seine Form und seine Materie unterscheiden. Die erste liegt in einem Verhältnisse zur Außenwelt, in welchem die Person, als Träger der zuletzt für sie geschaffenen Rechtsverhältnisse, sich in der Gemeinschaft mit gleichartigen Wesen frei und selbstständig fühlt, so daß es lediglich von ihrer Discretion abhängt, ob sie sich durch fremde Willkür zum Besten Anderer bestimmen lassen, oder umgekehrt auf diese Willkür einen selbstnützigen Einfluß ausüben will. Die Materie besteht in irgend einem schätzbaren oder unschätzbaren Gute, welches dieses Verhältniß zu unserer Verfügung stellt und ohne welches das Recht alles Interesse verlieren, daher das Subject desselben viel zu gleichgiltig lassen würde, um dabei zu halten. Daß das Eigenthum im weitesten Sinne so viel als Herrschaft oder Macht ist, liegt schon in dem lateinischen, bekanntlich von *domus*, also von der dem Römer am nächsten gelegenen freiesten privatrechtlichen Sphäre¹³⁾, abgeleiteten Worte *dominium*, und ist auch von bloßen Rechtsphilosophen, namentlich von Hobbes, Adam Smith u. s. w., oft hervorgehoben worden, jedoch ein Gattungsmerkmal, demselben mit unserem ganzen Vermögen, als demjenigen, worin sich unsere Persönlichkeit erweitert fühlt, gemein, gleichviel, worin dieses Vermögen besteht, und wäre es das musikalische Talent eines Amphions, das Fels und Stein bewegte. Es reicht daher nicht aus für das Eigenthum im engeren und eigentlichen Sinne, dessen Unterscheidendes in etwas Räumlichem, Festem oder Plastischem besteht, welches an den Einfall jenes Wigtlings erinnert, der die Baukunst eine gefrorene Musik genannt hat, um eine ähnliche ästhetische Verschiedenheit zu versinnlichen. Das Eigenthum ist, wie man will, ein Vermögen, das sowohl dem Rechte, als dem Objecte nach, oder ein Recht, das sowohl der Form, als der Materie nach, so für sich besteht, daß es, ohne einer Selbstthätigkeit von unserer Seite zu bedürfen und ohne von einer ihren Centralpunkt bildenden Persönlichkeit abhängig zu sein, fortbauert oder mit einem Worte unter die Kategorie der Substanz fällt. Das letzte Wort faßt Alles in Einem. Aus dem Begriffe der Substanz folgen jene Einfachheit und Totalität, welche in der Idee des Eigenthums liegen, jene Beharrlichkeit und Spontaneität, welche dasselbe als Phänomen bewähren, womit eine ungeschmeidige Startheit unverträglich wäre. In der Idee ist es untheilbar, so daß es Jemand ganz oder gar nicht hat, und daß es den Inbegriff aller dinglichen Rechte umfaßt. Die dieser Idee scheinbar trotzende Wirklichkeit, welche Qualitäten, also Unterscheidbarkeit und ein Haben und Drüben zu sondernder Theile zum Vorschein bringt,

13) Ballhorn-Rosen, über *Dominium* (Leipzig 1822), behauptet eine andere Etymologie, setzt sich aber dadurch in Widerspruch nicht nur mit Juristen, sondern auch mit Philologen, z. B. Grotendorf in Ersch und Gruber's Encyclopädie.

versöhnt sich mit der ersteren dadurch, daß sie das intelligibele letzte Subject auf ein Beharreliches unter dem Wechsel seiner Gestalten zu beziehen, nicht umhin kann. In ihm bilden sich die Bestandtheile des Eigenthums als Glieder aus einem vorangehenden Ganzen, welches einer durch Absonderung dieser Theile möglichen Verminderung gewisse Grenzen setzt, über welche hinaus es als Phänomen verschwindet und stets der Mittelpunkt bleibt, welcher die davon nicht abgerissenen, sondern bloß abgesonderten Bestandtheile trägt, anzieht und mit sich vereinigt¹⁴). Die *iura in re* verhalten sich zum Eigenthume, wie die Obligationen zur Persönlichkeit. So wenig die letzteren die Freiheit aufheben und zum Sklaven machen, so wenig zerstören jene das Eigenthum, als den Stamm, aus dem sie ihre eigene Nahrung ziehen. Diese Ansicht bekommt jedoch erst ihr volles Licht durch die nachfolgende Betrachtung. Die Erfahrung bietet uns ja besonders durch nachbarliche Bedürfnisse nicht nur eine unvermeidliche Wechselwirkung zwischen Personen, sondern auch zwischen den in unserm Eigenthume befindlichen Sachen, als wirklichen Dingen, wobei die Person gleichgiltig ist. Auch diese Wechselwirkung kann nicht dem blinden Zufalle überlassen werden, wenn die Körper nicht bloß als todte Massen, sondern als Güter neben einander bestehen sollen. Um den erreichbarsten Grad dieser moralischen Coexistenz herbeizuführen, bedarf es theils allgemeiner Regeln, welche die nothwendigen Servituten bestimmen, theils müssen sie einer Verträglichkeit überlassen werden, welche jede diesem Zwecke anbequeme Uebereinkunft bindend macht. So entstehen immer auf einer Seite zur Beförderung der Güterwelt gereichende sowohl Verminderungen, als Vermehrungen (vgl. die Note 9) citirte L. 3. §. 9. D. de operis novi nunciacione) jener qualitativen Einheit, die wir als Gegenstand eines jeden Eigenthumsrechtes denken. So entwickelt sich jene Spontaneität, wornach das Princip seiner Veränderungen in ihm selbst liegt und in einer Kraft, zu leiden und zu wirken, besteht, deren mit der Sache fortdauernde Producte in der Vernunft als *mutuum adiutorium* sich gegenseitig ausgleichen können und sollen. Man darf also die sogenannten *iura in re* keineswegs als Verstümmelungen des Eigenthums betrachten, wozu die Definition, welche das Wesen des Eigenthums in eine ausschließende und unbeschränkte Disposition über eine körperliche Sache setzt, freilich gegen die Absicht ihrer Vertheidiger, geradezu führt, weil sie, buchstäblich verstanden, dasselbe, als Phänomen, in einen ungestalteten Quader verwandeln würde, der in der Zusammenfügung mit anderen mehr Platz wegnimmt, als er selbst auszufüllen im Stande ist. Kein Eigenthumsrecht in der Welt gibt eine so unbeschränkte

14) Dieß ist der Sinn der schönen Stelle des Paulus: *Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum usufructus alienus est* (auch wenn die Nutznießung daran einem Andern gehört), *quia usufructus non domini pars* (keine Verstümmelung des Eigenthums), *sed servitus sit: ut via et iter* (die das volle Eigenthum so gut erträgt, als die Person dadurch, daß sie sich zu einer Leistung verpflichtet hat, nicht zum Sklaven wird); *nec falso dici, totum meum esse, cuius non potest ulla pars alterius esse: hoc et Julianus: et est verius.* L. 25. D. de V. S.

und ausschließliche Befugniß, daß der das Seine bewirthschäftende oder gebrauchende Eigenthümer darauf vornehmen dürfte, was ihm beliebt. Wenn nun gleich nicht alle diese Beschränkungen unsere Lehre berühren, so gehören doch diejenigen hierher, welche aus dem Institute des Eigenthums so natürlich fließen, daß man sie, wenn man eine die Nachbarschaft nicht aufhebende ursprüngliche Theilung von Grund und Boden voraussetzt, als vorbehalten und ausgenommen betrachten muß, und diejenigen, welche die Bedürfnisse der Coexistenz, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Person, zum Besten des Eigenthums willkürlich erzeugt haben. In Beziehung auf die Servituten sagt daher Donellus sehr wahr: *Jura sunt, inquam, non quaelibet, sed quae in rebus hominum magnum quendam, ac necessarium usum habent propter eas commoditates, quae hinc percipiuntur, quibus in hac dominiorum distinctione et tamen rerum coniunctione haec vita omnino carere non potest.* C. L. 9. c. 21. primo.

Dieselbe Grundvorstellung bestimmt nun auch die Eigenschaft der Sachen, welche im Eigenthume sein können. Sie ist theils eine natürliche, theils eine rechtliche. Die physische Eigenschaft ist die, daß sie Körper seien und zwar im engeren Sinne feste Körper, welche durch eine bestimmte Gestalt oder Begrenzung sich unterscheiden lassen, und durch ihre Dauerhaftigkeit unverändert von einer Hand in die andere gehen können. Daher sind die flüssigen, welche, wie die Luft, das Wasser, wie das alteutsche Recht sich ausdrückte, keines Anfanges oder nach dem alten römischen Ritus keiner *lis vindictiarum* fähig, unter der Hand zerfließen, oder wie das Meer im Gegensatz des Grund und Bodens keine bleibende Niederlassung gestatten, so wenig, wie das Licht, und bloße, wie die Electricität, der Magnetismus und der Galvanismus, durch das All verbreitete und in keinen Raum einzuschließende Naturkräfte an sich keine möglichen Gegenstände des Eigenthums, wohl aber einem Gebrauche unterworfen dadurch, daß sie mittelst fester, in unserm Eigenthume befindlicher Körper eingefast werden, wie die Brunnen, Weiser, die auf unserem Boden fließenden Bäche und selbst der sonst durch Farbe und Geschmack zu unterscheidende Wein in Fässern; oder als jene Röhre durch feste Körper uns dienstbar gemacht haben, wie in der Windmühle, dem electrischen Feuerzeuge, dem Brennspiegel u. s. w. Schon die fungibelen Sachen, selbst wenn sie in trockenen Körpern bestehen, machen in der Darstellung des Eigenthums die meisten Schwierigkeiten, eben weil sie sich durch ihre Indifferenz gegen jede Gestalt dem Flüssigen annähern und daher auf die Dauer nicht unterscheiden lassen, so lange sie nicht durch Einschließung oder Häufen specificirt werden.

Der Grund hiervon darf daher nur darin gesucht werden, daß der Verstandesbegriff der Substanz nur an einem bleibend Gestalteten haftet, keineswegs aber in einem vorwiegenden Materialismus. Dieß beweisen auf der anderen Seite, wie ein alter Jurist richtig eingesehen hat¹⁵⁾,

15) Aifenus, Libr. 6. Dig. in der L. 76, D. de iudiciis.

nicht nur die organischen Körper, welche ihren Stoff täglich ändern, so daß nach einer gewissen Zeit nichts mehr von dem alten zurückbleibt, sondern auch blos mechanische Producte, da, wie er anführt, ein Schiff dasselbe bleibt, mag es auch so oft ausgebessert worden sein, daß kein Bret mehr von seiner ersten Construction übrig bleibt. Noch mehr aber, daß man auch blos intelligibele Ganze, namentlich eine Heerde, noch vindiciren kann¹⁶⁾, wenn sie gleich, nach und nach ersetzt, zum größeren Theile oder durchweg in neuen Stücken besteht. Aber freilich muß dieser äußerste Fall, welcher das Eigenthumsobject bei einer Mehrzahl von Körpern von diesen unabhängig macht, mit großer Einschränkung verstanden werden. Ist nämlich 1) dieses Ganze von der Beschaffenheit, daß es nur einer bestimmten, ihren Centralpunkt bildenden Persönlichkeit inhärent, so daß ein Uebergang desselben, ohne Vertretung dieser Person in ihrer Kraft, zu verbinden und verbunden zu werden, für dasselbe auslösend und vernichtend wäre, wie besonders daraus erhellt, daß es nicht nur körperliche Sachen, sondern auch *credita* und *nomina* umfaßt¹⁷⁾, so ist das der gerade Gegensatz des Eigenthums, wie es bei den sogenannten *universitates iuris*, namentlich der *hereditas* und dem *peculium* der Fall ist. Der Titel *de rei vindicatione* wird mit den Worten eingeleitet: *Post actiones, quae de universitate propositae sunt, subicitur actio singularium rerum petitionis*, und Julian sagt in der L. 56. h. t. ausdrücklich: *Vindicatio non ut gregis, ita et peculii recepta est, sed res singularis, cui legatum peculium est, petet*. Das Ganze muß also rein nur aus discreten Körpern bestehen. 2) Aber auch das genügt nicht, daß diese körperliche Mehrheit einen Collectivnamen habe, welcher ausdrückt, daß sie der, dem sie gehören, zu einem bestimmten Zwecke beisammen hatte. So können die *armamenta navis*, wozu Tauen, Segel, Anker, Ruderstangen u. s. w. gehören, nicht als Einheit, sondern nur specifisch vindicirt werden, obgleich nichts im Wege steht, sie in einer Klage zu verbinden. Denn sie sind nichts für sich Bestehendes, wohingegen ihre Vindication mit dem Schiffe keinem Anstande unterliegen würde und sie durch das Schiff mit dem, was dazu gehört, schon hinlänglich bezeichnet sein dürften¹⁸⁾. Dasselbe gilt von dem Schiff und Geschirre eines Landgutes, dem Handwerkszeuge eines Professionisten. 3) Wohl noch weniger ein Kramladen oder das Sortiment eines Buchhändlers, welche aus zu verschiedenen Waaren bestehen, um sie unter die gemeinschaftliche Benennung einer

16) *Per hanc autem actionem non solum singulae res vindicabuntur, sed posse etiam gregem vindicari Pomponius scribit. Idem et de armento et de equito, caeterisque quae gregatim habentur. L. 1. §. 3. D. de rei vindicatione.* Die weitere Ausführung folgt in der L. 2. u. 3. pr.

17) *Hasse, im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 5, S. 21.*

18) Hierauf scheint wenigstens die Vergleichung der L. 3. §. 1. D. de rei vind. mit L. 44. de evictionibus zu führen, welche beide nur darin zusammenstimmen, daß der Kahn, als ein für sich bestehendes Schiffchen, nicht zum Schiffe gehöre und daher ein besonderes, einer eigenen Vindication bedürftiges Eigenthum vorstellt.

Größe zu bringen, die sich auch in qualität gleich bleibt. Die Waaren sind nur zum Detailverkauf beisammen, so daß das Losschlagen *per aversum* kaum bei Erbtheilungen und Santeu vorkommen wird, sie recrutiren sich nicht selbst und werden ebensowenig dazu recrutirt, um dieselbe stetige Einheit vorzustellen. 4) Man hat sich also wohl vorzusetzen, daß in unseren Pandekten hervorgehobene Beispiel einer Heerde auszuböhnen. Es beruht ohne Zweifel darauf, daß sie aus gleichartigen Körpern besteht, die man in der Regel nur nach der Zahl unterscheidet²⁰⁾, daß sie nur in der Mehrheit dieser Körper ihren Namen behält, und daß die Erhaltung in derselben der Zweck ihres selbstständigen Habens ist, in welcher sie auch nicht selten leigert, verkauft, vermietet oder in *usumfractum* gegeben wird. Dieses selbstständige Haben kann auch von einem Singularsuccessor fortgesetzt werden und ist, wenn er sie *bona fide* in sein Vermögen bekommen hat, der Grund der Ausnahme, daß der dabei gelassene Nachwuchs und die trennbaren Surrogate als einverleibt angesehen werden, wenn nicht ein Dritter darauf ein Recht hat²¹⁾.

Daß nun diese Singularität keine eigentliche Anomalie ist, das bestätigen diejenigen schon oben berührten fungibelen Sachen, welche, aus im Einzelnen werthlosen Atomen, aus Körnern, Halmen, Staub, bestehend, nur in ihrer Verbindung Größen oder Güter bilden. Getreide, Mehl, Heu u. s. w. bedürfen, wie die Flüssigkeiten, einer Specification durch Einfassen in Säcke, Gebund, Kisten, um sie als ein durch mehrere Hände gehendes Eigenthum zu bewahren, welches im bloßen Haufen nur so lange fort dauert, als dieses sich unvermischt erhält, so daß aus einer solchen Vermischung eine *communio incidens* entsteht, welche nur für die gilt, als deren Eigenthum es entstanden ist, und gegen den dritten Erwerber, der nicht das Ganze, sondern nur eine Rata davon an sich gebracht hat, gar nicht wirkt²¹⁾. Dasselbe gilt sogar von Goldstücken, obgleich diese einzeln ihren bestimmten Werth haben.

Selbst bei dem liegenden Gute endlich begegnet uns in unseren Rechtsquellen der Ausdruck *universitas fundi* (L. 30. D. *familias hercise*). Es wird in Rücksicht auf das Eigenthum für ein Ganzes angesehen, welches in der vindication einen eigenen Namen bekommt, als Acker, Wiese u. s. w. Nur tritt hier der erhebliche Unterschied ein, daß dieses unter dem generellen Namen *fundus*, zu dessen Wesen eine

19) Eine Heerde von 400 Schafen, von welcher 100 Stück abgegangen sind, bleibt qualitativ dasselbe, oder noch immer eine Heerde. Sie ist nur beiläufig ein Viertel weniger werth. Dagegen ein Waarenlager, aus dem bei einer lebhaften Messe die Seidenwaaren verschlossen sind und nur Barchent und Feinwand zurückbleiben, ist nicht bloß quantitativ, sondern auch qualitativ ein anderes geworden.

20) Cf. L. 68. §. 2. L. 69. u. 70. D. de usufructu. L. 13. pr. de pignoriibus. L. 21. 22. de legatis 1. §. 18. J. de legatis.

21) L. 31. D. locati.

bestimmte Begrenzung gehört²²⁾, welche dem Orte, wo sich eine Sache befindet, entgegengesetzt wird, fort dauert und daher von der dasselbe als Gut realisirenden specifischen Gestalt nicht abhängt, weshalb das Grundeigenthum von einer auf Nichteigenthum möglichen bloßen Niederlassung wohl zu unterscheiden ist²³⁾. Dieß wird zu der Ueberzeugung genügen, daß das Eigenthum zwar nur an einer im engeren Sinne körperlichen Sache haftet, daß aber damit der Verstandesbegriff einer als discrete Größe für sich bestehenden qualitativen Einheit stets verpackt ist, der gleichsam seine Seele vorstellt. Dieses Substantivum, welches einer Vermehrung oder Verminderung fähig ist, ohne aufzuhören, es selbst zu sein, verschwindet, sobald die Sache als Zugehörde mit einer anderen verbunden ist.

Die rechtlichen Eigenschaften, welche dem Gegenstande unseres Eigenthums ankleben, erwarten ihre vollständige Erklärung aus der ursprünglichen Entstehung dieses Rechtes. Es ist ein Bestandtheil des Privatrechtes, welches dem öffentlichen nachstehen muß. *Jus publicum praestat privato. La loi politique doit gouverner la loi civile.* Im Allgemeinen ist davon ausgenommen, was durch das öffentliche Recht dem Privatrechte entzogen, in Niemandes Eigenthum sein kann, namentlich die unter dem Collectivnamen *divini iuris* begriffenen *res sacrae, sanctae, religiosae* und von den *res humani iuris* die *communes, publicae et universitatis*. Insbesondere aber trifft der Mangel der natürlichen und rechtlichen Bedingungen des Eigenthums darin zusammen, den freien Menschen davon auszuschließen. Das Schattenbild der auf dasselbe übertragenen Persönlichkeit ist im Grunde doch nur eine Rechtsfiction, obgleich sie zu den der menschlichen Einbildungskraft unvermeidlichen Illusionen gehört, ohne welche es keine für uns und unseres Gleichen wirkliche moralische Welt geben würde und das Leben in der physischen Alles verlieren würde, was ihm den Werth eines menschlichen gibt. Ein mehr als bloß passives Object taugt nicht zu einem solchen Automat, weil die Rechtsfiction *contra naturam* ginge oder eine widerstrebende Wirklichkeit verdrängen müßte, deren Trotz die Sklaverei in unseren europäischen Staaten auf die Dauer hat weichen müssen. Gerade weil der Mensch seines Gleichen weit mehr bedarf, als der vernunft- und leblosen Schöpfung, und die Millionen der in Zeit und Raum vorübergehenden Erscheinungen, die wir Menschen nennen, der göttlichen Idee einer Menschheit angehören, muß er in den Individuen sich stets selbst angehörig bleiben, so daß ihre wechselseitigen Leistungen noch weit weniger, als die Benutzung der durch das All verbreiteten Imponderabilien und Naturkräfte die von dem Eigenthume geforderten trennbaren Substanzen bilden, sondern unter

22) L. 60. Dig. de V. S., wo es am Ende heißt: *sed fundus quidem habet suos fines, locus vero latere potest, quatenus determinetur et definiatur. L. 5. de legibus. Ex hoc iure gentium introducta bella, discretas gentes, dominia distincta, agris terminis positi etc.*

23) L. 14. D. de acquirendo rerum dominio. §. 5. J. de rerum divisione.

die Kategorie der Ursache und Gemeinschaft fallen. Daß in unserem gemeinen Rechte, so sehr dieses die Sklaverei noch anerkannte, aber auch ausschied, die Forderungsrechte den strengsten Gegensatz gegen das Eigenthum bilden²⁴⁾, ist bekannt. Ich bin jedoch mit Haffe²⁵⁾ und Dieck²⁶⁾ der Meinung, daß die Behauptung keinen Beifall verdient, daß in dem germanischen Rechte dieser nothwendige Unterschied minder scharf hervortrete. Abgesehen davon, daß damit nicht viel gewonnen wird, weil die Abweichung davon doch nur bei auf eine species gerichteten obligationes ad dandum anwendbar bliebe, während sie bei obligationes ad faciendum oder bei einem debitum generis oder quantitatis sich widernatürlich erweist, scheint sie mit der alle dinglichen Rechte vermittelnden Gewere und der die derivative Erwerbung beim Grundeigenthume bedingenden gerichtlichen Auffassung in einem schwer zu vereinigenden Widerspruche zu stehen. Wenn Bornemann²⁷⁾ als Differenz des preussischen Landrechtes hervorhebt, daß dieses persönliches und dingliches Recht nur als zwei verschiedene Stufen eines und desselben Rechtes behandelt, so daß jenes die unvollkommnere, dieses die vollkommnere Aeußerung des subjectiven Rechtes, jenes der Weg zum dinglichen, dieses das Ziel zum persönlichen sei, so läßt sich dagegen erinnern, daß das in dieser Generalisirung liegende Wahre auch dem römischen Rechte nicht fremd ist, welches alle cessibelen Rechte als unkörperliche Sachen unter dem in bonis mitbefaßt und keine der darunter begriffenen Befugnisse als eine bloße Form und ohne Materie denkt, die sich auf Geld reduciren läßt²⁸⁾. Damit wird aber der specifische Unterschied, ob diese Materie blos in der Zeit, oder auch in dem Raume lebt, und ob sie eine gesunde Philosophie unter einem anderen Verstandesbegriffe sich aneignen muß, so wenig aufgehoben, daß ihre Vermischung zu der unwürdigen, alle Schwindelereien begünstigenden Vorstellung führt, als sei das Geld, das nur zum Ausgeben Werth hat und durch den noch vergänglicheren Credit vollkommen vertreten werden kann, das Ding an sich des Reichthumes und, wo nicht gar das höchste Ziel des menschlichen Strebens, doch die wahre Substanz unseres Vermögens. Wie weit das teutsche Recht von dieser Vorstellung entfernt war, beweiset, daß in seinem Geiste der Engländer noch am heutigen Tage das liegende Gut allein das reale Eigenthum nennt²⁹⁾. Mag nun auch diese Ansicht, bevor sie sich geläutert hatte, zu Einseitigkeiten geführt haben, welche das

24) *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitatem nostram faciat, sed ut aliquem nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.* Paullus in L. 3. D. de obl. et actionibus.

25) Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bb. 1, S. 20.

26) Ersch und Gruber's Encyclopädie Th. 26, S. 495.

27) Preussisches Civilrecht Bb. 1, S. 23.

28) Vgl. die in der Note 2) angeführten Fragmente.

29) Burke sieht es als eine der unseligsten Richtungen der französischen Revolution an, daß sie dem beweglichen Reichthume über den unbeweglichen das Uebergewicht verleihe. Indessen liegt das wahre öffentliche Heil nur in dem Gleichgewichte von beiden und das Glend eines Volkes, das in

dominium mit dem *imperium* vermischten, und manche Halbheiten und Monstrositäten des Feudalismus gebaren: gerade durch diese abgöttische Anhänglichkeit an Grund und Boden und den für goldeswerth geschätzten eignen Heerb, verbunden mit der Fähigkeit, womit das substantielle Recht unter den wunderlichsten Formen fremder Benutzung und Ansiedelung in der Eigensgewere bewahrt wurde, wird unwidersprechlich dargethan, daß der Teutsche, wenn gleich der Name erst in späteren Urkunden vorkommt, der Sache nach das Eigenthum von Anfang gekannt²⁰⁾ und in einem Sinne verstanden hat, welcher dasselbe von eigentlichen *res creditae* nicht bloß dem Grade, sondern auch der Art nach unterscheidet. Auch die vielen Lehn- und Kaufbriefe, in welchen besonders Rittergüter mit Grund und Boden und was dazu gehört, gesucht und ungesucht, ob und unter der Erde, Wald, Wasser, Weide, Jagd, Hegen u. s. w. übertragen werden, mahnen an jene Totalität, die das Wesen dieses Rechtes bezeichnet. Differenzen des germanischen Rechtes sind zwar nicht zu verkennen und erwarten ihre Aufklärung in Reyscher's und Wilba's Zeitschrift von Männern, denen, auch in diesem Fache einheimischer, der Verf. dieses Artikels nicht vorzugreifen wagt. Nur beziehen sich dieselben nicht auf die Bornemann'sche Theses, das persönliche Recht als den Weg zum dinglichen und das dingliche Recht als das Ziel des persönlichen Rechtes zu betrachten. Denn sie treten ja gerade in solchen Contractsverhältnissen hervor, die nichts weniger als den Zweck haben, Eigenthum zu übertragen. So zweifelt ein gründlicher Germanist²¹⁾, ob der Satz, daß die Gefahr der Sache nach Abschließung des Kaufes auf den Käufer übergeht, welchen ein von ihm angeführter bayerischer Schriftsteller aus Gründen der Gesetzgebungsphilosophie dem Rechte und der Billigkeit zuwider erklärt, und den auch schon Hugo Grotius zu den *commentis iuris civilis* rechnet, die nicht überall beobachtet würden²²⁾, dem teutschen Rechte gemäß

solche, die Alles, und solche, die Nichts haben, zerfällt, ist gleich groß, mögen sie nun dem Gelde, oder dem Grund und Boden leibeigen werden. Darauf zweckt jene *divisio primaria* ab, daß sowohl das Eigenthum als die persönliche Freiheit in Ehren bleiben, und sich wechselseitig Werth geben.

30) Reyscher's Beiträge zur Kunde des teutschen Rechtes (Tübingen 1833), S. 50. Dieckl. c. S. 480, 481. Der Mensch, nicht für die Zeit, sondern für die Ewigkeit geschaffen, strebt auch in seinen Vermögensrechten nach dem Beständigen. Dafür bieten sich zwei Pole dar, nämlich der Erdboden, der nicht verloren geht und Alles hervorbringt, und die edlen Metalle, welche die Zeichen und der Maßstab zu allen Werthen geworden sind. Vor der Entdeckung von Amerika waren die letzteren noch zu selten, um ein bequemes Tauschmittel abzugeben, das alle Sachen ausgleichen und vorstellen konnte. Die Idee des Eigenthums mußte sich daher am Grund und Boden fixiren, wie es im germanischen Rechte geschehen ist. Damit hängt es auch zusammen, daß sogar Gebäude, als zu vergänglich, zu den Fahrnissen gerechnet wurden, was übrigens auch Reminiscenzen aus einem nomadischen Zustande gewesen sein können.

31) Gaupp in Reyscher's Zeitschrift Bd. 1, S. 88. Vielleicht bedarf dieser Satz auch nach gemeinem Rechte einer näheren Bestimmung, worauf wir aber hier nicht eingehen können.

32) *Ius belli et pacis*. L. II. C. XII. §. 15.

fei, obgleich dadurch das Eigenthum verändert werden soll. Dagegen bezieht sich der germanische Grundsatz: Hand muß Hand wahren, unstreitig auf das Commodat und Pfand, ungeachtet diese Contracte keine *iusta dominii acquirendi causa* sind. Die hierher gehörigen Differenzen sind wohl durchgängige Ausflüsse des Vordersatzes, daß der Deutsche sich das Eigenthum vermittelt der Gewere nur als Gebiet, als Herrschaft über einen abgegrenzten Theil des Erdreiches und Alles, was sich daran und darauf befindet, zu versinnlichen und zu verwirklichen vermochte. Dadurch bekam die *possessio* schon bei Liegenschaften eine mehr empirische und im Verhältnisse zum gemeinen Rechte erweiterte Bedeutung, die von dem nicht unmittelbar aus ihr erkennbaren *animus, rem sibi habendi*, minder abhängig blieb. Es ist vielleicht nicht zu gewagt, wenn man nach heutigem Rechte dem *colonus*, welcher freilich gegen den Eigenthümer besser und vollständiger durch die Contractsklage geschützt ist, mindestens gegen Eingriffe eines Dritten in seine Detention vermöge der ledigen Gewere³³⁾, die *Interdicte* zugesetzt, wiewohl diese Abweichung von unserem gemeinen Rechte wenig bedeuten will, da er sich die *Interdicte* vom Eigenthümer cediren lassen konnte, oder, wo dieser abwesend war, durch eine Constitution im Eoder ermächtigt ist, in dessen Namen zu klagen. Ebenso wird man der in mehreren Instanzen bestätigten französischen Praxis³⁴⁾ beistimmen müssen, daß der Eigenthümer, welcher aus dem verpachteten Gute *fructus pendentes* oder sonstige Utilien heimlich wegnimmt, als Dieb zu behandeln sei, obgleich, da das *furtum usus et possessionis* bei uns nicht mehr praktisch ist, eine subtile Rechtslehre daran zweifeln könnte, weil die *fructus* vor der Separation noch zu dem ihm verbleibenden Boden gehören und er also, da er sich nicht an fremdem Eigenthume vergeift, kein *furtum rei ipsius*, sondern eine bloße Vertragsverletzung zu begehen scheint. Am stärksten ist die Abweichung beim beweglichen Gute, wo sie sich noch particularrechtlich erhalten hat, sobald dieses mit oder ohne Willen des Eigenthümers in ein fremdes Gebiet übergegangen ist. Zwar bleibt die Unterschlagung anvertrauten Gutes, obgleich sie in der Regel für ein weit geringeres Verbrechen gilt, als der eigentliche Diebstahl, wie es schon der Ausdruck diebliches Behalten ankündigt, mehr als ein bloßer Wortbruch und ist eine Beeinträchtigung fremden Eigenthums, welche ja, ohne allen Vertrag, bei gefundenen oder den Dieben abgejagten Sachen vorhanden ist, deren Verklägung die Glosse zum Sachsenspiegel dem Diebstahl „fast nicht ungleich“ nennt. Dagegen ist die Auslegung wohl die richtige, daß *commodirte*, *vermientete* oder *verpfändete* Fahrnisse von keinem Dritten vindicirt werden können, und daß wegen gestohlener und geraubter Sachen nur die *condictio furtiva* anwendbar ist, welche den Beweis des Diebstahles voraussetzt, jedoch in *rem scripta* ist, so daß ihr jeder Inhaber unterworfen bleibt, der keinen Gewährn beizubringen vermag, oder dem

33) Vgl. Croy in Subwaller und Trummer's *criminalistischen Beträgen* Bd. 2, S. 237, Note 5.

34) Merlin, *repertoire* Art. Vol.

die Gewere gebrochen wird³⁵⁾. Endlich aber gibt dieselbe Gewere auf unstete, bewegliche Sachen, welche sich bald da, bald dort befinden, auch vor ihrer Occupation einen Schutz, welcher denjenigen, der sich daran vergreift, nicht bloß wegen Gewaltthätigkeit oder Injurie, sondern auch wegen Eigenthumsbeeinträchtigung in Anspruch zu nehmen erlaubt, dem dieblichen Behalten, namentlich gesunderer Sachen, nicht ungleich. Daher das Vergehen der Wilderei, das, dem gemeinen Rechte unbekannt, Viele als Polizeiübertretung haben betrachten wollen.

Daß die *iura in re* kein möglicher Gegenstand unseres Eigenthums sind, folgt aus ihrer Unselbstständigkeit. Sie leben, ohne zu leben. *Non sunt, sed intelliguntur*. Präbialservitute sind zwar mit dem herrschenden Grundstücke in unserem Eigenthume, allein bloß als accessoirische Qualitäten, welche diesen einen höheren Werth geben, weshalb sie Celsus der gesunden Luft oder der schönen Aussicht vergleicht. *Quid aliud sunt iura praediorum, quam praedia, qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo*³⁶⁾. In Beziehung auf das dienende Grundstück erscheinen sie als damit verwachsene parasitische Pflanzen, welche sich von einem fremden Stamme nähren, was dann auch von den übrigen Arten, namentlich der *emphyteusis*, *superficies* und *pignus* gilt. Schon das vom Personenrechte entlehnte Wort *servitus* drückt eine Personendichtung aus. Das passive Object des Eigenthums wird so vorgestellt, als ob es alle aus ihm zu ziehenden Vortheile seinem Herrn willig und von selbst gewähre, und von Natur dazu geschaffen sei. Durch die Servitut wird es in dieser Spontaneität beschränkt, so daß der Herr etwas darauf leiden oder nicht thun muß. Die *species iuris in re* hat das teutsche Recht durch die *feuda et feudo vicina* sehr vervielfältigt, insbesondere aber von der Analogie des gemeinen Rechtes sich dadurch entfernt, daß es auch Grundbeschwerden zuläßt, welche in einem Geben oder Thun bestehen. Man ist jedoch davon zurückgekommen, die letzteren, wie es früher geschah, als *servitutes iuris germanici* zu bezeichnen. Ihr Ursprung darf nicht in dem Vermögensrechte, sondern mehr in dem öffentlichen und dem davon ausschließenden Personenrechte aufgesucht werden. Wir verdanken sie meist der Hörigkeit, also dem an die Klientel der Plebejer und Freigelassenen mahnenden Verhältnisse einer persönlichen Abhängigkeit, mit dem Sachenrechte nur insofern verknüpft, als sie gewöhnlich und zuletzt durchgängig mit der Grundherrlichkeit verbunden war, welche die auf fremdem Grund und Boden Angesiedelten in die Lage versetzte, sich von dem rechten Eigenthümer vertreten und Gesetze vorschreiben zu lassen. Manche, wie das Westhuhn, das Rauchsuhn und die Beden, können noch am heutigen Tage die Natur einer allgemeinen Abgabe nicht verleugnen, welche den Ansässigen eines Districtes auferlegt worden. Noch mehr gilt dieß vom Zehnten und insbesondere vom Blutzehnten, der überhaupt sich als eine in Privathände gerathene Staatsumlage dadurch ankündigt, daß er ohne bestimmte Mar-

35) Zöpfl, teutsche Staats- und Rechtsgeschichte Abth. II, S. 167 fig. 36) L. 86. D. de V. S.

fung auch von ungebautem Lande gefordert wird, und jeder, wer davon frei sein will, die Exemption beweisen muß, selbst da, wo die von dem weltlichen Arme unterstützten hierarchischen Ansprüche Widerspruch gefunden und die Zehnten mehr aus der Gutsherrlichkeit entsprungen sind. Andere, wie die Erbgülden, Erbzinsen, Landgarben, Laudemien, sind freilich unverkennbare Vorbehalte ohne Bedingungen übertragenen oder bloß verliehenen Eigenthums, denen die census constitutivi nachgebildet worden sind, theils um das Verbot der Zinsen zu umgehen, theils weil der Deutsche außer den Städten an res creditae nur insofern Geschmack fand, als sie, auf liegendem Gute radicirt, einen dauerhaften Charakter annahmen. So verschiedenartig aber auch ihr Ursprung sein mag, sie sind dem Privatrechte anheimgefallen, wahre Reallasten geworden, welche eine gerechte Gesetzgebung nur zu fixiren und für ablöslich zu erklären vermochte. Sie konnten hier nicht unberührt bleiben, weil sie die Zahl der unkörperlichen Sachen so vervielfältigt haben, daß die Streitfrage entstanden ist, ob das teutsche Eigenthum, wie das römische, auf körperliche Sachen beschränkt werden dürfe³⁷⁾. Diejenigen, welche das teutsche Sachenrecht auf die All-Einslehre der Gewere zurückführen³⁸⁾, müssen diesen Satz verneinen, weil sich in ihr alles Eigenthumsrecht auflöst und verliert, wie im Spinozismus die endlichen Substanzen in Gott. Aber diese Gewere ist selbst kein durch Abstraction darstellbarer Begriff, sondern nur ein Schema, welches Begriff und Anschauung oder Recht und Thatsache vermittelt und eben, weil es sich beiden anbequemen muß, durch jede feste Gestalt, die wir ihm geben wollen, seine Wahrheit verliert. Es wird den Germanisten so wenig gelingen, sie zu definiren, als die Civilisten und Criminalisten je im Stande gewesen, von dem Vesit oder dem Dolus eine umfassende Sachklärung zu geben, da beide als reine Thatsagen nur aus den Umständen hervorgehen. Es gibt keine Definition des dolus, als die, er sei diejenige subjective Seite des Verbrechen, welche den Thatbestand desselben vollkommen ausfüllt, und dieß bezeichnet zugleich seine jeder Definition widerstrebende Vielgestaltigkeit, vermöge der er bei jedem Verbrechen eine eigenthümliche Farbe annimmt. So ist die Gewere die objective Bedingung der Wirklichkeit eines jeden dinglichen Rechtes, der Durchbruch desselben, der seinen Begriff als Phänomen realisirt³⁹⁾, und sie kann daher die

37) Kunde, Grundf. des teutschen Privatrechtes §. 253. Duncker in Reyscher's Zeitschrift S. 194, 195.

38) Phillips, Grundf. des teutschen Privatrechtes §. 17.

39) Vielleicht wäre es kein schlechter Witz, wenn man der alten Rehmgerichtsordnung ein Wort abborgen und sagen würde, die Gewere ist der blinckende Schein des dinglichen Rechtes, welcher für dasselbe unmittelbare Achtung einflößt, sogar die von ihrem Herrn ohne seinen Willen getrennte bewegliche Sache wie ein Genius begleitet, der den Fieber an seine Pflichten mahnt, seine vollständige Herrlichkeit aber, die jenem auf seinem Allode sitzenden fränkischen Edelmann das bizarre Selbstgefühl einflößt, vor dem vorüberziehenden Kaiser, ohne aufzustehen, nur die Kopfbedeckung abzunehmen, nur an einem abgeschlossenen Gebiete des Erdreiches offenbart und daher verdunkelt wird, so

specifischen Arten desselben so wenig verwischen, daß sie vielmehr, ohne die eine oder die andere darzustellen, sich in ein Nichtzuunterscheidendes verlieren würde, das weder Sinn, noch Verstand hat, welche durch sie zugleich befriedigt sein wollen. Mit Recht macht Reyscher darauf aufmerksam, wie sorgfältig unsere Quellen z. B. die Eigens- und die Lehngewere unterscheiden und wie ganz anders verhält es sich wieder damit bei Fahnissen. Ich muß daher auch hier mit Dieß⁴⁰⁾ die obige Frage bejahen, und finde unter anderen seine Berufung auf die Artikel 15 und 32 des Sachsenspiegels sehr gegründet. War gleich der Gefällberechtigte, auch wo ihm kein Eigenthum an dem belasteten Gute zukam, durch eine dingliche Ansprache (Gewere) an letzteres gesichert, welche ihm sowohl hinsichtlich des Hauptrechtes, als in Ansehung der einzelnen fälligen Leistungen zukam⁴¹⁾, so war doch diese von der Eigensgewere sehr verschieden, weil die letzte ein schon gegenwärtiges Recht (selbst bei dem am meisten beschränkten Lehnsherren das *ius alienationem adhuc instantem inhibendi*, in welchem das *ius rem alienatam vindicandi* wurzelt) begreift, während wir hier ein bloß künftiges Recht auf keine Sache, sondern nur auf eine Leistung oder Lieferung haben, die so lange sie an jedem Verfalltage geschieht, die Eigensgewere des Gefällpflichtigen an dem belasteten Gute unangefochten läßt, und freilich ursprünglich mit dem, übrigens in neueren Zeiten in der Regel verschwundenen äußersten Rechte verbunden war, den Anderen dieser Gewere bei beharrlicher Saumigkeit zu entsetzen⁴²⁾. Es war dieses, wie bei dem *missus in possessionem ex secundo decreto*, eine Singularsuccession in die Eigensgewere eines Anderen, welche von diesem erst verwirkt sein mußte, bevor sie eintrat. Daß auch solche dingliche Forderungsrechte in den Urkunden zuweilen Eigenthum genannt werden, beweiset für den teutschen Begriff so wenig, als die uns in unserem *corpus iuris* begegnenden Ausdrücke *dominium*, *ususfructus* oder *servitutes* für den römischen, und ist dem Doppelsinne des Wortes Eigen zuzuschreiben, das auch dem Erbe entgegensteht. Es wird alsdann im weitesten Sinne genommen, in welchem man es sogar auf *nomina* ausdehnen könnte, auf alles, was cessibel, vererblich und Gegenstand einer Beschlagnahme für die Gläubiger ist. Gefällberechtigungen können allerdings, so gut wie Servituten, mit einem wahren Eigenthume, als access-

halb eine bewegliche Sache mit dem Willen des Eigentümers in ein fremdes Gebiet übergeht. Man kann von ihr, wie von der *possessio* des Civilrechtes, die scheinbar widerstreitenden Sätze behaupten, *possessio plurimum facti habet*, und *possessio plurimum ex iure mutatur*. Daher gibt es auch eine bloß factische Gewere des Diebes u. s. w., die nur einer stärkeren weicht.

40) L. c. p. 481. Die von ihm angeführten Stellen halte ich darum für glücklich gewählt, weil bei dem doppelten Gegensatz des Eigen auch gegen Erbe die Verschiedenheit sich am richtigsten zeigt, wo auch dieser Doppelsinn verschwindet.

41) Albrecht, die Gewere als Grundlage des älteren teutschen Sachenrechtes (Königsberg 1828), S. 158, 163, 186.

42) Der Nichtverfall der Gültgüter ist durchgreifend ausgesprochen im badischen Landrechte Art. 710. f. h.

forische Qualitäten, verbunden sein und man wird wenig Nittergüter finden, die nicht mit solchen Zubehörden ausgestattet wären. Daß sie aber auch ohne diese Verbindung von unseren Vorfahren, welche, wie schon erwähnt⁴³⁾, die Beständigkeit ihres Vermögenrechtes nur im Grundeigenthum zu finden glaubten, daher die Leibhaftigkeit oder lebendige Erscheinung des Eigenthums in der Gewere nur durch Herrschaft auf einem abgeschlossenen Gebiete zu versinnlichen vermochten, welche dem beweglichen Gute nicht den gleichen, durchgreifenden Schutz verlieh, und denen sogar Gebäude nicht unvergänglich genug waren, um sie dem unbeweglichen Gute gleich zu erachten, solche künstliche und gewiß erst später erfundene Versuche, Forderungsrechte durch Immobilisirung dem Schwerpunkte unserer Vermögensrechte näher zu bringen, mit dem Eigenthume für ein Ding gehalten, ist schwer zu glauben. Letzteres war ja das gerade Widerspiel, da der freie Mann auch freies Gut verlangte, und dadurch, daß er sein Allod zu Lehn auftrug oder mit Zinsen und Diensten beschwerte, so gut seine Sache herabzuwürdigen glaubte, als er seinen Heerschild erniedrigte. Das ächte Eigenthum war das Ebenbild einer freien Persönlichkeit, welches durch ein genau bestimmtes Forderungsrecht unmöglich repräsentirt werden konnte. Auch C. 30. des schwäbischen Lehnrechtes mit C. 29. des Schilter'schen ius feud. allem. dürfte hierher zu beziehen sein.

Diese Betrachtungen werden zu der Ueberzeugung genügen, daß das gemeine und teutsche Recht im Begriffe so zusammentreffen, daß sie sich durch eine wahre Coalition nur wechselseitig ergänzen und modificiren konnten. Für den heutigen Gebrauch muß das neuere römische Recht unstreitig die Grundlage bilden, nicht nur wegen seiner schärferen und fruchtbareren wissenschaftlichen Ausbildung, sondern auch weil die Abweichungen des teutschen Rechtes auf einem entschiedenen Uebergewichte des nur in größeren Besitzthümern darstellbaren unbeweglichen Reichthums beruhen, welches, durch das Aufkommen der Städte und städtischen Gewerbe längst verschwunden, als eine Wahrheit nicht mehr wiederherzustellen ist. Viele noch fortbauende Ueberreste davon greifen in das Privat- und öffentliche Leben der heutigen Welt so störend ein, daß es für die Gesetzgebung zur unerläßlichen Aufgabe geworden ist, ihnen mit möglichster Schonung erwerbener Rechte eine Art von Athanasie zu bereiten, und die Zahl der freien Grundeigenthümer so zu vermehren, wie es die intensiv stärkste Production für die zugenommene Bevölkerung verlangt, wenn nach dem völlig veränderten Begriffe des ebenso gut auf ein Etablissement, als auf Grundeigenthum zu radicirenden activen Staatsbürgerrechtes das alte Recht im Geiste regenerirt werden soll. Diese Krisis ist nicht erst von gestern und darf keineswegs bloß revolutionairen Ideen zugeschrieben werden. Die in Reyscher's württembergischem Privatrechte S. 256 angeführten alten Landesordnungen, Rescripte und Statuten sind gewiß keine sporadische Erscheinungen und kommen auch in anderen Statuten und

43) C. Note 30.

ändern vor⁴⁴⁾. Allein auch vor dieser von der Gesetzgebung ja widerstehenden vollständigen Umbildung dürfen die Eigenthümlichkeiten des römischen Rechtes nur mit großer Vorsicht, als noch bestehend, angewendet werden. Ihr vornehmster Gebrauch ist bloß privatrechtlich und particularrechtlich. Privatrechtlich, inwiefern sie als erworbene Rechte, die man wohl absterben lassen, aber nicht absprechen kann, die Kritik überlebt haben, in welcher Beziehung ihnen gewöhnlich eine Privilegiennatur anhebt, welche mit noch anerkannten Standes- und Corporationsrechten zusammenhängt. Particularrechtlich, inwiefern einzelne Sätze durch Statuten erhalten worden sind. Gemeinrechtlich kehrt sich dagegen das Subsidiaritätsverhältniß um, und man kann ihnen nur insofern praktischen Werth beilegen, als sie das römische Recht durch glücklichere Entwicklungen ergänzen, wo dieses uns im Stiche läßt, oder wesentlich mit für uns unanwendbar gewordenen Bestimmungen zusammenhängt, wovon wir oben einige Andeutungen gegeben haben. Ob das in der jüngsten Zeit mit so vieler Liebe betriebene Studium des vaterländischen Alterthums uns besonders reiche Ausbeute der letzteren Art verspricht, müssen wir erwarten und dahin gestellt lassen.

Ueber die einzelnen Bestandtheile des Eigenthumsrechtes haben wir uns oben bei der Kritik der Definition Hasse's schon ausgesprochen, daß wir es hierin mit dem Donellus halten. *Quare non dubitamus, quin Dominii hæc velut partes sint quinque, in quibus hoc ius consistat utque dominus sit rei, idem domini iure omnes habeat. Prima ius tenendae et possidendae rei. Secunda licere incolumem tueri. Tertia utendi fruendique ius. Quarta, ius arcendi ab eius usu quoslibet. Postremo ius alienandi, diminuendive.* Gewöhnlich wird es nur in das Recht auf die Substanz und in das Recht auf Gebrauch und Genuß zergliedert. Das Recht auf den Besitz erachtet man überflüssig, weil dieser allein in den Stand setzt, über die Substanz zu verfügen und die Früchte sich zuzueignen, und sich folglich von selbst versteht. Allein der Besitz gewährt nicht nur diese Möglichkeit, welche den Zweck des Eigenthums keineswegs erschöpft, sondern er gewährt auch jene Ruhe, jenes Selbstgefühl, jenen Stolz, welche der Eig. auf eigenem Heerde und die Gewere über bewegliches und unbewegliches Gut einflößen, und durch jede Besitzstörung als das innere Meine schon angegriffen werden. Das Eigenthum begleitet aber die Sache wie ein Genius, so daß jede Verletzung desselben auch ohne Besitz rechtverlezend wird, weshalb sich aus demselben auch der Anspruch auf Unverletzlichkeit seines Gegenstandes entwickelt. Von dem Rechte, die Substanz der Sache zu verändern, umzuschaffen, sie zu zerstören, ist das Recht ihrer Veräußerung, welches ihre Integrität voraus-

44) Schon das stuttgartert. Stadtrecht von 1492 verbietet die Verschwerung der Güter mit ewigen oder unablässigen Zinsen und Gülden: „denn sollent die fürsüß also, wie bisher verkauft werden, so kem es bald dazu, daß niemand kein eigen oder zinsfrei Gut hie zu Stuttgart funde.“ Die Landesordnung erklärt dergleichen Contracte für nichtig und bestrafte Käufer und Verkäufer.

setzt und, so weit sie geht, jenes Verfügungsrecht für die Zukunft entzieht, sehr verschieden. Auch der Usufructuar wird sich jede ihm nachtheilige Umgestaltung der Sache verbitten, kann dagegen eine Veräußerung nicht verhindern. Gleichwohl kann man das Letztere nicht mit Götzen (l. c. §. 224,) von denen im Eigenthumsrechte liegenden Befugnissen ausschließen. Denn es liegt sehr wesentlich in dem Begriffe dieser bis zu ihrer sie übertragbar machenden Trennung innigen Vereinigung einer körperlichen Sache mit unserer Person, daß ohne unseren Willen nichts davon abkommen kann. Auch ist es ja gerade das Unterscheidende von den bloßen *iura in re*, daß diese nicht weiter veräußert, auf eine Servitut keine neue Servituten bestellt werden können u. s. w., daß nur der dem Eigenthume sich annähernde *ususfructus*, aber keine *Prädialservitut* ohne das herrschende Grundstück verpachtet werden darf. Auch das *Vindicationsrecht* von dem unschuldigen Besizer gehört hierher, weil es von den Forderungsrechten, worauf unsere aus verbindlichen Willenserklärungen oder zurechnungsfähigen Handlungen entspringende Klagen gehen, weit verschieden ist.

Bei der Eintheilung des Eigenthums in *widerrussliches* und *unwiderussliches* und des ersteren in ein solches, das *ex nunc* oder *ex tunc* aufhört⁴⁵⁾, halten wir uns nicht auf, da darüber jedes Compendium Bescheid gibt. Nur die Eintheilung in vollkommenes und unvollkommenes Eigenthum verdient nach unserem Plane eine Erwähnung, weil sie heut zu Tage von Civilisten und Germanisten einstimmig verworfen wird, welche dafür nur ein mehr oder minder beschränktes Eigenthum gelten lassen⁴⁶⁾. Theoretisch und historisch müssen wir ihnen beipflichten. Nach dem von uns selbst hervorgehobenen Urbegriffe sowohl des römischen als des deutschen Rechtes kann es allerdings nur ein Eigenthum geben, welches den Anspruch auf alle dingliche Rechte, die an einer körperlichen Sache möglich sind, umfaßt und in sich begreift, und dieser Idee entspricht das Recht des Lehnsherrn mehr, als das des Vasallen, weil die Aussicht auf Consolidation, wie Duncker richtig anführt, eine in demselben gewurzelte ist, während die Aussicht auf Appropriation auf Zufälligkeiten beruht. Indessen läßt sich doch für die *Empirie* die Distinction in die Doppelgänger *dominium directum et utile* in so weit rechtfertigen, daß man dieselben, welche nun einmal in unserer Jurisprudenz eingebürgert sind, nicht ohne Wahrheit gelten lassen kann, wie es Mittermaier und Maurenbrecher thun⁴⁷⁾. Das Recht des Vasallen umfaßt eine Totalität aller zum Eigenthume gehörigen Bestandtheile, er hat den Gebrauch und die Nutznießung ganz, und von der

45) Ein württembergischer Rechtsgelehrter hat die Materie gut behandelt. Mich. Grasso, tractat. de reditu domini legali. Tübing. 1724. 4.

46) Vgl. Thibaut, civ. Abhandlungen S. 266—284. Zähr. Magazin Bd. 3, St. 4, S. 487. Krug, de natura domini directi et utilis feudorum. Lips. 1828. Duncker, unter *Dominium directum et utile* in *Reyher's* Zeitschrift Bd. 1, S. 177 ff.

47) Mittermaier, deutsches Privatrecht §. 156. Maurenbrecher, Lehrbuch des deutschen Rechtes §. 188.

nuda proprietas wieder das Recht, die Sache umzugestalten, ja ihren Werth durch darauf gestattete dingliche Rechte und Servituten zu verringern, Verfügungen, welche erst nach dem Heimfalle theils zu Ersatzansprüchen berechtigen, theils ihre Kraft verlieren. Alle Rechte, deren Absonderung von dem Eigenthume möglich sind, sind also, so lange der Lehnsherr in seiner Hand, und es bleibt nur das allein untheilbare Veräußerungsrecht dieses zum Nacheigenthume gehörigen Inbegriffes zurück, welches ihm mit dem Lehnsherrn, der es nur verhindern und bekräftigen, aber nicht selbst üben kann, gemeinschaftlich zusteht, so daß nach ursprünglich deutschem Rechte eine einseitige Veräußerung desselben nur für unwirksam, aber nicht für unerlaubt und absolut nichtig erklärt werden konnte. Auch ist dem Lehnsherrn keine völlig unbeschränkte Veräußerung seines Obereigenthums gestattet, da der Consens des letzteren wenigstens dann nöthig ist, wenn die Veräußerung an einen dominus inferioris conditionis geschieht. Das Recht des Lehnsmanne stellt also das Phänomen eines dominii corporis dar, das man besonders seit der Erblichkeit der Lehen wegen seiner Selbstständigkeit wohl den bloßen iura in re entgegensetzen durfte. Besonders aber spricht dafür das ihm allgemein, selbst gegen den Lehnsherrn, zugesprochene vindicationsrecht und II. Feud. 43.: Si pro eo, aut contra eum iudicatum fuerit, vel eum adversario transegerit, dummodo fraudulentum actum non sit, etiamsi post beneficium aperiat, domino, tale erit, ac si eo causam agente iudicatum fuisset, et ideo ab eo ratum haberi oportet. Wer möchte hierin den rei suae moderator et arbiter der L. 21. C. mandati verkennen? — Auch einen praktischen Werth vermag ich jener Polemik nur hinsichtlich des Besizes nach Hofrecht, oder der Bauerlehen, und der dem ager veotigalis nachgebildeten römischen Emphyteusis beizulegen. Hier hat der Lehnsmann, wie schon der Sachsenspiegel B. 1, Art. 54 andeutet, die Vermuthung für sich, er darf sich keine Nutzungen herausnehmen, welche bei der Leihe nicht vorgesehen waren, und alle ungewöhnlichen Vortheile des Eigenthums verbleiben den Grundherren, die hier auf echtes Eigenthum und echte Gewere stets eifersüchtig gewesen. Ganz anders bei eigentlichen oder Ritterlehen, deren Uebertragung stets einen so univervellen Charakter gehabt hat, daß mit der Zeit unter unseren sich in beiden gleich einheimisch fühlenden Optimaten Stamm- und Lehnsgüter sich fast zu gleichem Range erhoben haben, so daß unsere Praktiker nicht selten von den letzteren auf die ersteren argumentiren. Ob dem emphyteuta der auf dem Grundstück gefundene Schatz gebühre, ist zwar von jeher bestritten⁴⁸⁾, und ich halte selbst die verneinende Meinung für die

48) Harprecht in Comm. ad Tit. Inst. de Locat. Cond. nr. 272 sq. Wiesand, Opusc. Sp. XI. nr. 1. Wenn Zoësius sagt: Licet non habeat plenum dominium, habet tamen utile, cuius respectu omnis rei utilitas, sive in fructu sit, sive non, spectat ad emphyteutam, non ad dominum, so ist das nur ein Beweis, daß die allein kundbaren Begriffe von den eigentlichen Lehen auf ihn, wie früher auf die Glossatoren eingewirkt und

richtige, weil schon ihre Nehnlichkeit mit der *locatio conductio* einen so seltenen und ungewöhnlichen Vortheil ausschließt. Dagegen zweifle ich, ob irgend ein Gerichtshof Anstand nehmen würde, den von dem Vasallen auf seinem Lehngute gefundenen Schatz ihm ganz zuzusprechen. Nicht einmal den Agnaten wird es einfallen, darauf Anspruch zu machen, denen man ihn als Zuwachs zum Fideicommiss zusprechen müsste, weil ihn auch der Lehnsherr auf keinen Fall vor beendigtem Lehnsercus verlangen könnte, bei dessen Dauer der Vasall stets *domini loco* ist. Hätte man bei unseren Edelleuten des vorigen Jahrhunderts, welche noch in ihren Standesbegriffen aufgewachsen waren, Umfrage gehalten, ich hätte eine Wette darauf eingegangen, sie hätten alle gegen den Lehnsherrn und die Agnaten entschieden.

Gern möchten wir die bisher entwickelten Ansichten noch durch die Entstehung, Geschichte oder *genesis* des Eigenthums bewähren. Je reicher jedoch die für die beiden Elemente unseres heutigen Rechtes, das römische sowohl als das germanische, vorliegenden Vorarbeiten sind, desto mehr müssten wir besorgen, in ein Detail zu gerathen, welches diesen Artikel zu stark anschwellen würde. Wir beschränken uns also auf die Resultate.

Es ist eine alte Streitfrage, ob das Eigenthum ein natürliches oder ein positives Recht sei, ob es von selbst und durch bloße Gewohnheit entstehen konnte, oder ob es wesentlich Normen voraussetzt, welche zu ihrer Gültigkeit einer Promulgation und zu ihrer Verbindlichkeit einer Publication bedurft haben. Das Letzte ist unstrittig das Richtige und eben deshalb müssen alle Fragen über das Eigenthum auf die Gesetze eines jeden Landes, als nächster Ursache desselben, zurückgeführt werden, weshalb ihm auch, trotz der Auflösung des *dominium quiritarium* und des deutschen echten Eigenthums, auch in seiner heutigen Gestalt etwas Strengrechtliches anklebt, das durch die allgemeinen Folgen bestimmt wird, ohne auf die besonderen Folgen Rücksicht nehmen zu dürfen und sich in ein entweder oder ohne Drittes auflöst. Der Vernunftgebrauch und das Dasein und Beisammensein vernünftiger Wesen in freier Wechselwirkung bringt Güter und Besizthümer hervor, aber kein wahres Eigenthum, das nur durch ein öffentliches Recht, durch einen von oben herab entscheidenden Gesammtwillen befestigt und vollendet werden kann. Eben deswegen ist der Begriff desselben, wie Garve in seinen Abhandlungen über die Verbindung der Moral mit der Politik gut ausgeführt hat, im Völkterrechte so uneigentlich und schwankend, weil es hier einzig auf Besiz- und Friedensverträgen beruht, welche, wie ein Vergleich stricter Auslegung, so leicht durch unvorgesehene und unvorbedachte, durch eine neue

seine gemeinrechtlichen Ansichten getrübt haben. Von den Lehen sagt Böhmcr richtig: *Solius vasalli ius est vi domini utilis omnem omnino ex feudo utilitatem percipiendi, fructusque civiles et naturales, ordinarios et extraordinarios percipiendi, suosque faciendi pleno iure.* Dem Bauer würde eine neuentdeckte Mineralquelle, obgleich sie zu den *fructus extraordinarii* gehört, schwerlich zugesprochen worden sein. Wenigstens hätte er seinen Zins erhöhen müssen.

Streitfrage die Wiederaufnahme des Processes herbeiführende Verhältnisse erschüttert werden. Das einzige naturrechtliche Princip, woran es sich anknüpft, ist das unverlierbare Recht auf Dasein, da des Menschen Sohn haben muß, wo er sein Haupt und die zu seiner Erhaltung als physisches und moralisches Wesen nöthigen Güter hinlegen kann, und da, die Niederlassung, die er hat, ihm entziehen, eben so viel heißt, als ihm gar keine gestehen. Allein die bloße Niederlassung ist noch kein Eigenthum, das Recht auf Dasein haben Andere so gut wie er, und die Niederlassung kann die Anderen nur in so weit verpflichten, als sie sich überzeugen, daß er sie auch wirklich und besser und nothwendiger als sie braucht. So lange solche Conflictte, deren nach Verschiedenheit der Lebensart zwischen Jägern und Nomaden und zwischen beiden und den Ackerbauern unzählige entstehen müssen, als bloße Parteifragen einem Schiedsrichteramte oder gütlichen Vergleichen überlassen werden, kann kein Eigenthum aufkommen, und dieser Weg könnte zu Entscheidungen führen, wie die des jungen Cyrus, der den kleinen Knaben seinen weiten und langen Rock ausziehen hieß, um ihn gegen den ihm genügenden Knappen des großen Knaben zu vertauschen. Das Eigenthum kann daher nicht aus dem der Autonomie überlassenen Verhältnisse von Mensch gegen Mensch, sondern nur aus dem Verhältnisse zwischen Bürger gegen Bürger, als Glieder eines gemeinen Wesens entspringen, inwiefern sie sich mit einer Hobbes'schen Resignation einer unbedingt und im Namen des Ganzen durchgreifend gebietenden obersten Macht unterwerfen, zugleich aber sich für diese Resignation entschädigt fühlen, theils durch ihre Theilnahme an diesem Ganzen, theils daß ihnen selbst in einer zwar beschränkten, dafür aber auch gesicherten, Sphäre ein Theil dieser von keinem Privaten mit Erfolg durchzusetzenden Macht zu Theil wird. Das Menschenrecht auf Dasein ist nur in so weit fruchtbar, als die Grundlage dieser Theilnahme auf Grund und Boden zurückgeführt ist. In dem Punkte stimmt die Geschichte des römischen wie des teutschen Eigenthums überein, daß ursprünglich Staatsbürgerthum und Eigenthum Correlate waren, daß man das Grundeigenthum auf eine Gesamtoccupation zurückführen muß, welche ebenso gut, wie in den morgenländischen Staaten, die Einzelnen in bloße Grundholden verwandeln konnte, wovon aber das Privateigenthum eine durch Gesamtbürgerschaft geschützte Ausscheidung war, welches eine aus dem imperium über das Ganze abstammende und ihm vergleichbare autoritas überträgt, durch ihren universellen Charakter der Volksgemeinde so wichtig, daß sie, so wie sie nur durch eine Staatshandlung geschaffen werden konnte, so nur durch actus legitimi verändert und durch actiones legis verfolgt werden kann. So weit die Geschichte reicht, begegnet uns nirgends das Gebicht eines Naturstandes. Wir finden den Menschen nirgends vereinzelt, sondern überall in körperhaftlichen Verbindungen, welche gerade im Urzustande im lebendigsten Bewußtsein hervortreten. Die von uns vorausgesetzte Gesamtoccupation, gewöhnlich dominium eminens genannt, woraus wir das Eigenthum ableiten, läßt sich freilich auf keinen bestimmten empirischen Ursprung zurückführen, von dem wir vielmehr, weil sie rationell das Ursprüngliche ist, abstrahiren dürfen. Sie

wurde übrigens auf verschiedene Weise möglich. Die häufigste ist die der Niederlassung auf einem unbenutzten, noch herrenlosen Felde, um eine Colonie zu gründen, und die der Eroberung, welche im neuesten römischen Völkerrichte noch fortbauert (et publicatur fundus, qui ab hostibus captus est)⁴⁹⁾. Es ist aber auch denkbar, daß, wie die Sage von Lykurg berichtet, die Bürger zum Zwecke einer radikalen Reform bestimmt wurden, ihre unbewegliche Habe der Staatsgewalt als Gemeingut zur Verfügung zu überlassen. Eine solche Resignation scheint uns so befremdlich, daß wir sie kaum anders, als aus einem gewalthätig durchgeführten Staatsstreiche zu erklären vermögen. Allein wir müssen bedenken, daß den Bürgern in den kleinen Republiken des Alterthums der öffentliche Geist viel näher lag, sich durch die erforderliche Zahl von activen Staatsbürgern zu verstärken, als jene Habsucht, die an Latifundien klebt, welche auch bei uns durch die gerechten Ansprüche des Staates auf die davon zu leistenden Abgaben ohne Gewalt allmählig in die fleißige Hand übergehen müssen⁵⁰⁾. Genug, im römischen Rechte leiten uns auf jenen Ursprung die anfänglich gleichen Ackervertheilungen, welche die Sage den Königen Romulus, Numa und Servius Tullius zuschreibt, der scharfe Gegensatz von ager publicus und ager privatus, welcher erstere gewiß alles im Gebiete oder ager romanus umfaßte, was nicht unter der anderen Eigenschaft durch die Augurn und Agrimensoren sorgfältig ausgeschieden und bezeichnet war⁵¹⁾. Noch unsere späteren Quellen weisen hierauf zurück, theils durch die eben (Note 22) angeführte Definition des fundus, theils dadurch, daß von einem ursprünglichen Erwerbe Liegendes Eigenthums nirgends die Rede ist, mit der bloß beiläufig erwähnten und als höchst selten bezeichneten Ausnahme einer mitten im Meere entstandenen Insel, ohne daß die näheren Bedingungen ihrer Besitzergreifung entwickelt sind, während sich über die Occupation herrenloser beweglicher Sachen mit der feinsten Casuistik verbreitet wird. Wir sind daher zum Schlusse berechtigt, daß das Anvoden eines wüsten und

49) Professor Mayer hat in der Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft, Bd. 8, Nr. 1, gegen das Ende mit großem Scharfsinne gezeigt, daß dieses auch bei der im Feldkriegsdienste gemachten Beute die Regel war und daraus erklärt, woher es kommt, daß die Occupation feindlicher Sachen theils quiritarisches, theils nur natürliches Eigenthum gewährte.

50) Wir sehen aus Diodor. Sic. L. 12. und Thucydides L. 3., daß die Trachinier, nachdem sie einen starken Verlust an Volk erlitten, sich an ihre Mutterstadt Sparta wendeten, welche ihnen zehntausend Mann zuschickte, unter welche die alten Bürger die Acker der Umgetommenen theilten. Timoleon theilte nach der Vertreibung des Dionysius in den entvölkerten Städten Syrakus und Selinuntium zum großen Vergnügen der alten Einwohner das Land so, daß 40,000 neue Ankömmlinge, die er aus Griechenland eingeladen, versorgt wurden. Ueber die im Texte sogleich folgenden Eintheilungen der Städte vgl. Dionys. Halic. II. 7. II. 76. IV. 9. Plinius, hist. nat. XVIII. 2.

51) Niebuhr, römische Geschichte, dritte Auflage, Bd. 2, S. 146 fg., und den Anhang über die römische Eintheilung des Landeigenthums und die Limitation S. 694 fg.

unbenutzten Feldes im Stadt- oder Staatsgebiete nur eine *possessio et usus* in jenem Sinne gewährte, welche als Eigenthum dem *ager* entgegengesetzt wird ⁵²⁾. Der durch den Verkehr mit den Peregrinen entstandene Unterschied zwischen *dominium quiritarium* und *bonitarium* — es sei uns erlaubt, die gewöhnliche Terminologie beizubehalten — erklärt sich endlich ebenfalls aus dem in dem ganzen Rechtsinstitute ursprünglich vorwiegenden publicistischen Charakter, welcher nur noch als *nuda auctoritas* ⁵³⁾ fortbauern konnte, nachdem er einem reinmenschlichen, mehr dem Privatrechte angehörigen Elemente einer nicht minderen Schutz ansprechenden Güterwelt allmählig gewichen war, in welches sich das Institut zuletzt verloren hat, ohne daß jedoch das durch seinen Ursprung begründete, von der erzeugenden Ursache unabhängige Einfache, Universelle und Beständige aufgegeben werden konnte und durfte, welches das Wesen des Eigenthums bildet.

Daß das deutsche Eigenthum denselben Ursprung hat, darauf weisen die ältesten Nachrichten beim Tacitus (Germ. c. 28.) und Julius Cäsar (de B. G. VI. 22.) so unzweideutig zurück, als die *sortes Gothicae, Vandalicae, Burgundicae*, die *terra Salioa* etc., besonders aber die Deffentlichkeit, an welche der Uebergang des Eigenthums durch gerichtliche Auflassung und Investitur gebunden war. Doch wir dürfen über diesen Stoff einen schon im Jahre 1773 ⁵⁴⁾ gedruckten Aufsatz von Justus Möser, „deutsche Geschichte“ überschreiben, empfehlen, welche über die Schicksale des deutschen Grundeigenthums und ihren genauen Zusammenhang mit der Staatsverfassung einen umfassenden und sehr belehrenden Ueberblick gewährt, und enthalten uns um so mehr jedes Weiteren, da wir das Eigenthümliche des deutschen Rechtes schon oben in mehrfacher Beziehung hervorgehoben haben.

Unter die vielen lichten Blicke, welche uns die jüngste Literatur in diesem Felde eröffnet hat, gehört folgende Stelle Brackenhöft's ⁵⁵⁾, welche uns so angesprochen hat, daß wir uns nicht enthalten können, damit den gegenwärtigen Artikel zu schließen. „Betrachtet man Gewere als das Verhältniß der Herrschaft in Beziehung auf dritte Personen, aber nicht über diese, so muß ein Drittes vorhanden sein, welches der Herrschaft unterworfen, an dem, da hier von einer äußeren Herrschaft die Rede ist, sich etwas Körperliches finden muß. — Abgesehen davon einzuwenden, daß das Verhältniß einer rechten Gewere in einer so engen Verbindung mit dem Rechte steht, daß es auch ohne thatfächliche Verwirklichung bestehen kann, wird hier darauf ein Blick zu werfen sein,

52) v. Savigny, Recht des Besizes, 6. Ausgabe, S. 216—224. S. 220, Note 1. L. 115. D. de V. 8.

53) Vgl. Ballhorn-Rosen l. c. S. 246 fg. Ueber den Unterschied überhaupt Unterholzner, rhein. Mus. Bd. 1, S. 129. Zimmern, rhein. Mus. Bd. 3, S. 311. Unterholzner, Bd. 5, Nr. 1. Mayer l. c. und in der Tübinger Zeitschr. Bd. 4, S. 65—76.

54) Als Anhang zu der Flugschrift: Von deutscher Art und Kunst. Seitdem auch unter seine patriotischen Phantasieen aufgenommen.

55) Reyscher's Zeitschrift Bd. 3, Hft. 1, S. 8.

daß diese Verwirklichung nothwendig Raum erfordert, es sei nun, daß man diesen selber als beherrscht denkt, oder als dasjenige, worin sich der beherrschte Körper befindet; denn wie sollte z. B. derjenige, dem ein Pferd gehört, seine Herrschaft über dasselbe üben, wenn es keinen Fleck auf der Erde gäbe, den damit einzunehmen ihm gestattet wäre? — Dasselbe gilt auch von der Herrschaft des Menschen über seinen eigenen Körper, und jedes körperliche Rechtssubject muß nothwendig irgend einen Raum für seinen Körper in Anspruch nehmen können; aber die Herrschaft in diesem Raume fällt dergestalt mit seinem Dasein zusammen, daß sie gar nicht als eine besondere Herrschaft hervortritt. — Indessen gibt es Körper, mit denen schon ein unabänderlich bestimmter Raum ihrer Natur nach verbunden ist: die unbeweglichen. Herrschaft über unbewegliche Dinge ist immer Herrschaft über einen bestimmten Raum und abgesehen von Statusverhältnissen, Ansprüchen aus Verletzungen und sonstigen Forderungsrechten, beziehen sich (abgesehen von Rechten an Mobilien) alle älteren teutschen Verhältnisse auf solche Raumherrschaften: Grundeigenthum, Amtsrechte und später Landeshoheit. Das Grundeigenthum enthält selbst die Gerichtsbarkeit über die Streitigkeiten der von demselben abhängigen Rechte von Hinterlassen an den in seinem Kreise enthaltenen Räumen und die Herrschaft über jeden Raum, auch die über die in demselben enthaltenen Körper. Ein solcher unabänderlich bestimmter Raum, der den Immobilien eine Stabilität gibt, ihre Identität nachweist und ihren jedesmaligen Inhaber den Umwohnern zur ununterbrochenen Beobachtung darstellt, fehlt den Mobilien. Eine gewisse Notorietät von einem dauernden Innehaben abseiten einer Person ist bei diesen schwer zu erlangen, und so erklärt es sich, daß eine solche nicht, wie bei den Immobilien der Fall, auf den Schutz des Rechtes einen Einfluß hatte (versteht sich nach den Begriffen unserer Vorfahren), sondern nur das augenblickliche Dasein eines Mobile in der Gewere einer Person dabei in Betracht kommt, so daß die Gewere von Mobilien nicht als ein unmittelbares Verhältniß der Person zum Dinge erscheint, sondern nur ein solches, welches erst durch das Dasein in einem bestimmten Raume, an welchem ihr die Gewere zusteht, und vermittelst der Herrschaft über diesen Raum, begründet wird⁵⁶⁾.“

Birtler.

56) Wie sehr diese Stelle Brackenhöft's zu der in diesem Artikel versuchten genetischen Erklärung des Eigenthums stimmt, bedarf keiner Ausführung. Da übrigens dieser interessante Punkt vielleicht zu kurz behandelt worden ist, so seien uns darüber noch einige Anmerkungen vergönnt.

Ob das bonitarische Eigenthum so gut, wie das quiritarische schon frühzeitig durch eine petitorische, in der Wirkung der vindication gleichkommende Klage verfolgt werden durfte, ist eine sehr bestrittene Frage, welche wir den Geschichtsforschern überlassen müssen. Verneint man sie — und man muß gestehen, daß diese verneinende Meinung sehr erhebliche Gründe für sich hat — so geräth man freilich auf das abschreckende Resultat, daß alle diejenigen Erwerbarten, welche unsere Classiker zu den natürlichen rechnen, mit Ausnahme der Accession zu einer schon im quiritarischen Eigenthume befindlichen Hauptsache, kein quiritarisches und folglich, da die ältesten Römer nach Caius kein anderes kannten, gar kein wahres Eigenthum gewöhrt. So schwer es hält, sich in die Vorstellung zu

Eigenthum, literarisches, artistisches, technisches unterscheidet sich von allem anderen Eigenthume nur durch seinen Gegenstand,

sind, daß ein solcher Zustand in einem nach Weltherrschaft und Welthandel strebenden Volke so lange fortgedauert habe, daß er sich zu den Zeiten dieses Juristen nur noch im Gedächtniß erhalten konnte, so verliert sie doch ihr Wiberstrebendes, wenn man in Erwägung zieht, daß, da der spätere Unterschied von *res mancipi* und *res mancipi* nicht hierher gehört, keine Art von Sachen von dem quiritarischen Eigenthume ausgeschlossen war, daß die durch die Zwölftafelgesetze bestätigte kurzdauernde *usucapion*, welche *hume* als Probe eines tartarischen Zustandes irrig angesehen hat, wie die *praescriptio annalis* des teutschen Rechtes gerade die Hauptbestimmung hatte, die natürlichen Erwerbarten zu ergänzen, daß das natürliche Eigenthum, ja das bloße Gebrauchsrecht nicht nur gegen Diebstahl, Raub und Gewalt zu verfolgen war, sondern daß auch die nicht quiritarischen Erwerbarten, welche die Bequemlichkeit und Lebhaftigkeit des Verkehrs unerläßlich machte, als *in iusta causa*, welche nach sicheren Spuren durch den *Titel pro suo* auch die ursprünglichen umfaßt hat, frühzeitig nicht nur durch die *exceptio rei venditae et traditae* gegen den quiritarischen Eigenthümer geschützt, sondern auch gegen Dritte durch die *actio publiciana* geltend gemacht werden konnten, deren Urheber gewiß nur früheres Gewohnheitsrecht bestätigt hat, endlich aber, daß, je näher seinem Ursprunge, desto mehr in dem Eigenthume der publicistische Charakter einer dem *imperium* analogen Privatgewalt des Bürgers, als solchen, wie es auch bei unserer die Hinterlassen in der Volksgemeinde vertretenden Guts herrschaft der Fall war, als Hauptmerkmal hervortreten mußte, welcher sich durch das Uebergewicht des an sich mehr privatrechtlichen natürlichen Eigenthums zuletzt in eine *nuda autoritas*, in eine körperlose Seele verlor.

Wett wichtiger als diese Streitfrage ist daher für die Rechtsphilosophie die von Brackenbdt so richtig ergriffene Ueberzeugung, daß die Basis alles Eigenthums sowohl nach dem *ius quiritium*, als nach dem echten Eigenthume der Deutschen auf abgegrenzte Stücke des Erdbodens zurückgeführt werden müsse, welche, so sehr sie uns den Schauplatz einer sicheren, ausschließenden und ungehinderten Privatrechtssphäre im *Superlativo* gewähren, dennoch immanente Bestandtheile eines sie garantirenden Staatsgebietes bleiben. Denn an sie knüpft sich unmittelbar der große Gedanke, daß *imperium* und *dominium*, wie der unvergleichliche *Srotius* schon geahndet hat, Zwillingsgewürten einer Urzeugung sind, die sich wechselseitig bebingen. Diese Ueberzeugung läßt sich nun aus unsern Quellen leicht nachweisen. Schon die Begriffe *fundus*, *locus*, *praedium*, wie sie im *Titel de V. S.* die Fragmente 60, 211, 198 zu entwickeln suchen, der Umstand, daß sogar Gebäude nur mit dem Grund und Boden, worauf sie stehen, wahres Eigenthum bilden, und daher dem Buchstaben der *usucapion* regelnden Zwölftafelgesetze nur kraft dieser Accession durch Interpretation aggregirt worden sind, weisen darauf zurück. Auch spricht dafür, daß *Ulpian Tit. XIX.* die *praedia in Italico solo*, worunter gewiß keine bloße *possessiones* im Sinne der *L. 115. eod.* gemeint waren, an die Spitze der *res mancipi* stellt, während von beweglichen Sachen gerade nur Sklaven, Last- und Zugthiere genannt werden, welche vorzugsweise zum *Lanbau* gebraucht werden. Auf diese Beziehung hat bekanntlich *Meermann* seine Hypothese über den Grund des charakteristischen Unterschiedes derjenigen Sachen gegründet, welche nur durch eine quiritarische Erwerbart Eigenthum werden konnten, und es läßt sich noch weiter dafür anführen, daß die *tribus urbani* geringer geachtet waren, als die *tribus rustici*, so daß eine Verletzung aus den letzten in die ersten als *nota censoria* galt. Gleichwohl ist sie darum nicht befriedigend, weil sie unerklärt läßt, warum gerade nur Sklaven und die näher bezeichneten Hausthiere *res mancipi* waren und Schiff und Geschir, Bagen, Pflüge, Eggen u. s. w. der gleichen Auszeichnung entbehrten. Ein weiterer und näherer Grund

und was von jenem gesagt worden ist, hat auch von diesem seine völlige Geltung, obschon bei dem gegenwärtigen Standpunkte der Wissenschaft

dürfte der sein, daß jene Sachen durch ihre Physiognomie und angewohnte Anhänglichkeit an Haus und Hof am leichtesten unterscheidbar machen, wem sie gehören und daher auch gleich Haus und Hof sich am meisten mit uns identifiziren, während die wild- und landfremde Natur der Kameele und Elephanten einer solchen Angehörigkeit zu widerstreben schien, deren Zülgung oder Losrennung eines besonderen Ritus bedurfte. Doch dieser Grund sei, welcher er wolle, es genügt, daß bewegliche Sachen in einem Zeitpunkt, welchen man das Mittelalter in der Geschichte des römischen Eigenthums nennen könnte, nur in wenigen Ausnahmen dem in quiritarischem Eigenthume befindlichen Grund und Boden gleich gestellt wurden, um darauf zu schließen, daß man sie ursprünglich nur als Güter und Besizthümer, die der Mensch in den Staat mitbringt und die dieser, als den Bürger nicht berührend, der Privatautonomie überläßt, und nicht als strenges Eigenthum, das erst der Staat schafft und gewährt, angesehen worden sind. Erst aus einer Verschmelzung beider Ansichten ist das heutige Recht entstanden.

Ein Ebenbild von jenem *dominium duplex* des *Caïus* ist der Unterschied zwischen *dominium directam et utile*, bekanntlich von den Glossatoren (zuerst bei *Bulgarus* vorkommend) erfunden, übrigens schon in Urkunden des 13. Jahrhunderts gebraucht und so sehr aus Sachgründen hervorgegangen, daß man die nun einmal eingebürgerte Terminologie nicht wohl verbannen kann, ohne in Wortstreitigkeiten zu gerathen und um eine passende Terminologie verlegen zu machen. Uebrigens ist die Polemik gegen dieselbe nicht neu, und wenn man *Senkenberg*, *medit. fasc. 2. m. 1. S. 4.*, *Hommel*, *Neben über Moscov. S. 357*, *Bubdeus*, in *Jepernil's* Abhandlungen über das Lehnrecht, *Kahl*, *de erronea divisione domini in directam et utile*, *Semler*, in *Jepernil's* *Miscellen Th. 2, S. 367*, vergleicht, so wird man finden, daß bei diesen Schriftstellern schon dieselben Gründe aufgeführt worden sind, ohne daß sie in der *Doctrin und Praxis* Glück gemacht haben. Daß ich ihr in Beziehung auf Besitz nach Hofrecht beipflichte und das Verdienst einer Berichtigung zugestehe, habe ich schon gesagt. Von darf aber auch nur wenige Colonatrechte des deutschen Bauern, welcher, wie der *Usufructuar* und *Locator*, in der Regel wegen jeder Veränderung der Gestalt der Sache den Gutsherrn zu begrüßen schuldig war, dem Rechte des Vasallen bei eigentlichen Lehen gleichstellen, wenn er gleich so wenig vertrieben werden konnte, als ein tüchtiger Erbe und in der Regel gegen Erlegung des Handlohnes ein noch freieres Veräußerungsrecht hatte; als der Vasall. Allein der Fehler der Glossatoren war nur der, daß sie die ihnen näher liegenden eigentlichen Lehen zu ausschließend im Auge gehabt, übrigens wohl begriffen haben. Daß dergleichen teutschrechtliche Ansichten bei ihnen nicht so selten sind, darüber brauche ich nur an den Spruch des *Baldus* zu erinnern, *superioritatem inhaerens territorio, sicuti nebulam paladi*. Besonders in der jüngst vergangenen Zeit, nachdem die durch die veränderte Art, Krieg zu führen, unnütz gewordenen Lehndienste größtentheils in Abgang gekommen sind und vom Lehnsnerus außer Ceremonien nichts übrig geblieben, als eine Modification des Eigenthums, hat die Eintheilung eine noch größere Realität für die Phänomenenwelt, welche in praktischen Dingen statt der Wahrheit gelten muß, gewonnen, und es wird vergeblich sein, das *Usufructuum* auf einen bloßen *usufructus* zurückzuführen zu wollen, der, als *usufructus iuris germanici*, wie es *Heineccius*, *Schilter*, *Wölter* u. f. w. versucht haben, ausgezeichnet, gewiß noch eine weit ärgere Mißgeburt hervorbringt. Die Verfasser des babilischen Landrechtes (*Zusatzartikel 577. a. f. und a. h.*) werden also nicht zu tadeln sein, daß sie Schätze, neue Gruben und andere außerordentliche Nutzungen dem Vasallen zugesprochen haben.

und der Befestigung es erforderlich scheint, den Beweis einer Behauptung beizubringen, die eigentlich keinem Zweifel unterworfen sein kann.

Sezen wir als bekannt und feststehend voraus, daß alles Eigenthum, insonderheit das Eigenthum an beweglichen Gegenständen, seinen letzten Grund in der Arbeit findet, so bedarf es keiner weiteren Nachweisung, daß dieß eben sowohl von der eigentlichen Hervorbringung durch Arbeit, als von der Bearbeitung Niemandem angehörender Stoffe gelte, während das Eigenthum an eigenen Stoffen nothwendig eine Arbeit voraussetzt, wenn dieselbe auch nur in der ersten Designahme bestehen sollte. ●

Daß es an materiellen Dingen eine Hervorbringung im eigentlichen Sinne nicht geben könne, ist an sich klar; was in dieser Beziehung existirt, ist seit der Schöpfung der Welt und in Kraft der seitdem unverändert beobachteten Naturgesetze vorhanden; das Höchste, was dem Menschen auf diesem Gebiete zugestanden werden kann, ist die Auffindung neuer Gegenstände, die in den meisten Fällen eine bloße Wiederauffindung ist. Desto unbeschränkter waltet hier die Möglichkeit der Bearbeitung ob und von dem Ausstrecken der Hand, durch welches eine reife Frucht in Besitz genommen wird, bis zu der mühsamsten Bearbeitung eines Bergwerkes ist der Mensch in ungezählten Formen thätig, um die Erzeugnisse der Erde aufzusuchen, zu vermehren, zu sichern und sich anzueignen. Allein außer der Arbeit, durch welche ein Gegenstand überhaupt erst hervorgebracht, oder gestaltet, oder in irgend einer Form brauchbar gemacht wird, ist noch der Wille des Menschen erforderlich, den hergestellten Gegenstand für sich zu haben, um das Eigenthum hervorzurufen. Diese Nothwendigkeit ist in der doppelten Natur des Menschen begründet, nach welcher alle menschliche Thätigkeit sich nur dadurch fruchtbringend zeigt, daß die Kräfte des Geistes und des Körpers zusammenwirken, um einen bestimmten Erfolg hervorzubringen. Die höchste geistige Anstrengung, so lange sie reingeistig bleibt, hat keinen Erfolg für die Gesellschaft, denn sie ist von Geist zu Geist nicht mittheilbar, und der Körper allein ist an sich gar keiner Thätigkeit fähig; es bedarf des Willens, um denselben in Thätigkeit zu setzen und diese gegenseitige Einwirkung in ihren unzählbaren Abstufungen bildet die Gesamtheit der menschlichen Thätigkeiten. Wer eine Frucht bricht und sie fallen läßt, erlangt ebenso wenig ein Eigenthum daran, wie der, welcher ein Feld mühsam bearbeitet, wenn er dabei gar nicht den Willen hat, die Früchte seines Fleißes zu ernten. Hierin liegt der Grund, weshalb nicht durch jede Arbeit Eigenthum erzeugt wird; doch ist auch andererseits ebenso wenig der Wille allein ausreichend, um Eigenthum hervorzubringen, denn es kann derselbe vorhanden, aber rechtlich unwirksam sein.

Die Römer kannten diesen letzten Grund des Eigenthums, wenn sie sich dessen auch nicht näher bewußt waren; sie faßten denselben aber in der bestimmten Form der Besitzergreifung, als welche alle erste Arbeit sich darstellt, und, mit natürlichem Tacte ihr Recht den Bedürfnissen anpassend, heben sie das Verzeichniß der Arten, Eigenthum zu erwerben, mit der *occupatio* an, welche ebenso gut, wie die *specificatio*, Arbeit voraussetzt, und prüft man ihre Theorie nach den gegebenen Grundsätzen,

so weit man dieselbe durchaus consequent finden, wenn gleich ihr dominium Friedlichkeiten erheischte; die sich mehr auf den Beweis, als den Begriff des Eigenthums beziehen. Daß dieselben auch die Hervordringung als Eigenthumsquelle kannten, geht aus ihrer Lehre über die parthei der Sklaven und der Thiere hervor, während allerdings die nach der Analogie der physischen Hervordringung zu beurtheilende geistige Production in ihrem Rechtssysteme noch keine Stelle fand, weil sie keine Veranlassung hatten, sich damit zu beschäftigen, obschon es bei ihnen Buchhändler gab, und nach den bekannten Epigrammen des Martial es keinem Zweifel unterliegt, daß der Autor bei dem Verkauf der Abschriften seiner Werke pecuniäres Interesse gehabt hat.

Es liegt in der Natur der Sache, daß ein Verhältniß erst dann für die Rechtswissenschaft wichtig wird, wenn dasselbe im Leben sich geltend macht und mit nicht abzuweisenden Ansprüchen seine Stelle in der Reihe der Dinge erkämpft. Nichts ist daher natürlicher, als daß vom literarischen Rechte in dem ganzen Mittelalter nicht die Rede ist, und wenn das interessante Factum, welches Lamartine vor Kurzem zuerst mittheilte, gegründet ist, daß Dante einen Band seiner Werke der Bibliothek von Azerra übergab, wo derselbe mit einer eisernen Kette angehängt wurde, so möchte dabei doch nur an die Bewahrung seiner Ansprüche auf die Autorschaft, nicht aber daran zu denken sein, daß sich der berühmte Dichter auf diese Weise den pecuniären Ertrag seiner Arbeit habe sichern wollen.

Erst nach der Erfindung der Buchdruckerkunst, welche die mechanische Vervielfältigung eines Originals mit gleicher Brauchbarkeit ermöglichte, und mit der weitern Verbreitung literarischer Bildung gewinnt auch das literarische Recht Bedeutung, wenn gleich eine geraume Zeit verging, ehe man sich der eigentlichen Natur desselben deutlich bewußt wurde. Allgemein wurde das Unrecht empfunden, welches darin lag, daß ein Unberechtigter die Früchte von der geistigen Anstrengung eines Autors durch eine bloß mechanische Handlung sich aneignete, und bereits Lutheer eifert bekanntlich auf das Entschiedenste gegen die Nachdrucker; allein die Aufgabe blieb ungelöst, wie diese neue Erscheinung in das bestehende Rechtssystem eingepaßt und eingesägt werden könne. Die Juristen standen wohl damals schon, wie oft noch jetzt, dem praktischen Leben zu fern, als daß sie des neuen Gegenstandes sich hätten bemätern sollen, und so finden wir, daß man die Frage nach der Natur des Rechtes auf sich beruhen ließ, ohne doch den Schutz der Betheiligten zu versäumen, welcher durch Verleihung von Privilegien und mehr oder weniger allgemeine positive Nachdruckverbote gehandhabt wurde. Ein neuer Grund zur Bewältigung der Begriffe lag darin, daß viel seltner die Autoren, als die Buchhändler, welche zunächst und am empfindlichsten durch den Unfug des Nachdruckes betroffen wurden, die Hilfe der Regierungen in Anspruch nahmen, so daß weniger das Autorrecht, als das erst aus dem Autorrechte entspringende Verlagsrecht des gesellschaftlichen Schutzes bedürftig und würdig erschien. Nur aus diesem Umstande und daraus, daß bei der Abfassung der Gesetze vorzugsweise Buchhändler zu Rathe gezogen wurden, ist es

erklärlich, daß sowohl in der sächsischen als preussischen Gesetzgebung, weniger in der von Oesterreich, das Verlagsrecht vor dem Rechte des Autors, begünstigt erscheint, und daß nur durch den natürlichen Zwang der Verhältnisse das Recht der Verfasser in seiner Geltung geblieben ist, indem fast beiläufig die genannten Gesetzgebungen das Recht des Autors an seinen Geisteserzeugnissen als das ursprüngliche Recht anerkennen.

Inzwischen hatte sich gleichzeitig mit der größeren Bedeutung des Buchhandels auch der Nachdruck gehoben und vorzugsweise in Süd-Deutschland offenen Schutz und Begünstigung gefunden, obschon derselbe auch in allen übrigen Staaten als Repressalie theils stillschweigend, theils ausdrücklich gestattet war, so daß ohne den glücklichen Umstand, daß der deutsche Buchhandel sich nach besonderen Formen ausbildete und Anfangs in Frankfurt, dann in Leipzig einen Mittelpunkt suchte und fand, und daß hier in Betreff des Nachdruckes strenge Justiz gehandhabt wurde, eine gänzliche Auflösung und ein Zustand der Rechtlosigkeit eingetreten sein würde, wie derselbe bis in die neueste Zeit in Italien geherrscht und dieses einst literarisch so bedeutende Land um Jahrhunderte zurückgesetzt hat.

Gleichwohl hatte während jener Zeit, wo alle Rechtsbegriffe in Frage gestellt wurden, auch der Nachdruck so mächtige Vertheidiger gewonnen, daß in der deutschen Bundesacte nicht mehr, wie früher in den Wahlcapitulationen Kaiser Leopold's II. und Kaiser Franz II., vom Eigenthume der Autoren, sondern nur noch von Rechten derselben und vom nöthwendigen Schutz derselben gegen den Nachdruck die Rede war.

Nach Annahme der Bundesacte gingen zwei und zwanzig Jahre vorüber, ohne daß für die Schlichtung dieser Frage von Seiten des Bundestages irgend etwas von Bedeutung geschehen wäre, da der Bundesbeschluß vom 6. Sept. 1832, obwohl derselbe durch die Gleichstellung aller Unterthanen deutscher Bundesstaaten für die völkerrechtliche Anerkennung des literarischen Eigenthums von Wichtigkeit ist, doch in Beziehung auf den Schutz desselben beinahe für einen Rückschritt angesehen werden kann, weil er darauf, daß in Württemberg ein gesetzlicher Schutz für das literarische Eigenthum nicht bestand, keine Rücksicht genommen und so die Schriftsteller aller übrigen deutschen Länder den Plünderungen der dortigen Nachdrucker bloß gestellt hatte. Erst durch den weiteren Beschluß vom 2. April 1835 wurde dieser Fehler verbessert, das literarische Recht als Eigenthum ausdrücklich und bald darauf, am 5. Nov. 1835, anerkannt, daß der Nachdruck in ganz Deutschland als durch den Beschluß vom 2. April positiv verboten angesehen werden solle. Ein weiterer bedeutender Fortschritt geschah durch den Bundesbeschluß vom 9. Sept. 1837, durch welchen eine feste Basis für die wissenschaftliche Fortbildung des literarischen Rechtes gewonnen wurde. Es ist der Inhalt dieses Beschlusses seit dessen Erlaß und der in den verschiedenen Bundesstaaten erfolgten Publication an die Stelle des gemeinen Rechtes getreten, an welches sich die Particulargesetzgebungen der einzelnen Länder theils ergänzend, theils erweiternd anschließen, und es ist hierbei von besonderer Wichtigkeit, daß derselbe zwar die Eigenschaft des Rechtes der Autoren

an den Erzeugnissen der Kunst und Wissenschaft ausdrücklich als Eigenthum anerkennt, zugleich aber für den Rechtsschutz desselben nur ein für alle Staaten verbindliches Minimum festsetzt und der Autonomie derselben die weiteren Bestimmungen ausdrücklich vorbehält. Hieraus folgt, daß da, wo der fragliche Beschluß ohne weitere Bemerkung publicirt worden ist, auf das literarische und artistische Eigenthum alle Bestimmungen Anwendung leiden, welche in diesen Ländern für alles übrige Eigenthum gelten, und daß mithin auch die Dauer des Rechtsschutzes sich keineswegs auf das Minimum beschränkt, sondern daß auch in dieser Beziehung dieselben Grundsätze, welche von dem Eigenthume überhaupt gelten, auf das literarische Eigenthum angewendet werden müssen, da nach dem Bundesbeschlusse die Beschränkung desselben auf das vertragsmäßig festgesetzte Minimum durchaus nicht als eine nothwendige Folge der Publication erscheint, sondern nur die Grenze bezeichnet, bis zu welcher die Regierungen, in der Beschirmung dieses unter den Schutz der Bundesversammlung gestellten Eigenthums herabgehen dürfen.

Die Publication jenes Beschlusses ist aber, außer in Braunschweig, in allen teutschen Staaten erfolgt; in Altenburg, den Anhaltinischen Fürstenthümern, Bayern, Coburg-Gotha, Hessen-Darmstadt, Hohenzollern-Sigmaringen, Meiningen, Nassau, Oesterreich, Preußen, Sachsen, Schwarzburg-Rudolstadt, Weimar und Württemberg unter besonderem Vorbehalt der particularen günstigeren Geseze, in den übrigen Staaten ohne Zusatz, so daß in diesen der Bundesbeschluß das allgemeine Recht bildet, welches in den besonders genannten Staaten durch die speciellen Gesezgebungen und Vollziehungsverordnungen modificirt wird.

Der mehrerwähnte Bundesbeschluß setzt nun aber in fünf Artikeln folgende Bestimmungen fest:

Art. 1. Literarische Erzeugnisse aller Art, so wie Werke der Kunst, sie mögen bereits veröffentlicht sein oder nicht, dürfen ohne Einwilligung des Urhebers oder desjenigen, welchem derselbe seine Rechte an dem Originale übertragen hat, auf mechanischem Wege nicht vervielfältigt werden.

Art. 2. Das im Art. 1. bezeichnete Recht des Urhebers oder dessen, der das Eigenthum des literarischen oder artistischen Werkes erworben hat, geht auf dessen Erben und Rechtsnachfolger über und soll, insofern auf dem Werke der Herausgeber oder Verleger genannt ist, in sämtlichen Bundesstaaten mindestens während eines Zeitraumes von zehn Jahren anerkannt und geschützt werden.

Diese Frist von zehn Jahren ist für die in den letztverfloffenen zwanzig Jahren im Umfange des teutschen Bundesgebietes erschienenen Druckschriften oder artistischen Erzeugnisse vom Tage des gegenwärtigen Bundesbeschlusses, bei den künftig erscheinenden Werken vom Jahre ihres Erscheinens an, zu rechnen.

Bei den in mehreren Abtheilungen herauskommenden Werken ist diese Frist für das ganze Werk erst von Herausgabe des letzten Bandes oder Heftes zu zählen, vorausgesetzt, daß zwischen der Herausgabe der einzelnen Bände oder Hefte kein längerer als ein dreijähriger Zeitraum verlossen ist.

Art. 3. In Gunsten von Urhebern, Herausgebern oder Verlegern von großen, mit bedeutenden Vorauslagen verbundenen Werken der Wissenschaft und Kunst (Art. 1.) wird das ausgesprochene Minimum des Schutzes der Gesamtheit gegen den Nachdruck (Art. 2.) auch bis zu einem längeren, höchstens zwanzigjährigen, Zeitraum ausgebehrt, und hinsichtlich derjenigen Regierungen, deren Landesgesetzgebung diese verlängerte Schutzfrist nicht ohnehin erreicht, dießfalls eine Vereinbarung am Bundestage getroffen werden, wenn die betreffende Regierung drei Jahre nach dem öffentlichen Erscheinen des Werkes hierzu den Antrag stellt.

Art. 4. Dem Urheber, Verleger und Herausgeber der Originalen nachgedruckter oder nachgebildeter Werke steht der Anspruch auf volle Entschädigung zu.

Außer den in Gemäßheit der Landesgesetze gegen den Nachdruck zu verhängenden Strafen soll in allen Fällen die Wegnahme der nachgedruckten Exemplare, und bei Werken der Kunst auch noch die Beschlagnahme der zur Nachbildung gemachten Vorrichtungen, also der Formen, Platten, Steine u. s. w., stattfinden.

Art. 5. Der Debit aller Nachdrücke und Nachbildungen der unter 1. bezeichneten Gegenstände, sie mögen im deutschen Bundesgebiete oder außerhalb desselben veranstaltet sein, soll in allen Bundesstaaten, bei Vermeidung der Wegnahme und der durch die Landesgesetze angedrohten Strafen, untersagt sein. Es versteht sich übrigens von selbst, daß die Bundesregierungen, in deren Staaten bis jetzt der Nachdruck gesetzlich nicht verboten war, selbst zu bestimmen haben, ob und auf wie lange sie im Bereiche ihrer Staaten den Vertrieb der vorräthigen, bisher erschienenen Nachdrücke gestatten wollen.

Der sechste Artikel bedingt den Nachweis der Ausführung des Beschlusses bei der Bundesversammlung, so wie die Anzeige der in jedem Bundesstaate bestehenden Formalitäten für die Constataion des Charakters der Originalausgaben, ingleichen des Zeitpunktes des Erscheinens derselben; der Schluß aber behält der Bundesversammlung eine Revision des Beschlusses im Beginne des Jahres 1842 insonderheit wegen Verklärung der übereingekommenen kürzesten Schutzfrist ausdrücklich vor.

Als allgemeines deutsches Recht dürfen mithin seit Publication dieses Beschlusses folgende Sätze unbestritten angesehen werden. 1) Der Urheber eines literarischen oder artistischen Werkes besitzt ein Eigenthum an demselben (s. Art. 2.). Dieses Eigenthumsrecht kann von ihm 2) auf dritte Personen übertragen werden (s. Art. 1. und 2.); 3) es geht dasselbe sowohl auf die Erben und Rechtsnachfolger des Autors (s. Art. 2.), als auch 4) auf die Erben desjenigen über, welcher von dem Urheber das Eigenthum daran erworben hat (s. Art. 2.). 5) Literarische Erzeugnisse aller Art, so wie Werke der Kunst, dürfen ohne Einwilligung des Urhebers oder dessen, an welchen er seine Rechte am Original übertragen hat, auf mechanischem Wege nicht vervielfältigt werden (s. Art. 1.). 6) Dieses Verbot gilt eben sowohl von solchen Werken, welche bereits veröffentlicht waren, als von solchen, welche es nicht sind (s. Art. 1.). 7) Eine solche verbotene mechanische Vervielfältigung heißt

Nachdruck (s. Art. 1., 2. und 3.). 8) Das Eigenthumsrecht des Autors an seinen Werken soll in allen teutschen Bundesstaaten, sofern auf dem Werke der Herausgeber oder Verleger genannt ist, mindestens während eines Zeitraumes von zehn Jahren geschützt werden (s. Art. 2.). 9) Diese Frist ist für die innerhalb 20 Jahren vor Publication des Bundesbeschlusses erschienenen Werke vom Tage der Publication an, für die später erscheinenden vom Jahre ihres Erscheinens an zu rechnen (s. Art. 2.). 10) Die Frist läuft bei Werken, die in mehreren Abtheilungen erscheinen, erst vom Erscheinen des letzten Bandes oder Hefstes, wenn nicht ein mehr als dreijähriger Zeitraum zwischen der Herausgabe der einzelnen Bände oder Hefste gelegen ist (s. Art. 2.). 11) Die ausgesprochene mindeste Schutzfrist gegen den Nachdruck kann zu Gunsten der Urheber, Herausgeber und Verleger von großen, mit bedeutenden Vorauslagen verbundenen Werken der Wissenschaft und Kunst bis zu 20 Jahren, durch Vereinigung bei dem Bundestage, ausgedehnt werden; es ist jedoch hierzu ein Antrag der betreffenden Regierung erforderlich, welcher binnen drei Jahren nach dem öffentlichen Erscheinen des Werkes gestellt werden muß (s. Art. 3.). 12) Den Urhebern, Herausgebern und Verlegern der Originale nachgedruckter oder nachgebildeter Werke steht ein Anspruch auf volle Entschädigung gegen die Nachdrucker zu (s. Art. 4.). 13) Der Nachdruck ist nach den Landesgesetzen zu bestrafen (s. Art. 4.). 14) Außer dieser Strafe soll in allen Fällen die Wegnahme der nachgedruckten Exemplare und bei Werken der Kunst auch die Beschlagnahme der zur Nachbildung gemachten Vorrichtungen, mithin der Formen, Platten, Steine u. s. w., stattfinden (s. Art. 4.). 15) Auch der Debit aller Nachdrucke und Nachbildungen von Erzeugnissen der Kunst und Wissenschaft soll in allen Bundesstaaten, bei Vermeidung der Wegnahme und der durch die Landesgesetze angedrohten Strafen, verboten sein (s. Art. 5.). 16) Dieses Verbot bezieht sich sowohl auf die innerhalb als außerhalb der teutschen Bundesstaaten veranstalteten Nachdrucke (s. Art. 5.). 17) In Betreff der in den Staaten, wo bis zu Erscheinen des Bundesbeschlusses der Nachdruck gesetzlich nicht verboten war, vorräthigen Nachdrucke haben die Regierungen wegen Gestattung des Vertriebes derselben zu bestimmen (s. Art. 5.).

Es leuchtet auf den ersten Blick ein, daß diese Bestimmungen weder vollständig, noch auch nur consequent sind, so daß dieselben der Particulargesetzgebung überaus große Lücken zur Ergänzung darbieten. Dies ist bis jetzt am vollständigsten geschehen durch das preussische Gesetz vom 17. Juni 1837, welches bis auf einen Paragraphen wörtlich in dem weimarschen Gesetze vom 11. Januar 1839 und seinem wesentlichen Inhalte nach auch in dem bayerischen Gesetze vom 15. April 1840 enthalten ist.

Ein Versuch unter diesen Umständen und bei dem gänzlichen Mangel aller Vorarbeiten, die Principien des literarisch = artistischen Rechtes, nach den gegebenen allgemeinen und particularrechtlichen Bestimmungen, in übersichtlicher Weise zusammenzustellen, kann nur ein sehr mangelhaftes Resultat haben und nur in Voraussetzung nachsichtiger Beurtheilung soll derselbe auf nachstehenden Blättern gewagt werden.

I. Ursprüngliches Subject des literarischen Eigenthums ist derjenige, welcher eine literarische Arbeit durch geistige Thätigkeit neu hervorbringt, oder einen gegebenen Stoff in einer neuen Form darstellt, so daß dieselbe als ein eigenes Geistesproduct anzusehen ist (s. königl. sächs. Mandat vom 17. Mai 1831). Dasselbe wird in den Gesetzen bald Autor, bald Urheber oder Erzeuger genannt, und werden diese Ausdrücke gleichbedeutend gebraucht. Es erwirbt derselbe an seinen Hervorbringungen ein vollständiges Eigenthum, welches in ein *Dereigenthum* (Proprietätsrecht, auch Autorrecht im engeren Sinne genannt) und in ein *Nutzungs-eigenthum* (gewöhnlich *Verlagsrecht* geheißen) zerfällt. Jenes begreift alle Rechte an der Substanz und wird fast niemals veräußert, dieses alle Rechte an den Nutzungen der literarischen oder artistischen Erzeugnisse. In Folge des ersteren ist der Autor allein berechtigt, zu jeder Zeit an seinem Werke Veränderungen und Verbesserungen zu machen, auch dasselbe nach Befinden ganz zu vernichten; in diesem liegt das Recht, den aus einem literarischen Erzeugniß resultirenden materiellen Nutzen allein zu beziehen. Die Arten der Benugung können verschieden sein; so geschieht sie durch mündlichen Vortrag, bei Predigten, Vorlesungen u. dergl.; durch handschriftliche Mittheilung; durch persönliche Darstellung dramatischer Werke; durch Schenken bei Kunstgegenständen; die häufigste aber und wichtigste ist die *Vervielfältigung* eines literarischen oder artistischen Erzeugnisses auf mechanischem Wege; durch den Druck, vorzugsweise literarischer Productionen, und durch Stahl- und Kupferstich, Lithographie, Holzschnitt, Galvanoplastik u. s. w. bei Kunstgegenständen.

Das literarisch-artistische Eigenthum kann sowohl vollständig, als getheilt veräußert werden. Eine vollständige Veräußerung findet da statt, wo ein Autor im Auftrage eines Dritten ein literarisches Werk hervorbringt und demselben eigenthümlich überläßt; inwiefern aber, auch wenn der Autor nur seinen Namen als Verfasser nennt, der Vorbehalt seines Autorrechtes, wegen der engen Verbindung, in welchem die geistigen Productionen mit der Persönlichkeit des Autors stehen, präsumirt werden muß, so kommt jener Fall nicht leicht in rechtlichen Betracht. Es bestimmt jedoch das preussische Landrecht Th. 1, Tit. XI, §. 1021 und 1022, daß, wenn ein Verlagsbuchhändler die Idee zu einem Werke faßt und dieselbe von einem oder mehreren Schriftstellern nach seinem Auftrage ausführen läßt, sofern nicht ein Anderes ausdrücklich und schriftlich bedungen, das volle Verlagsrecht dem Buchhändler vom Anfange gebühren soll.

Ebenso häufig, wie die Veräußerung des *Dereigenthums* setzen, ist dagegen die Veräußerung des *Nutzungs-eigenthums* an literarischen Erzeugnissen. Dieselbe geschieht mittelst des *Verlagscontractes*, durch welchen auf den Erwerber das Recht und die Pflicht übertragen wird, ein literarisches Product auf mechanischem Wege zu vervielfältigen und zu verbreiten, wogegen derselbe, unter den contractlich festzusetzenden Bedingungen, den Ertrag des Verkaufes der Vervielfältigungen (*Exemplare* genannt) zu beziehen hat.

Ein volles Eigenthum erwirbt der Verleger durch diesen Contract nur an den auf seine Kosten hergestellten Exemplaren, ein getheiltes an

dem literarischen Erzeugniß insofern, als der Autor für die Dauer des Vertrages behindert wird, sein Werk anderweit zu vervielfältigen und zu verkaufen, wobei es besonderer Erwähnung verdient; daß diese Verpflichtung des Autors unbedingt ist, und daß derselbe auch keineswegs berechtigt ist, ein einzelnes Werk, während der Dauer eines darüber abgeschlossenen Verlagscontractes, in eine Sammlung seiner Werke aufzunehmen, oder aus einer Sammlung von mehreren selbstständigen Werken ein einzelnes besonders herauszugeben, ohne Zustimmung und beziehentlich Entschädigung des betreffenden Verlegers¹⁾. Eine unbedingte Ausnahme von dieser Regel gestattet das herzogl. Sachsen-Coburg-Gotha'sche Patent vom 18. Sept. 1819, §. 5; eine beschränkte das großherzogl. hessische Gesetz vom 23. Sept. 1830, Art. 3, welches dem Verfasser nachläßt, Arbeiten, welche er in Werken, die aus den Beiträgen Mehrerer bestehen, lieferte, nach 2 Jahren gesammelt herauszugeben.

Auf wie lange die Uebertragung geschehen soll, hängt von dem Ermessen der Paciscenten ab, und kann dieselbe für immer oder auch für eine bestimmte Zeit erfolgen, welche letztere Art der Uebereinkunft inzwischen in hohem Grade mißlich und eben deshalb selten ist. Am öftersten geschieht die Uebertragung für eine bestimmte Anzahl von Exemplaren, die, wenn sie auf einmal gedruckt werden, Auflage oder Ausgabe genannt werden, jener Ausdruck von der Thätigkeit des Nachdruckers, dieser von der des Buchhändlers hergenommen und im gewöhnlichen Leben durchaus gleichbedeutend gebraucht. Der Unterschied, welchen das preussische Landrecht²⁾ festsetzt, wonach Auflage einen unveränderten Abdruck, Ausgabe einen verbesserten oder doch veränderten Abdruck bezeichnet, gehört bloß dem positiven Rechte an und wird durch die Sprache des Buchhandels nicht gerechtfertigt. Wenn durch den Verlagscontract über die Stärke der Auflage nicht bestimmt ist, so hängt die Bestimmung derselben in so weit vom Verleger ab, daß derselbe berechtigt ist, soviel davon zu drucken, als von einem Typensatz sich abziehen lassen; es ist derselbe jedoch nicht berechtigt, das Werk ohne ausdrückliche Zustimmung des Autors stereotypen oder ein zweites Mal setzen zu lassen, als worüber die Deputirten des deutschen Buchhandels in den Verhandlungen über ihre Vorschläge zu Feststellung des literarischen Eigenthums in Deutschland, welche 1834 in Leipzig gepflogen wurden, einstimmig sich ausgesprochen haben.

Sofern die Uebertragung des nutzbaren Eigenthums eines Autors nicht ausdrücklich für alle oder mehrere Ausgaben auf einen Verleger übertragen worden ist, wird präsumirt, daß die Uebertragung nur für eine Auflage geschehen sei, und ist dieß in Baden, Baiern, Oesterreich, Preußen und Sachsen-Meinungen ausdrücklich vorgeschrieben³⁾; es ist

1) S. badensches Landrecht §. 577, d—d, österr. Gesetzbuch §. 1768, preuß. Landrecht I. c. §. 1018, herzogl. sachs.-mein. Verordnung v. 7. Mai 1829, Art. 6.

2) X. a. D. §. 1011. u. 1012.

3) S. badensches Landrecht §. 577, d—e, bayerisches Gesetz von 1840, Art. 1, österr. Gesetzbuch §. 1167, preuß. Landrecht I. c. §. 1014, sachs.-mein. Verordnung v. 7. Mai 1829, Art. 6.

aber auch diese Ansicht in den sächsischen Gerichtshöfen angenommen ⁴⁾; und gilt diese Annahme zugleich als gemeinrechtlich ⁵⁾. Zuweilen die Stelle des Autors, zuweilen die des Verlegers vertritt, in Beziehung auf das literarische Eigenthum, der Herausgeber. Das Letztere ist der Fall bei anonymen und pseudonymen Werken; das Erstere da, wo die Idee eines Werkes von der Ausführung getrennt ist, und wo die Idee des Ganzen dem Herausgeber angehören kann, während die einzelnen Bestandtheile in dem Eigenthume ihrer Verfasser bleiben, oder wo die Verfasser sonst in einer bestimmten Beziehung zu dem Herausgeber stehen, welche sie nicht frei über ihr Autorrecht disponiren läßt, wie dies bei solchen Werken der Fall ist, die auf Kosten des Staates, der Akademien und gelehrten Gesellschaften herausgegeben werden. Bei allen diesen Werken ist der Autor so lange, als das Eigenthum des Herausgebers dauert, verhindert, über sein Recht zu verfügen; er tritt jedoch in sein volles Recht ein, sobald jenes Recht aufhört, es geschehe in Folge freiwilliger Aufgabe oder gesetzlicher Bestimmung.

Das Eigenthumsrecht des Autors an seinen geistigen Productionen geht insofern, als derselbe nicht für immer darüber disponirt hat, auf seine rechtmäßigen Erben über. So verordnet ausdrücklich der Bundestagsbeschluss, so die Gesetze von Bayern, Coburg = Gotha, Weimar und Preußen und so die sächsische Gesetzgebung. Es ist inzwischen neuerdings die Frage angeregt worden, ob den Erben auch das Recht zugesprochen werden könne, Veränderungen und Verbesserungen in den Werken ihres Erblassers vorzunehmen und ihre Dispositionsbefugniß soweit auszudehnen, daß sie für berechtigt angesehen werden, die Werke ihres Erblassers der Öffentlichkeit durch Versagung weiterer Auflagen ganz zu entziehen, oder ob diese Rechte, als iura personalissima mit dem Autor selbst erlöschen, so daß auf die Erben blos die Rechte des nutzbaren Eigenthums übergehen.

Während vielleicht die strengere Meinung sich für den Uebergang des vollständigen Eigenthums auf die Erben aussprechen wird, läßt sich mit Wahrscheinlichkeit annehmen, daß die allgemeine Meinung sich dagegen erklären wird, und es stehen dieser letzten nicht unerhebliche Gründe zur Seite. Denn wenngleich die literarischen und artistischen Erzeugnisse eine reale Seite haben, vermöge welcher sie in das Reich der Sachen eintreten und Gegenstände des Eigenthums und Vermögens werden, so darf doch niemals vergessen werden, daß diese Seite die untergeordnete ist und daß, wenngleich dem Autor sein Eigenthum und der pecuniäre Ertrag seiner Arbeiten gesichert werden muß, doch zugleich in diesen Werken so viel von seinem Persönlichsten, seinem Geiste enthalten ist, daß dieselben als ein Ausfluß desselben und als dem Bereiche fremden Einflusses entzogen an-

4) Cf. Hommel, rhaps. obs. 760., Kind, quaest. for. Tom. II. c. 66. ed. II.

5) S. Köpfig, Handbuch des Buchhandelsrechtes S. 192, §. 42, Rittermaier, Grundsätze des gemeinen teutschen Privatrechtes, 5. Ausg., §. 296. Kramer, die Rechte der Schriftsteller und Verleger (Heidelberg 1827), S. 160.

gesehen werden müssen. Da sich nun der Geist nicht vererbt, so kann auch den Erben nicht zugestanden werden, den geistigen Theil ihrer Erbschaft einer Veränderung zu unterwerfen, denn Wieland's Werke und Herder's Ideen und Göthe's Gedichte würden unmittelbar als solche vernichtet, wenn deren Erben gekattet werden sollte, vermöge ihres Erbrechtes Veränderungen damit vorzunehmen. Es ist mithin nicht Willkür, sondern die Natur der Sache, welche in dieser Beziehung den Rechten desselben eine Beschränkung auferlegt, die um so nothwendiger ist, weil ohne dieselbe der Gegenstand des Rechtes selbst, an welchem ein öffentliches Interesse stattfindet, gefährdet sein würde. Was hingegen die Veröffentlichung betrifft, so scheint der präsumtive Wille des Autors Grund genug, um die entgegenwirkende Ansicht der Erben zu paralyisiren, denn indem der Autor ein Werk veröffentlicht, giebt derselbe deutlich genug zu erkennen, daß er den Inhalt desselben allgemein zugänglich wissen will, und so wenig der Erbe das Recht hat, irgend einem anderen klar ausgesprochenen Willen seines Erblassers entgegenzutreten, so wenig diesem.

Was hingegen nachgelassene Werke betrifft, über welche keine bestimmte Verfügung des Autors vorhanden ist, so läßt sich nicht leugnen, daß in Beziehung auf diese das volle Verfügungsrecht des Erben eintritt, obgleich derselbe dadurch in den Stand gesetzt wird, der Welt vielleicht unschätzbare Ideen zu entziehen, die etwa seinen eigenen Meinungen widerstreiten; es ist dieß ein Uebelstand, welcher nicht beseitigt werden kann, wenn nicht bei Weitem bedenklichere Eingriffe in das Privateigenthum für zulässig erklärt werden sollen.

II. Als Object des literarisch-artistischen Eigenthums ist jeder in bestimmter Form auf sinnlich wahrnehmbare Weise dargestellte Gedanke zu betrachten. Es versteht sich von selbst, daß, was von dem einzelnen Gedanken gilt, auch von einer ganzen Reihe von Gedanken gelten muß, und theils nach den Hülfsmitteln, deren sich der Autor zu Darstellung seiner Gedanken bedient, theils nach dem Gegenstande, auf welchen sich dieselben beziehen, erscheint sein Eigenthum daran als literarisches, artistisches oder technisches Eigenthum, als welche im Grunde in ihrem Wesen so wenig, als in ihren Wirkungen verschieden sind. Im Allgemeinen läßt sich annehmen, daß die Darstellung von Gedanken durch Worte oder Zahlen für literarische Productionen solche durch Töne und deren Zeichen, die Noten, für musicalische Werke, Linien für die Darstellungen der zeichnenden Künste und ebendieselben, in Verbindung mit Farben, zu Gemälden, so wie in ihrer Uebertragung auf plastische Stoffe zu Sculpturen benützt werden. Es läßt sich aber auch denken, daß musicalische Werke mit Buchstaben geschrieben werden, und es sind andererseits Buchstaben und Worte nicht selten zu künstlerischen Darstellungen benützt worden, wie denn, wenn ich nicht irre, die Augsburgerische Confession als Portrait Luther's existirt.

Sind die Gedanken, welche von Künstlern und Schriftstellern dargestellt werden, nicht bloß durch ihre Form neu und eigenthümlich, sondern auch neu in Rücksicht auf Combination oder Inhalt, so wird

solche Eigenschaft dem Schrift- oder Kunstwerke ohne alle Frage einen erhöhten Werth geben; allein dieser Werth ist dennoch nur ein accessorischer und nicht von der Form der Darstellung trennbar, weshalb die Erfindung schon von Alters her in der Rhetorik abgehandelt wurde. Aber es giebt Erfindungen sowohl in der Kunst, als in der Wissenschaft, deren Werth von der Form der Darstellung durchaus unabhängig, nur durch die industrielle Anwendung derselben bedingt wird, und solche Erfindungen bilden den Gegenstand des technischen Eigenthums, welches, in neuerer Zeit von großer materieller Wichtigkeit, gleichwohl noch ohne alle wissenschaftliche Bearbeitung geblieben ist. Da nun solche Erfindungen in keinem Staate auf den Grund des dem Erfinder daran zuständigen Eigenthumsrechtes, sondern im günstigsten Falle wegen des öffentlichen Nutzens, in derselben Weise, wie vor Zeiten das literarisch-artistische Eigenthum durch Privilegien, durch Patente, auf eine gemessene Reihe von Jahren geschützt zu werden pflegen, so genügt es hier, auf die eigentliche Natur dieses Rechtes hingewiesen zu haben.

Was hingegen die Erzeugnisse der Literatur und Kunst anlangt, so werden dieselben sowohl gemeinrechtlich, als in Gemäßheit der verschiedenen Particulargesetzgebungen, ohne einige Ausnahme als Gegenstände des literarisch-artistischen Eigenthums anerkannt, sofern nur entweder der Autor oder Herausgeber oder Verleger derselben genannt sind⁶⁾. Im Uebrigen macht es keinen Unterschied, ob dieselben von dem Autor bereits veröffentlicht sind oder nicht, und es werden in den Particulargesetzten Manuscripte aller Art, Predigten und mündliche Lehrvorträge, in Beziehung auf welche in früherer Zeit oftmals Zweifel erhoben worden waren, ausdrücklich als Gegenstände dieses Rechtes genannt⁷⁾. Daß auch Briefe zu den Gegenständen gehören, welche nicht ohne ausdrückliche Zustimmung der Verfasser veröffentlicht werden dürfen, folgt in Preußen aus dem allgemeinen Verbote des Drucks von Manuscripten aller Art und ist in Sachsen durch gleichförmige Entscheidung aller Instanzen der Justiz anerkannt worden⁸⁾.

Singuläre Rechte werden den Verfassern solcher Werke, die in einer fremden Sprache geschrieben sind, durch das großherzoglich-hessische Gesetz vom 23. September 1830 Art. 4. und durch die Gesetze von Preußen und Weimar beigelegt. Nach beiden Gesetzgebungen werden teutsche

6) Babilches Landrecht §. 577, d. g. Bundesbeschluß vom 9. Nov. 1837, Art. 2. Bayerisches Gesetz, den Schutz des Eigenthums an Erzeugnissen der Literatur und Kunst gegen Veröffentlichung, Nachbildung und Nachdruck betr., vom 15. April 1840, Art. II. Preussisches Gesetz zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaften und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung vom 11. Juni 1837, §. 7. Weimarsches Gesetz unter gleicher Rubrik vom 11. Jan. 1839, §. 7.

7) B. G. Art. 1. Großherzogl. hessisches Gesetz vom 23. Sept. 1830, Art. 1. Preuß. und weimar. Ges. §. 3. Herzogl. sächs.-meiningische Verordn. v. 7. Mai 1829, Art. 5.

8) Vgl. Allg. Preßzeitung v. Jahre 1840, Nr. 67 u. 77 fig. Das russische Gesetz vom 20. Jan. 1830 ist das einzige, welches den Druck von Privatbriefen ausdrücklich von der Einwilligung des Absenders und Empfängers abhängig macht.

Uebersetzungen solcher Werke, die in einer todten Sprache geschrieben sind, für Nachdruck erklärt werden, sofern sie ohne Genehmigung des Verfassers erscheinen, doch werden dieselben nach dem hessischen Gesetze freigegeben, wenn nicht Verfasser oder Verleger sich selbst dazu bereit erklären, oder solche länger, als zwei Jahre verzögern. Die Verfasser von Büchern in lebenden Sprachen sind nach dem preussischen und weimarischen Gesetze ausschließlich berechtigt, innerhalb der ersten zwei Jahre nach dem Erscheinen Uebersetzungen dieser Werke zu veranstalten, sofern sie dieses Recht bei Herausgabe des Originals sich ausdrücklich vorbehalten ⁹⁾. In Sachsen sollen neue Uebersetzungen nicht eingezeichnet oder privilegirt werden, wenn sie sich von den früheren nicht wesentlich unterscheiden ¹⁰⁾.

Es gehören hieher auch diejenigen Rechte, welche den Verfassern literarisch-artistischer Werke auf besondere Arten der Benutzung zuständig sind, und welche in neuester Zeit auch in Deutschland ausdrücklich gesetzliche Anerkennung gefunden haben. Schon seit dem 19. Jan. 1791 war in Frankreich durch königl. Decret bestimmt, daß kein Theater das Recht habe, das Stück eines lebenden Autors ohne dessen ausdrückliche und formelle Einwilligung zur Aufführung zu bringen, es mochte dasselbe bereits durch den Druck oder auf andere Weise veröffentlicht sein oder nicht; es mußte jedoch nach dem Decrete vom 30. Aug. 1792 das Recht der Vorstellung, dem Verleger gegenüber, ausdrücklich vorbehalten werden. Nach mehrfachem Wechsel der Gesetze wurden durch das Decret vom 8. Juni 1806 die Rechte der Autoren, welche bereits durch das Gesetz vom 19. Juli 1793 auch auf die Componisten übertragen worden waren, bestätigt, das Verbot der Aufführung erneuert und die Bestimmung des Honorars der freien Uebereinkunft derselben mit den Theaterunternehmern überlassen. In Deutschland wurde zwar das gleiche Bedürfnis empfunden, allein es blieb unberücksichtigt, bis gelegentlich der Verhandlungen, welche dem Bundesbeschluß von 1837 vorausgingen, auch in dieser Beziehung Wünsche laut wurden und schon damals künftigen Beschluß vorbehalten wurden. Dieser ist nun am 22. April 1841 beinahe wörtlich übereinstimmend mit den Vorschriften, welche in den Gesetzen von Preußen und Weimar §. 32 bis 34 enthalten sind, gefaßt und seitdem in den meisten deutschen Staaten publicirt worden. Die im deutschen Bunde vereinigten Regierungen werden hiernach zum Schutze der inländischen Verfasser musicalischer Compositionen und dramatischer Werke gegen unbefugte Aufführung und Darstellung derselben im Umfange des Bundesgebietes folgende Bestimmungen zur Anwendung bringen.

1) Die öffentliche Aufführung eines dramatischen oder musicalischen Werkes im Ganzen oder mit Abkürzungen darf nur mit Erlaubniß des Autors, seiner Erben oder sonstigen Rechtsnachfolger stattfinden, so lange das Werk nicht durch den Druck veröffentlicht worden ist.

9) P. G. §. 5. W. G. ibid.

10) Rescript vom 25. Mai 1781, §. 4.

2) Dieses ausschließende Recht des Autors, seiner Erben und sonstigen Rechtsnachfolger soll wenigstens während zehn Jahren von der ersten rechtmäßigen Aufführung des Werkes an in sämtlichen Bundesstaaten anerkannt und geschützt werden. Hat jedoch der Autor die Aufführung seines Werkes irgend Jemandem, ohne Nennung seines Familiennamens oder offenkundigen Autor = Namens, gestattet, so findet auch gegen Andere kein ausschließendes Recht statt.

3) Dem Autor oder dessen Rechtsnachfolgern steht gegen Jeden, welcher dessen ausschließliches Recht durch öffentliche Aufführung eines noch nicht gedruckten dramatischen oder musicalischen Werkes beeinträchtigt, Anspruch auf Entschädigung zu.

4) Die Bestimmung dieser letzteren und der Art, wie dieselbe gesichert und verwirklicht werden soll, sowie die Festsetzung der etwa noch neben dem Schadenersatz zu leistenden Geldbußen, bleibt den Landesgesetzen vorbehalten; stets ist jedoch der ganze Betrag der Einnahme von jeder unbefugten Aufführung, ohne Abzug der auf dieselbe verwendeten Kosten und ohne Unterschied, ob das Stück allein oder in Verbindung mit einem anderen den Gegenstand der Aufführung ausgemacht hat, in Beschlag zu nehmen.

In Preußen und Weimar ist die Dauer dieses Schutzes bis zu zehn Jahren nach dem Tode des Autors erweitert, die Geldbuße auf zehn bis hundert Thaler oder, wenn sich eine stehende Bühne der unbefugten Aufführung schuldig macht, auf Confiscation der ganzen Einnahme normirt. Von der Strafe fallen zwei Drittheile dem Autor oder seinem Rechtsnachfolger, ein Drittheil der Dtsarmencasse zu.

III. Was die Dauer des literarisch-artistischen Rechtes anbelangt, so ist bereits oben die Bemerkung gemacht worden, daß in der Sache selbst kein Grund liegt, eine beschränkte Dauer desselben anzunehmen und daß vielmehr überall, wo das literarische Recht als Eigenthum anerkannt ist, mithin namentlich auch in den deutschen Staaten, wo der Bundesbeschluß von 1837 ohne weitere Bemerkung publicirt worden ist, vorausgesetzt werden muß, daß das literarisch-artistische Eigenthum ebenso wie jedes andere Eigenthum von unbeschränkter Dauer sei. Ausdrücklich anerkannt ist dies in Sachsen, in Braunschweig und Hannover.

Der Bundesbeschluß von 1837 Art. 2. setzt, wie oben erwähnt worden, für alle literarisch-artistischen Productionen ein Minimum der Dauer von 10 Jahren nach dem Erscheinen fest und erstreckt diesen Schutz auch auf alle Werke, die 20 Jahre vor der Publication desselben erschienen sind. Diese Disposition ist von sehr verschiedenem Werthe, je nachdem unter dem Erscheinen, von dem die Schutzfrist gerechnet werden soll, nur das erste oder jedes neue Erscheinen verstanden wird. Dem ersten Sinne gemäß haben es alle diejenigen verstanden, welche nicht schnell genug über die vor 1817 zu erst erschienenen Werke herfallen konnten, um davon neue Abdrücke zu veranstalten; das zweite Verständniß allein ist den Worten, den Motiven und der Praxis des Bundestages gemäß. Den Worten gemäß, weil jede neue Ausgabe sowohl im gemeinen Leben, als von den Buchhändlern selbst als Erscheinen bezeichnet wird, wie denn

namentlich im Meßkataloge unter den „erschienenen Büchern“ nicht bloß die zuerst erschienenen, sondern auch die neuen Auflagen, im Gegensatz zu den künftig erscheinenden Werken, zusammengefaßt werden. Wo aber das Gesetz nicht unterscheidet, da ist auch bei der Anwendung nicht zu unterscheiden. Hierzu kommt, daß die Motiven des Bundesbeschlusses, soweit dieselben mitgetheilt sind, dasselbe Resultat ergeben. Im 3. Art. wird nämlich eine bundesgesetzliche Verlängerung der Minimalfrist für solche Werke in Aussicht gestellt, „die mit bedeutenden Vorauslagen verbunden sind,“ und die Vorauslagen müssen daher als das wesentliche Motiv des dem Schriftstellerischen Eigenthume zugestandenen Schutzes angesehen werden. Diese Vorauslagen aber sind bei jeder neuen Ausgabe ganz dieselben und höchstens pflegte sonst das Honorar geringer zu sein, allein in neuerer Zeit ist dasselbe mit der Zahl der Ausgaben sogar gestiegen und können dafür die Ausgaben sämtlicher deutschen Classiker als Beispiele gelten. Das Motiv findet daher bei jeder neuen Ausgabe Anwendung, und unmöglich kann denselben der gleiche Schutz versagt werden.

Entscheidend ist aber, daß auch der Bundestag selbst den Beschluß keineswegs von dem ersten Erscheinen verstanden, sondern nach einer constanten Praxis auf solche Werke angewendet hat, die bereits lange vor 1817 zuerst erschienen waren. Es ist nämlich die im Art. 3. zugesagte Ausdehnung des bundesmäßigen Schutzes bis auf höchstens 20 Jahre an die ausdrückliche Bedingung geknüpft, daß die betreffende Regierung innerhalb drei Jahren nach dem Erscheinen bei dem Bundestage darauf anträgt. Diese Verlängerung nun ist bis jetzt nur viermal bewilligt worden. Durch Beschluß vom 23. November 1838 für Schiller's Werke; durch Beschluß vom 4. April 1840 für die in der Cotta'schen Buchhandlung in den Jahren 1836 und 1837 erschienene neue Ausgabe von Goethe's Werken in 2 Bänden; durch Beschluß vom 22. October 1840 für die Werke von Jean Paul Friedrich Richter und durch Beschluß vom 11. Februar 1841 für Wieland's Werke. Bei Weitem die meisten dieser Werke sind vor 1817, und namentlich die von Schiller und Wieland, sämmtlich ohne einige Ausnahme vor diesem Jahre zuerst, von allen aber sind innerhalb der drei Jahre vor Ertheilung des Bundesprivilegiums neue Ausgaben erschienen, und könnte irgend ein Zweifel in dieser Beziehung übrig bleiben, so würde derselbe durch die Namhaftmachung der zweibändigen Ausgabe von Goethe's Werken gehoben. Da nun mit diesen Bewilligungen die beschränkende Auslegung des Bundesbeschlusses auf das erste Erscheinen ganz unvereinbar ist, auch die Gewohnheit der süddeutschen Staaten, für jede neue Ausgabe neue Privilegien zu gewähren, die entgegengesetzte Ansicht unterstützt, so leuchtet ein, daß der Bundesbeschluß dem literarisch-artistischen Eigenthume hinsichtlich der Dauer den ausgedehntesten Schutz gewährt, der nur von dem sogenannten ewigen Verlagsrechte übertroffen wird.

Auch das württembergische Gesetz vom 17. October 1838 hat die Fassung des Bundesbeschlusses beibehalten, und irren wir nicht, so ist auf Württembergs Antrag das Bundesprivilegium für Schiller's Werke ertheilt worden; es kann mithin auch Württemberg sich der Verpflichtung

nicht entziehen, für die Vergänglichkeit allen Werken, die vom 1. Januar 1817 bis zum 31. December 1836 in neuen Ausgaben erschienen sind, und, was die Zukunft anlangt, jeder neuen Ausgabe den bundesgesetzlichen zehnjährigen Schutz zu gewähren. Mit der einfachen Publication der Bundesbeschlüsse von 1832 und 1837 haben sich ferner begnügt: Holstein, Luxemburg, Mecklenburg-Schwerin¹¹⁾, Mecklenburg-Strelitz, Oldenburg, Schwarzburg-Sondershausen, Hohenzollern-Hechingen, Liechtenstein, Waldeck, die reußischen Lande älterer Linie, Schaumburg-Lippe, Hessen-Homburg, Bremen, Frankfurt und Hamburg, welches schon früher der einzige Staat war, welcher die Erzeugnisse der Literatur bis 10 Jahre nach dem Erscheinen schützte¹²⁾, wogegen die übrigen hier genannten Staaten das Privilegiensystem befolgten.

Wesentlich verschieden gestaltet sich das Recht des literarisch-artistischen Eigenthums in den Ländern, welche die Schutzfrist nicht nach dem Erscheinen eines Werkes, sondern in rationeller Weise nach dem Tode des Autors berechnen, und es gehören dazu alle die, welche besondere Gesetzgebungen besitzen. Inzwischen entsteht oder wird eine große Verwirrung dann entstehen, wenn diese scheinbar langen Fristen ablaufen und hernach gleichwohl, dem Bundesbeschlusse gemäß, die neuen Ausgaben für zehn Jahre nach dem Erscheinen geschützt werden müssen.

Bis zum Tode des Verfassers schützen Baden¹³⁾, Oesterreich¹⁴⁾ und Nassau¹⁵⁾; bis ein Jahr nach dessen Tode Hohenzollern-Sigmaringen.

Im Großherzogthum Hessen¹⁶⁾, welches im Allgemeinen bis zehn Jahre nach dem Tode des Verfassers und wenigstens funfzehn Jahre nach dem Erscheinen schützt, ist außerdem vorgeschrieben, daß, wenn ein Werk, welches unter dem Schutze der Gesetze steht, vergriffen ist und die Berechtigten erklären, von ihrem ausschließenden Verlagsrechte keinen weiteren Gebrauch machen zu wollen, die Schrift alsdann dem Gemeingut verfällt, und die Vervielfältigung derselben, welche dann Jedem freisteht, nicht als Nachdruck anzusehen ist. Dasselbe gilt von Werken, welche vergriffen sind, wenn nach dem Tode des Verfassers weder die Rechtsnachfolger desselben, noch der rechtmäßige Verleger oder dessen Rechtsnachfolger auf Aufforderung eines Dritten innen drei Jahren eine neue Auflage veranstalten, wo dann Jedermann zur Vervielfältigung berechtigt ist.

Bis zehn Jahre nach dem Tode des Verfassers stehen die Werke desselben zu Gunsten der Erben in Kurhessen¹⁷⁾ und Lübeck¹⁸⁾ unter dem Schutze der Gesetze; Kinder, nicht aber Enkel und andere Erben, schützt Anhalt-Deßau¹⁹⁾.

11) Verordn. v. 14. Oct. 1832.

12) Verordn. v. 4. Juni 1828.

13) Landrecht §. 577, d. h.

14) A. B. Gesetzbuch §. 1779.

15) Gesetz vom 5. Mai 1814.

16) Gesetz vom 23. Sept. 1830.

17) Verordnung vom 16. März 1829.

18) Verordnung vom 28. Nov. 1829.

19) Verordnung vom 15. Nov. 1827, §. 3.

Im Herzogthume Sachsen-Weiningen-Hildburghausen findet der Schutz gegen den Nachdruck während der Lebensdauer des Erfinders oder Verfassers und noch 20 Jahre nach dem Tode desselben statt ²⁰⁾. Diese Bestimmung soll inzwischen keine Anwendung leiden auf Werke der alten und überhaupt solcher Schriftsteller, seit deren Tode mehr als 20 Jahre verstrichen sind. Diese Bestimmung erleidet jedoch eine Modification durch das zehnjährige Minimum des Bundesbeschlusses für die innerhalb der letzten 20 Jahre vor dessen Publication erschienenen Schriften, da bei dessen Publication die Verordnung von 1829 nur in so weit aufrecht erhalten worden ist, als dieselbe nicht durch den Bundesbeschluß abgeändert wird, wie denn auch Weiningen noch neuerdings seine Zustimmung zu dem Schutze der Wieland'schen Schriften auf 20 Jahre ertheilt hat, obgleich derselbe seit länger als 20 Jahren todt ist.

Die Gesetze von Bayern, Preußen und Weimar unterscheiden in den Bestimmungen über die Schutzfrist des literarisch-artistischen Eigenthums, und es gewähren das preussische und weimarsche Gesetz 15 Jahre, das bayerische 30 Jahre, von der ersten Herausgabe an gerechnet, den Verlegern anonymer oder pseudonymer Schriften; wenn jedoch innerhalb dieser Frist der Name des Verfassers von ihm selbst oder seinen Erben vermittelt einer neuen Auflage oder eines neuen Titelblatts bekannt gemacht wird, so treten beide in ihre vollen Rechte ein ²¹⁾.

Ebenfalls bis dreißig Jahre nach dem Erscheinen sollen nach dem bayerischen Gesetze die Schriften, welche erst nach dem Tode ihres Verfassers herausgegeben werden, und nach den Gesetzgebungen aller drei Staaten insonderheit auch solche Werke Schutz genießen, die von juristischen Personen oder erlaubten Vereinen herausgegeben werden, und soll diese Frist bei Werken aus mehreren, eine einzige Aufgabe behandelnden Bänden vom Erscheinen des letzten Bandes, sofern nicht zwischen dem Erscheinen ein dreijähriger Zeitraum verstrichen ist, bei Sammlungen unzusammenhängender Aufsätze vom Erscheinen jedes Bandes an gerechnet werden.

Alle übrigen Schriften und in Preußen auch die posthumen werden in allen drei Ländern bis dreißig Jahre nach dem Tode des Verfassers geschützt ²²⁾.

Hinsichtlich des artistischen Eigenthums treffen die Gesetzgebungen von Preußen und Weimar §. 26 folgende singuläre Bestimmungen, welche sonst nicht vorkommen. Es unterscheiden dieselben nämlich, ob die Originale sich noch im Besitze des Künstlers oder seiner Erben befinden, oder ob solche veräußert worden sind. Im ersten Falle gehört denselben das Recht der Vervielfältigung unbedingt; im zweiten Falle geht das ausschließliche Recht gänzlich verloren, wenn der Künstler oder seine Erben sich des Kunstwerks entäußern, ehe noch ein Anfang mit der Ver-

20) Landesherrliche Verordnung vom 7. Mai 1829.

21) Pr. Gesetz §. 7. Weimarsches Gesetz *ibid.*

22) B. Ges. Art. III. Pr. Ges. §. 6, 6. B. Ges. *ibid.*

vielfältigung gemacht und nicht eine besondere Verabredung deshalb getroffen worden ist. Wosfern aber der Künstler oder dessen Erben sich das Recht ausdrücklich vorbehalten oder solches ausdrücklich auf den Erwerber übertragen und hierüber gleichzeitig mit der Veräußerung eine Verabredung in glaubhafter Form treffen, von welcher das Curatorium der Künste in Kenntniß zu setzen ist, soll das ausschließliche Recht auf Vielfältigung und Schutz gegen Nachbildung zehn Jahre lang anerkannt werden.

Eine Ausdehnung der gesetzlichen Schutzfrist wird dem König durch das bayerische Gesetz Art. 4. vorbehalten, und was die in den verschiedenen Staaten bei Publication der Gesetze bereits existirenden literarischen und artistischen Erzeugnisse anbetrifft, so verordnen sämtliche Gesetze gleichmäßig, daß dieselben auch zu Gunsten derselben Anwendung leiden sollen, sie lassen hingegen den Inhabern älterer Privilegien die Wahl, bei denselben stehen zu bleiben, und wo das Gesetz die frühere bestandene Schutzfrist abkürzt, unterliegt es keinem Zweifel, daß dasselbe auf bereits erworbene Rechte keine rückwirkende Kraft äußert, so fern dieß nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist²³⁾.

IV. Rechtsmittel und Verfahren. Das literarisch=artistisch=technische Eigenthum kann wie jedes andere Eigenthum verletzt werden, und dem Eigenthümer einer wissenschaftlichen, artistischen und technischen Erfindung muß sowohl die vindication seines Eigenthums, als die publicianische Klage gegen den Nicht= oder Minderberechtigten zustehen. Und dieß nicht bloß an dem rein körperlichen Gegenstand, dem Manuscript, der Zeichnung, der Partitur, welche nur die Gefäße und Träger des Inhalts sind, sondern auch an dem wesentlichen Gegenstande, dem in bestimmter Form sinnlich wahrnehmbar dargestellten Gedanken. Wer möchte bezweifeln, daß ein Autor, ein Componist, ein Erfinder berechtigt ist, einen Satz, eine Melodie, eine neue Verfahrungsweise, sobald er dieselbe nur als das Erzeugniß seines Geistes erweislich machen kann, von demjenigen, welcher sich derselben anmaßt, — nicht zurückzufordern, dieß schließt die Natur des Gegenstandes aus, — wohl aber als seinen Gedanken, seine Melodie, seine Erfindung mittelst der Eigenthumsklage in Anspruch zu nehmen und den, welcher sich derselben widerrechtlich anmaßt, zwingen kann, dieselben als sein Eigenthum anzuerkennen und sich des materiellen Gebrauchs derselben zu enthalten? Mehr erzwingt im Wesentlichen auch der vindicant eines Grundstücks nicht, welcher den unbefugten Bebauer davon vertreibt; denn das Grundstück bleibt liegen, wo es liegt, auch kann die Thatsache der widerrechtlichen Benutzung nicht ungeschehen gemacht und eben so wenig der Vertriebene gehindert werden, die Erfahrungen, die er etwa bei seinem ungerechten Vornehmen gemacht hat, bei anderen Grundstücken in Anwendung zu bringen. Solche Vortheile gehören zu den Merkmalen des verschwundenen Zustandes, wo es noch kein Eigenthum gab, und wo alle Güter gemeinschaftlich waren, eine Erscheinung,

23) Allg. Preßzeit. 1841, Nr. 1—6 und Nr. 86.

welche zuerst Götschel²⁴⁾ in das Auge gefaßt und zur Grundlage der interessantesten Beobachtungen benutzt hat.

Es kann eben so wenig bezweifelt werden, daß es auch Fälle geben kann, wo ein Mehrberechtigter dem Minderberechtigten gegenüber steht und der publicianischen Klage sich bedienen kann. So z. B. wenn der Verfasser eine Schrift einem Schreiber für einen Dritten in die Feder dictirt, wo dieser Dritte offenbar berechtigt sein würde, dem Schreiber die Annäherung des Eigenthums zu wehren, oder auch wenn der Spieler einer muscalschen Composition sich eines Eigenthumsrechtes, dem Verleger gegenüber, anmaßen würde.

Alein obgleich noch in neuester Zeit in Edinburg ein Duell zwischen zwei Gelehrten wegen der Priorität eines mathematischen Satzes stattgefunden hat, so kommen doch Streitigkeiten über das literarische Proprietätsrecht oder über das Autortrecht im engeren Sinne sehr selten vor, und sind um so häufiger über Eingriffe in das Veräußerungsrecht. Nicht als ob jene ungerügt blieben, denn es gehören dahin die unzähligen Klagen über Plagiate, eine Art des Eingriffs in das schriftstellerische Eigenthum, wovon eine nicht geringe Anzahl sogenannter Schriftsteller mit ihren ebenbürtigen Verlegern fast ausschließlich existirt; allein die Gerichte haben für diese Verletzung noch keine Ohren, und zum Theil enthalten allerdings auch die Gesetze so mangelhafte Bestimmungen darüber, daß öffentliche Bloßstellung das einzige Mittel ist, zu welchem die Verletzten zu greifen genöthigt sind.

Bedeutender sind dagegen die Eingriffe in das nutzbare Eigenthum der Autoren, welche durch unbefugte Vervielfältigung ihrer Werke, auf mechanischem Wege, durch den Druck, den Kupferstich, den Stahlstich, Holzschnitt, Lithographie und wie sonst immer zu geschehen und unter dem allgemeinen Namen des Nachdrucks zusammengefaßt zu werden pflegen, obgleich dazu auch Nachstich, Nachbildung, Nachformung, Nachguß und in neuester Zeit sogar die Abformung auf galvanoplastischem Wege gerechnet werden müssen.

Vervielfältigung literarischer Erzeugnisse aller Art, sowie der Werke der Kunst auf mechanischem Wege, ohne Zustimmung des Autors oder seiner Rechtsnachfolger, bezeichnet der Bundesbeschluß als verbotenen Nachdruck, und mit dieser Bezeichnung stimmen auch die übrigen Gesetzgebungen und namentlich die von Preußen und Weimar im Wesentlichen überein²⁵⁾.

Das coburg-gothaische, großherzoglich hessische und sachsen-meiningische Gesetz²⁶⁾ verbieten überhaupt jede Vervielfältigung, welche ohne die Einwilligung der Autoren und derer, welche von ihnen das Recht der öffentlichen Bekanntmachung und Veräußerung erlangt haben, oder deren Rechtsnachfolger geschieht, so auch das sächsische, welches nur noch die nähere

24) Zerstreute Blätter aus den Hand- und Hülfssacten eines Juristen, erster Theil, S. 276 fg.

25) P. G. §. 2. B. Ges. ibid.

26) S. G. G. Gesetz §. 2. S. P. G. Art. 1. S. s.-m. Verordn. §. 2.

Bestimmung hinzüfugt, daß die Reproduction als Nachdruck nicht zu betrachten sein soll, wenn dieselbe als ein neues Geistesproduct anzusehen ist²⁷⁾. In dem bayerischen Gesetze wird bestimmt, daß jede Veröffentlichung ohne Zustimmung des Autors, seiner Erben und Rechtsnachfolger, jede Nachbildung, ohne daß ein solches Erzeugniß zu eigentümlicher Form umgearbeitet worden ist, und jedeervielfältigung auf mechanischem Wege verboten sein soll.

Auszüge sind ausdrücklich verboten in Coburg-Gotha, soweit sie Chrestomathien und Anthologien überschreiten, im Großherzogthum Hessen, soweit sie als besondere Schriften ausgegeben werden; in Sachsen und in Sachsen-Meiningen²⁸⁾ unbedingt; in Bayern jedoch nur in so weit, als dieselben nicht unter der oberrwähnten Ausnahme begriffen sind oder in öffentlichen Blättern erscheinen²⁹⁾.

Auch sollen als Nachdruck nicht angesehen werden.

1) nach dem meiningenschen Gesetze die Aufnahme von einzelnen Stellen und kleineren Stücken eines größeren Werkes in größere Sammlungen, Chrestomathien, Anthologien und dergleichen;

2) nach dem bayerischen Gesetze die Nachbildung von Werken der Baukunst und öffentlichen Denkmälern in ihren äußeren Umrißsen, vorbehältlich der Zustimmung derjenigen, deren Eigenthum zu diesem Zweck betreten werden muß;

3) die Veröffentlichung von Druckschriften, auf denen weder der Name des Verfassers, noch des Verlegers angegeben ist;

4) die Aufnahme früher gedruckter Aufsätze und Gedichte, Zeitschriften, Sammlungen und Chrestomathien;

5) Der Abdruck von Gedichten, Aufsätzen und Abhandlungen in öffentlichen Blättern;

endlich nach den Gesetzen von Preußen und Weimar:

a) das wörtliche Anführen einzelner Stellen eines bereits gedruckten Werkes;

b) die Aufnahme einzelner Aufsätze und Gedichte u. s. w. in kritische und literar-historische Werke und in Sammlungen zum Schulgebrauch;

c) die Herausgabe von Uebersetzungen bereits gedruckter Werke, außer in den oben namhaft gemachten Fällen.

Der Abdruck einer größeren Anzahl von Exemplaren, als zu welchen der Verleger vermöge des Verlagscontractes berechtigt ist, wird durch das bayerische Gesetz³⁰⁾ und die Veranstaltung unberechtigter Ausgaben vom Verleger oder auch vom Autor wird im coburg-gothaischen Gesetze ausdrücklich als Nachdruck bezeichnet, wogegen in der meiningenschen Verordnung³¹⁾ dieser Fall sowohl, als derjenige, wo der Verleger

27) R. sächs. Erläuter.-Mandat v. 7. Mai 1831, §. 3.

28) Gef. v. 23. Sept. 1830, Art. 5. R. sächs. Rescript v. 25. Mai 1781, §. 3. Verordn. v. 7. Mai 1829, Art. 3.

29) Gef. v. 1840, Art. 2.

30) Art. 1.

31) Art. 5.

ohne Zustimmung des Autors eine neue Auflage veranstaltet, den Nachdrucksfällen nicht zugerechnet wird, sondern blos eine Entschädigungspflicht begründet; hingegen soll der neue Verleger, welcher wissentlich bestehenden klaren Verlagsrechten zuwiderhandelt, als Nachdrucker angesehen werden.

Es kann im Uebrigen nach Inhalt des Bundesbeschlusses von 1837, welcher alle und jede mechanische Vervielfältigung literarisch=artistischer Erzeugnisse von der Einwilligung des Autors, seiner Erben und Rechtsnachfolger abhängig macht, keinem Zweifel unterliegen, daß, wo nicht das positive Gesetz ein Anderes verordnet, keine Ausnahme von der allgemeinen Regel statthaft ist, und daß auch der theilweise Abdruck literarisch=artistischer Erzeugnisse für unerlaubt gehalten werden muß; ja es läßt sich nach bundesstaatsrechtlichen Grundsätzen bezweifeln, ob jene Ausnahmen, in so weit sie das Recht des Autors beschränken, während der zehnjährigen Schutzfrist, die als Minimum festgehalten wird, überhaupt für zulässig gehalten werden können.

V. Was die Bestrafung des Nachdrucks anbetriefft, so wird, vorbehaltlich der dem Eigenthümer zukommenden vollen Entschädigung und der in den Landesgesetzen verhängten besonderen Strafen, durch den Bundesbeschluß die Wegnahme der nachgedruckten Exemplare und bei Werken der Kunst auch noch die Beschlagnahme der zu Nachbildung gemachten Vorrichtungen, also der Formen, Platten, Steine u. s. w., unbedingt vorgeschrieben, und ist unter gleicher Verwarnung auch der Debit von Nachdrucken und Nachbildungen verboten.

Besondere Strafbestimmungen befinden sich nur in den bereits angezogenen Gesetzen. In Sachsen bestehen noch immer die Vorschriften des Mandats vom 27. Februar 1686 in Kraft³²⁾, wodurch der Nachdruck bei Vermeidung der Confiscation der Bücher, Sperrung der Gewölbe und nach Gelegenheit anderer schwerer Strafe verboten wird. Durch ein späteres Gesetz³³⁾ wird festgesetzt, daß die, welche Nachdrucke von Büchern, die von Autoren rechtmäßig erworben, oder privilegiert, oder in das Protocoll der Büchercommission, an dessen Stelle seit 1836³⁴⁾ das Bücherverzeichnis des Censurcollegiums getreten ist, eingezeichnet sind, fertigen oder einbringen, mit Confiscation und Wegnahme der eingebrachten Exemplarien bestraft oder, dafern solche nicht mehr zu erlangen, zur Erliegung des Werths davon angehalten; und hierüber noch in beiden Fällen zu einer Geldbuße von 50 Reichsthalern, wobon die Hälfte dem Fiscus, die andere Hälfte dem Verleger verfallen, angehalten werden sollen³⁵⁾.

32) Rescript vom 7. Juli 1798.

33) Mandat vom 18. Dec. 1773.

34) Preßpolizeiordnung v. 13. Oct. 1836, §. 35.

35) Obgleich durch das obgenannte Rescript vom 4. Juli 1798 ausdrücklich erklärt wird, daß zum Grunde des Verbotes des Nachdruckes hauptsächlich die rechtliche Erwerbung des Eigenthums an einem Buche genommen und die Schärfe der Ahndung mittelst der Confiscation vornehmlich auf den Eingriff in das vom Autor erworbene Eigenthum eines Verlegers und nur nebenher auf die Verletzung eines erlangten Privilegii gesetzt, hierin auch durch das neuere

Diejenigen, welche sich bei dem Verkaufe des Nachdrucks als Commissionsaires oder Unterhändler gebrauchen lassen, oder durch Verhehlung und sonst dabei Vorschub thun, sollen mit willkürlicher Strafe belegt werden.

Bei Weitem bestimmter und dem Vergehen entsprechender disponiren die neueren Gesetzgebungen.

So die mehr angezogene sachsen-meiningensche Verordnung von 1829³⁶⁾, welche vorschreibt, daß sowohl die im Lande gefertigten, als eingebrachten Nachdrucke confiscirt und zum Verkauf untauglich gemacht, der Verfertiger aber sowohl, als der Verkäufer des Nachdrucks mit einer Geldstrafe belegt werden sollen, welche dem doppelten Verkaufspreise der weggenommenen Bücher gleichkommt, jedoch nicht unter 100 und nicht über 1000 Thlr. ansteigen soll. Außerdem ist der Nachdrucker dem Verfasser und Verleger zu einer Entschädigung verbunden, welche dem Verkaufswerthe der ganzen Auflage des Nachdrucks gleichkommt und zur Hälfte dem Verfasser, zur Hälfte dem Verleger gehört.

Das coburg-gothaische Patent³⁷⁾ verordnet für Nachdruck und Nachdruckvertrieb Confiscation, Vernichtung und Schadenersatz. Der letztere soll nach dem Verhältniß des Werthes der rechtmäßigen Ausgabe bemessen und, wenn sich bei der Ermittlung Schwierigkeiten ergeben, dem Verkaufspreise von 500 Exemplaren der nachgedruckten Schrift gleichgesetzt werden. Außerdem tritt eine Geldstrafe von 10 bis 100 Thlr. und im Wiederholungsfalle Entziehung der Gewerbsbefugniß, auch nach Befinden die Strafe des Betrugs ein, wenn sich der Nachdrucker des Namens des Verfassers oder Verlegers bedient hat.

Das großherzoglich hessische Gesetz³⁸⁾ bestraft den Nachdrucker ebenfalls mit Confiscation und Vernichtung der nachgedruckten Exemplare, so wie der Platten oder Matrizen der nachgestochenen Gegenstände, in gleichen mit einer Geldbuße, welche dem Originalladenpreis von 100 bis 1000 Exemplaren gleichkommt. Der Schadenersatz an den Verleger soll ebenfalls dem Ladenpreis von 500 Exemplaren der Originalausgabe gleichkommen, außerdem aber dem Verfasser ein Honorar von fünfzehn Gulden für den Bogen, nach der Bogenzahl der rechtmäßigen Ausgabe, geleistet werden. Der Erweis größeren Schadens wird nachgelassen, er fällt ganz weg, wenn der Nachdrucker die Nichtexistenz beweisen kann, und bei Insufficienz geht der Schadenersatz der Strafe vor.

Wer mit Nachdruck handelt oder den Vertrieb befördert, soll neben Confiscation und Vernichtung mit einer Geldstrafe an Betrag von 40

Mandat keine Abänderung habe getroffen werden sollen, überdies durch das Mandat vom 17. Mai 1831 das Gesetz von 1773 ausdrücklich als zum Schutze der Verfasser und Verleger ertheilt bezeichnet wird, so ist doch neuerdings vom königl. sächs. Oberappellationsgerichte entschieden worden, daß die Strafbestimmungen des Mandates von 1773 nur zum Schutze der Verleger und nicht der Autoren, von welchen sie ihre Rechte als rechtlich erworben beweisen müssen, gegeben seien.

36) Art. 11 und 12.

37) §. 9—11.

38) Art. 11—13.

bis 200 Exemplaren der Originalausgabe bestraft werden; im Wiederholungsfalle tritt Entziehung der Gewerbsconcession ein.

Das bayerische Gesetz³⁹⁾ setzt, unter solidarischer Verpflichtung des Nachdruckers und des Verkäufers und unter Vorbehalt der sonst eintretenden strafgesetlichen Bestimmungen für den Fall der Nichtzahlungsfähigkeit, eine Geldstrafe von 50 bis 1000 Fl. fest; außerdem sollen die vorräthigen Exemplare mit Beschlag belegt und nach vorgängigem rechtskräftigen Erkenntniß confiscirt und vernichtet werden, sofern nicht der Beschädigte deren Ueberlassung, gegen Gewähr der erweislich verwendeten Auslagen, in Anspruch nimmt.

In solchen Fällen, wo die Vervielfältigung durch ein bleibendes ausschließlich zu diesem Zwecke brauchbares Mittel bewerkstelligt wird, soll auch die Beschlagnahme und Confiscation der zur Nachbildung gemachten Vorrichtungen, der Formen, der Platten, Steine u. s. w. erfolgen und damit wie mit den weggenommenen Exemplaren verfahren werden.

Der Betrag der Entschädigung ist nach allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen zu ermitteln; sofern jedoch die widerrechtliche Veröffentlichung durch Vervielfältigung auf mechanischem Wege geschehen ist, so soll, wenn der Berechtigte nicht einen höheren Schaden nachzuweisen vermag, der Betrag nach Beschaffenheit der Umstände auf eine dem Verkaufswerthe von 50 bis 1000 Exemplaren der Originalausgabe gleichkommende Summe gerichtlich festgesetzt werden.

In ähnlicher Weise wird nach den preussischen und weimarschen Gesetzen⁴⁰⁾ der Nachdrucker mit Confiscation der vorräthigen Exemplare und einer Geldstrafe von 50 bis 1000 Thlr. bedroht.

Bei Festsetzung der Entschädigung wird unterschieden, ob das Werk von dem Berechtigten bereits ausgegeben war oder nicht, und soll im ersten Falle die Entschädigung nach Höhe des Verkaufswertthes von 50 bis 1000 Exemplaren der rechtmäßigen Ausgabe, vorbehältlich des Erweises eines höheren Schadens, festgesetzt werden. Auch nach preussischem Rechte ist der Verkäufer, dessen Strafe nach denselben Grundsätzen bemessen wird, dem Beeinträchtigten solidarisch mit dem Nachdrucker zur Entschädigung gehalten, und auch hier sollen die confiscirten Exemplare der unrechtmäßigen Ausgabe vernichtet werden, wenn nicht der Beschädigte vorzieht, dieselben, gegen Ersatz des Aufwandes, zu übernehmen.

Aus den übereinstimmenden Vorschriften der sämtlichen Gesetzgebungen geht hervor, daß der Nachdruck von denselben als ein widerrechtlicher Eingriff in fremdes Eigenthum und mithin als ein wirkliches Vergehen angesehen wird, welches nach Ansicht des preussischen Gesetzes⁴¹⁾ vollendet ist, sobald Exemplare eines Buches vorgefunden werden, welche den Vorschriften des Gesetzes zuwider angefertigt worden sind. In völliger Konsequenz wird deshalb den Beschädigten außer der Klage auf Schadenersatz auch das Recht zugestanden, polizeiliche Einschreitung zu

39) Art. 6—8.

40) §. 10.

41) §. 14.

verlangen; es tritt jedoch in allen deutschen Ländern, mit alleiniger Ausnahme von Coburg-Gotha, Untersuchung und Bestrafung nur auf Instanz des Verletzten ein, wohingegen auf die einmal eingeleitete Untersuchung die Renunciation des Denuncianten ohne Einfluß bleibt. In Coburg-Gotha⁴²⁾ werden die Censurbehörden angewiesen, nicht nur den Druck solcher Schriften, welche sie für Nachdruck erkennen, ingleichen den Druck von Ankündigungen und Verkaufsanzeigen von Nachdruck nicht zu gestatten, sondern auch von allem zu ihrer Kenntniß kommenden Nachdruck- oder von Ankündigung verkäuflichen Nachdruck den Landesregierungen sofort Anzeige zu thun, damit von denselben die erforderlichen Vorkehrungen dagegen von Amtswegen getroffen werden können. Diese polizeiliche Einschreitung beschränkt sich in Sachsen⁴³⁾ auf die provisorische Beschlagnahme der Nachdrucke; in Bayern⁴⁴⁾ ist auf Antrag des Verletzten das Untersuchungsverfahren nach den allgemeinen, für das Verfahren der Polizeibehörden überhaupt geltenden Gesetzbestimmungen zu führen, und leiden insbesondere in den Kreisen diesseit des Rheines die hinsichtlich des Beweises von Vergehen stattfindenden Vorschriften des Strafgesetzbuches auf den Nachdruck Anwendung. Renunciation findet nach einmal angebrachter Anzeige nur in Rücksicht auf die Entschädigung statt.

Competent sind in den Provinzen diesseit des Rheines die Districts-Polizeibehörden in erster, die Kreisregierungen und standesherrlichen Justizkanzleien in zweiter und der Staatsrathauschuß in dritter Instanz, auch sind die Erkenntnisse, soweit der Mitglieder Zahl es zuläßt, in collegialer Form zu schöpfen. Jenseit des Rheines bilden die Friedensgerichte die erste, die Bezirksgerichte die zweite Instanz, und wo es die Formen des Processus gestatten, bleibt auch die Berufung auf den Cassationshof vorbehalten.

Auch in Preußen und Weimar⁴⁵⁾ ist die gerichtliche Untersuchung nur auf Antrag des Verletzten einzuleiten; es kann jedoch derselbe vom Autor gestellt werden, wenn derselbe ein vom Verleger verschiedenes Interesse hat, und dieser es unterläßt. Auch hier ist nach eingeleiteter Untersuchung keine Zurücknahme gestattet.

Eine singuläre Vorschrift, welche vom günstigsten Einflusse ist, findet sich im preussischen Gesetze⁴⁶⁾, welches verordnet, daß, wenn der Richter zweifelhaft eines unerlaubten Nachdrucks oder einer Nachbildung oder auch über den Betrag der festzusetzenden Entschädigung ungewiß ist, derselbe über diese Fragen das Gutachten eines Vereines von Sachverständigen einzuholen und auf den Grund dieses Gutachtens zu entscheiden hat. Zu diesem Ende sind bei dem Ministerium des Inneren aus Autoren, Künstlern, Kunstkennern, Buch-, Musikalien- und Kunsthandlern drei Vereine gebildet, und durch dieselben bereits mehrere der schwer-

42) §. 13.

43) Preßpolizeiverordn. v. 13. Oct. 1836.

44) Art. 4 und 5.

45) §. 15.

46) §. 17 und 31.

rigsten Fragen des literarisch-artistischen Rechts angeregt und auf das Befriedigendste gelöst worden.

Noch ist als eine Beschränkung des Schutzes, welcher den Erzeugnissen der Kunst und Wissenschaft durch die bestehenden Gesetzgebungen gewährt wird, zu erwähnen, daß zwar das bundesgesetzliche Minimum in Folge des Beschlusses vom 6. September 1832 den Unterthanen aller Bundesstaaten gewährt werden muß, die größeren Begünstigungen hingegen durch das bayerische Gesetz⁴⁷⁾ und durch das preussische Gesetz⁴⁸⁾ an die Bedingung gebunden sind, daß die in Bayern und Preussen erschienenen Werke im Auslande den gleichen Schutz genießen, weshalb die Reciprocität in jedem einzelnen Falle von dem Aufsuchenden erwiesen werden muß.

Sachsen-Weiningen erstreckt den Schutz seiner Verordnung nur auf solche Verfasser und Verleger, mit deren Landesregierungen Reciprocitätsverträge bestehen; auch das Königreich Sachsen und das Großherzogthum Hessen machen die Gewährung prompten Rechtsschutzes von dem Erweis der Gegenseitigkeit abhängig, und nur Weimar bezieht die Bedingung gegenseitigen Schutzes blos auf außereuropäische Staaten⁴⁹⁾. Es ist aber diese Bedingung um so wichtiger, als die Regierung von Württemberg einen Grund gegen längere Schutzfristen auf die irrige Voraussetzung baute, als ob dessen ungeachtet die württembergischen Verlagsartikel im Auslande den etwa dort stattfindenden Schutz zu genießen haben würden.

Es kann auch bei einem nur flüchtigen Ueberblicke Niemandem entgehen, wie mangelhaft ein so wichtiges Recht zur Zeit geschützt ist und welche Lücken auch die vollständigsten und besten Gesetze noch darbieten, obschon dies weniger die Schuld der Gesetzgeber, als die der Wissenschaft ist, welche dieses Feld fast ganz unangebaut gelassen hat.

VI. Ausländische Gesetzgebungen. Auch dürfte es kaum einen Trost gewähren, daß die ausländischen Gesetzgebungen größtentheils einen noch unvollkommeneren Schutz gewähren, als in Deutschland gefunden wird, oder doch bei größerer Bereitwilligkeit der Gerichtshöfe gefunden werden könnte.

Bei welchem die vorgeschrittenste ist die französische, die bis zum Jahre 1789 die unbeschränkte Dauer des literarischen Eigenthums anerkannte, dann dieselbe abschaffte und gegenwärtig die Erzeugnisse der Kunst und Literatur bis 20 Jahre nach dem Tode der Autoren gegen jede Art von Nachbildung schützt⁵⁰⁾. Längst ist jedoch die Unzulänglichkeit dieser Schutzfrist anerkannt, und nachdem dieser Gegenstand von mehreren Commissionen berathen worden ist, wurde noch vor Kurzem den Kammern ein Gesetzentwurf vorgelegt, welcher diese Frist zwar nur bis zum 30. Jahre nach des Urhebers Tode ausdehnt, sonst aber durch

47) Art. 12.

48) §. 38.

49) §. 38.

50) Decret vom 5. Febr. 1840.

seine Vollständigkeit und Consequenz so große Verdienste hatte, daß die Verwerfung desselben im Interesse des literarischen Rechtes im allgemeinen wahrhaft zu beklagen ist. Gleichen Schutz mit Frankreich gewährt auch das niederländische Gesetz⁵¹⁾, diesen jedoch ohne Erfolg für Belgiens eigene Literatur, welche durch die Begünstigung ausländischen Nachdrucks nach dem eigenen Beständnisse der Regierung zu keinem gedeihlichen Leben gelangt.

In England war früher, nach dem berühmten Ausspruche des Hauses der Lords von 1774 in Sachen Donaldson contra Becket, ebenfalls die beständige Dauer des literarischen Eigenthums anerkannt, allein es entbehrte des genügenden Schutzes, und dieser wurde durch das Statut vom Jahre VIII der Königin Anna (1710) dem Verlagsrechte auf 14 Jahre nach dem Erscheinen zugestanden, auch dieser Schutz im Jahre 1735⁵²⁾ auf die Production der Zeichnerkunst und des Kupferstichs ausgedehnt, so wie durch die wichtige Acte aus dem 54. Regierungsjahre Georg's III. ⁵³⁾ eine Verdoppelung dieser Frist und eine weitere Verlängerung bis zum Tode des Autors nachgelassen.

Diese Bestimmungen sind noch jetzt in Kraft, und ein Gesetzesvorschlag des Sergeant Palfour, welcher beabsichtigte, die Schutzfrist bis 60 Jahre nach dem Erscheinen auszudehnen, ist bereits zum vierten Male vom Parlamente verworfen, hingegen die Regierung durch ein Gesetz vom 31. Juli 1838 ermächtigt worden, Reciprocitätsverträge mit fremden Staaten wegen des Schutzes literarischer Erzeugnisse gegen den Nachdruck einzugehen.

Nordamerika hat in seinem Gesetze vom 3. Februar 1831 sich ganz den englischen Grundsätzen angeschlossen; allein auch dort ist bereits das Bedürfnis nach erweitertem Schutze und nach völkerrechtlicher Anerkennung des literarischen Eigenthums laut geworden.

In Norwegen und Schweden ist der Wiederabdruck literarischer Productionen gestattet, sobald 20 Jahre lang keine Originalausgabe erschienen ist; in Dänemark steht das literarische Eigenthum bereits seit dem Jahre 1741 unter dem Schutze des Gesetzes, welcher durch eine Verordnung vom 7. November 1828 auch auf ausländische Schriften, unter Voraussetzung der Gegenseitigkeit, so wie im Jahre 1838 auf Erzeugnisse der Kunst sich erstreckt. Rußland besitzt ein sehr wohl ausgearbeitetes Gesetz vom 7. Januar 1830, welches zugleich auf Landkarten, Tabellen und ähnliche Gegenstände, nicht aber auf die Productionen der Kunst Anwendung leidet. Die Schutzfrist dauert bis 25 Jahre nach dem Tode des Autors, und wird für eine neue Ausgabe, die innerhalb fünf Jahren vor Ablauf dieser Frist erscheint, noch um 10 Jahre verlängert. In Italien liegt die Gesetzgebung über das literarische Recht noch im Argen, doch enthält das Gesetzbuch des Königreichs beider Sicilien vom 1. September 1819 im 323. Art. des 4. Buches einige Strafbestimmungen gegen die Ver-

51) Gesetz vom 25. Januar 1817.

52) Statut vom Jahre VIII des Königs Georg II.

53) Acte vom 29. Juli 1814, Cap. 156.

lehungen des literarisch-artistischen Eigenthums. Eben so erkennt der sardinische Coder vom 20. Juni 1837 im 440. Artikel das Eigenthumsrecht der Verfasser an den Erzeugnissen ihres Geistes an, allein nach einem Patent vom 20. Februar 1826 existiren nur Privilegien für solche Werke, die der König derselben würdig achtet. Die Strenge der Censur, die gänzliche Absperrung fast aller italienischen Staaten gegen ausländische Literatur, so wie die Gestattung des Nachdrucks in den einzelnen Staaten haben inzwischen jeden bemerkbaren Einfluß dieser Bestimmungen auf die Literatur verhindert. Von um so größerer Wichtigkeit ist der Staatsvertrag zwischen Oesterreich und Sardinien vom 22. Mai 1840, dem später Toscana, der Kirchenstaat und Neapel beigetreten sind, und durch welchen Gegenseitigkeit der Anerkennung des literarisch-artistischen Eigenthums für einen Zeitraum von 30 Jahren nach dem Tode des Autors stipulirt wird.

Die Literatur dieses Theils der Wissenschaft ist mehr der Zahl, als dem Gehalte nach von Wichtigkeit; sie ist bis zum Jahre 1804 in Rössig's Handbuch des Buchhandelsrechts vollständig enthalten; die neuere wird in F. J. Weber's bibliographischem Jahrbuch so regelmäßig mitgetheilt, daß jede Wiederholung überflüssig sein würde. S.

Fahndung. Unter Fahndung¹⁾ versteht man alle Arten von Thätigkeit des Inquirenten, wodurch derselbe Subjecte oder Objecte einer verbrecherischen That auszuforschten und seiner gesetzlichen Verfügungsgewalt zu unterwerfen sucht.

Das Wort selbst ist zwar schon sehr lange in den Gerichtsgebrauch der süddeutschen Behörden übergegangen und hat auch nachweisbar eine gute sprachliche Wurzel²⁾; gleichwohl bedarf es der näheren Begründung für Norddeutschland, indem es dort noch keine officielle Gültigkeit erlangt hat.

Fahnden kommt von „fahen“ her, und da dieses letztere Wort so viel ist als „fassen, ergreifen,“ so bedeutet das erstere nichts Anderes,

1) Daß die Beibringung des Thäters zu den wichtigsten Strafprozeßhandlungen gehöre, wird wohl von keinem Sachkenner bezweifelt werden. Dennoch ist diese Lehre bisher nur stiefmütterlich behandelt worden, und es ist keine einzige Monographie darüber vorhanden. Stübel hat in seinem verdienstlichen Werke: das Criminalverfahren in deutschen Gerichten (Leipzig 1811), S. 1509—1661, noch das Ausführlichste gegeben; aber das Material ist leider unter einen unrichtigen Gesichtspunkt gebracht, indem als Hauptbegriff die Vorladung vorangestellt ist, „als diejenige Handlung des Richters, wodurch er bewirken will, daß Jemand in einer Prozeßsache, wegen einer gerichtlichen Handlung, vor Gericht erscheine.“ Der Steckbrief, die Hausfuchung und die Racheile passen aber gewiß nicht unter den Begriff der eigentlichen Vorladung, nämlich des unmittelbar insinuirten Erscheinungsbefehles.

2) Von fahen, fassen; nach v. Schmid, schwäbisches Wörterbuch (Stuttgart 1831), so viel, wie: auf eine Sache, auf einen Menschen ausgehen, um denselben habhaft zu werden. Im Latein. von ähnlicher Bedeutung: capessere. S. v. Jagemann, Handbuch der gerichtlichen Untersuchungskunde Bd. 1 (Frankfurt 1838), S. 60.

als: „sich bemühen, Anstalt treffen, um einen Gegenstand ergreifen (fahen) zu können.“ Fast alle Thätigkeit des Richters, in so weit sie sich über die Verhörstube hinaus erstreckt und in so weit sie nicht unmittelbare Wahrnehmung (Augenschein) ist, fällt mithin unter den Begriff der Fahndung, d. h. sie ist ein Streben, die verdächtigen oder angeklagten Personen aufzuspüren und dem Gerichtszwange zu unterwerfen³⁾, so wie auch Gegenstände, woran oder womit das Verbrechen verübt wurde, zu entdecken und herbeizuschaffen.

Ein anderes Wort, welches denselben Kreis von Amtshandlungen, denselben Umfang inquisitorischer Maßregeln gleich deutlich und bündig bezeichnet, ist in der hochteutschen Sprache nicht bekannt, und doch scheint viel damit gewonnen, wenn man in einem Worte ausdrücken kann, was man häufig in der Lage ist, *collectiv*⁴⁾ erwähnen zu müssen.

Es ergibt sich hieraus, daß auch die Criminalpolizei ganz oder theilweise, je nachdem man bloß die Nachforschungen des Inquirenten oder zugleich auch die feiner polizeilichen Hilfsbeamten darunter versteht, mit zur Fahndung⁵⁾ gehöre.

Im französischen oder Anklageprozeße beschränkt sich der Untersuchungsrichter⁶⁾ ganz einfach auf die ihm von der Staatsbehörde oder dem Angeklagten an Handen gegebenen Materialien und angeedeuteten Nachforschungen; wogegen der teutsche Untersuchungsrichter, dem Inquisitionsprincipe gemäß, selbst erwägen und auskundschaften muß⁷⁾, was irgend zum Criminalbeweise führen könnte. Sein Amt erfordert daher offenbar weit mehr selbstständiges Urtheil, weit mehr Combinationsgeist, ja auch eine tiefere Einsicht in das Wesen des Verbrechens im allgemeinen und im besonderen, als jenes des französischen Instructionsrichters; aber im Gefolge dieser Amtsverrichtungen stehen auch vielerlei Nachtheile, welche das Geschäft sehr verdrießlich machen können.

Während die französische *police judiciaires*⁸⁾ von den eigentlichen

3) Manche fragen auch das hierher Gehörige unter dem Titel: Maßregeln gegen den nicht anwesenden Angeschuldigten, oder: Mittel, um die Stellung eines Flüchtigten oder Abwesenden vor Gericht zu bewirken, vor; s. A begg, Lehrbuch des Criminalprozeßes (Königsberg 1833), §. 81—87. Zacharia, Grundlinien des Criminalprozeßes (Göttingen 1837), §. 105—111.

4) Wenn es auch gelingen möchte, ein anderes, alle Schritte zur Ergreifung der Personen umfassendes Wort aufzufinden, so wird doch keines, wie Fahndung, zugleich das Ausgehen auf Sachen bezeichnen.

5) Im weitesten Sinne wird auch die Auskundschaftung neuer Indicien und Zeugen dazu gezählt werden dürfen. — Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bb. 4, S. 619 flg.

6) Duverger, Manuel des juges d'instruction. (Paris 1839.) T. I. p. 228—336.

7) Martin, Lehrbuch des Criminalproz. (Heidelberg 1836), §. 54: Das (teutsche) peinliche Gericht ist stets zu einer positiven Thätigkeit verpflichtet, daher dasselbe in allem peinlichen Verfahren eigentlich allein als das nothwendig thätige Subject betrachtet werden kann.

8) v. Jagemann, Vorschläge zur Berichtigung der Ansichten über die Polizei; in Rau's Archiv der polit. Oekonomie und der Polizeiwissenschaft Bb. 3, S. 362—386, bes. S. 381.

Pollzei-*behörden*, denen nirgends feste Grenzen und unverrückbare Formen vorgezeichnet sind, ausgeübt wird, während also dort Beamte sind, die nicht nur präventiv, sondern auch repressiv gegen die Gesetzesübertretung mitwirken und das Meiste zur Entdeckung und Beschaffung der Ueberrückführungsmittel beitragen, während dort diese Behörden auch das gehässige Licht auf sich nehmen, welches gewaltsame Eingriffe in die Sphäre bürgerlicher Freiheit so leicht mit sich bringt, ist der teutsche Inquirent größtentheils ganz auf sein eigenes Ermessen und zugleich auf das Risiko gestellt, die Unzufriedenheit der Regierung oder des Publicums auf sich zu ziehen⁹⁾. Verhaftungen und Haussuchungen, und alle damit im Zusammenhang stehenden Maßregeln, darf nur er, der Inquirent, anordnen, und er muß daher meistens damit beginnen, womit die französische Polizei ihre vorbereitende Thätigkeit beendigt.

Je mehr daher das Wort Fahndung dem teutschen Idiom sich anschließt, um so passender dürfte es sein, damit die Verfolgungen zu bezeichnen, die der Untersuchungsrichter nach dem Inquisitionsprincip anzustellen hat. Einer festen Begründung dieser Lehre bedarf es gerade jetzt sehr nothwendig, weil die teutschen Untersuchungsrichter durch eine Masse moderner Gesetze, in welchen jeder, auch der leiseste Uebergriß über die zuerkannte Gewalt als ein neues Verbrechen, als ein Amtmißbrauch charakterisirt wird, wahrhaft eingeschüchtert sind¹⁰⁾. Früher wußte man nicht anders, als daß alle Verstöße gegen die Prozeßregeln nur mit Verweis oder Ordnungsstrafe im Disciplinarwege belegt wurden, und nur dann konnte eine Criminaluntersuchung gegen einen Staatsbeamten verhängt werden, wenn ihm eine entschiedene Böswilligkeit oder eigenmüßige Absicht nachgewiesen ward; jetzt ist es aber anders geworden: die neue teutsche Strafgesetzgebung erklärt jede Verletzung der bürgerlichen Freiheit, sei sie auch nur aus Unverständnis, Leichtsinne oder übertriebenem Eifer hervorgegangen, für ein Criminalverbrechen¹¹⁾, mithin für eine Handlung, die so gut, wie das

9) Man vgl. z. B. nyr das württembergische Strafgesetzbuch, Art. 428: Untersuchungsbeamte, welche ihren Amtspflichten zuwider eine ihnen obliegende Untersuchung nicht vornehmen, sollen mit dem Verluste der bürgerlichen Ehren- und der Dienstrechte, in leichteren Fällen mit Dienstentlassung bestraft werden, und Art. 430: Untersuchungsbeamte, welche aus grober Fahrlässigkeit ohne gesetzlichen Grund eine Verhaftung oder Haussuchung vornehmen, sind, auf Klage des Bethätigten, mit Geldstrafe von 15 bis 100 fl. zu belegen. — In welches schreckbare Dilemma kann man hier gerathen!

10) In einer Zeit, wo man so viel von Verwirklichung des Gerechtigkeitsprincipes reden hört, ist es unbegreiflich, wie man so ungerecht sein kann, dem Stande der Inquirenten die Fehler büßen zu lassen; die an dem teutschen Prozeßsysteme erkannt werden. Man bedroht jene mit Strafen, um diesem das kümmerliche Dasein zu fristen. S. v. Jagemann, über die Mittel zur Unterdrückung der Mißbräuche der Untersuchungsbeamten (Karlsruhe 1839), S. 44—48.

11) Im badischen Strafgesetzentwurfe waren die Strafen gegen den Untersuchungsrichter auf die Fälle gedroht, daß er „ohne gesetzlichen Grund Jemanden in Untersuchung ziehe, der Verhaftung oder Haussuchung unterwerfe

Verbrechen, mit dem sich der fehlende Inquirent gerade befaßte, so gut, wie jede Tödtung, Entwendung, Fälschung, Brandlegung oder Hochverrätherci, einen Anklagestand, ein peinliches Verhör und solennes Urtheil zur Folge haben muß.

In dieser Lage der Dinge wäre gewiß nichts wünschenswerther, als eine eben so präcise Redaction der Prozeßgesetze, die Aufstellung bestimmter Regeln, nach denen der mit Fahndungen beauftragte Richter zu verfahren hat. Aber gerade daran fehlt es zur Zeit noch überall; der Inquirent hat also nur in einem Punkte Sicherheit, nämlich darin, daß er wegen jeder Anklage eines Gewaltübergrißs zur Verantwortung gezogen, d. i. auf dieselbe Armesünderbank gesetzt werden kann, wo der Inquisit saß, der jetzt das gegen ihn eingehaltene Verfahren zu retorqueiren sucht¹²⁾; nach festen Hauptpunten und Normen aber, wonach dieses Verfahren einzurichten sei, sieht sich der Inquirent vergeblich um. Auf der anderen Seite muß der teutsche Untersuchungsrichter sich immer bewußt bleiben, wie umfangreich und empfindlich die ihm eingeräumten Verfolgungsmittel sind, und wie solchem Rechte nothwendig die Pflicht gegenübersteht, sich im Gebrauch der Mittel zu mäßigen und immer auf das durch die Umstände Gebotene zu beschränken: denn eine philosophische Anomalie bleibt es immer, daß Gewalt und zumal richterliche Gewalt gegen Personen angewendet wird, die man in diesem Zeitpunkte noch nicht als Verbrecher, mithin auch nicht als strafwürdig ansehen darf¹³⁾. Der Inquirent muß sich bei jedem seiner Schritte des Gedankens erwehren, daß das von ihm verfolgte Subject schuldig sei; denn dieß wäre, juristisch genommen, nichts Anderes, als ein Vorurtheil. Nur mit Verdächtigen, nicht mit Schuldigen¹⁴⁾, hat er es zu thun, und der Spruchrichter erst wird entscheiden, ob die Anschuldigung Grund habe oder nicht.

Ein Verdacht¹⁵⁾ ist es also, was begründet und bewiesen sein

(Art. 631, 632, 636). Die zweite Ständekammer zeigte nur die Absicht, hieran Etwas zum Besten der Beaugten zu ändern, und setzte an jener Stelle überall: ohne genügenden Grund. Dadurch ist aber die Sache offenbar noch schlimmer geworden: denn während nach dem ersten Vorschlage nur ein Streit über die Auslegung der wenigen vorhandenen Prozeßgesetze entstehen konnte, ist jetzt die Frage eine rein arbiträre geworden, und man ist ganz der Discretion der Gerichtshöfe preisgegeben.

12) Man muß nur immer bedenken, wie leicht ein criminell Verfolgter die Stellung des Richters verkennt und in ihm einen muthwilligen Feind, einen Diener des Terrorismus erblickt, gegen den er seinen Haß und seine Rache richtet.

13) Abegg, Beiträge zur Strafprozeßgesetzgebung (Neustadt a. d. Orla 1841), S. 64.

14) Dieß wurde historisch nachgewiesen von Mittermaier, das teutsche Strafverf. (Heidelb. 1839), Bd. 1, S. 32, bes. S. 155.

15) Weit verschieden davon ist ein Argwohn, eine Muthmaßung. Der Verdacht muß sich immer objectiv (aus Thatfachen) begründen lassen, der Argwohn aber hat seine Wurzel zunächst immer im Gemüthe, in der subjectiven Ansicht. Vgl. Eberhard, synonymisches Wörterbuch (Berlin 1821), Nr. 137.

muß, ehe der Untersuchungsrichter von jenen Maßregeln, die wir unter dem Worte Fahndung begreifen, Gebrauch machen darf. Einen Verdacht zu beweisen, bedarf es natürlich minder concludenter Beweisgründe, als zur Herstellung des Schuld- oder Unschuldbeweises.

Hierin liegt aber, wir wollen es uns nicht verhehlen, der Schwierigste Punct dieser Lehre, und doch bildet er die juristische Grundlage des ganzen Fahndungswesens.

Es zeigt sich hierbei vielleicht noch augenscheinlicher, als bei der Lehre vom Schuld- oder Unschuldbeweise, wie viel dem richterlichen Ermessen anheim gegeben werden muß. Dieser erfordert eine vollkommene Gewißheit, mithin die Herstellung einer, nach menschlichen Einsichten in möglichster Vollkommenheit zu erstrebenden, Wahrheit. Zur Herstellung eines Verdachtes hingegen müssen auch unvollständige und unzusammenhängende Beweismittel¹⁶⁾ führen, und es fragt sich nur: welchen Grad von überzeugender Kraft sie erreichen müssen, wenn der Richter sich berechtigt halten darf, ein Verfahren darauf zu bauen.

Man hat, an der Theorie des absolut directen Beweises, d. h. des Beweises durch die Aussagen zweier Zeugen, festhaltend, den Grundsatz aufstellen wollen¹⁷⁾, daß zur Begründung eines criminellen Verdachtes die Hälfte jenes Beweises, also ein Zeuge, hinreiche. Ein bequemeres Expediens kann es freilich nicht geben: denn es enthält eine fast mathematische Formel. Um sich derselben zu fügen, muß man jedoch vor allem zu den Anhängern jener Theorie sich bekennen, wenn man nicht in eine große Inconsequenz gerathen will. Nur die Annahme des sogenannten directen Beweises, als einziger Richtschnur, als untrüglichen Leitsterns, kann ein solches Spalten der daraus entstehenden Ueberzeugung in ein Halbes und ein Ganzes rechtfertigen. Sieht man aber Zeugen an sich für ein nicht stärkeres Beweismittel an, als es die Indicien sind, so wird dieses Spalten sofort zum Un Ding, indem der künstliche Beweis sich nicht in ähnliche Bruchtheile zerlegen läßt, wie es scheinbar beim Zeugenbeweise angeht; scheinbar, weil es in den meisten, ja in fast allen Fällen eine bloße numerische Täuschung ist, daß Ein Zeuge die Hälfte von dem beweise, was ihrer zwei voll beweisen¹⁸⁾.

16) Verdacht ist z. B. gerechtfertigt, wenn ein unbeeidigter oder nicht ganz classischer Zeuge eine Angabe gemacht hat; wenn ein schlechter Zeumund, wenn auch ohne Bezug auf das fragliche Verbrechen, mit einer nahen Anzeigung concurrirt; wenn ein außergerichtliches Geständniß in etwas zweifelhaften Ausdrücken abgelegt wurde u. dgl. m.

17) Z. B. Duffroy, Grundsätze des deutschen peinlichen Rechtes Bd. 2, §. 610. Littmann, Handbuch der Strafrechtsw. Bd. 3, S. 192. Stabel, Criminalverf. §. 1883. Das Verufen auf Art. 30 der p. S.-D. kann diesen Irrthum nicht entschuldigen, indem diese Gesetzesstelle nur in unmittelbarem Bezug auf das Folter system, wo sie den ungelehrten Richtern einermassen einen Anhaltspunkt geben wollte, von „halber Beweisung“ redet, und mithin für die Beweisetheorie im allgemeinen nichts daraus gefolgert werden kann.

18) Leue, der Anlageprozeß und der Untersuchungsprozeß (Aachen 1840),

Wo sind zwei durchaus gleichartige Menschen zu finden; gleichartig an Leib und Seele, an Tugend und Rechtsgefühl? Wo mag man zwei Zeugen begegnen, die über eine und dieselbe Thatfache in Haupt- und Nebenumständen, von Anfang bis zu Ende das Nämliche wahrgenommen haben und das Nämliche deponiren¹⁹⁾? Ist nun bloß Einer vorhanden, und fehlt also der gewünschte Probirstein eines zweiten, wie will man sich berechtigt halten, demselben apodiktisch den Werth eines halben Beweises beizumessen; wie will man im voraus entscheiden, welche Gestalt der Beweis annehmen würde, wenn ein zweiter Zeuge sich finden wollte? Ist nicht vielmehr die Beweiskraft des vereinzeltcn Zeugnisses völlig relativ, ganz und gar abhängig von dem moralischen Werthe des Deponenten, von dem Grade der inneren Glaubwürdigkeit²⁰⁾, von der Concludenz der Thatumstände, wie sie vorgetragen wurden, unter sich? Nicht der Satz vielmehr so gestellt werden: die Aussage eines Zeugen, und zwar selbst eines (formell) classischen Zeugen kann einen höheren, mittleren oder niederen Grad von Wahrscheinlichkeit erzeugen, je nachdem der äußere oder innere Gehalt der Aussage dem kundigen Blicke sich darstellt? Dieß ist eben die Sache des Untersuchungsbeamten, daß er den Menschen erforschen lerne; nicht bloß den Angeklagten, sondern auch jeden Zeugen. Unpassend ist es, ihm, dem Inquirenten, ein Regulativ, wie das Schlagwerk einer Uhr, in die Hände zu geben, wonach er ganzen, halben, oder gar Drittels- und Viertelsbeweis messen und annehmen soll²¹⁾. Die Umstände, die Persönlichkeiten müssen es ergeben, in wie weit er sich von einer Thatfache überzeugt halten kann. Von Beweis darf ja überhaupt bei ihm noch gar nicht die Rede sein, weder von vollkommenem, noch von theilweisem; Verdachtsgründe sind es, die ihn leiten, Verdachtsgründe bilden den Ausgangspunct seiner Thätigkeit.

Nun fragt es sich weiter: von welcher Art müssen die Verdachtsgründe sein?

Wiewohl ein Verdacht nur etwas mehr, als eine Vermuthung²²⁾ ist, so gibt es doch auch Grade des Verdachts, welche fast die Stärke

enthält ein besonderes, hierbei nachzulesendes, Capitel: Das Unbing der Beweismessung S. 131—170.

19) Leue a. a. D. S. 141 bestätigt dieß aus seiner Erfahrung: Es kommt der Fall mitunter vor, daß zwei Zeugen, an deren Gewissenhaftigkeit zu zweifeln man keine Ursache hat, ein Ereigniß in mehr oder weniger wichtigen Umständen ganz verschieden darstellen, und jeder auf seinen Eid behauptet, die Sache so beobachtet zu haben.

20) Vgl. hierüber vorzüglich Brauer, über die Unzulässigkeit des directen Zeugenbeweises; in Demme's fortgef. Annalen der Criminalrechtspflege, Jahrgang 1841, Hft. 1, bes. S. 8, 9, 15.

21) So z. B. Koch, institutiones iur. crim. (Jena 1783.) §. 842.: Quid vero? Forsitan: ex duorum testium suspectorum, semiplena; et ex quatuor suspectorum testimonio, plena probatio concludenda est? generatim id neque adfirmandum, neque negandum esse existimo. — Hiernach wäre ein verdächtiger Zeuge als Viertelsbeweis anzusehen.

22) Nicht als praesumptio iuris, sondern als unbescheinigtes Muthmaßsen, Meinen und Dafürhalten soll hier das Wort: Vermuthung gelten.

eines vollkommenen Beweises erreichen, ja, wenn man den Standpunct des Inquirenten ganz festhält und ihm mithin ein Urtheil über Schuld und Nichtschuld liberal nicht einräumt, vielmehr diese Entscheidung lediglich dem Strafrichter anheim gibt, so kann man selbst bei einer Beweislage, die eine sofortige Verurtheilung zur Folge haben dürfte, im Sinne des Untersuchungsprincips bloß von einem auf's Höchste gesteigerten Verdachte reden²³⁾.

Die Verdachtsgründe treten also in tausendfacher Abstufung auf, und es läßt sich eine bestimmte Scala eben so wenig, wie bei den Indicien, aufstellen.

Wenn man nun, wie billig, in diesem schwankenden Meere von Vermuthungen und Verdachtsgründen Fundamentalsätze verlangt, welche einerseits den Richtern einen Ausgangspunct, andererseits aber den Verfolgten eine Garantie gegen Ungerechtigkeit geben, so muß zunächst das Erforderniß einer thatsächlichen actenmäßigen Grundlage anerkannt werden.

Es genügt nicht bloß mit der Kenntniß, und noch weniger mit der Voraussetzung einer verdachterregenden Thatsache, wenn sie nicht auf juristischem Wege constatirt, d. h. actenmäßig²⁴⁾ gemacht ist, und sollte dies, in ganz ellenden Fällen, vorläufig auch nur mit den Hauptzügen geschehen können. Eben so wenig kann der Richter auf eine Bemerkung in den Acten hin, wenn sie nur auf Ansichten und Vermuthungen, nicht aber auf einer nach rechtlicher Ordnung erhobenen Thatsache beruht, einen Verdachtsgrund stützen.

Von allem diesem macht eine Ausnahme die handhafte That²⁵⁾, wo man natürlich keine Protocolle zu schreiben braucht, um zugreifen zu können.

Mit jener Grundlage ist offenbar schon viel Sicherheit gewonnen. Der Inquirent sieht sich dadurch genöthigt, vor aller Einschreitung gegen Personen und Auffuchung von Sachen, dem Prozesse eine feste Grundlage zu geben; er kann nimmermehr aus Leichtsinne oder blindem Parteilichkeit handeln, ohne die Gefahr einer Nichtigkeit. Thatsachen muß er erst zur Hand haben, Thatsachen müssen dem Prozesse bereits förmlich einverleibt sein, mithin Ereignisse, die er nicht schaffen, nicht erfinden kann, wo sie sich nicht von selbst darbieten.

23) Damit ist nicht gesagt, daß der Inquirent seine juristische Uebersetzung in Fesseln schlagen soll, sondern nur, daß er sich beim Untersuchungsgeschäfte selbst jeder kategorischen Meinungsäußerung enthalte. Vgl. auch Wälker, Lehrbuch des Criminalprozesses (Braunschweig 1837), S. 77.

24) Wie der Grundsatz der Actenmäßigkeit zu verstehen sei, s. Martin, Lehrb. des Criminalproz. S. 14. Rittermaier, das deutsche Strafverf. Bd. 1, S. 127. In Frankreich nimmt man es in der Voruntersuchung noch strenger, als bei uns. Code d'instr. crim. art. 42.

25) Sachsenspiegel B. 2, S. 35: Die handhafte dat is dar, soar man enen man mit der dat begript, oder in der vlucht der dat. Vgl. auch Someyer, des Sachsenspiegels erster Theil (Berlin 1835), S. 333. S. v. „Handhafte That.“ Böpfl, das alte Bamberger Recht S. 137.

Nicht so leicht dürfte es aber gelingen, Regeln aufzufinden, wodurch der zur Einschreitung hinreichende Grad der Verdachtsgründe ²⁶⁾ normirt wird.

Hier muß wieder erinnert werden, daß alle Fahndungsmaßregeln wesentlich in das Informativverfahren, mithin in ein Stadium fallen, wo man erst im Sammeln der Beweise begriffen ist, wo es also zu den seltenen Ausnahmefällen gehört, daß eine reichliche Masse von Verdachtsgründen vorhanden wäre.

Daß vor allem der Thatbestand eines Verbrechens, wo nicht völlig bewiesen, doch in hohem Grade wahrscheinlich ²⁷⁾ gemacht sein muß, dieses gehört zu den allgemeinen Prozeßregeln und braucht daher hier nicht näher ausgeführt zu werden. Aber aus dem Beweise des Thatbestandes gehen nicht selten auch Anschuldigungsmomente ²⁸⁾, d. i. Beweismittel der Thäterschaft hervor, zumal bei Verbrechen, wo die objectiven und subjectiven Merkmale des Thatbestandes wesentlich in einander fließen, wie z. B. beim Meineide, beim Amtsmißbrauch, der Rechtersuntreue und Prävarication ²⁹⁾.

Aber auch schon zur Erhebung des Thatbestandsbeweises an sich, also noch abgesehen von dem concreten Subjecte der That, bedarf es häufig der Fahndung, nämlich der Auffpürung des sogenannten corpus delicti oder einzelner Theile desselben ³⁰⁾, insbesondere der Werkzeuge, die zur That gebraucht wurden. Muß man zu diesem Behufe die bürgerliche Freiheit antasten, so wird eine thatsächliche actenmäßige Grundlage des Verdachts gegen Einzelne wieder eben so nothwendig, als wäre bereits ein Anklageverfahren eingeleitet: denn dieses ist und bleibt für Jedermann empfindlich, daß sein Hausfriede, seine Eigenthumsrechte durch eine Behörde gestört werden, die auf Criminalbeweise ausgeht und ihm daher durch den unmittelbaren Contact in der öffentlichen Meinung immer einen Verdacht der Betheiligung anhängt.

Daß die Anforderung eines starken Ueberführungsbeweises zur Zeit, wo die Fahndung eintreten soll, nicht gemacht werden kann, wird hier-

26) Wie sehr die Gesetzgebungen in der Bestimmung der Bedingungen der Specialinquisition differiren, lehrt ein Blick in Zachariä's Grundlinien des Criminalproz. §. 153, und hieraus sollte man doch eigentlich für die Fahndungsfrage Analogien schöpfen können; es bleibt also nichts Anderes übrig, als für letztere aus den Ergebnissen einer geregelten Praxis eine besondere Theorie abzuleiten.

27) Stäbel, über den Thatbestand der Verbrechen §. 171—173: eine Ueberzeugung, die auf unzureichenden, jedoch auf solchen Gründen beruht, welche andere fehlende Gründe an Zahl und Stärke überwiegen. (S. 238.)

28) Zumal wenn man in den Begriff, mit Luben, über den Thatbestand des Verbrechens (Göttingen 1840), nicht bloß „die äußere Erscheinung des Verbrechens und Handlung als Ursache, sondern auch den Charakter der Rechtswidrigkeit und der verbrecherischen Willensbestimmung“ mit aufnimmt.

29) Hegg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft (Neustadt a. d. Orla 1836), §. 567, 492, 510, 503.

30) Ritter, Beitr. z. Lehre über d. Erhebung des Thatb. (Wien 1831), §. 78.

nach wohl einleuchtend sein. Alles, was man verlangen kann, ist eine Wahrscheinlichkeit, dafür sprechend, daß ein gewisses Subject das Verbrechen begangen, oder darauf bezügliche Objecte in Verwahrung³¹⁾ habe.

Damit werden aber Alle, die sich zur strengen Schule bekennen, nicht zufrieden sein. Die Antwort auf ihr Begehren präciserer Bestimmungen kann theils die Theorie, noch mehr aber die Praxis geben.

Das Stadium, in welchem hier der Inquirent zu handeln hat, muß, wie gesagt, nothwendigerweise noch auf sehr unsicheren Pfeilern beruhen. Meistens liegen im Anfange nur einfache Anzeigen und Meldungen vor, durch welche der Inquirent so gut, wie jeder andere Mensch, getäuscht werden könnte; die Anzeiger selbst, seien sie auch verpflichtete Diener, können sich geirrt haben, und übertriebener Amtseifer spielt dabei oft nicht die geringste Rolle.

Auf eine von vorn herein als werthlos, oder als eine Ausgeburt der Leidenschaft erkannte Anzeige darf und wird der Inquirent freilich nicht einschreiten, sondern höchstens Erkundigungen einziehen, ob die Sache irgend von Belang sei³²⁾. Auf Anzeigen aber, welche die Präsuntion der Unglaubwürdigkeit nicht gegen sich haben, muß er kraft seines Amtes die richterliche Thätigkeit entwickeln, und es steht nimmermehr in seiner Willkür, die Sache beruhen zu lassen. Es würde also geradezu dem Organismus des Strafverfahrens zuwider sein, wenn man einen höheren Grad von Beweis, als eine Wahrscheinlichkeit³³⁾, zur Verfügung der Fahndung fordern wollte.

Vorzüglich aber hat man dabei zu bedenken, wie das Verfahren zwecklos, eitel, ja lächerlich sein würde, wenn der Inquirent da, wo die ersten Spuren vom Thatbestande oder vom Thäter auftauchen, die Hände im Schooße liegen lassen und warten müßte, bis eine stärkere Masse von Beweismitteln sich angesammelt hätte. In solchen Verhältnissen ist ja eine Erhaltung des status quo am allerwenigsten anzunehmen, vielmehr dürften im Gegentheile, in neun Fällen unter zehn, von

31) Auch unbewusster oder Naturalbesitz ist hier mit eingeschlossen. Denn es kann ja ein Eigenthümer selbst dadurch überrascht werden, daß das Untersuchungsgericht in seinem Hause oder auf seinem Grundstücke ein durch Dritte dahin gebrachtes Corpus Delicti auffindet. Ritka a. a. D. §. 74. Codo d'instr. crim. art. 88.

32) Srolman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 535, Anm. c, verlangt, daß ein Denunciant, auf dessen alleinige Angabe ein Verfahren eingeleitet werden soll, nicht nur ein classischer Zeuge sei, sondern auch aus eigener Wahrnehmung von dem Verbrechen rede. Außerdem müssen erst weitere Nachforschungen angestellt werden, ob die Anzeige einigen Grund habe. Vgl. auch Wolley, Anweisung zum Verfahren in Strafsachen (Stuttgart 1809), §. 85.

33) Es wird wohl aus dem Gesagten hervorgehen, daß diese Wahrscheinlichkeit nicht etwa mit Indicien gleichbedeutend genommen sei. Letztere können unter und über der Wahrscheinlichkeit stehen; wogegen auch wieder Zeugen und Urkunden oft nicht einmal Wahrscheinlichkeit liefern. Richtiger wäre es, wenn man etwa die Lehre vom unvollständigen Beweise hier in Anwendung brächte. Rittermaier, die Lehre vom Beweise (Darmstadt 1834), §. 64.

Heute auf Morgen wesentliche Aenderungen³⁴⁾ in der Lage der Dinge eintreten, sei es, daß der Schuldige inzwischen entkommt, oder daß er mit den Complicen oder Zeugen Verabredung trifft, oder daß die Ueberführungsfüßler an Orte, die dem Richter nicht zugänglich sind, gebracht werden.

Hier heißt es wirklich und zwar in einem ganz unverwerflichen Sinne: Wenn man den Zweck will, muß man die Mittel wollen. Eine Untersuchung von Amtswegen zu führen, ist anerkannt das schwierigste Geschäft, was einem Beamten auferlegt werden kann. Will man ihn nun noch obendrein in dem Zeitpuncte, wo es allein möglich scheint, die Materialien zur Beweisführung beizubringen, übermäßig beschränken, so kann wirklich in der Mehrzahl der Fälle nichts Anderes dabei herauskommen, als ein Kram von leeren Formalitäten, von Protocollaufnahmen, Zeugenverhören und Berichten³⁵⁾, die überall dem Schatten eines Verbrechens nachjagen, nicht aber den Muth eingeben, den Körper selbst, der den Schatten wirft, zu ergreifen.

Rasch muß gehandelt werden und mit der Raschheit verträgt sich zögerndes Umherblicken und das Construiren logisch fester Schlußgebäude ganz und gar nicht³⁶⁾.

Die Wahrscheinlichkeit also, welche zur Anordnung der Fahndungen erfordert wird, darf nicht auf gewisse Beweisfälle gebaut sein, sondern sie muß lediglich dem Ermessen des Untersuchungsrichters³⁷⁾ anheim gegeben werden.

Wahrscheinlich ist dasjenige, wofür nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge mehrfache Gründe sprechen, die aber doch nicht stark genug sind, alle Gegengründe zu beseitigen³⁸⁾.

Dieses Abwägen der Gründe, die in unserer Lehre Verdachtsgründe

34) *Altk a. a. D. S. 244.* Nicht bloß absichtliche Einwirkungen, sondern auch Naturereignisse, oder zufällige Handlungen können, besonders an belebten Orten, dazu beitragen. v. Jagemann, in der Zeitschrift für deutsches Strafverfahren Bd. 1, S. 335 ff.

35) Auf derartige Untersuchungen leidet das, etwas starke, Wort Anwendung, welches Beze in seiner Schrift über Anklagen und Untersuchungsprozeß (S. 74) sprach: Den Namen der Gründlichkeit hat das deutsche Verfahren dadurch erworben, daß man diese Eigenschaft nach dem Volumen des beschriebenen Papiereß bezeichnete.

36) Dies wird wohl nicht zu dem Mißverständnisse führen, daß der Inquirent ohne Logik verfahren dürfe. Nur künstlich abgerundete Syllogismen, wie sie der Spruchrichter auszusinnen die Muße und die Pflicht hat, kann jener nicht zu seiner Aufgabe machen.

37) Schon Clarus, *sent. rec. lib. V. quaest. XX.*, erkennt dies an, so wie auch gewissermaßen die *p. G.-D. Art. 18, 24.*

38) Diese Definition weicht von der oben (Note 27) citirten Stäbel's darin ab, daß sie auf positive Gegengründe reflectirt, während dort das „Ueberwiegen anderer fehlenden Gründe“ als Kriterium aufgestellt wird. Es scheint aber, daß die Wahrscheinlichkeit nicht sowohl aus dem Grade des vorhandenen Beweises, als aus dem Verhältnisse zu der gegentheiligen Unwahrscheinlichkeit beducirt werden muß. Die vollständige Literatur hierüber in Zacharia's Grundlinien des Criminalproz. S. 131—133.

sind, wird die Aufgabe des Inquirenten, so oft ein Ereigniß zu seiner Kenntniß kommt, welches den Anschein eines Verbrechen hat, und wobei Spuren angegeben werden, deren Verfolgung zum Beweise der That führen könnten.

Je nach der Beschaffenheit der Umstände können nur stärkere oder auch schon schwächere Verdachtsgründe die Einschreitung rechtfertigen.

Die Wichtigkeit des Verbrechen an sich, d. h. der Grad, in welchem dasselbe das Gemeinwesen bedroht, gibt objective Momente für das Verhalten des Richters an die Hand³⁹⁾. So wird z. B. bei einem vorgefallenen Morde, Raube, Hochverrath oder bei einer Brandlegung ein energisches Einschreiten weit eher gerechtfertigt sein, als bei einem kleinen Diebstahle, einer leichten Körperverletzung, einer Unzucht u. s. w.; oder, mit anderen Worten, es genügt in jenen Fällen schon eine geringere Wahrscheinlichkeit, um auf Personen und Sachen auszugehen, als in den letzteren, um möglichst versichert zu sein, daß die Wahrheit an's Tageslicht komme.

Es läßt sich erwarten, daß von mancher Seite die Einwendung hiergegen gemacht werde, wie es gegen den Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetze verstoße, also ungerecht sei, bei gleicher Beweislage in dem einen Falle ohne Schonung und Rücksicht einzugreifen, in dem anderen aber zurückzuhalten und zu zögern; ja es spreche bei Capitalverbrechen noch mehr, wie bei den niederen Vergehen, die Billigkeit für gewissenhafte Achtung der bürgerlichen Freiheit, indem hier die Folgen der Verwicklung in eine Untersuchung weit empfindlicher und ehrenkränkender seien, als bei den niederen Vergehen.

Möchte man aber doch nicht vergessen, wie der deutsche Inquirent nicht bloß Untersuchungsrichter, sondern auch Wächter des Strafgesetzes⁴⁰⁾, mithin berufen und verpflichtet ist, gegen jede gewaltsame Störung der Rechtsordnung im Interesse der Staatsgesellschaft einzuschreiten, wie dieses Interesse im Collisionsfalle alle Particularinteressen überwiegt, und wie daher bei denjenigen Verbrechen, wodurch die Staatsbürger am meisten erschreckt und alarmirt werden⁴¹⁾, auch die schnellsten und nachdrücklichsten Maßregeln⁴²⁾, selbst auf die Gefahr zu

39) Die neueren Gesetzgebungen haben gezeigt, daß sie diese Rücksicht anerkennen. Denn man darf zum Zwecke der Untersuchung eines Capitalverbrechen alle am Orte der That anwesenden Personen sofort verhaften, nach dem bayer. Strafges. Th. 2, Art. 120, und der preuß. Criminalordn. §. 213. Vgl. auch Log im N. Archiv des Criminalrechtes Bd. 5, S. 185 fgl.

40) Rittermaier, das deutsche Strafverfahren Th. 1, S. 153. Bolley, Anweisung zum Verfahren in Strassachen §. 82.

41) Pepp, J. Bentham's Grundsätze der Criminolpolitik (Lüdingen 1839), §. 26: Das Uebel eines öffentlichen Delicts, welches sich weiter verbreitet, ist größer, als das gleichbenannte Privatdelict. — Mit den schwereren Strafandrohungen müssen aber auch energischerer Untersuchungsmaßregeln correspondiren.

42) v. Jagemann, in der Zeitschrift für deutsches Strafverfahren Bd. 1, S. 5 fgl.

ergreifen sind, daß ein Unschuldiger momentan in's Mitleiden gezogen werde, vorbehaltlich der ihm alsdann nicht zu verweigernben Satisfaction.

Wer es durchaus und um jeden Preis vermieden wissen will, daß der Inquirent mitunter, auch einen Unschuldigen zur Rede stelle, der beschränkt sofort dessen Wirksamkeit auf die höchst seltenen Fälle, daß ein Verbrechen gleich von vorn herein mit solchen Beweismitteln zur Anzeige gebracht werde, die unwiderleglich die Schuld eines gewissen Subjectes darthun, wo also die juristische Gewißheit⁴³⁾ sofort zu Tage liegt. Der Gewißheit Gegenfuß kann wohl nur die Ungewißheit sein; wo es also an Schlagenden Ueberführungsgründen mangelt, kann höchstens eine Wahrscheinlichkeit, aber keine Gewißheit vorhanden sein, und dabei bleibt es immer möglich, daß ein Unschuldiger, gegen den gerade unglücklicherweise der Schein spricht, verfolgt und vor Gericht gezogen werde, während der Schuldige vielleicht ewig den menschlichen Blicken verborgen bleibt. Wegen dieser Möglichkeit dürfte nach jener strengen Ansicht ein Inquirent ohne vollkommene Gewißheit gar nicht wagen, irgend Etwas zu unternehmen, und die natürliche Folge davon wäre, daß die größere Masse der Verbrechen von der Justiz gänzlich unbeachtet bliebe, daß die Frechheit der Uebertreter täglich gesteigert und am Ende das Verbrechen mit gleicher oder größerer Macht, als die zum Schutze des Rechtszustandes bestellten Behörden, sein Haupt erheben würde.

Wozu wäre der Unschuldsbeweis in das Prozeßsystem eingeführt, wenn man nicht von Alters her⁴⁴⁾ den Fall der Verfolgung von Unschuldigen neben den Schuldigen als unausbleibliche Folge eines energischen Criminalverfahrens im Auge gehabt hätte?

Gegen die Wahrscheinlichkeitstheorie und das richterliche Ermessen in Prozesse kann also gewiß nichts eingewendet werden, weil Beides dem Inquisitionsprincipe wesentlich entspricht⁴⁵⁾. Dagegen möchte eine Garantie gegen Willkür, welche überall, wo richterliches Ermessen einen so weiten Spielraum hat, zu besorgen steht, wünschenswerth sein. Allerdings sind die teutschen Gerichtshöfe nichts weniger als nachsichtig⁴⁶⁾ gegen etwaige Gewaltübergriffe der Inquirenten und

43) Cf. Glossa ad Nov. 73. cap. 1.: Veritas humanitatis potest dici notitia certae rei; maxime per visum.

44) Der favor defensionis ging bei den älteren Juristen, wo man den Untersuchungsrichtern noch weniger traute als jetzt so weit, daß z. B. Carpzov., pract. rer. crim. Pars I. qu. XXXIII. nr. 47., bemerkt: Et pro innocentia etiam probanda sufficient probationes imperfectae et fictae (!). Und dabei citirt er nicht weniger als zehn bestimmende Autoren.

45) Diese Einleitung wurde absichtlich etwas ausführlich gehalten, weil sie die Grundlage bildet, mit der das Nachfolgende steht oder fällt. Denn die vielseitigsten Mittel helfen nichts, wenn es an sicheren Principien fehlt, nach denen sie gebraucht werden sollen.

46) Daraus, daß die urtheilenden Richter die Inculpaten nicht zu sehen bekommen, entsteht ein unwillkürliches Mißtrauen gegen die Untersuchungsrichter, zumal wenn Geständnisse vorliegen, die überall als Anomalien der menschlichen Natur anzusehen sind. Das Geringste, was in dem Verfahren unpassend erscheint, wird daher in der Regel als Gegenstand des Tadels oder der Beleh-

die Vertheidiger der Angeschuldigten sind gewiß nicht geneigt, dergleichen ungerügt hingehen zu lassen: aber das Uebel ist ja schon geschehen, wenn die Beurtheilung an die Defensores und Richter kommt; es muß daher vielmehr eine innere Gewährschaft, d. h. eine solche gesucht werden, welche in dem Gange des Processes selbst liegt.

Eine solche Gewährschaft ist bereits darin gegeben, daß Fahndungen nicht anders, als auf actenmäßig constatirte Thatsachen gebaut werden dürfen; hieran reiht sich aber eine zweite, der sich ein jeder, sein Fach mit Gerechtigkeitsinn und Wissenschaftlichkeit betreibende, Inquirent von selbst unterwerfen wird, die aber auch ohne den Bedarf eines eigentlichen Gesetzes von den Justizministerien durch Verordnung erheischt werden könnte, nämlich die Gewährschaft der schriftlichen Entscheidungsgründe⁴⁷⁾. Durch diese wird der Untersuchungsbeamte noch um so unausweichlicher genöthigt, mit sich zu Rathe zu gehen und in's Reine zu kommen, ob jene Thatsachen zur Fahndung, d. h. zum Eingriff in die bürgerliche Freiheit gewisser Personen hinreichend seien. Es muß also mit diesen Gründen jene erforderliche Wahrscheinlichkeit förmlich deducirt werden, und wenn es sich dabei zeigt, daß bloß eine Präsuntion oder Prädoccupation vorhanden war, so wird ein pflichttreuer Beamter sofort von weiteren Maßregeln absehen.

Die Fahndungen theilen sich am natürlichsten in solche, die auf Subjecte der That und andere, die auf Objecte⁴⁸⁾ der That gerichtet sind.

Es kann wohl vorkommen, daß eine oder die andere Maßregel zugleich in Ansehung von Subjecten und Objecten angewendet wird, aber es geschieht dann nur ausnahmsweise, und es mag daher die Eintheilung um so mehr beibehalten werden, weil sie in der Praxis⁴⁹⁾ bereits festen Fuß gefaßt hat.

I. Arten der Fahndung auf Subjecte der That.

Im weiteren Sinne könnte man darunter auch die Verbal- und Realcitation, oder die einfache Vorladung und Vorführung⁵⁰⁾, so wie

rung aufgegriffen. Es ist klar, daß dieses üble Verhältniß eigentlich nur von dem Mangel einer mündlichen Schlussverhandlung herkommt. Vgl. Zentner, Andeutungen über die Einführung einer auf Oeffentlichkeit und Anklagesystem gegründeten Strafgerichtsordnung (Mannheim 1839), §. 17.

47) Martin, Lehrb. des Criminalproz. 4. Ausg., §. 73, Anm. 3, und Stübel, Criminalverfahren §. 3238 fg.

48) Subject ist hier im engsten und Object im weitesten Sinne genommen, nämlich ersteres als die verbrecherisch einwirkende Person und Object als der bei der That gebrauchte oder verletzte Gegenstand, welcher letztere mithin auch wieder eine Person, oder deren Leichnam sein kann; also handelnd und leidend — ist der Unterschied.

49) Hier ist nicht von der allgemeinen, sondern von der Praxis mehrerer deutscher Länder die Rede, besonders in Bayern, Württemberg, Baden, Hessen-Darmstadt u. a.

50) Mittermaier, das deutsche Strafverfahren, 3. Aufl., Th. 1, §. 71. Müller, Lehrb. des Criminalproz. §. 137.

ferner die Verhaftung⁵¹⁾ verstehen: denn auch diese Verfügungen werden in der Absicht getroffen, sich der Person des Angeeschuldigten zu verschern. Die Verhaftung ist aber ein viel zu wichtiger Theil der Strafprozeßlehre, als daß man sie nur beiläufig abhandeln dürfte; es wird derselben, im Zusammenhange mit den vorbereitenden Maßregeln, ein besonderer Artikel gewidmet werden.

Hier soll zunächst von Fahndungen auf Subjecte die Rede sein, in so weit dem Untersuchungsgerichte noch eine sichere Kenntniß von der Person des Thäters⁵²⁾, oder von seinem Aufenthalte⁵³⁾, oder von dem bei der Flucht eingeschlagenen Wege, mangelt.

Im allgemeinen mag noch erwähnt werden, daß man sich vor der Ergreifung solcher Maßregeln auf jede mögliche Weise Notizen zu verschaffen suchen muß, durch welche die gesuchte Person, ihr Stand und Gewerbe, ihre Sippchaften und Verbindungen, wenigstens annähernd, aufgeklärt werden, und sollte man dazu auch einige Stunden oder Tage nöthig haben, die man lieber gleich auf die Verfolgung verwenden möchte. Es ist nämlich mit Fahndungen, die sich völlig im allgemeinen halten, der Strafrechtspflege äußerst wenig gedient⁵⁴⁾, ja, sie können die Behörden nur in Verlegenheit setzen, oder vielleicht gar zu Anordnungen verleiten, wodurch ein Unschuldiger aufgegriffen und an das Criminalgericht abgeliefert wird.

1) Die öffentliche Vorladung (Edictalladung, *literae edictales, citatio edictalis*)⁵⁵⁾ ist das zunächst zu ergreifende Mittel, um den Angeeschuldigten, dessen Aufenthalt beim Beginne der Untersuchung unbekannt ist, dem Gerichtszwange zu unterwerfen.

Um von diesem Mittel Gebrauch zu machen, muß der Fall von der Art sein, daß zur Verhaftung zur Zeit noch nicht geschritten werden kann: denn alsdann würde die Ladung gerade den umgekehrten Erfolg⁵⁶⁾ haben, daß der Geladene seine Vorsicht verdoppelte, um den Gerichtshänden zu entgehen.

51) Wie diese Lehre sich in der heutigen Praxis ausgebildet hat, stellen am anschaulichsten dar: Bauer, Lehrb. des Strafproz. (Göttingen 1835), §. 75, und Rittermaier a. a. D. §. 72—74.

52) Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft, 2. Aufl., Bb. 3, §. 699.

53) Also nicht bloß gegen Abwesende, sondern überhaupt gegen solche, die der richterlichen Gewalt nicht gerade zugänglich sind, werden Fahndungsmaßregeln ergriffen.

54) Dennoch liest man so oft in den Zeitungen Aufrufe an Personen, deren Beschreibung auf Hunderte passen kann, weil keine besondere Kennzeichen angeführt sind. Damit suchen nämlich indolente Beamte leichten Kaufes von einer mühsameren Nachforschung zu kommen.

55) Eine besondere Schrift oder Dissertation hierüber ist dem Verf. nicht bekannt. Vgl. übrigens Rittermaier, das deutsche Strafverfahren Th. 1, §. 79, und Tittmann, Handbuch der Strafrechtsw. Bb. 3, §. 726. Die betreffenden Gesetzesstellen s. bei Zacharia, Grundlinien des Criminalprozesses §. 109.

56) Schon Matthaeus, de criminibus (Colon. 1725.), lib. XLVIII. tit. XX. nr. 24., erkannte dieses.

Die öffentliche Vorladung hat gewissermaßen etwas Verlegendes, weil die fragliche Person dadurch in den Zeitungen als eines Verbrechens verdächtig signalisirt wird; aber dieses kann den Inquirenten nicht davon abhalten. Ein Verdächtiger kann eben sowohl schuldig, als unschuldig sein, und wenn er seine Heimath verläßt, ohne den Verwandten oder Behörden zu sagen, wohin er sich wende, so hat er es doch, die Sache mag ausfallen, wie sie will, sich selbst zuzuschreiben, daß man nicht durch Requisitionen ihm die Ladung eröffnen kann, ja meistens wird diese Entfernung an unbekannte Orte den Verdacht der That⁵⁷⁾ zu unterstützen geeignet sein.

Frägt es sich nun, was eine öffentliche Vorladung enthalten müsse, so muß vor allem darauf gesehen werden, daß sie den Namen, Stand und Heimathsort des Geladenen ganz zuverlässig⁵⁸⁾ angebe.

Fehlt es hierüber an Gewißheit, so muß die Ladung ganz unterbleiben, und je nach Umständen zu dem Mittel der Hilfschreiben und Steckbriefe geschritten werden. Ein Signalement dagegen gehört nicht zu dieser Art von Fahndung und zwar aus dem einfachen Grunde, weil man es nicht mit Dritten zu thun hat, welche das verdächtige Subject aufsuchen sollen, sondern bloß mit diesem Subjecte selbst, welches sich in der Namen-, Standes- und Heimathsbezeichnung hinlänglich charakterisirt finden wird. Auch wäre das Signalement nur ein Moment mehr, um den Geladenen in den Augen des Publikums herabzusetzen, weil dieses die Signalements nur in der schimpflichen Begleitung von Steckbriefen kennt⁵⁹⁾.

Die Angabe des untersuchten Verbrechens, so unangenehm dieß dem Geladenen sein mag, darf ebenfalls nicht fehlen, theils weil das Criminalamt sich selbst wegen seiner Maßregeln rechtfertigen muß⁶⁰⁾, theils weil der Angeeschuldigte, wenn er vom Thatbestande Nichts erfährt, auch nicht leicht zu einem Entschlusse kommen kann, ob er sich stellen soll oder nicht. Es könnte ja möglicherweise noch eine weitere, und zwar falsche, Anklage gegen ihn vorliegen, um berentwillen er sich nicht in die Inconvenienzen einer Specialuntersuchung begeben möchte.

Um so entschiedener muß vor der Angabe oder auch nur Andeutung der Verdachtsgründe, welche gegen den Geladenen vorliegen, gewarnt werden. Es widerspricht schon dem Inquisitionsprincipe⁶¹⁾, daß gleichsam

57) So jemand eyner missthat halb flüchtig wird. Vgl. Boehmer, medit. ad CCC. art. 25. §. 7.

58) Am wichtigsten ist der Name. Hinsichtlich der übrigen Punkte kann man allenfalls auch ungewisse Data mit dem Worte: „angeblich“ aufführen.

59) Ueberhaupt sieht der große Haufe im Signalement, das eine Criminalbehörde aufnimmt, immer schon einen sicheren Beleg, daß die fragliche Person ein Verbrechen begangen habe, weil namentlich alle Arrestanten sofort signalisirt werden. Pfister, merkw. Criminalfälle Bd. 5, S. 624.

60) Sobald eine Gerichtsstelle den Weg der Publicität betritt, so muß sie auch offen zu Werke gehen; sonst kann man mit Grunde sagen, daß sie entweder mit leeren Formen spiele, oder Hinterlist treibe.

61) Abgesehen hiervon könnte eine Untersuchung nimmermehr geführt werden, wenn die Inquisiten vor dem Verhöre wüßten, was sie gefragt werden

öffentliches Verhör gehalten werde, und wollte man sich auch darüber hinwegsetzen, so wäre es ungeschickt, einige, und nur etwa die stärksten, Verdachtsgründe namhaft zu machen, andere, geringere aber im Verborgenen zu halten. Das Einzige, was dabei herauskäme, wäre eine Vorbereitung des Angeschuldigten zur Verantwortung vor dem Richter, oder mit anderen Worten die Verstattung einer Bedenkzeit, in welcher er alle möglichen Ränke ausfinden und Collusionen veranstalten könnte⁶²).

Die Aufforderung des Gerichtes besteht bios darin, daß dem Geladenen erklärt wird: er habe sich in einer gewissen Frist, welche wohl nie unter drei Monaten anzuberaumen sein dürfte, vor der Untersuchungsbehörde einzufinden und über den auf ihm lastenden Verdacht zu verantworten.

Die Edictalladung hat, streng genommen, nur in Contumacialverfahren⁶³) ihre rechte Stelle. Doch wendet man auch da, wo auf den Ungehorsam nicht die Folge des fingirten Geständnisses gesetzlich angedroht ist⁶⁴), die öffentliche Vorladung an, und zwar wesentlich aus Rücksicht auf den Angeschuldigten, der sonst durch Steckbriefe verfolgt werden müßte.

Fast der schwierigste Punkt bei dieser Art von Fahndung ist die Frage: ob ein Präjudiz angedroht werden solle, und welches?

Die gewöhnliche Vorladung zum Criminalverhör kennt zwar kein Präjudiz⁶⁵), und zwar aus dem nahe liegenden Grunde, weil der Behörde auf den Fall des unentschuldigten Ausbleibens schärfere Maßregeln zu Gebote stehen, wie z. B. die Verfallung in Geldstrafe, die Vorführung oder sogar Verhaftung. Diese Steigerung kann jedoch gegen öffentlich Vorgeladene natürlich nicht stattfinden. Eben deshalb muß man auf eine andere Weise und zwar durch sofortige Androhung der zu erwartenden Nachtheile der Ladung Nachdruck zu geben suchen. Wo es Gesetze

sollen. Darum ist selbst in Ländern der Oeffentlichkeit das Vorverfahren, so lange es dauert, im strengsten Sinne geheim. Feuerbach, die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege (Gießen 1825), Bd. 2, S. 367 flg.

62) Matthaeus, *comm. de criminibus*. (Colon. 1725.) p. 634., erwähnt dieses Punktes als einer Controverse und bemerkt dabei: *Si citatio nec crimen, nec circumstantias exprimat, non illico defensio criminis reo intercipitur. Defensionem tunc meditetur, cum adversus comparentem praetor concluderit, terminusque ad respondendum datus fuerit.* Hinsichtlich der *circumstantias* kann man einverstanden sein, nicht aber hinsichtlich des *crimen*. S. oben Anm. 60.

63) Grolman, *Grundsätze der Criminalrechtsw.* §. 490.

64) L. 4. §. 2. D. ad L. Cornel. de sicariis. (48. 8.) L. 33. §. 2. D. de procur. (3. 3.) L. 21. C. de poenis. (9. 47.) Vgl. Zacharia, *Grundlinien des Criminalproz.* S. 315.

65) Penke, *Handbuch des Criminalrechtes* Th. 4 (Berlin 1838), S. 860, schlägt die Formel vor: Daß des Ausbleibens ungeachtet in der Sache verfahren und den Rechten gemäß erkannt werden soll. Diese Worte enthalten aber wohl nichts Anderes, als was sich von selbst versteht, und dürften daher besser wegbleiben.

und Verkommen gestatten, in *contumaciam* zu verurtheilen⁶⁶), da kann man unbedenklich diese Rechtsfolge dem Geladenen vor Augen stellen; wo dieses aber nicht der Fall ist, möchte wohl noch zu unterscheiden sein, ob auf dem Angeschuldigten einiger Verdacht der bösslichen Entfernung ruht, oder nicht. Es läßt sich aus den Umständen jedesmal diese Frage verneinen, oder bejahen. Für die Bejahung dürfte fast eine Präsumtion sprechen, wenn der Verdacht der Thäterschaft überhaupt gut begründet ist, und alsdann kann man den Rechtsnachtheil androhen, daß, im Falle der Ladung nicht Folge geleistet werde, die Verfolgung mit Steckbriefen und die Beschlagnahme des Vermögens verfügt würde⁶⁷).

Wo bössliche Entfernung nicht anzunehmen ist, da kann man wohl auch ohne Präjudiz vorladen, die Ladung aber nach umlaufener Frist wiederholen⁶⁸), und nun erst mit weiterer Verfolgung drohen.

Noch verdient es genaue Erwägung, in welchen öffentlichen Blättern⁶⁹) die Ladung auszuschreiben sei. Die Localblätter sind dazu am wenigsten geeignet, wogegen das erste officiële Organ des Gesamtlandes immer dazu gewählt werden muß. Außerdem kann man noch zwei Zeitungen des Auslandes, die als die verbreitetsten gelten, zur Bekanntmachung⁷⁰) wählen, und zwar mit Rücksicht auf den etwa vermutheten Aufenthalt des Angeschuldigten.

2) Der Güterbeschlagnahme⁷¹) oder die Aufzeichnung der Güter (*annotatio s. consignatio bonorum*) ist die gerichtliche Inventarisirung und Sequestrirung des Vermögens eines Angeschuldigten, dessen Aufent-

66) In Preußen (Criminalordn. §. 580) und in Bayern (Strafgeseb. Th. 2, Art. 421) findet ein solches Verfahren statt; es wird aber wohl bei einer Revision dieser Gesetze wieder aufgehoben werden, weil man erkennen muß, wie die Criminalrechtspflege gar Nichts dabei gewinnt.

67) Die Drohung würde alsdann lauten: Widrigenfalls Steckbriefe gegen ihn erlassen und sein Vermögen in gerichtlichen Beschlag gelegt würde. Vgl. preuß. Criminalordn. a. a. D. — Es kommt also darauf an, ob mit Steckbriefen im fraglichen Falle etwas ausgerichtet werden könnte und ob Vermögen vorhanden ist.

68) Es ist nichts Ungewöhnliches, daß öffentliche Aufforderungen zwei, ja auch dreimal erlassen werden und es spricht immer der Grund dafür, daß das Gebiet das erste Mal den Betheiligten nicht in die Hände gekommen sein kann. Vgl. Böpfel, das alte bamberger Recht (Heidelberg 1839), S. 136.

69) Damhouder, *praxis rerum crim.* (Antwerp. 1572.) cap. XIII. nr. 6., redet auch von einer Bekanntmachung *voce praeconaria, tubae sonita, aut simili solennitate.*

70) In Bayern wird die Ladung „am Siege des Criminalgerichtes, des untersuchenden Gerichtes und des Wohnortes des Angeschuldigten öffentlich angeschlagen“ (Strafgeseb. a. a. D.). Wenn man berücksichtigt, daß auf diese Art auch die Verwandten veranlaßt werden können, den Angeschuldigten beizubringen, um die Schmach eines solchen, Monate lang angefesteten, Placats von der Familie zu wenden, so mag dieser Gebrauch Nachahmung verdienen.

71) Kleinschrod, *de adnotatione bonorum delinquentium.* Wirceb. 1791. Dessen Abhandl. aus dem peinlichen Rechte Th. 2, Nr. 7. Rittermaier, *Strafverf.* Th. 1, S. 385 flg. P. S. D. Art. 206. Preuß. Criminalordn. §. 237. Bayer. Strafges. Th. 2, Art. 427.

halt unbekannt ist, zum Zwecke der Nöthigung desselben, sich zu stellen und der Untersuchung zu unterwerfen.

Es ist einleuchtend, daß diese Maßregel nur dann einen gehörigen Sinn hat, wenn der Staat, dessen Beamter davon Gebrauch macht, noch das Recht der Confiscation⁷²⁾ hat. Man denke sich einen Güterbeschlagnahme, der Jahre lang fortbauert, ohne daß der Inculpat sich vor dem Criminalgerichte einfindet, so muß am Ende doch dieser provisorische Zustand wieder aufhören. Ist die Confiscation gesetzmäßig angedroht, so kann sie nach Ablauf der verordneten Frist auch ausgesprochen werden; ist dieses aber nicht der Fall, so müßte man nach einer beliebigen Zeit den Sequester zurücknehmen und das Vermögen den nächsten Verwandten des Eigentümers zurückgeben⁷³⁾, wenn man nicht etwa behaupten wollte, daß ein solcher Beschlagnahme so lange zu dauern hätte, bis das Verbrechen verjährt ist⁷⁴⁾. Wenn aber der Untersuchungsrichter jemals in die Lage kommen kann, von einer so energischen Maßregel unverrichteter Sache wieder abzustehen; so mag es wohl seiner Würde angemessener⁷⁵⁾ sein, sich derselben gar nicht zu bedienen.

Hieraus folgt, daß der Güterbeschlagnahme, welcher ohnedem auf eine constante Paris sich nicht berufen kann, in Ländern, welche das Unwesen der Confiscation nicht mehr kennen⁷⁶⁾, nicht wohl noch Anfeindung finden kann⁷⁷⁾.

Will und kann man jedoch nach diesem Mittel greifen, um den Angeschuldigten desto nachdrücklicher zur Verantwortung zu zwingen, so hat man zweierlei Wege. Entweder spricht man Sequestration aus, ohne Jemand Anderem, als den anwesenden Verwandten⁷⁸⁾, davon Kenntniß zu geben; oder man sucht diese Verfügung dem Angeschuldigten unmittelbar zu eröffnen.

Im ersteren Falle bleibt es den Verwandten überlassen, den Aufenthalt des Inculpates auszumitteln und ihm den Vorgang anzuzeigen.

72) Im römischen Criminalrechte bestand bekanntlich dieses Institut. Die erheblichsten Belegstellen findet man abgedruckt bei Zacharia, Grundlinien des Criminalproz. §. 110. Das deutsche Criminalrecht dagegen hat die Confiscation nicht recipirt. Die p. G.-D. Art. 206 a. E. warnt sogar ausdrücklich: und sollen auch die Richter unnd oberkeit zu jrem auß, den flüchtigen von jren Gütern gar nichts nemen.

73) Quistorp, Grundf. des preinlichen Rechtes Th. 2, §. 830, spricht nur von dem Falle, „wo der Entflozene auf seiner Flucht sterben sollte“ —; wie aber, wenn er noch 50 Jahre fortlebt?

74) Gerade durch Fahndungsmaßregeln wird übrigens die Verjährung unterbrochen und es fragt sich, ob sie von da an irgend noch laufen könne. Martin, Lehrbuch des Criminalproz. (Heidelb. 1836), S. 51, verneint letzteres.

75) Grolman, Grundsätze der Strafrechtsw. §. 490.

76) Die neueren Verfassungsurkunden haben fast alle die Confiscation ausdrücklich aufgehoben. S. Staatslexikon von Rotteck und Welcker Bb. 3, S. 661.

77) In der That gehört auch die Maßregel jetzt zu den seltensten Erscheinungen.

78) Bauer, Lehrbuch des Strafprozesses §. 81.

Man darf auch wohl annehmen, daß er alsbald davon unterrichtet wird, indem er eine dringende Ursache hat, nach seinem Vermögen zu fragen, um aus dem Ertrage sein Leben zu fristen.

Eine unmittelbare Kundmachung ist jedoch nur anhangsweise mit der Edictalladung⁷⁹⁾ möglich und bleibt mithin ebenso unsicher, wie diese.

Es wird dann bei einer solchen Ladung folgender Zusatz gemacht: Zugleich hat man Beschlagnahme des Vermögens erkannt, über welches daher das Verfügungsrecht des Angeschuldigten, in so lange, bis er sich über die Anschuldigung vor dem unterzeichneten Gerichte verantwortet, suspendirt bleibt.

Der Vollzug der Maßregel besteht darin, daß die Notariatsbehörde mit der Aufnahme des Vermögens⁸⁰⁾ beauftragt und letzteres sofort einem besonders zu verpflichtenden Curator zur Verwaltung⁸¹⁾ übergeben wird; dieser hat alljährlich, so lange der Sequester dauert, öffentliche Rechnung abzulegen, auch zur Sicherheit eine Caution zu stellen.

Von den Einkünften wird die nach dem Gutachten der Ortsbehörde zum Unterhalte der Familie nöthwendige Summe⁸²⁾ an letztere ausbezahlt, der Rest aber, oder, wo keine Familie Anspruch daran hat, der ganze Betrag der Einkünfte dem Hauptstock beigezlagen.

3) Hilfsschreiben oder Ersuchungsschreiben⁸³⁾ (literae requisitoriales⁸⁴⁾, Requisitionen) sind gerichtliche Schreiben an eine bestimmte Behörde mit der Bitte, das Untersuchungsgericht in irgend einem Betracht zu unterstützen und das Ergebnis sofort mitzutheilen.

Dies im Allgemeinen. Hier kann aber nur von Requisitionen die Rede sein, welche das Ersuchen um Auffuchung und Festnehmung oder auch Auslieferung des Angeschuldigten enthalten.

Es gehört also zu den Voraussetzungen dieser Maßregel dieselbe Natur des Verbrechens und derselbe Verdachtsgrad gegen den Angeschuldigten, wie bei der Verhaftung überhaupt (s. daselbst). Ferner gehört

79) Alsdann steht der Beschlag mit dem Ungehorsamsverfahren in Verbindung. Wittermaier, das deutsche Strafverf. Th. 2, S. 509. Zacharia, Grundlinien des Criminalproz. S. 315, 316. S. auch Müller, Lehrb. des Criminalproz. S. 318.

80) L. 7. C. de bonis proscript. (9. 49.)

81) Eittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft Bb. 3, §. 725. v. Jagemann, Handb. der gerichtl. Untersuchungskunde Bb. 1, §. 76.

82) Die notturfstige Lebensnahrung p. G. D. Art. 206. Darunter ist wohl zu verstehen, daß so viele Mittel verabreicht werden, als die Leute brauchen, um wie bisher standesgemäß zu leben.

83) L. 7. D. de custod. reor. (48. 3.) Solent praesides provinciarum, in quibus delictum est, scribere ad collegas suos, ubi factores agere dicuntur, et desiderare, ut cum prosecutoribus ad se remittantur. Zwiervlein, de litteris requisitorialibus ex usu Romanorum et Germanorum. Gott. 1756. Preuß. Criminalordn. §. 237. Bayer. Strafgesetzbuch Th. 2, Art. 412.

84) Nach Clarus, sent. lib. V. §. fin. qu. 38. nr. 19. literae subsidiales.

dazu mindestens eine Wahrscheinlichkeit, daß der Verfolgte in dem Bezirke der ersuchten Stelle sich aufhalte: denn man darf nicht auf das Gerathewohl eine Behörde, sei sie Criminal- oder Polizeibehörde, solchergestalt in Anspruch nehmen⁸⁵). Dieselbe kann daher auch die Angabe der Umstände verlangen⁸⁶), aus welchen der Aufenthalt geschlossen wird, und zwar wo möglich mit Bezeichnung der Häuser oder Personen, mit welchen der Inculpat in Beziehung stehen soll. Kann man dergleichen nicht angeben, so mag man sich deshalb ausdrücklich entschuldigen. Ein Haupterforderniß ist jedoch die Angabe einer Personbeschreibung und der Beweggründe zur Verhaftung. Man nimmt es gewöhnlich von beiden Seiten zu leicht⁸⁷) mit dieser Maßregel; die Inquirenten entschließen sich leichter dazu, als zur Selbstverhaftung, weil sie wähnen, weniger Verantwortung dabei zu haben, und die requirirten Richter pflegen aus demselben Grunde rasch zuzugreifen. Die Verantwortlichkeit ist aber weder auf der einen noch auf der anderen Seite ausschließlich, noch auch ist sie getheilt; sie ist vielmehr verdoppelt, d. h. der requirirende, wie der requirirte Richter, beide haben die gleichmäßige Pflicht, die Gründe der Verhaftung zu prüfen; nur darin ist ihr Standpunkt verschieden, daß der letztere nicht im Stande und auch nicht berufen ist, zu untersuchen, ob die angegebenen Gründe aus den Acten wirklich hervorgehen⁸⁸).

Irrig ist es also, wenn man Alles auf den Grundsatz zurückführen will, daß der requirirende Richter die Direction des ganzen Processes habe und mithin ein anderer Richter ihm nichts in den Weg legen könne⁸⁹). Dirigent ist und bleibt er zwar immer; aber daraus folgt nicht im entferntesten, daß ihm jede andere selbstständige Behörde unbedingten Gehorsam leisten müsse; nur von seinen Untergebenen kann er Gehorsam fordern; die coordinirten Beamten haben aber alle das Recht und die Pflicht, ein gestelltes Ersuchen mit den Vorschriften des Gesetzes oder einer constanten Praxis zu vergleichen und dasjenige, was ihnen unstatthaft oder gesetzwidrig scheint, entweder schlechthin zu verweigern oder vorerst nähere Erläuterungen zu ihrer Beruhigung zu verlangen⁹⁰). Wenn

85) Der Nachtheil des Rufes leichtsinniger Requisitionen, in den ein Inquirent hierbei leicht gerathen kann, zeigt sich auch darin, daß dann auf spätere Hilfschreiben wenig Aufmerksamkeit verwendet wird.

86) Nur da, wo ausgedehnte Nachforschungen nothwendig werden, wird, um unnöthiger Arbeit vorzubeugen, zuweilen eine solche Anfrage gestellt. Bauer, Lehrb. des Strafproz. S. 78.

87) Mittermaier, das teutsche Strafverfahren Th. 1, S. 383, bemerkt deshalb: Es ist eine tabelnswerthe Sitte, wenn der zur Verhaftung requirirte Richter zum willenlosen Werkzeuge eines fremden Richters sich macht, und oft aus Gefälligkeit die Rechte eines Unschuldigen kränkt.

88) Was eine öffentliche Behörde sagt, muß, vermöge des in Mitte liegenden Dienstes, geglaubt werden.

89) Dies ist die Ansicht mancher Praktiker; die Theorie hat sich aber immer energisch gegen eine solche Consequenz erklärt. S. bef. Quistorp, Grundsätze des peinlichen Rechtes Th. 2, S. 826.

90) Penke, Handbuch des Criminalrechtes Th. 4, S. 638.

blos inländische Behörden solchergestalt in Communication treten, so sind die Bedenklichkeiten geringer⁹¹⁾, weil nicht die Frage der Auslieferung im engeren Sinne⁹²⁾ in Betracht kommt, eine Frage, die schon an und für sich zu den schwierigsten des Criminalrechtes gehört; kommt aber die Requisition von einer ausländischen Behörde, so muß man zu aller- nächst mit sich und den Gerichtshöfen zu Rathe gehen, ob die Staats- verträge, oder die gemeinen Rechtsnormen eine Auslieferung gestatten⁹³⁾.

Auch hier dürfen wieder um so weniger Anstände erhoben werden, wenn das verfolgte Subject zu dem Staatsverbände des requirirenden Richters gehört, und zwar besonders dann nicht, wenn der Gegenstand der Untersuchung ein gemeingefährliches Verbrechen, ein Attentat auf Leben und Eigenthum; ist.

Jedenfalls wird der requirirte Richter wohl daran thun, wenn das geringste Bedenken ob-schwebt, Instruction von dem vorgesetzten Ge- richtshofe⁹⁴⁾ einzuholen, oder er kann auch den requirirenden Richter veranlassen, wegen der Erlaubniß zur Verhaftung sich unmittelbar an den Gerichtshof oder an das Justizministerium zu wenden.

Auch eine Nachweisung der Competenz des requirirenden Gerichtes⁹⁵⁾ wird von Manchen verlangt. Dieß kann jedoch nur in so weit zuge- standen werden, als der Charakter der Behörde überhaupt als einer sol- chen bekannt sein muß, welche Criminalgewalt auszuüben berechtigt ist; die Frage der Competenz im engeren Sinne dagegen, d. h. die Frage, ob das Gericht für diesen besonderen Fall, bezüglich auf das Verbrechen an sich und auf das verfolgte Subject, competent sei, kann unmöglich⁹⁶⁾ der Kritik der requirirten Behörde unterworfen sein: denn für's erste fehlt es diesem an den Materialien dazu, und wenn man ihm auch wirklich die Acten oder Auszüge daraus mittheilen wollte, so wäre es eine bis zur Natur der Defension übergehende Aengstlichkeit⁹⁷⁾, den Verfolg- ten gegen die Gerichtsbarkeit des iudex requirens in Schutz nehmen zu

91) A begg, Lehrbuch des Criminalproz. S. 122.

92) Hierüber existirt eine Reihe von Abhandlungen, die Henke q. a. D. S. 303 aufzählt.

93) In der Vorzeit waren zu einem solchen Ansuchen immer die literae reversales oder die oblatio reciproci erforderlich. Koch, institutiones iuris crim. S. 946. Auch heutzutage ließt man noch zuweilen: Zu allen Segendiensten bereit; es dürften aber solche Anträge, als überflüssig, ganz wegb bleiben, weil doch kein requirirender Richter mehr versprechen kann, als die Befehle erlauben, das Erlaubte und Gebotene aber zu leisten, nicht von seinem guten Willen abhängt, sondern seine Pflicht und Schuldigkeit ist.

94) Martin, Lehrb. des Criminalproz., 4. Ausg., S. 161, 162: Rit- termaier, das deutsche Strafverf. Th. 1, S. 383.

95) Quistorp a. a. D. S. 472 vgl. mit dem dort angeführten Autor.

96) Ein Anderes ist es, wenn eine Collision der Gerichtsstände dabei ein- tritt; worüber sich am ausführlichsten äußert: Henke a. a. D. Th. 4, S. 47. Vgl. auch Müller, Lehrbuch des Criminalproz. S. 126, 127, Anm. 15.

97) Ist ist auch Eifersucht auf jede auswärtige Gewalt die Ursache des Sträubens, und es läßt mancher Beamte nur deshalb einen Amtsuntergebenen nicht gern abholen, weil er nicht einem Andern die Gelegenheit vergönnt, über denselben eine Herrschaft auszuüben.

wollen. Der wichtigste Punct ist hierbei unstreitig die Prüfung der Verhaftungsgründe⁹⁸⁾. Wenn man dem requirirten Richter hierin keine selbstständige Ansicht verstaten wollte, so könnte die Ungeschicklichkeit oder übertriebene Strenge eines Inquirenten, der aus allen Ecken und Enden ihm verdächtige Personen zusammenzuholen sich verpflichtet glaubte, in einen wahren Terrorismus ausarten.

Dem requirirten Richter muß es zustehen, eine Verhaftung abzulehnen, wenn er sich sofort überzeugt, daß die angegebenen Gründe entweder nach gemeinem oder besonderem Rechte schlechthin unstatthaft oder aus einem factischen Irrthume hervorgegangen seien. Dagegen darf er die Weigerung nicht auf Fälle ausdehnen, die ihm bloß zweifelhaft scheinen, d. h. also auf Verhaftungsgründe, die in der Wissenschaft oder Praxis controvers sind, wie z. B. beim Arrest zur Vermeidung von Collusionen mit verdächtigen Zeugen oder zur Verhütung der Fortsetzung des Verbrechens u. s. w.⁹⁹⁾.

Die Angabe der Gründe beschränkt sich jedoch bloß auf ihre juristische Bezeichnung¹⁰⁰⁾, und die Ausführung der thatsächlichen Motive dazu kann um so weniger verlangt werden, als sie zeitraubend wäre und daher diese an sich schleunige Maßregel oft sehr aufhalten würde, wenn gleich eine Andeutung des Factischen mit wenigen Worten, eben um etwaigen Zweifeln der anderen Behörde zuvor zu kommen, immer am Plage sein dürfte.

Ist die verfolgte Person keine solche, über deren Namen und Stand nicht die mindesten Zweifel vorausgesetzt werden können, so hat die requirirende Behörde jedesmal ein möglichst genaues Signalement beizulegen; findet alsdann das ersuchte Gericht die Schreibung des Namens¹⁰¹⁾ oder die Kennzeichen der Person nicht mit dem Namen oder dem Aussehen der einzigen Person, welche die verfolgte zu sein scheint, übereinstimmend, so würde sie sich dem Vorwurfe einer Leichtfertigkeit aussetzen, wenn sie sofort zugreifen wollte; sie muß vielmehr die sich zeigenden Widersprüche dem Inquirenten, jedoch natürlich auf schleunigstem Wege, mittheilen, und wenn dieser sie nicht heben kann, den Wollzug des Ansuchens geradezu abschlagen.

98) Quistorp a. a. D. S. 472. Abegg, Lehrbuch des Criminalproz. S. 122. Bauer, Lehrb. des Strafproz. S. 119, Nr. 3. Zacharia, Grundlinien des Criminalproz. §. 107, wo auch auf die Nov. 134, c. s. und L. 11. D. de custod. reor. (48. 3.) aufmerksam gemacht wird.

99) v. Sagemann, Handb. der gerichtl. Untersuchungslehre Bd. 1, §. 51, 52.

100) Z. B. wegen vorausgegangener Drohungen; wegen Anwesenheit am Orte der That; wegen Flucht; wegen Besitzes eines gewissen Gegenstandes. Eine äußerst vollständige Zusammenstellung der gewöhnlicheren Indicien s. bei Ritka, die Beweislehre im östereich. Criminalprozesse (Wien 1841), §. 79—107.

101) Dabei darf überhaupt an die nöthige Genauigkeit in der Anführung von Eigennamen erinnert werden, wogegen so oft gesündigt wird, so daß mitunter ein und derselbe Name in denselben Acten mehrmals variirt vorkommt.

Die in Folge eines Erfuchungsschreibens verhaftete Person ist von dem requirirten Richter, wenn sie nicht an eins unmittelbar benachbarte Behörde abzuliefern ist, und sogar auch in diesem Falle, wenn sie ein alsbaldiges Verhör verlangt, gleich nach der Verhaftung summarisch zu vernehmen¹⁰²⁾: denn es ist ja sehr möglich, daß dieselbe den auf sie geworfenen Verdacht augenblicklich beseitigen, einen offenbaren Irrthum nachweisen oder sehr erhebliche Gegenindicien¹⁰³⁾ für sich anführen könnte, so daß der requirirte Richter sich berechtigt halten dürfte, von der Verhaftung oder doch von der Ablieferung einstweilen Umgang zu nehmen.

Ist jedoch die Verhaftung einmal vollzogen, so muß die Ablieferung, wenn sich derselben keine weiteren Bedenken entgegenstellen, unverzüglich erfolgen und zwar, wenn von der ersuchenden Behörde keine andere Transportweise angegeben ist, auf dem sogenannten Schube¹⁰⁴⁾, d. h. in der Art, daß der Arrestant mit einer Escorte, die auf jeder Amtstation in der Regel abgelöst und ausbezahlt wird, zu Fuße oder, bei ärztlich attestirter Kranklichkeit, zu Wagen an die Untersuchungsbehörde verbracht wird. Solchen, die auf ihre Kosten einen bequemen Wagen wünschen, kann diese Erleichterung nie abgeschlagen werden, und es ist sogar von Amtswegen dieses Transportmittel zu wählen, wenn es darauf ankommt, daß der Arrestant mit Vermeidung des Aufenthaltes an den Ablösungsstationen geradeweg an Ort und Stelle geschafft werde. Insbesondere verdient diese Methode bei den gefährlichsten und der Flucht verdächtigsten Subjecten Beachtung.

Die Kosten des Transportes müssen von der requirirenden Behörde sogleich bei der Ablieferung bezahlt werden¹⁰⁵⁾, und es ist dafür der Inquirent selbst, wenn sich Anstände bei den Gerichtscassen ergeben sollten, persönlich dafür haftbar, welcher Grundsatz um so mehr Unterstützung verdient, als dadurch leichtsinnige Requisitionen wohl gänzlich verhindert werden.

4) Steckbriefe (*litterae arrestatoriae patentis*¹⁰⁶⁾) sind gericht-

102) Henke a. a. D. S. 638.

103) Rittermaier, die Lehre vom Beweise im Strafprozesse (Darmstadt 1834), S. 56.

104) Auch ein Ueberrest aus der Procebur des teutschen Reiches, wo bekanntlich ein Gerichtsherr dem anderen die Delinquenten zuzuschleppen suchte. Ohne Zweifel bildete sich daraus das Wort: Schub. Vgl. Dorn, Commentar über das peinliche Recht Th. 2, S. 572 flg. Stäbel, das Criminalverf. Bd. 1, S. 388.

105) Deshalb ist es auch rathsam, die Erstattung aller Gebühren und Auslagen schon im Hülfschreiben zu versprechen. — Littmann, Handb. der Strafrechtsw. Bd. 3, S. 89, 230, Nr. 5.

106) Eckholdt, de literis incarcerationis patentibus seu arrestatoriis. Lips. 1678. — Kleinschrod, de literis, quae fugitivi persecutionem petunt ac remissionem patentibus. Wirceb. 1795.; teutsch in dessen Abhandl. aus dem peiml. Rechte Th. 2, S. 329 flg. Biedermann, über die Natur und Erfordernisse der Steckbriefe (im älteren Archiv des Criminalrechtes Bd. 3, St. 3, Nr. 3). Stäbel, Criminalverfahren Bd. 3, S. 1611 — 1650.

liche Ausschreiben, welche vorzugsweise in öffentlichen Blättern, zugleich aber auch als Specialerlasse an alle Criminal- und Polizeibehörden, mit dem Ansuchen erlassen werden, zur Verfolgung und Verhaftung eines Inculpaten alle gesetzlich mögliche Unterstützung zu gewähren¹⁰⁷).

Die Natur der Sache bringt mit sich, daß dieses Mittel besonders gegen Flüchtige angewendet wird: denn jeder Inquirent wird die Fahndung auf Subjecte, die er an irgend einem Orte sicher zu finden hofft, erst auf anderem Wege, wie durch Hilfschreiben, Nachzelle u. s. w. vollziehen. Doch kommen auch Fälle vor, wo der Angeschuldigte gleich nach der That aus dem Bezirke des Untersuchungsgerichtes sich entfernt hat, ohne daß man gerade zur Annahme einer Absicht zu entfliehen, berechtigt wäre. Will man hier gleichwohl Steckbriefe¹⁰⁸) erlassen, so müßte der Verdacht gegen den Verfolgten eben aus dem Grunde, weil das Indicium der Flucht mangelt, von anderer Seite her um so dringender sein.

Ein Steckbrief kann im großen Publicum nie anders, als ehrverlegend wirken, weil man sich hier nicht blos an den proclamirten Verdacht hält, sondern noch weiter zu gehen und den Ausgeschriebenen geradezu für den Thäter, immerhin aber für ein gefährliches Subject, anzusehen pflegt¹⁰⁹).

Hieraus folgt, daß man sehr vorsichtig mit dieser Fahndungsart umgehen muß, damit man nicht später zu bereuen bekomme, einen Unschuldigen in ein so nachtheiliges Licht gestellt zu haben. Erkennt man aber einmal die Lage der Umstände für geeignet, um einen Steckbrief zu erlassen, so darf man nicht damit zögern, weil nur durch Schleunigkeit die Reise des Inculpaten aufgehalten¹¹⁰), oder derselbe mit der Verhaftung überrascht werden kann, ehe er von der gegen ihn eingeleiteten Untersuchung und Verfolgung anderweit Kenntniß erhält.

107) Schwerlich läßt sich aus den in Zacharia's Grundlinien des Criminalproz. §. 108 allegirten Gesetzesstellen folgern, daß im altrömischen Reiche dergleichen Verfolgungen schon üblich gewesen seien. Es spricht dagegen schon der damalige Mangel an Gelegenheiten zur schnellen Verbreitung solcher Edicte. S. übrigens auch österr. Gesetzb. Th. 1, §. 485—488. Preuss. Criminalordn. §. 239—243. Bayer. Strafgesetzb. Th. 2, Art. 124, 414—416.

108) Die Etymologie dieses Wortes ist noch nicht festgestellt. Die Ableitung von *Einstecken* hat eben so wenig für sich, als die Erklärung: Der Flucht ein Ziel stecken. Müller, Lehrb. des Criminalproz. S. 314, Anm. 4. Auch die Adelung'sche Ableitung von „Stechen“ ist nicht überzeugend. Am einfachsten dürfte man wohl das Wort Steckbrief als eine schriftliche Verfolgung des Flüchtlings in's Versteck nehmen.

109) S. oben Note 59.

110) Je mehr die Beförderungs mittel vervollkommenet werden, desto schwieriger wird die Fahndung überhaupt. So lange die Briefposten nicht mit den Eisenbahnen durchgehends vereinigt werden, können Steckbriefe in der Regel nur als eitle Anstrengungen angesehen werden, weil sie überall zu spät kommen.

Ein Steckbrief muß nothwendig enthalten¹¹¹⁾ a) den Namen des Inculpaten, und zwar niemals den Geschlechtsnamen allein, sondern daneben auch den Taufnamen, und wenn man diesen nicht angeben kann, doch eine Bezeichnung des Standes oder des Gewerbes; b) den Geburts- oder Heimathsort oder den Wohnsitz, je nachdem man von dem einen oder anderen sichere Kenntniß hat, oder je nachdem der Inculpat unter diesem oder jenem Ortsverbande am meisten bekannt ist; c) das Signalement, und zwar nicht bloß Beschreibung der Person an sich, sondern auch ihrer gewöhnlichen Kleidung und sonstiger besonderen Kennzeichen; d) die Anführung des Verbrechens um dessenwillen die fragliche Person verfolgt wird.

Sieht man sich außer Stande, das eine oder andere dieser Erfordernisse zu erfüllen, so darf man, trotz der Wichtigkeit der Sache, einen Steckbrief nicht erlassen und zwar aus der nahe liegenden Ursache, weil sonst gar zu leicht eine Verwechslung¹¹²⁾ eintreten und ein Unschuldiger, auf den zufällig die mangelhafte Beschreibung paßte, aufgegriffen, überhaupt aber die auswärtigen Behörden in große Verlegenheiten gesetzt werden könnten.

Wegen der Wahl der Zeitungen, worin die Steckbriefe abzudrucken sind, gilt dasselbe, wie von der Edictalladung; nur pflegt man die Steckbriefe noch weit mehr als diese zu verbreiten. Da Flüchtige sich gewöhnlich recht weit vom Orte der That zu entfernen suchen, so ist die Regel zu beachten, den Steckbrief jedesmal auch in eine Zeitung¹¹³⁾ einzurücken zu lassen, welche an dem entgegengesetzten Theile des Landes die gelesenste und officiellste ist, wie z. B. die süddeutschen Behörden den Hamburger Correspondenten oder die Breslauer Zeitung, die norddeutschen aber die Frankfurter Oberpostamtzeitung oder die Augsburger allgemeine Zeitung dafür zu benutzen pflegen. Nur dahin, wo man Hilfe von den auswärtigen Behörden zu erwarten hat, wo also entweder förmliche Cartelverträge, oder eine observanzmäßige Reciprocität, bestehen¹¹⁴⁾, soll man Steckbriefe erlassen, indem sie sonst nur eine leere Formalität wären.

Sobald Gewißheit darüber da ist, daß der Gesuchte nicht zu finden, oder daß man sich in der Person geirrt habe, oder wenn der Inculpat beigefangen und eingeliefert ist, so hat der Untersuchungsrichter die Pflicht,

111) Stübel, das Criminalverfahren §. 1614, 1615. Littmann, Handb. der Strafrechtsw. §. 720.

112) Besonders in neuerer Zeit, wo die oft sehr oberflächlichen politischen Proscriptionslisten häufige Irrthümer vornehmer Polizeiagenten veranlaßt haben, dürfte diese Warnung am Plage sein.

113) Von allen Blättern, in welche der Steckbrief inserirt wird, pflegt man ein Exemplar zu den Acten zu nehmen. Rudovici, Einleitung zum peinl. Proq. Cap. 3, §. 3, S. 21. Heil, index et defensor. cap. 2. §. 11. P. 47.

114) Littmann a. a. D. Bb. 3, §. 648. Dergleichen Verträge und Observanzen pflegt man jedoch so strict als möglich auszulegen, wiewohl es angemessener wäre, daß alle Justizbehörden, wo materielle Gründe der Verfolgung nachgewiesen sind, sich im Formellen nicht so sehr beengen würden.

den Steckbrief in denselben Blättern; wo er ihn erließ und bei denselben Behörden, wohin er ihn speciell schickte, wieder zurückzunehmen¹¹⁵⁾, damit nicht etwa die Fahndungen fortgesetzt und unschuldige Personen belästigt werden.

5) Die *Nacheile*, oder *Amtsfolge* (*sequela iudicialis, territorialis, praefectoria*¹¹⁶⁾) ist die unmittelbare Verfolgung eines des Verbrechens verdächtigen Subjectes durch Unterbediente des untersuchenden Gerichtes zum Zwecke der Haftverurteilung¹¹⁷⁾.

Dies ist die heutige Bedeutung des Fahndungsmittels; in früheren Jahrhunderten aber verstand man darunter die Ergreifung des Verbrechers auf handhafter That (in *flagranti*), d. h. eines auf der That ertappten und von den Beschädigten, unter Beihilfe der benachbarten oder zufällig anwesenden Mitbürger, durch das sogenannte *Gerüfte* beschriebenen Thäters, woraus damals eine besondere, sehr schleunige, gleichsam standrechtliche Prozedur¹¹⁸⁾ hervorging.

Seitdem sich aber das Gerichtswesen als eine besondere Macht, als eine Staatsgewalt, ausgebildete und mit dem erforderlichen Dienstpersonal ausgerüstet ward, gewöhnten sich die Bürger, die Verfolgung der Verbrecher diesem allein zu überlassen und so entstand die *Nacheile* im weiteren Sinne oder *Amtsfolge*. Während früher dieselbe nur in der nächsten Umgebung und so lange man den Flüchtigen im Auge hatte, stattfand, genügt jetzt die Gewißheit oder hohe Wahrscheinlichkeit, daß der Inculpat vor kurzem einen bestimmten Weg eingeschlagen habe, zu dem Beschlusse, seine Spur auch weiterhin zu verfolgen.

Es ist dieses Mittel allen anderen unbedingt vorzuziehen¹¹⁹⁾, weil es weit sicherer auf Erfolg rechnen kann. Der requirirte Richter ist eine Person, welcher der Inquirent nicht gebieten kann und welche häufig, ja gewöhnlich, nicht mit demselben Eifer und nicht mit denselben Ansichten wie jener zu Werke geht; der Steckbrief aber muß unvermeidlich manche unnütze Kräfte aufbieten und gewährt doch nur höchst selten ein Resultat. Die *Nacheile* wird einem Polizeidiener, Gendarm oder Ge-

115) Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. 4, S. 641.

116) Man will schon im römischen Rechte und zwar in dem Worte: *conquirere* in L. 13. D. de officio praes. (1. 18.) eine Spur dieses Institutes erblicken, aber wohl mit Ungrund, indem das „Auffuchen oder Zusammenbringen lassen“ bei Weitem noch keine organisirte *Nacheile* bezeichnet.

117) Linck, de persecutione ac remissione delinquentium, Jen. 1671. Müller, de iure facinorosos sequela praefectoria persequendi. Altorf. 1714. Gambrecht, de sequela territoriali. Gott. 1799. Oesterr. Gesetzb. Th. 1, §. 484. Bayer. Strafgesetzb. Th. 2, Art. 413. Preuß. Criminalordn. §. 237, 244.

118) Klaren Aufschluß hierüber findet man bei Zöpfl, das alte hamburgische Recht (Heidelberg 1839), §. 36. Es bedurfte gegen einen auf handhafter That Betretenen nur des Beweises: daß ein *Gerüfte* über ihn erhoben worden sei, und darauf erfolgte die Verurteilung. S. auch Abegg, Lehrbuch des Criminalproz. S. 124.

119) Darum ist dasselbe auch in v. Sagemann's Handb. der gerichtl. Untersuchungskunde Bd. 1, §. 62, 63, allen anderen Fahndungsarten vorangestellt.

fängendwörter oder sonstigem Gerichtsdiener¹²⁰), aufgetragen, welcher entweder die verfolgte Person von Angesicht und Benehmen kennt oder doch durch mündliche Erläuterung des mitgegebenen Signalements eine klare Anschauung von dem Subjecte hat. Wenn daher irgend die Kunde von dem eingeschlagenen Wege richtig ist¹²¹), so kann es kaum fehlen, daß der Thäter auf solche Art eingeholt wird. Man gibt dem die Nach-eile vollziehenden Diener einen offenen Vorweis, eine Art von Paß¹²²) mit, worin der Verfolgte eben so genau wie in einem Steckbriefe beschrieben ist, und worin zugleich alle Ortsvorgesetzten und Gerichts- und Polizeibehörden, durch deren Bezirke er bei der Nach-eile kommen dürfte, aufgefordert, beziehungsweise ersucht werden, ihn mit allen gesetzlichen Mitteln, behufs der Auffpürung und Festnehmung des Inculpaten, zu unterstützen. Der Name und Stand des Verfolgers ist dabei jedesmal anzuführen.

Erstreckt sich der Plan der Nach-eile nicht über die Grenzen des Untersuchungsbezirktes hinaus, so bedarf es dieser und anderer Förmlichkeiten in der Regel nicht, weil ja doch ein Jeder den Befehlen des Inquirenten hier Folge zu leisten hat¹²³); doch muß immerhin der Verfolger mit einem schriftlichen Decrete versehen sein, indem sonst der Inculpat ihm die Vollziehung seines Auftrages erschweren¹²⁴) könnte. Anders ist es, wenn die Nach-eile in auswärtige Gerichtsbezirke ausgedehnt werden soll. Der offene Vorweis muß hier dieselben Data wie der Steckbrief enthalten, mithin auch namentlich die Angabe des Thatbestandes und des Verdachtsgrundes. Denn wenn gleich die auswärtige Behörde hier die Verhaftung nicht selbst vollzieht, sondern nur durch den abgesandten Diener geschehen läßt und mithin keine unmittelbare Verantwortung übernimmt, so kann sie doch ihre Zustimmung nicht geben, wenn der Diener über Grund und Zweck seines Handelns keine officiële Auskunft zu erteilen vermag.

Die Frage: ob und in wie weit auswärtige Behörden verbunden sind, die Nach-eile und Verhaftung in ihrem Bezirke zu dulden, beruht ungefähr auf denselben Grundsätzen, wie die Lehre von der Auslieferung. Hierüber läßt sich zwar philosophisch kein anderer Satz, als der aus dem

120) In wichtigen Fällen ist es zweckmäßig, daß sich der Inquirent selbst, mit gehöriger Mannschaft, auf den Weg macht; er ist dann auch am besten im Stande, die unterwegs sich ergebenden Schwierigkeiten zu beseitigen.

121) Stäbel, das Criminalverfahren Bb. 3, §. 1584. Müller, Lehrbuch des Criminalprozesses S. 311, Anm. 1.

122) Wolley, Anweisung zum Verfahren in Strafsachen S. 185. Littmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft Bb. 3, S. 223.

123) Preuß. Criminalordnung §. 237, bayer. Strafgesetz. Th. 2, Art. 413, österr. Gesetz. über Verbr. §. 484, empfehlen den Landesbehörden ausdrücklich willige Weihilfe an.

124) Wenn Jemand einem aus fremdem Gerichtsbezirke herübergekommenen Menschen, der kein Decret in Händen hat, die Folgeleistung verweigerte, so würde darin nicht einmal der Thatbestand einer sträflichen Widerseßlichkeit zu erkennen sein. Vgl. Mittermaier's u. Ausg. des Feuerbach'schen Lehrbuches des peinlichen Rechtes (Gießen 1840), S. 302, Note IX.

Gerechtigkeitsprincip abfließende, vertheidigen, daß nämlich alle Staaten¹²⁵⁾, im Innern, so wie gegen Außen, zur Handhabung der positiven Strafgesetze bereitwillig beitragen¹²⁶⁾ sollen, was in ihren Kräften steht; aber in der Praxis ist die Sache ganz anders. Hier dringen alle völkerrechtlichen Deductionen nicht durch, wenn nicht Verträge oder Observanzen vorliegen, durch welche das Verhältniß geregelt ist. Insbesondere ist die Auslieferung der wegen sogen. politischer Verbrechen Angeklagten immer schwer zu erlangen, weil der auswärtige Staat sich gewöhnlich als ein Asyl¹²⁷⁾ für den mit den Einrichtungen eines anderen Staates Unzufriedenen ansieht. Frankreich, England und Nordamerika liefern nimmermehr einen politischen Flüchtling aus und in neuerer Zeit auch die Schweiz und Belgien nicht. In den teutschen Bundesstaaten ist dieser Punkt, so oft es sich von einem Verbrechen gegen das Bundesstaatsrecht¹²⁸⁾ handelt, unzwiefelhaft, und schon die Errichtung einer Centraluntersuchungscommission beweist factisch, daß in solcher Beziehung die Auslieferung nie versagt werden könne. Hinsichtlich der Verbrechen gegen die Einzelstaaten möchte es jedoch auch in Teutschland bei der Nacheile und Auslieferung auf die besonderen Verträge¹²⁹⁾ ankommen.

Etwas Anomales liegt jedoch immer darin, wenn der Beauftragte eines fremden Gerichtes in den Bezirk kommt und hier Functionen der wichtigsten Natur ausübt, und es läßt sich daher Manches dafür sagen¹³⁰⁾, daß die Untergebenen des heimgesuchten Bezirkes den Anforderungen des fremden Gerichtsbieners die Folgeleistung verweigern dürfen.

Um dieser Collision vorzubeugen, sollte die auswärtige Behörde, sobald sich der Verfolger bei ihr meldet, ihm immer eine weitere Legitimation zu Handen stellen, oder, was noch besser ist, einen eigenen Diener begeben, der alle Wege mitzumachen¹³¹⁾ und den Vollzug jeder zur wirksamen Nacheile dienenden Maßregel zu unterstützen hat.

125) Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft (Neustadt a. d. D. 1836), S. 89—91.

126) Während der alten Reichsverfassung war die Nacheile gegen alle „Landfriedensbrecher und Räuber“ vermöge R. U. v. 1548, §. 20, von 1555, §. 36, 37, und von 1559, §. 21, 22, erlaubt. Vgl. Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. 4, S. 636. — Quistorp, Grundsätze des peinlichen Rechtes Th. 2, §. 824.

127) Die Asyle im eigentlichen Wortverstande oder „Muntaten“ sind seit lange bereits aufgehoben. Unter ihrem Schutze konnten sich ehemals alle Verbrecher vor Strafe schützen, und das hamberger Stadtrecht vom 14. Jahrhunderte (1306—1333), §. 69, erteilt sogar den Bürgern den Rath, „so soll er sich enthalten in eins Freiheit oder in einer muntat oder anderswo, bis er zu gericht beledet wurd.“ Zöpfl, das hamberger Stadtrecht Anh. S. 22, S. auch Stübel a. a. D. §. 1530.

128) Bundestagsbeschluss vom 30. September 1830.

129) Bauer, Lehrbuch des Strafprozesses §. 77, Ziff. 3.

130) Landbürgermeistern, Gendarmen und Localbienern kann nicht immer eine so richtige Einsicht in den Organismus des Criminalverfahrens zugetraut werden, daß sie dem Ansuchen eines auswärtigen Richters sofort Folge leisten, und die geringste Deliberation kann den ganzen Erfolg vernichten.

131) Eine dienstfertige Behörde wird sich die Mühe nicht verbrießen lassen, eine Nacheile, die nur bis in ihren Bezirk ging, auf eigene Hand fortsetzen zu

Sobald der Gefüchte aufgefunden ist, darf er, die Sache mag noch so dringend sein, nicht ohne Weiteres an den Inquirenten abgeliefert werden, sondern er muß vorerst an das Gericht des fraglichen Sprengels transportirt, daselbst summarisch vernommen und erst dann ausgeliefert werden, wenn diese Stelle die Erlaubniß dazu ertheilt.

6) Streifung¹³²⁾ (auch Streife, Streifzug; Streiferel) ist im Grunde nur eine erweiterte Nachhille, nämlich das Ausgehen einer zahlreichen Mannschaft¹³³⁾ unter Direction des Inquirenten, zu dem Zwecke, einen Verbrecher, den man in einer gewissen Gegend verborgen glaubt, mittelst Durchsuchung aller Ländereien, Waldungen, Büsche und Ortschaften, einzufangen.

Am besten wird diese Maßregel durch Militär ausgeführt¹³⁴⁾, weil der Plan eigentlich ein strategischer ist, und zur Ausführung auch Muth gehört, indem dabei leicht Mann gegen Mann zu stehen kommen kann. Da jedoch das Militär zu Zwecken der Sicherheitspolizei nicht anders, als wenn es sich um die Verfolgung ganzer Banden handelt, abgegeben wird, so muß man die Streifen in der Regel mit den Bürgern und Bauern anstellen, welche den fraglichen District bewohnen. Die Gendarmen sind dann diejenigen, welche als Anführer der Abtheilungen und als Ordner des Zuges mitzuwirken haben. Der Inquirent, oder der requirirte Polizeibeamte, verabredet¹³⁵⁾ mit ihnen die Art der Aufstellung, der Fortbewegung und die Endpunkte des Streifzuges, worauf dann das Aufgebot an die betreffenden Einwohner, gewöhnlich an die Altersklassen vom zwanzigsten bis zum sechzigsten Jahre, und die Ausführung erfolgt.

Wenn die Anstalten zweckmäßig und vorsichtig getroffen werden, auch die Spuren vom Thäter nicht gänzlich unsicher sind, so erscheint diese Fahndungsart zweckmäßig, indem sie nicht nur eine große Anzahl von Verfolgern darbietet, sondern bei den Bürgern und ihren Familien überhaupt ein unmittelbares Interesse an dem Untersuchungszwecke anregt. Dennoch wird sehr selten Gebrauch davon gemacht. Der Grund ist darin zu suchen, daß theils die Erfahrung überall gelehrt hat, wie man

lassen, wenn sich nachträglich Spuren von dem Wege des Flüchtlings ergeben. Ein bemerkenswerthes Beispiel s. bei v. Jagemann, Handb. der gerichtl. Untersuchungskunde Bd. 2, Nr. 66.

132) Mit Unrecht übergehen fast alle Lehrbücher des Strafverfahrens dieses Institut gänzlich: denn wenn es auch in der Ausführung einen mehr polizeilichen als criminellen Charakter hat, so muß doch der Anstoß und die Angabe der Richtungen immer vom Inquirenten ausgehen. Vgl. übrigens Müller, Lehrbuch des Criminalproz. S. 286. v. Jagemann, Handbuch Bd. 1, S. 64—67, Bd. 2, Nr. 68, 69. Wolley a. a. D. S. 104.

133) Die Streife ist wohl ein Ueberbleibsel der alten deutschen Landfolge. Xbegg, Lehrbuch des Criminalproz. S. 124.

134) Vgl. v. Berg, Handbuch des deutschen Polizeirechtes Th. 1, S. 258. Mohl, die Präventivjustiz oder Rechtspolizei (Tübingen 1834), S. 244, 260, 272.

135) Daß einer von diesen Beamten selbst als Dirigent mitgehe, ist besonders wünschenswerth, weil sonst leicht die aufgebotene Mannschaft den Gendarmen nicht gehörig Folge leisten möchte.

es größtentheils mit ungeschickten oder feigen Menschen zu thun hat, die mehr verderben, als gut machen, weil die Verfolgten, wenn sie einmal dem Streifzug entgangen sind, nur um so sicherer und frecher¹³⁶⁾ werden. In der That ist es auch eine ziemlich harte Zumuthung für die Landbewohner, diese polizeilichen Functionen mit Hintansetzung ihrer eigenen Geschäfte zu vollbringen. Wo eine gehörig organisirte Landwehr besteht, mag es weniger Bedenkllichkeiten unterliegen, einen Streifzug anzuordnen und zwar schon deshalb, weil hier jeder wehrhafte Mann auch mit einer Wehre versehen ist, wo hingegen die gewöhnlichen Bauern selten eine Waffe besitzen und daher mit Stöcken und Knüppeln ausziehen, wovon sich determinirte Verbrecher nicht wohl fürchten können.

Man beschränkt daher die Streifung¹³⁷⁾ im Criminalprozeß auf bedeutende Capitalverbrechen, namentlich bei Raub und Raubmord.

7) Das Aussetzen einer Fanggebühr¹³⁸⁾ darf unter den Fahndungsmitteln nicht vergessen werden, weil damit die Gewinnsucht angeregt wird, vermöge welcher bekanntlich der große Haufe überall die größte Thätigkeit entwickelt. Man versteht darunter eine öffentliche Bekanntmachung durch die Zeitungen, durch Placate oder durch die Schelle, worin einem Jeden aus dem Publicum, dem es gelingen sollte, eine Spur des Thäters ausfindig zu machen und anzugeben, welche auf dessen Ueberweisung führen würde, oder Jedem, welcher den Thäter selbst ergreifen und an die Behörde abliefern würde, eine Summe Geldes als Belohnung versprochen wird.

Man würde die Sache von einer falschen Seite betrachten, wenn man darin etwas Gehässiges, nämlich einen Aufruf zur Denunciation erkennen wollte¹³⁹⁾. Eine Anzeige und eine Denunciation sind bekanntlich zwei ganz verschiedene Dinge. Man will nicht ein heimliches Anbringen, nicht eine allgemeine Spionerie, sondern bloß die redliche Mit-

136) *Bollev a. a. D. S. 185*, führt den Fall an, wo Gauner, die man durch die Streife suchte, unter die Mannschaft sich einschlichen und den ganzen Zug unbemerkt mitmachen, weshalb er auch anrath, die Streifer selbst stets im Auge zu haben und zu mustern.

137) Soll sich dieselbe über den Bezirk des Untersuchungsgerichtes hinaus erstrecken, so muß Legitimation der Oberpolizeibehörde eingeholt werden.

138) v. Jagemann, *Handbuch* Bd. 1, §. 66. Dieses Mittel, dessen Erfolge oft über alle Erwartung gehen, wurde bisher von der Prozeßtheorie nicht genug beachtet.

139) Höchst merkwürdig ist in dieser Beziehung die Ansicht des freisinnigen Briten Bentham, mitgetheilt von Pepp in der Schrift: *Bentham's Grundsätze der Criminalpolitik* (Tübingen 1839), S. 156: Denkt man sich einen Staat, in welchem jeder Bürger seine Pflicht erfüllt, so würde ein Jeder, welcher einen Beweis eines verübten Verbrechens in Händen hätte, als Denunciant gegen den Thäter auftreten. Allein unglücklicherweise ist dieß eine Pflicht, der sich zu entziehen Jedermann nur allzugeneigt ist, entweder aus einem übelverstandenen Mitleiden mit dem Delinquenten, oder aus Mißbilligung dieses oder jenes Gesetzes, oder aus Furcht, sich Feinde zu machen, oder aus Indolenz, oder endlich, wie dieß bei den meisten Menschen der Fall ist, weil sie ihre gewöhnlichen Beschäftigungen nicht ohne Verlußt unterbrechen können und mögen.

wirkung **a** Bürger, denen es um Erfüllung der Zwecke der Gerechtigkeit zu thun ist, vernachlässigen, und die Fanggebühren würde nicht erforderlich sein, wenn nicht der Eifer für die öffentliche Rechtspflege in unseren Tagen so sehr erkaltet wäre, daß die Meisten, ohne die Aussicht auf Entschädigung für Zeit, Mühe und Gefahr, sich zu nichts verstehen würden.

Gleichwohl pflegen die Staatscassen keine Fanggebühren gut zu heißen und auszubehalten, wenn es nicht öffentliche Diener sind, die den Anspruch darauf machen, wie namentlich Gendarmen und Polizeidiener.

Dagegen kann es wohl keinem Damnicaten verwehrt sein, eine Fanggebühren aus eigenen Mitteln¹⁴⁰⁾ demjenigen zusichern zu lassen, der ihm zur Entschädigung verhilft. Es kann hiervon also nur bei Eigenthumsverbrechen die Rede sein, z. B. beim Diebstahl, beim Raube und bei boshafter Beschädigung. Würde man solche Privatzahlungen auch auf andere Verbrechen ausdehnen, so würde gewissermaßen das Nachsystem¹⁴¹⁾ wieder eingeführt sein, wozu der Inquirent nie die Hand bieten kann.

Die Größe der Summe, welche dem Entdecker ausbezahlt ist, richtet sich nach der Natur des Verbrechens; in ganz wichtigen Fällen kann man wohl nicht unter fünfzig Thalern oder Gulden honoriren, und auch öffentliche Diener sollten nicht geringer abgefertigt werden.

Uebrigens muß man nicht immer allzustreng darauf halten, daß durch die Anzeige gerade eine vollständige Ueberweisung bezweckt werde, wenn nur der rechte Inculpat und die corpora delicti beigebracht werden.

8) Haussuchung¹⁴²⁾ ist gleichfalls ein Mittel, eine verdächtige Person aufzuspüren und zu ergreifen; sie wird aber äußerst selten in dieser Absicht angewendet. Man versteht darunter die Durchsuchung von Gebäuden bis auf die untergeordnetsten Räume, wo ein Mensch sich aufhalten könnte¹⁴³⁾. Ein solches Verstecken der Personen, eine solche Beihilfe der Mitbewohner wird aber kaum anders als bei sogenannten politischen Verbrechen vorkommen. Es gehört übrigens dazu, wenn

140) v. Jagemann a. a. D. Bd. 2, Nr. 70. Eine rechtliche Verbindlichkeit kann jedoch nicht aus einem solchen Versprechen abgeleitet werden, weil vielmehr der Anzeiger, wie Bentham (s. vor. Note) richtig bemerkt, nur seine Pflicht thut, für welche er keine Bezahlung verlangen kann.

141) Richter, das philosophische Strafrecht, begründet auf die Idee der Gerechtigkeit (Leipzig 1829), S. 160, 161.

142) Feuerbach, Lehrbuch des penal. Rechtes §. 536. — Aegg, Lehrbuch des Criminalproz. §. 84. — K. A. Weiske, Handb. des Criminalproz. (Leipzig 1840), §. 149.

143) Haussuchung kann es nicht genannt werden, wenn die Gendarmen in ein Haus eintreten, um ein Individuum, das sich nicht verborgen hält, abzuholen. Dieß geschieht namentlich oft in Wirthshäusern. Müßte man in solchen Fällen dem Hauseigenthümer jedesmal die Bedingungen der Haussuchung im engeren Sinne nachweisen, so wäre die Criminalpolizei dabei ungemein gehemmt. Mittermaier, das deutsche Strafverf. Bd. 1, S. 335. Bayer. Strafgesetzbuch Th. 2, Art. 252.

auch ein Verhaftsbefehl ausgefertigt ist, außerdem noch ein richterliches Decret, welches die Hausfuchung förmlich verordnet.

Von der Hausfuchung nach Objecten, welche die hauptsächlichste im Criminalprozeße ist, wird noch ausführlich die Rede sein, und die dort anzugebenden Förmlichkeiten sind auch hier anwendbar; nur möchte zu rechtfertigen sein, daß man in Bezug auf den Hausbesitzer, wenn er nicht etwa selbst der Inculpat ist, hier weniger Bedentlichkeit zu haben braucht, als bei der Auffuchung von Objecten: denn es ist wohl an sich klar, daß das Suchen einer verdächtigen Person denjenigen, der sie etwa verbirgt, in der öffentlichen Meinung wohl nie in ein zweideutiges Licht stellen kann, wie das Verbergen eines *corpus delicti*. Im letzteren Falle, besonders bei Eigenthumsverbrechen, knüpft sich immer der Verdacht daran, daß der Hausbesitzer unmittelbarer Theilnehmer sei, während die Aufnahme eines verfolgten Menschen als die Gestattung eines Asyls¹⁴⁴⁾, mithin als ein Werk des Mitleids und der Warmherzigkeit, angesehen zu werden pflegt.

II. Arten der Fahndung auf Objecte der That.

Fast in jedem Criminalprozeße kommen Anlässe vor, Gegenstände aufzusuchen, an welchen oder mit welchen das Verbrechen verübt worden ist¹⁴⁵⁾; es ist daher dieser Abschnitt von der erheblichsten Bedeutung, und es muß die Bemerkung wiederum vorausgeschickt werden, daß der Inquirent, wenn er irgend erhebliche Resultate gewinnen soll, darin nicht über die Gebühr beschränkt werden darf.

Vor allem kommt hier wieder in Betracht:

1) Die Hausfuchung (*perscrutatio s. perquisitio domestica*¹⁴⁶⁾). Hinsichtlich des Verdachtsgrades, der zur Anwendung dieser Maßregel erforderlich wird, ist oben schon einleitungsweise das Wesentliche gesagt, und es modificirt sich jene Vorbedingung hier speciell so: daß ein Verdacht vorhanden sein muß, daß in einem gewissen Hause oder Häuserdistricte ein Gegenstand aufbewahrt sei oder verborgen liege, der

144) S. oben Note 127. Ferner Wolley, Anweisung zum Verfahren in Strafsachen §. 113.

145) So z. B. beim Morde und Todtschlag, so wie bei jeder Körperverletzung, die gebrauchte Waffe oder die Kleider, welche der Inculpat dabei trug, wegen etwaiger Blutspuren; bei den Eigenthumsverbrechen die entwendeten oder besehtigten oder bösslich erworbenen Gegenstände; bei Fälschungen und Pasquillen die schriftlichen Documente; ebenso auch oft bei Staatsverbrechen die Correspondenzen, Statuten u. dgl.; beim Münzverbrechen die Apparate und verfertigten Geldstücke; bei der Brandstiftung die Vorräthe von Brennstoffen. — Nur die Fleischesverbrechen und der Meineid bieten in der Regel solche Beweismittel nicht dar.

146) Ihringk, de perscrutatione domestica. Marb. 1695. Ohlenroth, von der Hausfuchung. Bittenberg 1759. Pfannenbergh, diss. de perscr. domestica. Lips. 1812. Kleinschrod, im a. Archiv des Criminalrechtes Bd. 2, St. 3, Abh. 4. v. Jagemann, im n. Archiv des Criminalrechtes Jahrg. 1837, Hft. 1, S. 118 fig. Rittl, über die Erhebung des Thatbestandes (Wien 1831), §. 73—75. Desserr. Gesetzb. Th. 1, §. 272. Preuß. Criminalordn. §. 125—131. Bayer. Strafgesetzbuch Th. 2, Art. 251—258.

zur Untersuchungsführung als Beweisstück nothwendig oder dienlich erscheint. Ob derselbe eine hauptsächlich oder nur adminiculirende Bedeutung habe, kann nur in so weit bei dem Verhalten des Richters einen Unterschied machen, als man wegen Objecten letzterer Art gegen Hausbesitzer von ganz unbescholtenem Rufe etwas zögernder verfährt, weil es ja auch sein könnte, daß der geringe Werth, den man dem fraglichen Gegenstande beimißt, zu nichts herabsinken möchte, wenn man ihn wirklich findet, wo es alsdann in keinem Verhältnisse stünde, daß der Hausbesitzer so sehr belästigt und verdächtigt wurde¹⁴⁷⁾.

Es sind zu unterscheiden die General- und Specialhaussuchung, oder die allgemeine und die besondere.

Zur Generaluntersuchung schreitet man gewöhnlich alsdann¹⁴⁸⁾, wenn ein Gegenstand beizuschaffen ist, wovon man actenmäßige Spur hat, daß er sich in einer gewissen Gegend befinde, ohne bestimmtere Data über das einzelne Haus, in dem er liegen mag, wie z. B. wenn eine gewisse Straße, ein Häuserviertel oder ein Bauernhof oder ein ganzes Dorf als der Ort der Verbergung angegeben ist. Nicht minder gehört dahin die Visitation bei einer gewissen Classe von Menschen, unter denen nach Inhalt der Acten Einer oder der Andere etwas zur Sache Gehöriges besitzen möchte, wie z. B. bei allen Wirthen, Schuhmachern, Schneidern u. s. w.¹⁴⁹⁾.

Die Praxis, hierin mehr von polizeilichen als von prozessualischen Grundsätzen ausgehend, pflegt es mit dergleichen Haussuchungen nicht sonderlich streng zu nehmen, in der Meinung, daß gerade deshalb, weil auf keinen speciellen Hausbewohner ein Verdacht geworfen werde, auch keiner Grund habe, sich zu beschweren. Dies ist aber gänzlich irrig.

Fürs Erste kann man verlangen, daß der Inquirent bei dem Verdachte gegen einen ganzen District nicht stehen bleibe, sondern denselben weiter verfolge und zur Specialität zu bringen suche, bevor er die Bürger mit einer Haussuchung belästigt. Wenn aber auch auf diesem Wege kein deutlicheres Licht über die Sache verbreitet werden kann, so glaube man doch ja nicht, daß die Generalhaussuchung eine so leicht zu rechtfertigende Handlung sei. Die Störung des häuslichen Friedens, der Eingriff in das Hausrecht ist einmal wie das andere Mal gleich stark, ob man in einem oder in zwanzig Häusern Nachsuchung pflegt¹⁵⁰⁾.

Ferner ist ja dies gerade der wunde Fleck des Criminalprozesses, daß mitunter die staatsbürgerlichen Urrechte angetastet werden müssen, ohne

147) Ueber die großen Beschränkungen dieses Fahndungsmittels in England vgl. Rittermaier a. a. D. S. 65, Note 11. Wie weit dagegen das französische Recht hierin den Spielraum des richterlichen Ermessens steckt, lehrt der Code d'instr. crim. Art. 16, 36, 46, und besonders 87, 88.

148) v. Jagemann, die Vorbedingungen der Haussuchung, a. a. D. S. 128—132. Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. 4, S. 610.

149) v. Jagemann, Handbuch Bd. 2, Nr. 84.

150) Hiernach ist die Meinung mancher Prozeßlehrer, z. B. Müller, Lehrb. S. 287, 288, welche dahin geht, daß die Generalhaussuchung weniger Bedenken gegen sich habe als die Specialhaussuchung, zu berichtigen. ●

daß der Untersuchungsrichter seines Erfolges vollkommen gewiß wäre¹⁵¹⁾. In diese missliche Lage mag er sich daher so selten wie möglich versetzen und lieber manche Gelegenheit oder vielmehr entfernte Möglichkeit, etwas zur Untersuchung Dienliches aufzufinden, unbeachtet lassen, als eine allgemeine Haussuchung vornehmen, bei welcher voraussichtlich eine Masse unschuldiger Menschen in's Mitleiden gezogen werden¹⁵²⁾. Wenn auch nicht zu besorgen ist, daß jeder davon Berührte im Publicum sofort als ein Theilnehmer des Verbrechens angesehen werde, so ist schon dieß Eine unangenehm genug, sich nachsagen lassen zu müssen, daß man bereits mit einer Haussuchung überrascht worden sei. Was aber noch hauptsächlich der Generalthaussuchung entgegensteht, ist die Erfahrung, daß sie nur dann einen Erfolg haben kann, wenn der sie vollziehende Inquirent mit einer sehr großen Anzahl von Unterbeamten und Dienern ausgerüstet ist¹⁵³⁾. Dieß wird noch mehr in die Augen fallen, wenn gleich nachher von der Ausführung die Rede ist. Ein Beamter hat sich aber, wenn es ihm um Ansehen und Würde zu thun ist, vor nichts mehr zu hüten, als vor Handlungen, wobei er sich lächerlich machen könnte. Wenn ein ganzer District so langsam und unvorsichtig durchsucht wird, daß jeder Laie überzeugt sein kann, wie hierbei nichts herauskommen könne, so ist es wahrlich besser, man unterläßt die ganze Maßregel.

Generalthaussuchung hat am wenigsten Bedenklichkeiten gegen sich, wenn sie in einer an und für sich schon verrufenen Gegend, wie es fast in allen Städten Viertel und Straßen giebt, vorgenommen wird, weil alsdann das gefehlliche Indicium des schlechten Leumundes¹⁵⁴⁾ unterstützend hinzutritt.

So oft ein Capitalverbrechen sich ereignet, kann man diese Maßregel gleichfalls anordnen, wenn irgend eine Spur in einer Gegend nachgewiesen ist, wovon ein besseres Fundament für die Untersuchung zu erwarten wäre. Jener Satz, daß von den Staatsbürgern mitunter ein

151) S. oben Note 13, 14, 44.

152) Man kann sich auch gehässigen Anklagen wegen Amtsmißbrauches damit aussetzen, besonders wo noch das gemeine Recht gilt. Carpzov, pract. rer. crim. p. III. quaest. CXXVII. nr. 13.: Generalis exstat regula: quod ipdex partes enormiter laedens teneatur in syndicato.

153) Ist der zu durchsuchende District nur etwa 10 Familien stark, so braucht man dazu schon wenigstens 12 Gehilfen, nämlich 10 zur Bewachung einer jeden Familie und 2 zum Nachsuchen.

154) Rittermaier, das teutsche Strafverfahren Th. 2, §. 131, erhebt zwar mit Recht große Bedenken gegen die Annahme eines schlechten Leumundes nach dem Inhalte der oft leichtfertig ausgestellten Attestate der Localbehörden. Aber wenn der Beweis einmal unumstößlich, z. B. durch frühere Acten, vorliegt, so sollte doch kein Anstand mehr gegen die Haussuchung erhoben werden, wenn auch weitere Indicien im ersten Augenblicke noch nicht erbracht werden können. Rittermaier a. a. D. Th. 1, §. 336, führt auch keinen Grund an, warum ein überbürchtiger Mensch mit der Haussuchung verschont werden soll. Es genügt wohl, wenn er eine Person ist, zu der man sich der That versehen kann. D. G. D. Art. 25, §. 1 u. 4. Ritka, die Beweislehre im österröichischen Criminalstrafprozeße §. 112.

Dyfer gebracht werden müsse, um die Zwecke der Untersuchung möglichst zu realisiren, findet natürlich bei solchen Verbrechen eine weit unbeschränktere Anwendung, wie bei niederen Vergehen. Je wichtiger die Sache, desto williger muß man das Seinige zur Aufklärung beitragen.

Die Specialhaussuchung ist eine Gerichtshandlung, wodurch die betreffenden Personen ohne Zweifel sehr auffallend in Verdacht gestellt werden. Dennoch kann man nicht ebenso dringende Anzeigungen dazu verlangen, wie zur Verhaftung. Schon die Natur der Sache widerräth dieses, indem die Verhaftung häufig erst eine Folge des Resultates der Haussuchung ist.

Nur auf das Eine muß man entschieden halten, daß eine Specialhaussuchung niemals auf den bloßen Verdacht wegen eines Verbrechens im allgemeinen stattfinden dürfe, und sei dieser Verdacht auch noch so stark; es muß vielmehr ein Verbrechen in Frage stehen, welches nicht wohl ohne Ergriffung eines Objectes oder nicht ohne Anwendung von Werkzeugen¹⁵⁵⁾ geschehen kann; es muß ferner als wahrscheinlich hergestellt sein, daß in einem gewissen Hause dergleichen Dinge aufbewahrt seien; endlich muß es auch als ausgemacht zu betrachten sein, daß auf anderem Wege, wie z. B. durch Aufforderung an den Besitzer zur Herausgabe oder durch einfache Abholung, nicht zu der Sache zu gelangen wäre¹⁵⁶⁾. Ist man auch zu einem empfindlichen Mittel berechtigt, so wendet man es nicht eher an, als wenn es nicht durch ein gelinderes ersetzt werden kann. Es kommt also hier vorzugsweise wieder auf den Charakter der Person an, bei welcher man den Gegenstand vermutet. Nicht immer ist der Aufbewahrer eines zur Untersuchung gehörigen Stückes deshalb allein schon als verdächtig zu betrachten, und je schonender solche Menschen behandelt werden, desto eher kann man von ihnen etwas erfahren und erhalten.

Bei der Vollziehung der erkannten Haussuchung bestehen wieder verschiedenartige Ansichten. Die Meisten glauben, daß jedesmal und ohne Ausnahme der Untersuchungsrichter in Person dabei mitwirken müsse¹⁵⁷⁾.

Die Wahrheit liegt hier wieder in der Mitte. Es kommen allerdings Fälle vor, wo die Haussuchung nicht wohl anders, als in Gegenwart des Untersuchungsrichters vorgenommen werden darf, wie namentlich 1) wenn ein Augenschein damit verbunden wird. Niemand Aude-

155) Hauptsächlich Verbrechen der Gewalt sind hierher zu rechnen. Abegg, Lehrb. der Strafrechtsw. §. 185.

156) Daß dieses äußerst selten der Fall ist, weiß jeder Praktiker; es verdient daher keine Bestimmung, wenn Wittermaier in Richter's krit. Jahrb. für deutsche Rechtsw. Jahrg. 1838, S. 984, als Regel aufstellen will, daß man vor der Haussuchung jedesmal den Hauseigentümer über den Grund derselben vernehmen soll. Dadurch würde oft die kostbarste Zeit zur Hauptsache, nämlich zur Haussuchung selbst, verloren.

157) Böcker, in der Zeitschrift für deutsches Strafverf. Bd. 1, S. 182 fig.: Ist es notwendig, daß der Untersuchungsrichter bei jeder Haussuchung persönlich mitwirke und ihr anwohne?

res, als der Richter¹⁵⁸), kann einen Augenschein vornehmen. Mag also damit was immer für ein Geschäft verbunden werden, so ist der Augenschein die Hauptsache, und jedes andere Geschäft richtet sich nach den Formalitäten desselben.

2) Eine Generalhaussuchung erfordert die fortwährende Anwesenheit und unmittelbare Direction des Inquirenten¹⁵⁹), weil sie viel zu weit in die Hausrechte der Bürger eingreift, als daß sie dem Gutdünken der Unterbedienten überlassen werden könnte. Wo man es mit so vielerlei Personen zu thun hat, kann man keine bestimmte Instruction im voraus geben; jeden Augenblick können sich Anstände ergeben¹⁶⁰), worüber rasch entschieden werden muß. Vorzüglich aber bedarf es einer dirigirenden Hand, welcher Alle untergeben sind, damit nicht durch Zweifel und Widerspruch das ganze Verfahren aufgehalten, ja verestert werde.

3) So oft eine Specialhaussuchung stattfinden soll, wobei man auf sehr werthvolle oder subtile Gegenstände ausgeht, ist wiederum die Anwesenheit des Richters nothwendig, um desto mehr Garantie zu haben, daß eine der Wichtigkeit des Falles angemessene Genauigkeit beobachtet wird. Zu diesen Gegenständen sind besonders Urkunden und Litteralien zu rechnen¹⁶¹). Selbst dem gewandtesten Gendarmen darf man so feine Sachkenntniß nicht zutrauen, daß er alle Handschriften lesen und unterscheiden könnte, von welchem Belang sie seien. Ferner ist auch eine besondere Discretion und Aufsicht dabei zu wünschen, damit Briefe u. dgl., die nicht zur Sache gehören, sofort ungelesen aus der Hand gelegt werden.

4) Häufig ist die Beobachtung der Hausbewohner, bei welchen visitirt wird, noch wichtiger, als die Visitation selber, weil sich daraus, ob die Nachsuchung ein Resultat liefere oder nicht, jedenfalls psychologische Indicien ableiten lassen. Auffallende Erscheinungen dieser Art wird ein Jeder, also auch ein Gerichts- oder Polizeidiener, wahrnehmen und referiren können, aber gerade die halbwegs kund gegebenen, die sich wider Willen verrathenden Züge und Bewegungen der Seele, welche nur ein gebildeter Psycholog verstehen kann, sind oft am interessantesten¹⁶²).

5) Wo der Richter Troß oder gar Widersetzlichkeit erwarten zu müssen glaubt, soll er gleichfalls der Haussuchung beiwohnen, damit

158) v. Jagemann, in der Zeitschrift für deutsches Strafverfahren Bd. 1, S. 330 flg.

159) v. Jagemann, im Archiv des Criminalrechtes Jahrg. 1837, S. 130.

160) Böcker a. a. D. S. 190, legt auf diese Rücksicht nicht Werth genug und dürfte überhaupt darin, daß er die Generalhaussuchung für eine rein polizeiliche Maßregel ansieht (S. 189), keine Bestimmung verdienen.

161) Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. 4, S. 616.

162) Hierüber darf zum Nachlesen empfohlen werden, was Brauer in der eben erwähnten Zeitschrift Bd. 1, S. 214—219, sagt. S. auch Engau, ins crim. S. XCII. nr. 4.

er durch seine Autorität die Anstände augenblicklich beseitigen kann¹⁶³); wie z. B. wenn die Oeffnung einer Stube oder eines Behälters¹⁶⁴) standhaft verweigert wird, oder wenn ein Hausbewohner wegen fortgesetzter Unbotmäßigkeit sofort verhaftet werden muß, wozu die Gerichtsdiener allein nicht berechtigt wären.

6) Endlich wird auch dann der Inquirent wohlthun, zur Hausfuchung mitzugehen, wenn vielerlei Sachen gesucht werden, und mithin die Beschreibung so detaillirt ausfallen kann, daß es doch am Ende nöthig werden möchte, den Rapport der Subalternen, welche allein die Hausfuchung ausführten, an Ort und Stelle aufzunehmen.

In diesen und ähnlichen Fällen wird jeder Praktiker bestimmen, daß der Inquirent ganz oder doch theilweise, nämlich zum Anfang und zum Ende, bei dem Geschäfte zugegen sein soll. Aber das Verlangen Mancher¹⁶⁵), daß der Richter bei jeder Hausfuchung ohne Ausnahme und unausgesetzt persönlich mitwirken solle, müssen die Männer der Erfahrung, als durchaus zu weit gehend und mit den übrigen Geschäften unvereinbar, zurückweisen. Unter drei Untersuchungsfällen kommt gewiß immer einer vor, wo Hausfuchung nothwendig wird; denn die Verbrechen gegen das Eigenthum und gegen die Person, mithin solche, wo entwendete Objecte oder Werkzeuge des Angriffes gesucht werden müssen, sind bei weitem die häufigsten.

Als mittleren Zeitaufwand für eine Hausfuchung darf man, die Reise an auswärtige Ortschaften mitgerechnet, wohl vier Stunden rechnen. Rechnet man nun auf ein Criminalrespciat im Durchschnitte jährlich einhundert fünfzig neue Untersuchungen, so hat man in fünfzig Fällen die Hausfuchung nöthig, welches nach jenem Durchschnitte einen Zeitaufwand von vierhundert Stunden jährlich macht, so daß also jeden Tag mehr als eine Geschäftsstunde für Hausfuchungen abforbirt würde.

Daß eine solche Hingebung für ein Nebengeschäft¹⁶⁶) nicht anders als zum entschiedenen Nachtheile der Hauptgeschäfte, wo meistens die Stunden gezählt sind, um nur die nöthigsten Verhöre abzuhalten, stattfinden könnte, muß in die Augen springen. Schon aus diesem Grunde

163) Es gehört zu dem Unangenehmsten, was einem Untersuchungsrichter begegnen kann, wenn bei einer solchen, im Publicum ohnedessen meistens mit mißgünstigen Augen angesehenen, Handlung irgend ein Scandal durch lautes Geschrei, durch Drohung oder Anwendung der Waffen sich ereignet. Die Subalternen wissen gar oft nicht mit der gehörigen Delicateffe zu verfahren.

164) Claproth, Einleitung in sämmtl. summar. Prozesse S. 531, Nr. 4.

165) Mittermaier z. B. beharrt auch in der neuesten Ausg. seines deutschen Strafverfahrens (1840) Th. 1, S. 338, auf dieser Forderung. Man könnte aber auf die dort angeführten Gründe fragen: warum der Richter nicht eben sowohl eine noch weit wichtigere Handlung, die Verhaftung, stets in Person vornehmen solle? Auch büßt aller Widerspruch hierin nichts mehr, indem die Praxis längst and in allen deutschen Ländern diese Frage in obigem Sinne entschieden hat.

166) Daß die Hausfuchung nicht zu den sogen. Haupthandlungen gehöre, hat nachgewiesen Böllker a. a. D. S. 188.

also, weil es bei der gegenwärtigen Besetzung der Untersuchungsgerichte geradezu unmöglich ist¹⁶⁷⁾, wird man ein unbedingtes Gebot für den Inquirenten, jeder Haussuchung persönlich anzuwohnen, ferner nicht vertheidigen wollen. Es ist aber außerdem auch, jene Fälle ausgenommen, gar nicht nothwendig, und kommt eigentlich nur darauf an, ob dem Inquirenten Leute zur Verfügung stehen, welchen er einen solchen Auftrag unbedenklich ertheilen kann, und seine persönliche unmittelbare Mitwirkung ist eine rein discretionäre Obliegenheit. Unter seiner Verantwortung¹⁶⁸⁾ wird eine jede Haussuchung vorgenommen, und mithin wird er selbst darauf bedacht sein, die Formen bestens zu wahren¹⁶⁹⁾. So ist es auch jedesmal seine Aufgabe, das Protocoll über den Hergang, sei er selbst zugegen gewesen, oder empfangt er bloß eine Meldung der Beauftragten, genauestens aufzunehmen. Eben wegen der beweisenden Kraft ist es auch nothwendig, daß da, wo der Richter nicht selbst mitgeht, wenigstens zwei öffentliche Diener, die nöthigenfalls auch als authentische Zeugen dienen könnten, zusammenwirken.

Noch ist zu bemerken, daß keine Haussuchung anders vorgenommen werden darf, als im Beisein des Hausbesizers, oder Wohnungsherrn¹⁷⁰⁾, oder doch eines mündigen Familiengliedes, oder, wo diese alle nicht anzutreffen sind, eines ernannten Stellvertreters.

2) Nachgrabung¹⁷¹⁾ nach Leichnamen und sonstigen Gegenständen nennt man die unter gerichtlicher Autorität ausgeführte Deffnung des Erdbodens an einer gewissen Stelle, wo man verscharrte corpora delicti oder Beweisstücke zu finden vermuthen darf.

Unstreitig ist diese Maßregel eine der schwierigsten, indem nur selten der Punkt des Versteckes genau genug bezeichnet ist, daß man geradezu darauf hinarbeiten könnte, und indem ferner das Nachgraben selbst eine ungewöhnliche Vorsicht erfordert, damit nicht die Gegenstände, wenn man

167) Derselbe Grund bestimmte auch von Schwarzenberg, in der v. G.-D. Art. 73. zu verordnen: Wo aber aus mangel verstandiger Personen des peinlichen gericht's durch Commissari außerhalb des gericht's, wie oben davon geschrieben steht, kundschafft verhöret würde, also daß auff jr zusammen bringen, überiger unkoft und verzug gehen würde; dieweil denn jr versammlung zu syner jeden solchen handlung nit fürtreglich noch von nöten ist, ordnen und wollen wir u. s. w.

168) Stübel, Criminalverf. §. 1868, setzt ganz richtig das Wesen der Form darin, daß die Handlung unter richterlicher Autorität vor sich gehe. Vgl. auch §. 1872, 1874—1879.

169) So hat denn auch neuerdings Henke, Bb. 4; S. 610—612, die Sache aufgefaßt, und gewiß wird er darin den Beifall aller Praktiker erhalten. Vgl. auch Bauer, Lehrb. des Strafproz. §. 88, Nr. 1.

170) Kleinschrod, im a. Archiv des Criminalrechtes Bb. 2, S. 52. Ritka, über Erhebung des Thatbestandes §: 73, Nr. 5 u. 6.

171) v. Sagemann, Handb. Bb. 1, §. 86. Bb. 2, Nr. 82, 83. Die meisten Prozeßlehrbücher übergehen auch diese; gewiß nicht unwichtige, Handlung ganz.

barauf stößt, namentlich etwaige Leichname ¹⁷²⁾, verlegt werden. Eben deshalb muß der Inquirent hier von Anfang bis zu Ende gegenwärtig sein, und zwar auch deshalb, weil immer ein Eingriff in Eigentumsrechte damit verbunden ist. Will sich der Grundbesitzer die Antastung seines Bodens nicht gefallen lassen, so kann der Inquirent auf den Anhalt actenmäßiger Vermuthungsgründe die Deffnung erzwingen.

Ist es ein Leichnam, der gesucht wird, so müssen immer die Gerichtsärzte beigezogen werden: denn es darf der Körper, wenn er gefunden ist, nicht sofort herausgenommen werden, sondern es muß eine Beschreibung der Lage und Beschaffenheit in der Grube vorausgehen. Dann folgt erst die eigentliche Inspection und endlich das Gutachten der Aerzte ¹⁷³⁾.

3) Die Beschlagnahme der Papiere ¹⁷⁴⁾ ist eine Art von Fahndung auf Urkunden, die zum Criminalbeweise dienen können, und die man auf anderem Wege gar nicht oder doch nicht in ihrem gegenwärtigen Zustande zu erhalten hoffen dürfte.

Das Erste, was dazu erfordert wird, ist daher eine juristische Wahrscheinlichkeit, daß auf die Untersuchung bezügliche Papiere vorhanden seien ¹⁷⁵⁾; es darf also die Maßregel nicht in eine polizeiliche Neugierde ausarten, sondern sie muß in directem Zusammenhange mit der fraglichen Untersuchung stehen. Gegen einen Dieb oder Todtschläger oder Vöberastten darf also, wenn nicht besondere Correspondenzen in Bezug auf die That ausnahmungsweise ¹⁷⁶⁾ vorgekommen sind, keine Beschlagnahme der Papiere verhängt werden, wohl aber gegen einen Hochverräther, gegen einen Falsarius und gegen Jeden; der von Außen her mit Complicen Vorbereitungen zur That traf.

Die Natur dieser Maßregel ist von der Art, daß man gleich bei den ersten Schritten, die man gegen die verdächtigen Subjecte thut, sich damit befassen muß, wenn sie irgend von Erfolg sein soll: denn begreiflicherweise wird der Thäter, sobald er Spur von der Untersuchung erhält, sofort die gefährlichen Urkunden zu beseitigen ¹⁷⁷⁾ suchen.

Ist es eine bestimmte Urkunde, auf die man ausgeht, so findet

172) Devergie, médecine légale théorique et pratique. Paris 1836., enthält (Tom. I. p. 311 sq.) einen besonderen Abschnitt: des humations judiciaires et de leur utilité. Ueber die vielerlei Observanden bei diesem Acte kann man in keinem Buche vollständigeren Aufschluß finden.

173) Was Alles hierbei zu beobachten, hat Rittermaier, deutsches Strafverfahren Th. 2, S. 48, 49, am besten zusammengestellt.

174) Auch diese Handlung ist bloß durch Gerichtsgebrauch in den Inquisitionsprozeß gekommen. Rittermaier, das deutsche Strafverfahren Th. 1, §. 66. Derselbe, im n. Archiv des Criminalrechtes Bd. 5, Nr. XIII. Preuß. Criminalordn. §. 307. Bayer. Strafgesetzb. Th. 2, Art. 246, 252, 256, 257. Pannov. Entw. Art. 180, 187 a. E.

175) Sehr energisch spricht sich darüber aus Rittermaier, im n. Archiv des Criminalrechtes Bd. 5, S. 317.

176) S. z. B. v. Jagemann, Handbuch Bd. 2, Nr. 93.

177) Kaum kann ein anderes corpus delicti so schnell vernichtet werden, als Papier, nämlich durch Feuer.

gewöhnliche Hausfuchung in der schon besprochenen Weise statt ¹⁷⁸⁾, wo aber so sichere Indicien noch nicht vorliegen und doch das Vorhandensein beweisender Urkunden wahrscheinlich ist, werden sämtliche Papiere in Beschlag genommen, und zwar mit dem Vorbehalte, dieselben, wenn es später noch erforderlich wäre, wenn also der Inculpat nicht selbst die Beweisstücke auszuliefern sich erbietet, und wenn er nicht den gegen ihn erhobenen Verdacht evident widerlegt, ganz genau durchzusehen und alles Einschlägige zu den Acten zu nehmen. Die Maßregel ist also eigentlich eine provisorische und gleichsam nur eine Vorbereitung zur Specialhausfuchung. Die Beschlagnahme ist übrigens, wie oben schon bei dem Verfahren mit Papieren bemerkt wurde, immer vom Inquirenten in Person ¹⁷⁹⁾ vorzunehmen.

Wenn es dann zur genaueren Durchsicht solcher Papiere kommt, so ist Regel, daß hierbei der Inculpat gegenwärtig sein muß. Es ist dies nicht nur ein aus dem Grundsätze des Eigenthumsrechtes abfließendes Gebot, sondern auch eine kluge Vorsicht, ja ein Ehrenpunkt für den Inquirenten. In Papieren kann ja gerade der größte Reichtum stecken ¹⁸⁰⁾. Es können aber auch Geheimnisse darin enthalten sein, welche auf die Untersuchung nicht den entferntesten Bezug haben und dennoch für den Besizer der Papiere vom höchsten Werthe sind. Nur wenn es nicht möglich ist, den Letzteren zu dem Geschäfte beizuziehen, dürfen Stellvertreter aus der Familie oder sonst zu jenem Geschäfte gewählt werden.

Mag es auch mitunter dem Zwecke der Untersuchung nicht ganz entsprechen, daß ein Inculpat zusehe ¹⁸¹⁾, wie die Beweismittel gegen ihn aufgesucht werden, so kann deshalb keine Ausnahme gestattet sein. - Es gewährt auch wieder den Vortheil der Geschäftsabkürzung, wenn der Inculpat augenblicklich die nöthigen Erläuterungen geben kann.

Dieses Verfahren bringt es von selbst mit sich, daß bei der Anlegung des Beschlages die aufgegriffenen Papiere gerichtlich versiegelt und dann bei der vorzunehmenden Prüfung des Inhaltes diese Siegel im Beisein des Inculpaten wieder abgenommen werden ¹⁸²⁾.

4) Die Wegnahme von Briefen und Beobachtungen der

178) Hente, Handbuch Bd. 4, S. 616, ist der Meinung, daß diese Maßregel nur dann stattfinden, wenn der Besitz einer Urkunde aller Vermuthung nach bösslich abgeleugnet worden ist, — dagegen muß aber bemerkt werden, was schon oben Note 156 erwähnt ist, daß vor der Hausfuchung, wenn sie irgend zu einem Resultate führen soll, in der Regel kein Verhör über den Besitz des fraglichen Gegenstandes abgehalten werden kann, weil dadurch nur der Inhaber aufmerksam gemacht würde, denselben in Sicherheit zu bringen.

179) Bauer, Lehrb. des Strafprozesses S. 90, Nr. 11.

180) v. Jagemann, in Hitzig's fortgef. Annalen der Criminalrechtspflege Bd. 6, S. 53—56.

181) Es fällt dabei natürlich jede Ueberraschung weg, welche oft nützliche Dienste leistet. Köllner, in den von Demme fortgef. Hitzig'schen Annalen für Criminalrechtspflege Bd. 15, S. 270 flg.

182) Ueber alle diese Vorgänge sind Protocolle aufzunehmen und von allen Beteiligten zu unterzeichnen.

Correspondenz¹⁸³) wurde bereits in einem besonderen Artikel (s. Briefe)¹⁸⁴) abgehandelt. Hier ist noch beizufügen, daß dieses Fahnungsmittel, so wie die Beschlagnahme der Papiere nur da angewendet werden darf, wo das Verbrechen im Allgemeinen oder im concreten Falle auf verdächtige Correspondenzen hinweist¹⁸⁵). Wenn übrigens keine Landesverordnung besteht, wann und in welcher Weise die Postbehörden¹⁸⁶) dem Untersuchungsrichter Unterstützung leisten müssen, so zieht man es vor, von diesem Mittel gar keinen Gebrauch zu machen, indem die Criminalgerichte über jene Behörden keine Gewalt haben und sich daher leicht compromittiren können.

Noch unsicherer ist die Auffpürung von Correspondenzen, welche durch Privatpersonen, Hauderer, Boten u. dgl. befördert werden. Diese sehen natürlich ihren täglichen Verdienst, ihren Broterwerb gefährdet, wenn sie die ihnen anvertrauten Brieffschaften in andere Hände, als an die Adresse abliefern sollen, und sie pflegen daher, sobald ihnen der Befehl des Inquiriten, gewisse Briefe ihm zu übergeben, eröffnet ist, solche entweder heimlich zu befördern oder gar nicht mehr anzunehmen¹⁸⁷).

Eudwig v. Sagemann.

Familienfideicommiss (Majorate im weitesten Sinne)¹) sind solche Güter, welche durch Hausgesetze unveräußerlich erklärt sind und

183) Mittermayer, über das Recht des Criminalrichters, Brieferschreibung als Wahrheitserforschungsmittel anzuwenden, im n. Archiv des Criminalrechtes Bd. 2, Nr. XXII. & Sagemann, Handbuch Bd. 1, §. 104—112.

184) S. dieses Verikon Bd. 2, S. 488—494.

185) Bauer, Lehrb. des Strafproz. §. 91. Müller, Lehrb. des Criminalproz. S. 308, Note 8.

186) v. Sagemann a. a. O. Bd. 1, §. 113—115 und Bd. 2, Nr. 94, 95.

187) Wenn solche Leute nicht als besonders gesegestreu bekannt sind, so läßt man sich lieber gar nicht direct mit ihnen ein, sondern beschränkt sich auf eine Requisition der Polizeibehörde, um ihren Verthehr mit der fraglichen Familie zu beobachten.

1) Außer den später zu erwähnenden Schriften verdienen noch nachgelesen zu werden: Ph. Knipschild, tract. de fideic. fam. nobil. Von Stammgütern sive de bonis quae pro fam. nobil. conservacione constituuntur. (edit. nov. Aug. Vind. 1750. 4.) Fr. Lud. comes de Oettingen, diatriba de fideicomm. (Helmst. 1734. 4.) cap. III. p. 149—244. Jo. Gottfr. Sieber, selecta capita fideicomm. fam. Lips. 1743. 4. Bernh. G. H. Hellfeld, de fideicomm. famil. illustr. Jenae 1779. 4. Jo. Dict. Mellmann, selecta capita doctrinae de fideic. famil. nobil. ex iure Megapolitano et Slesvico-Holsatico. Alt. de Lips. 1793. 8. Joh. Eph. Richter, tent. theoriae de fideic. fam. illustr. et nobil. Germ. ad habitum et mores hodiernos spectatae. Mogunt. 1790. 4. Fr. Aug. v. Moshamm, Versuch einer Entwicklung d. rechtl. Verhältn. bei deutschen Geschlechtsfideicommissen. München 1816. 8. J. Chr. Kall, observ. de fideic. famil. Danicis. Havniae 1819. X. Ph. v. Datwigt, Versuch einer philof.-jurist. Darstellung des Erbr. Th. 3. Wiesbaden 1822. 8. Guil. Ferdin. Steinacker, de iure fideicomm. familiae sec. leges Saxonicas. Lipsiae 1834. 8. Ignaz Wildner, das Fideicommissrecht nach dem österr. allg. b. Gesetzb. Wien 1835. 8. (Handelt nur von Fami-

bei einer Familie bis zum Abgange derselben (bis Erlöschen Namens und Stammes) erhalten werden sollen. Zur Errichtung einer solchen Stiftung ist zwar — wo particularrechtliche Bestimmungen nicht entgegenstehen (s. bayer'sches Edict v. 26. Mai 1818, §. 1) — ein Jeder berechtigt, so weit er über sein Vermögen zu disponiren befugt ist; gewöhnlich aber kommen dergleichen Fideicommissen nur bei adligen Familien vor. Ihr Ursprung ist zu suchen in dem Bestreben des Adels, das alte teutsche Stammgutesystem gegen die demselben entgegenstehenden Grundsätze des Justinianischen Erbfolgerechtes aufrecht zu erhalten. Der begüterte Bürgerstand, dem die Beibehaltung der alten Stammfolge und die daraus hervorgehende Unbeweglichkeit des Eigenthums nur Fesseln anlegte, suchte diese mit Hilfe des römischen Rechtes zu zerbrechen. Gerade ein entgegengesetztes Interesse bestimmte den Adel, den Grundsätzen des alten Rechtes treu zu bleiben. In der politischen Verfassung dieses Standes, wie sie im Mittelalter, namentlich durch das Lehnwesen, sich festgesetzt hatte, war Unveräußerlichkeit der Güter, das Verbleiben derselben beim Mannstamme vorausgesetzt und gegeben. Seine bevorzugte Stellung im Staate beruhte auf dem Werthe seines Landbesitzes und der Erhaltung desselben bei der Familie. Das römische Recht, welches mit alleiniger Ausnahme des Pflichttheiles einem Jedem die Freiheit mit dem Seinigen zu schalten und zu walten unbeschränkt gestattete, und Söhne und Töchter gleichmäßig zur Erbschaft berief, trat aber dieser althergebrachten Gewohnheit dergestalt feindlich entgegen, daß der Adel, um sich dagegen zu wehren, bald zu Sicherheitsmitteln seine Zuflucht nehmen mußte.

Er bediente sich hierzu des in Familienangelegenheiten ihm zustehenden Rechtes der Autonomie, die in dem Grade thätiger wirkte, je mehr das fremde Recht aufkam. Zur Zeit der Reichsverfassung bedurften der hohe und reichsunmittelbare Adel nicht einmal der kaiserlichen Bestätigung ihrer Statuten, selbst beim landsässigen Adel war eine solche Bestätigung, oder auch die des Landesherren, nicht unbedingt erforderlich, sondern nur alsdann, wenn das statutarische Recht Abweichungen vom gemeinen oder Landesrechte enthielt, die auch gegen dritte Personen zur Anwendung kommen sollten. Man suchte das alte Recht der nächsten Erben durch ausdrückliche Veräußerungsverbote zu wahren, indem man gewisse Güter einzig zum Flor und zur Erhaltung des Stammes nach Art anderer ewigen öffentlichen Stiftungen bestimmte. Die Juristen, welche von der alten Gewohnheit, welche diesen Anordnungen unterlag, keine Ahnung hatten, oder durch Vorurtheil geblendet, aus blinder Vorliebe für das römische Recht, Alles nach diesem beurtheilten, bemühten sich, da sie diese Dispositionen nicht ganz beseitigen konnten, ohne die durch hergebrachte Gewohnheit festbegründeten Rechtsverhältnisse eines so mächtigen Standes in Verwirrung zu bringen, dieselben wenigstens in römische Formen zu zwingen. Sie fanden in dem Veräußer-

Uenfidelicommissen.) G. v. Salza, die Lehre von Familien-, Stamm- und Geschlechtsfidelicommissen nach d. Grundsätzen d. gem. teutsch. Privatr. und mit Rücksicht auf die Abweichungen der einzelnen Particularrechte. Leipzig 1838. 8.

rungsverbote ein biegsames Auskunftsmittel, obgleich das Einzwängen
 althergebrachter Rechte in ein fremdes Gewand süglich nicht geschehen
 konnte, ohne das ursprünglich einfache Verhältniß zu verrücken. Die
 römischen Fideicommissse boten einen, wenn gleich nur entfernten, Ver-
 gleichungspunkt dar. Daher erforderte man zur Einführung und Be-
 gründung eines solchen Veräußerungsverbotese eine leztwillige Verfü-
 gung. Den Verträgen dagegen, deren man sich gerade am häufig-
 sten bediente, um dasjenige, was vom römischen Erbfolgerechte deutschen
 Sitten nicht angemessen war, zu entkräften, wurde eine Wirkung in
 dieser Hinsicht ganz abgeprochen oder nur in beschränkter Maße zuge-
 standen. Die Verträge, die von regierenden Herren ausgingen, ließ man
 als Gesetze gelten, und wo diese gezwungene Auslegung nicht Platz grei-
 fen konnte, wurde der kaiserlichen Bestätigung eine gleiche Wirkung zu-
 geschrieben, oder eine solche durch Confirmation bekräftigte Urkunde gleich-
 sam als ein *testamentum principii oblatum* betrachtet. In dem derge-
 stalt die Rechtsgelehrten des 16. Jahrhunderts, unfähig, von der ihrer
 Meinung nach unabweislichen Macht der fremden in Deutschland recipir-
 ten Rechte sich loszureißen, ihre Theorie von der Bedeutung der Dispo-
 sitionen und Verträge des Adels, die unter Voraussetzung der herkömm-
 lichen Ausschließung der Töchter etwas über die Erbfolge verordneten,
 theils aus den Grundsätzen des longobardischen Lehnrechtes von der Wir-
 kung des Investiturvertrages, theils aus der römischen Lehre von fidei-
 commissarischen Substitutionen, welche sie hier als zum Besten des Manns-
 stammes geschehen betrachteten, entlehnten, erhielt die alte Gewohnheit,
 welche beim Adel im Gebrauche geblieben war, eine ganz andere Bedeu-
 tung und bildete sich zu der eigenthümlichen Lehre von Familienfideicom-
 missen aus, deren complicirte Natur aus diesen Vorgängen mit zu er-
 klären ist. Die Territorialgesetzgebung ging von dem Gesichtspunkte aus,
 die bei Errichtung von Familienfideicommissen so leicht gefährdenden Rechte
 dritter Personen sicher zu stellen, und den so häufig aus diesen Verhält-
 nissen hervorgehenden Streitigkeiten möglichst vorzubeugen. Dabei wur-
 den staatswirthschaftliche und politische Rücksichten nicht ganz außer Acht
 gelassen. Man machte die Gültigkeit der errichteten Familienfideicommissse
 wenigstens in so weit, als sie dritten Personen gegenüber aufrecht erhal-
 ten werden sollten, von einer Confirmation und Consenserthei-
 lung²⁾ oder einer Intabulation³⁾ abhängig. In wo Gesetzbücher
 zu Stande kamen, wie in Bayern, Oesterreich und Preußen, wurde die
 ganze Lehre mehr oder weniger vollständig darin aufgenommen. Indessen
 blieb das dem Adel zustehende Recht der Selbstsagung, die Freiheit des
 Ordens seiner häuslichen und Familienverhältnisse bis zur Auflösung
 des deutschen Reiches ziemlich ungeschmälert. Zu Anfange des 19. Jahr-
 hunderts aber hatte die Umgestaltung der öffentlichen Verhältnisse, die
 Vereinigung der souverain gewordenen Fürsten Deutschlands zu dem unter
 französischem Einflusse gebildeten Rheinbunde, die Vereinigung mehrerer

2) Erl. b. kurf. sächs. Prozeßordn. v. 10. Jan. 1724 ad tit. XLV. §. 7.
 3) Pr. Landr. Rh. 2, Tit. 4, Abschn. 2, §. 29—32 und §. 62—66.

teutscher Provinzen mit Frankreich die Folge, daß nicht nur die öffentliche, staatsrechtliche Stellung des Adels sich änderte, sondern daß auch dessen Privatrechte in vielfacher Beziehung sich umgestalteten. In denjenigen Ländern und Provinzen, in welchen das französische Gesetz eingeführt ward, wurde die Art. 896 enthaltene Bestimmung (les substitutions sont prohibées) als eine unmittelbare Aufhebung der Fideicommiss angesehen⁴⁾, in anderen wurden dieselben nicht ohne Uebereilung und Verletzung wohlervorbener Rechte durch ausdrückliche Gesetze aufgehoben⁵⁾. Ebenso blieb das später von der kaiserlich französischen Gesetzgebung ausgehende Beispiel der Begründung besonderer Majorate für den Adel⁶⁾ nicht ohne Nachahmung in Deutschland⁷⁾. Als jedoch Napoleons Macht gebrochen worden war, kehrte man theilweise zu den alten Grundsätzen zurück⁸⁾. Der Ritterschaft in den Rheinprovinzen ward die Stiftung von Majoraten und Fideicommissen im Monat Febr. 1836 erlaubt, die autonomische Successionsbefugniß dieser Ritterschaft aber ist durch die Verordnung v. 21. Jan. 1837⁹⁾ gesetzlich anerkannt worden. — Im Herzogthume Oldenburg traten durch die Bestimmung in der Verordn. v. 10. März 1814, Nr. 5, die besonderen Erbfolgerechte in Lehen- und Fideicommissgütern, so wie sie durch Gesetz und Observanz vorher bestimmt waren, wieder in Kraft. In Württemberg erlangten alle noch im J. 1817 bestandenen Institute wieder verbindliche Kraft¹⁰⁾. Aus der neuesten Zeit sind zu bemerken die Gesetze, welche über die bei Errichtung von Fideicommissen zu beobachtende Form, im Großherzogthume Weimar unterm 22. April 1833; über die Ablösbarkeit des Lehnverbandes, die Verhältnisse bleibender Lehen und die Er-

4) J. C. F. Rive, üb. die Aufhebung der Fideicommiss als Folge der Einführung der franz. Civilgesetzgebung. Köln 1822. 8.

5) Im Königr. Württemberg durch Normalverordnung v. 22. April 1808; in Bayern durch Edict über die Verhältnisse des Adels v. 28. Juli 1808, im Regierungsbl. v. J. 1808, S. 2030—2144.

6) Kaiserl. Acte v. 30. März 1806 und Decret v. 1. März 1808. — S. Ant. Keil, Statuten und Verordn. üb. den neuen Adel in Frankreich und die Majoratgüter, welche Franzosen in Frankreich, Deutschland und im Herzogthume Warschau besitzen. Köln 1810.

7) Kobler, von der Aufhebung der Familienfideicommiss. und ihrer Umwandlung in Majorate in Bayern. 1810.

8) Kaiserl. österr. Hofkanzleidecret, die Wiederherstellung d. aufgehobenen Fideicommiss betr. v. 20. Febr. 1817, Justizgesetsammlung v. d. J. S. 423. — K. preuß. Verordn. v. 11. März 1818 und Declaration derselb. v. 1. Juni 1820 und 9. Juni 1827, die Verhältnisse der Lehne und Fideicommiss in den jenseits der Elbe gelegenen, der franzöf. Gesetzgebung unterworfen gewesenen Landestheilen betr.; auf dem rechten Rheinufer durch das Gesetz v. 23. März 1828. Ferner Gesetz v. 23. März 1828 wegen der Fideicommiss im Großherzogthume Berg. In Westphalen durch Verordn. v. 11. März 1818, und eine erläuternde Declaration v. 11. Juli 1820. Dazu die Cabinetsordres v. 28. April 1829, v. 29. März 1831, v. 7. April 1832 und v. 23. Aug. 1834, wodurch die Anmeldefristen für die Anwärter verlängert wurden.

9) Gesetsamml. v. Pr. Nr. 1, S. 7 flg.

10) S. Weiskar, Handb. d. württemberg. Privatr. 3. Ausg., §. 30 u. 444.

richtung von Familienfideicommissen unterm 13. April 1836¹¹⁾ im Königreiche Hannover und über die Errichtung von Familienstammgütern unterm 28. März 1837 im Herzogthume Braunschweig erschienen sind.

Wie in den Stammgütern wird auch in Familienfideicommissen nicht vermöge der Wohlthat des Besizers oder des Letztverstorbenen, sondern aus dem Vertrage und der Vorsehung der Vorfahren — *ex pacto et providentia maiorum* — d. h. nach dem Rechte succedit, welches unmittelbar vom Stifter oder nach Befinden ersten Erwerber des Fideicommisses auf alle Descendenten übergegangen ist. Das *ius quaesitum*, welches jeder zur Fideicommissfolge berufene Agnat hat und welches hauptsächlich dann sich wirksam äußert, wenn mit der Substanz des Fideicommisses eine Aenderung ohne seine Einwilligung vorgenommen worden ist, hat man aus der Idee eines getheilten Eigenthums zu erklären gesucht. Man hat, um die rechtlichen Verhältnisse, welche zwischen der Familie, nach der Gesamtheit ihrer lebenden und zukünftigen Mitglieder, und dem zeitlichen Besizer des Fideicommisses stattfinden, näher zu bezeichnen, den aus dem Lehnrechte entnommenen Begriff des getheilten Eigenthums analog angewendet: dem Fideicommissinhaber, gleich dem Vasallen, das nutzbare Eigenthum, der Familie aber, gleich dem Lehnsherrn, das Obereigenthum beigelegt¹²⁾. Allein die Rechte der Familie, nach der Gesamtheit ihrer lebenden und zukünftigen Glieder, hinsichtlich des Fideicommissgutes, und die des Lehnsherrn hinsichtlich des Lehens beruhen durchaus auf verschiedenen Gründen. Demnach erscheint jener dem Lehnrechte entnommene Begriff des getheilten Eigenthums nicht anwendbar auf Familienfideicommiss. Die Rechte, die theils dem zeitlichen Besizer des Fideicommisses, theils den Anwärtern zustehen, können nicht aus diesem Begriffe abgeleitet werden, sondern sind aus der positiven Bestimmung einer zum Besten der Familie eingeführten Unveräußerlichkeit zu deduciren. Als oberster Grundsatz für die Auslegung fideicommissarischer Stiftungen in concreten Fällen aber ist der Satz an die Spitze zu stellen: daß Familienfideicommiss, weil sie meistens, wenigstens inwiefern sie bei abligen Geschlechtern vorkommen, nach der Form und dem Wesen der Stammgüter errichtet worden sind, und wie diese bei der Familie verbleiben sollen, im Zweifel nach der rechtlichen Natur, die dem Stammgute eigen ist, beurtheilt werden müssen¹³⁾. Es ist hierbei jedoch wohl zu berücksichtigen, daß obgleich Stammgut und Fideicommiss nicht eine verschiedene Gattung ausmachen, doch bei letzterem vermöge der Hausgesetzgebung die Rechte der Familie sich viel strenger erhalten haben, als bei jenem. Beiden Instituten gemeinschaftlich ist die Eigenschaft der Unveräußerlichkeit mit dem Zwecke: die Güter in der Familie

11) Gesesamml. v. 11. März 1836, Abth. 1, Nr. 8.

12) Preuß. Landr. a. a. D. §. 43. Oesterr. Gesesb. §. 630. Bayer. Edict §. 43.

13) J. F. G. Brand, de natura bonorum avitorum atque inde sumenda interpretatione in fideic. fam. Marb. 1791.

zu erhalten; aber diese Qualität gründet sich bei den Stammgütern auf das Gesetz, bei den Fideicommissen auf Privatwillkür. Die Stammgütereigenschaft stützt sich auf die aus dem alten teutschen Rechte beibehaltene und durch ausdrückliche Gesetze anerkannte Regel: daß Alles im Erbganze bleiben soll, was einmal in Erbganze gekommen ist. Die Fideicommissqualität dagegen ist lediglich in der vom Stifter ausgesprochenen Absicht zu suchen, das mit Fideicommiss bestrickte Vermögen ungeschwächt bei der Familie zu erhalten. Jene ursprünglich teutsche Lehre hat aber nach der Einführung des römischen Rechtes nicht nur durch die Grundsätze vom Pflichttheile merklichen Abbruch gelitten, sondern man ist auch von der Strenge des alten Rechtes insofern abgegangen, als nur noch bei Schenkungen der Widerruf von Seiten der Erben besteht, bei onerosen Veräußerungen dagegen ein solcher nicht stattfindet, sondern die Berechtigten nur die Befugniß haben, vermöge des Familienretractes in den geschlossenen Verkauf einzutreten. Daher sind letztwillige Verfügungen über Erbstammgüter in der Regel zulässig, so wie denn auch der Concurs überall als zureichender Grund einer Veräußerung ohne Einwilligung der Erben gilt. Die allgemeine Natur der Familienfideicommiss besteht nun aber gerade darin, daß das damit Belegte ordentlicher Weise vom Besizer weder beschwert, noch vermindert, noch viel weniger veräußert werden kann, daher hinsichtlich ihrer Dispositionen unter Lebenden eben so ungiltig sind, als letztwillige Verfügungen und beide ohne Unterschied von den Berechtigten widerrufen werden können, gleichviel ob der Veräußerung eine Liberalität zu Grunde liegt, oder ob solche auf onerose Weise erfolgt ist¹⁴⁾. Stammgüter sind also keineswegs stillschweigende Familienfideicommiss; denn weder die Vererbung eines Gutes von Fällen zu Fällen in der Familie, noch der Beweis, daß ein Gut von jeher für ein Stammgut gehalten worden sei, reichen hin, ein solches in ein Familienfideicommiss zu verwandeln. Die oft behauptete Entstehung der Familienfideicommiss durch Familienobservanz hat keinen Grund. Ein Familienfideicommiss kann nur durch eine Disposition entstehen, welche ein motivirtes Veräußerungsverbot enthält, gleichviel ob solches direct ausgesprochen, oder indirect aus dem Willen des Stifters abzuleiten ist. Motivirt muß aber das Veräußerungsverbot in der Maße sein, daß man daraus sieht, es sei zu Gunsten der Familie oder doch wenigstens des Mannsstammes in derselben die Veräußerung verboten, weil, wenn nicht bestimmt worden ist, zu wessen Gunsten die Veräußerung unterbleiben soll, das Verbot selbst keinen Ausgang hat, sondern für eine bloße Empfehlung angesehen wird (*inane et nudum praeceptum*) oder wenn die Anordnung lediglich

14) G. Schenk de Schweinsberg, *diss. de bonorum stemmaticorum et fideicommissorum familiarum nobilium origine atque discrimine*. Marb. 1829. B. W. Pfeiffer, *verm. Aufsätze über Gegenstände d. teutsch. und röm. Privatr.* (Marb. 1803), Nr. I. Posse, *Prüfung d. Unterschiedes zwischen Erbfolger. und Erbfolgeordn., nebst einer Entwicklung des Begriffes von Stamm- und Fideicommissgütern* (Rost. und Leipz. 1796), S. 50 flg.

als zu Gunsten einzelner Familienmitglieder getroffen erscheint, nur ein gewöhnliches Fideicommiss entsteht, dessen Unveräußerlichkeit mit dem Tode der eingesetzten Erben erlischt. Liegt dagegen die Absicht des Stifters, das Fideicommissgut bei der Familie zu erhalten, unbezweifelt vor, so erstreckt sich das Veräußerungsverbot nicht nur auf die Söhne, welche in der Stiftung genannt sind, sondern auch auf die Enkel und alle übrige Descendenten, nicht nur auf die unmittelbaren Erben des Stifters, wenn blos von Erben die Rede ist, sondern auch auf deren Erben¹⁵⁾. Denn in diesem Falle erscheinen die in der Stiftungsurkunde ausdrücklich zur Succession Verufenen nicht als restrictiv, sondern als vorzugsweise oder exemplativ Genannte, auf welche das Fideicommiss zu Folge des demselben unterliegenden Zweckes und der daraus zu entnehmenden extensiven Interpretation keineswegs beschränkt werden darf¹⁶⁾.

Wenn man gleich zu der Zeit, als das römische Recht in Deutschland aufkam, die Stammgüter aus Vorliebe zu diesem Rechte und aus Unkunde des einheimischen der Form nach den römischen Fideicommissen gleich zu machen suchte, so war und blieb doch das Eigenthümliche der deutschen Verfassung in Hinsicht der Verschiedenheit der Stände einer, völligen Umwandlung derselben in römisches Fideicommissgut hinderlich. Dieß wird erklärlich, wenn man bedenkt, daß der wesentliche Zweck eines deutschen Familienfideicommisses den römischen Rechtsansichten fremd war, und daß die Römer mit dem *status familiae* einen anderen Begriff verbanden, als die Deutschen, bei denen die Subtilitäten des römischen Rechtes in diesem Punkte, schon der verschiedenen Verfassung wegen, keinen Eingang finden konnten. Wenn daher auch im Justinianischen Gesetzbuche *fideicommissa successiva* mit der Bestimmung vorkommen: *ut bonum apud familiam maneat, ne e familia exeat*, so leiden doch die Grundsätze, welche dießfalls das römische Recht in Bezug auf die Art und Weise der Errichtung, die Succession und die Dauer aufstellt¹⁷⁾, auf deutsches Fideicommissgut keine Anwendung, sondern es müssen hier zunächst einheimische Rechtsquellen zu Rathe gezogen werden¹⁸⁾. Es ist jedoch dabei nicht außer Acht zu lassen, daß die autonomische Befugniß des Adels in neuerer Zeit, wenn nicht ganz aufgehoben, doch gegen früher sehr beschränkt worden ist, so wie daß durch die mißverständene Anwendung der fremden in Deutschland recipirten Rechte und die Gewohnheit, teutsche Rechtsgeschäfte aus dem römischen oder longobardischen Rechte zu erklären, das alte einheimische Recht mannigfach modificirt und

15) G. A. Gottschalk, *disc. forens. t. III. cap. V. p. 71 sq. edit. 2.*

16) J. Chr. Mayer, *Erbfolgealinaleismus in Lehnen und Familienfideic. (Tübing. 1808), Abschn. 2, S. 1, C. 19.*

17) Nov. 159. L. 120. §. 1. D. de legat. I. L. 77. §. 27. D. de legat. II. u. L. 11. L. 32. C. de fideic. (6. 42.)

18) Joh. C. Heimburg, *diss. de differentia iur. comm. et Germ. in doctrina de fideicomm. Jenae 1743. B. W. Pfeiffer, verm. Aufsätze Nr. 1, §. 2 u. §. 14; dessen praktische Ausführungen Bd. 3, Nr. 2, C. 53 fig.*

nicht nur dem Namen nach, sondern auch in der That abgeändert worden ist.

So viel die Errichtung eines Familienfideicommisses betrifft, so geschieht dieselbe entweder durch testamentarische Verordnung oder durch einen Vertrag mit den Mitgliedern der Familie, welchen ein Erbrecht auf das Grundstück zusteht¹⁹⁾. Hierbei ist jedoch zu bemerken, daß die Notherben und die Gläubiger berücksichtigt werden müssen. Was nämlich die ersteren anbelangt, so kann die Bestimmung des bürgerlichen Rechtes, welche alle zum Nachtheile des Pflichttheiles vorgenommene Handlungen für ungiltig erklärt, nicht dadurch umgangen werden, daß Jemand sein ganzes Vermögen mit einem Fideicommiss bestrickt. Eben so wenig darf das Fideicommiss zum Nachtheile der Gläubiger errichtet werden. Durch die Fideicommissanordnung wird demnach das einem Gläubiger an der Substanz zustehende Pfandrecht nicht in ein Pfandrecht auf die Früchte eingeengt. Dagegen haben die Creditoren der zum Fideicommiss berufenen Agnaten kein Recht auf die Substanz des Fideicommissgutes, sobald nur, wenn dieselben zugleich Notherben des Stifters sind, der Pflichttheil unbelastet geblieben ist. Will daher Jemand über seine Habe so verfügen, daß sie nach seinem Tode auf einen ihn Ueberlebenden fallen, von diesem aber auf seine ganze Nachkommenschaft, so lange ein Sprosse vorhanden ist, vererbt werden soll, so dürfen obige Rücksichten nicht außer Acht gelassen werden. Ist dieß aber beobachtet worden, so bedarf es zur Verwirklichung einer solchen Disposition gemeinrechtlich weiter keiner Schritte. Die Anordnung ist rechtsbeständig, gleichviel ob derselben ein Vertrag zu Grunde liegt²⁰⁾, oder ob sie auf der einseitigen Willenserklärung des Disponenten beruht. Sie verbindet nicht nur die in dem Vertrage zusammenstimmenden oder die der fideicommissarischen Stiftung sich unterwerfenden Familienmitglieder, sondern ihre fortdauernde Wirksamkeit erstreckt sich auch auf deren Nachkommen. Denn die Gesetze haben einer solchen Willenserklärung nicht nur unbedingte Wirkungsfähigkeit zugesprochen, sondern sie gestatten auch, selbige durch positiven Zwang zu realisiren. Selbst gegen Dritte kann dieser geltend gemacht werden. Die Fideicommissinteressenten haben sogar, wenn ein Testament ihnen zur Seite steht, ein doppeltes dingliches Recht, nämlich a) ein stillschweigendes Unterpfandsrecht an allen zum Nachlaß des Stifters gehörigen Sachen, jedoch mit Ausschluß der fideicommissirten, und b) ein Eigenthumsrecht an dieser letzten Sache selbst. Diese Rechte sind jedoch durch particulare Gesetze ganz oder theilweise den Fideicommissariern entzogen worden, indem sie theils die Giltig-

19) Chr. Wildvogel, de fideic. famil. nobil. conventional. Jen. 1710. 4.

20) Aem. Ludw. Hombergk, diss. de qualitate reali quae pactis successoris inest et de effectibus eius. Marb. 1754. H. B. Jaup, diss. de valore et efficacia pactorum s. statutorum fam. illustrium et nobilium intuitu tertii. Giessae 1792. Linde, obs. de succ. germ. inprimis patititia. 1820. Rhein. Museum 1828, II. 2., S. 165.

keit der Familienfideicommiss überhaupt, theils inwiefern dieselben gegen dritte Besitzer oder Gläubiger zu Recht beständig sein sollen, von gewissen Formalitäten abhängig gemacht haben. So wird zur Rechtsbeständigkeit eines Familienfideicommisses in Oesterreich, Bayern und im Großherzogthume Weimar die Einwilligung des Landesfürsten erfordert²¹⁾. In anderen Ländern ist die Gültigkeit fideicommissarischer Anordnungen, Dritten gegenüber, von der Bestätigung der oberen Gerichtsstellen²²⁾ oder doch wenigstens von der Verlautbarung und Eintragung der Stiftungsurkunde in die Hypotheken- und Matrikelbücher abhängig gemacht worden²³⁾. Im Königreiche Sachsen muß das Fideicommiss bei Lehnsgütern von dem Lehnsherrn, bei Allodialgütern von dem Gerichtsherrn und zwar von dem iudex rei sitae confirmirt und darüber Consens ertheilt werden²⁴⁾. Da wo die Bestätigung keine bloße Gnadenhandlung des Regenten ist, darf die richterliche Confirmation, sobald dem Gesuche nur politische, nicht auch rechtliche Gründe entgegenstehen, nicht abgeschlagen werden; denn es würde dieß eine Justizverweigerung sein. Ist die richterliche Bestätigung nicht bei Lebzeiten des Stifters gesucht worden, so kann dieselbe mit gleichem Erfolge nach seinem Tode von denjenigen ausgewirkt werden, welche an dem Bestande des Fideicommisses ein Interesse haben oder durch die Stiftungsurkunde zur Aufsicht über dasselbe berufen sind. Amtshalber hat der competente Richter aber — Falls ausdrückliche Gesetze ihm dieß nicht vorschreiben — nur dann sich einzumischen und die Herbeischaffung der ermangelnden Bestätigung zu veranlassen, wenn unter den Fideicommissinteressenten Minderjährige, Unmündige oder Abwesende sind, oder wenn ihm durch die Stiftungsurkunde die specielle Aufsicht über das Fideicommiss übertragen worden ist. Für die vormaligen Reichsstände und Reichsangehörigen, die der Landeshoheit subjicirt worden sind, dient die Vorschrift der Bundesacte vom 8. Juni 1815, Art. XIV, Nr. 2, zur Norm.

Was die Sachen anbelangt, die zu einem Familienfideicommiss bestimmt werden können, so müssen sie nicht nur geeignet sein, dem jedesmaligen Besitzer einen Nutzen zu gewähren, sondern es muß auch

21) Oesterr. Gesetz. §. 627. Bayer. Edict v. 26. Mai 1818 (Beil. Nr. VII. v. Verfassungsurk.). Weimar. Gesetz v. 22. April 1833, §. 1 u. 5. Auch in Hannover ressortirt die Stiftung von Fideicommissen und Majoraten unmittelbar vom Cabinette: R. Cabinetsverordn. v. 14. Nov. 1837, §. 8, Nr. 17 (S. S. Abth. 1, Nr. 31 u. 32). In Preußen ist solche nur erforderlich, wenn das Fideicommiss einen reinen Ertrag von 10,000 Thln. übersteigt. Landr. a. a. D. §. 56, und in Braunschweig, wenn Allodialgüter zu Familienstammgütern erklärt werden sollen. Braunschw. Ges. v. 28. März 1837, §. 24.

22) v. Weishaar, württemb. Privatr. §. 445, S. 426.

23) In Bayern s. die Instruction über die Behandlung der Fideicommiss und Führung der Fideicommissmatrikel bei den königl. Appellationsgerichten v. 22. Dec. 1818. — Preuß. Landr. a. a. D. §. 62—68. — Weimar'sches Gesetz v. 22. April 1833, §. 7. — Braunschweig. Gesetz v. 28. März 1837, §. 21.

24) Erl. Prozeßordn. ad tit. XLV. §. 7, und Gesetz B v. 28. Jan. 1835, §. 6 u. 8.

dieser Nießbrauch unbeschadet der Substanz ausgeübt werden können. Dieß ist aber nicht bloß mit unbeweglichen und mit denjenigen Sachen der Fall, die denselben in dieser Hinsicht gleich zu stellen sind; sondern es qualificiren sich hierzu auch bewegliche Sachen, insofern dieselben relativ unbeweglich und dadurch dauerhaft gemacht werden können²⁵⁾. Am leichtesten und sichersten ist solches bei Capitalien zu erreichen (Fideicommissstämme). Andere bewegliche Sachen erscheinen nur insofern als taugliche Objecte eines Familienfideicommisses, als sie mit einem unbeweglichen sich dergestalt verknüpfen lassen, daß die Nutzungen aus diesem zum Erfaze der etwa entzogenen Substanz verwendet werden können. Dieß ist der Fall bei den an sich beweglichen Zugehörungen der unbeweglichen Güter. Der Natur der Sache nach ist hier das Veräußerungsverbot auf diejenigen Veränderungen nicht zu erstrecken, welche nothwendig stattfinden müssen, wenn dergleichen Sachen der Quantität nach erhalten werden sollen. An verzehrbaren Sachen hat daher der jedesmalige Fideicommissbesitzer ein freies, uneingeschränktes Dispositionsrecht und er haftet dem Fideicommiss nur für gleiche Anzahl und Güte. — In einzelnen teutschen Staaten hat man jedoch für nöthig befunden, wegen der Sachen, die unter Fideicommissverband gebracht werden dürfen, gewisse Vorschriften zu geben. Es sind meistens aus politischen Gründen beliebte Beschränkungen, die, ohne dem Wesen des Institutes selbst Abbruch zu thun, doch geeignet sind, so manchen aus demselben entspringenden Inconvenienzen vorzubeugen. In staatswirtschaftlicher Rücksicht beachtungswerth ist die legislative Maßregel der Feststellung eines Maximum und eines Minimum des Vermögens, welches unter Fideicommissverband gebracht werden darf, um eines Theils einer dem öffentlichen Wohle schädlichen Vermögensungleichheit entgegenzuwirken, anderen Theils zu verhüten, daß nicht aus bloßer Laune ein den Berufenen selbst nur in geringem Grade nützlicher, unbedeutender Vermögensbestandtheil dem öffentlichen Verkehre entzogen werde²⁶⁾. Außer der Tauglichkeit der Sache an sich zu dem Zwecke, welcher durch die Errichtung eines Familienfideicommisses erreicht werden soll, kommt in concreten Fällen annoch in Frage: ob der Stifter des Fideicommisses überhaupt befugt war, über die Sache zu disponiren? Denn Sachen, über welche dem Stifter nur ein beschränktes oder gar kein Dispositionsrecht zusteht, kann derselbe eben so wenig mit einem Fideicommiss bestricken, als er dieselben überhaupt veräußern darf. Ein Lehngut kann demnach mit einem Fideicommiss nur dann beschwert werden, wenn a) der Stifter des Fideicommisses zugleich der erste Erwerber des Lehens ist und dessen unmittelbare Nachfolger im Lehen verbunden sind, einer solchen Disposition sich zu unterwerfen; b) wenn hierzu sowohl der Lehns-

25) K. Gf. de Winkler, de fideic. fam. rer. mobil. in opusc. minor. tom. II. p. 60.

26) Pr. Landr. Th. 2, Tit. 4, Abschn. 3, §. 48—61. Bayer. Gebiet v. J. 1818, Tit. 1, §. 2. Hannov. Gesetz v. 13. April 1836, §. 30. Braunschw. Gesetz v. 28. März 1837, §. 24.

herr, als auch die Lehnsuccessoren, die aus der Investitur des ersten Erwerbers ein Recht auf das Lehen erworben haben, oder die Mitbelehnten und Gesammthänder ausdrücklich ihre Einwilligung geben²⁷⁾. Dagegen können nach einigen Particularrechten²⁸⁾ sowohl Erbgüter als Lehngüter der Gegenstand eines Familienfideicommisses sein, doch erfordern sie lehns herrliche Cognition und Einwilligung. Ist jedoch ein Lehen zu einem Familienfideicommiss rechtsbeständig constituirte worden, so gilt auch der Grundsatz, daß in allen Fällen, in welchen zwischen der Lehnsqualität der Sache und der Natur des Fideicommisses ein Conflict entsteht, die letztere Eigenschaft prävalirt.

Der Fundation muß die Sicherstellung des im Fideicommissverbannde befindlichen Vermögens folgen. Der erste Schritt, der in dieser Beziehung zu thun ist, ist die Ausscheidung aller fremder Ansprüche. Denn nicht nur um das Fideicommiss der Gefahr einer Execution und der gerichtlichen Versteigerung zu entziehen, ist diese Maßregel nöthig, sondern auch, um den Umfang und die Größe des Fideicommissvermögens kennen zu lernen. Diese erlangte Kenntniß muß sodann für alle künftige Zeiten bewahrt werden. Dieß geschieht durch die Errichtung eines Inventars oder durch ein unter Zuziehung sämtlicher Interessenten angefertigtes Verzeichniß der zum Fideicommiss gehörigen Stücke. Das letztere zu ediren ist der Fideicommissbesitzer selbst dann verbunden, wenn der Stifter die Errichtung eines Inventars erlassen hat. Was hiernächst die Sicherstellung der Substanz betrifft, so ist zwar eine Cautionsbestellung von Seiten des Fideicommissbesizers in der Regel nicht nöthig, allein wenn derselbe seine Befugnisse überschreitet, so können die übrigen Fideicommissinteressenten, deren eventuelle Rechte hierdurch gefährdet werden, auf Cautionsleistung dringen, selbst wenn der Stifter die Bestellung einer Caution den Besizern des Fideicommisses ausdrücklich erlassen haben sollte. Es ist auch nicht ungewöhnlich, daß die Ueberwachung des Fideicommisses einer besonders dazu verpflichteten Person (einem Fideicommisscurator) übertragen wird. Dieser Curator, den entweder der Stifter oder die Fideicommissanwärter oder die competente Fideicommissbehörde bestellen kann, darf, sobald streitende Interessen dieß nicht unthunlich erscheinen lassen, auch aus dem Mittel der Anwärter genommen werden. Seine Pflicht ist, überall das Fideicommiss zu vertreten, wo dessen Existenz gefährdet erscheint. Als auf die Sicherheit der Substanz abzielende Maßregeln sind auch noch die Reverse und eidlichen Angelöbnisse zu erwähnen, welche zuweilen,

27) J. Chr. Pesler, de feudo fideicommissario, in Jenichen thesaur. iur. f. tom. II. 18. p. 305. M. H. Kersten, de fideic. perpetuo fam. in feudo. Lips. 1731. 4. E. J. Fr. Manzel, de fideic. famil. qualitate feudo superaddita. Rost. 1742. 4.

28) Sächs. erl. Prozeßordn. v. 10. Jan. 1724 ad tit. XLV. §. 7. Weimar. Gesetz v. 22. April 1833, §. 5. Hannöv. Gesetz v. 13. April 1836, §. 29. Braunschweig. Ges. v. 28. März 1837, §. 21. Mecklenburgische Rechtsprüche herausg. von Ramph, Th. 2, Nr. 163, S. 123.

in Folge besonderer Hausgesetze, die Besitzer des Fideicommisses auszustellen und abzulegen haben, bevor ihnen die Güter eingeräumt werden.

Durch die Begründung des Fideicommissverbandes werden gewisse Rechtsverhältnisse erzeugt, die verschieden sind, je nachdem sie die Fideicommissinteressenten oder dritte Personen betreffen. Unter den ersteren sind im allgemeinen diejenigen Mitglieder der Familie zu verstehen, welche durch ihre Geburt aus der Anordnung des Stifters ein Recht auf das Fideicommiss erlangt haben. Dieses Recht ist entweder ein gegenwärtiges, purificirtes, mit Besitz verbundenes, oder ein zukünftiges, eventuelles, von dem Eintritte einer Bedingung annoch abhängiges, ohne wirklichen Besitz. Das erstere steht dem Fideicommissinhaber, das letztere den Fideicommissanwärtern zu. Beide beschränken sich gegenseitig, und diese Beschränkung ist's, nach welcher die Rechte und Pflichten des Fideicommissinhabers beurtheilt werden müssen. Derselbe hat nicht blos das Recht der Nutznießung, sondern auch Proprietätsrechte. Zu den Rechten auf die Substanz, die ihm zustehen, gehören: a) das Recht, die mit Fideicommissqualität belegte Sache gerichtlich zu verfolgen und zu verteidigen, nur muß er sich der ihm zur Seite stehenden Rechtsmittel bona fide und nicht gegen das Recht der Anwärter bedienen. Wegen Vernachlässigungen bleibt er seinen Nachfolgern zur Schadloshaltung verhaftet; daher es jedem Fideicommissinhaber anzurathen ist, den Anwärtern den Streit zu verkünden. Wegen der Prozeßkosten darf jedoch in keinem Falle die Substanz des Fideicommisses angegriffen werden. b) Das Recht, über die Substanz zu verfügen, wenn dieselbe dadurch nicht verschlechtert oder dergestalt umgeformt wird, daß die Sache zu einer ganz anderen Art von Sachen übergeht, als zu der sie bisher gehört hat. c) Als ein Ausfluß des Rechtes auf die Substanz ist es ferner anzusehen, daß hinsichtlich eines auf dem Fideicommissgute gefundenen Schatzes dem Besitzer dieselben Rechte zustehen, welche die Gesetze überhaupt freien Eigenthümern in dieser Hinsicht zugestanden haben (Abw. österr. Gesegb.). d) Kann er unbeschränkter Eigenthümer des Fideicommisses werden, wenn die berufenen Linien ohne Hoffnung einer Nachkommenschaft ausgestorben sind, weil in ihm, als dem letzten Besitzer, sodann alle Rechte sich concentriren, die vordem der Gesamtheit der Familie zustanden. Ob er aber in diesem Falle nur auf den Todesfall oder ob er auch unter Lebenden über das Fideicommiss verfügen kann, ist streitig; es verdient jedoch die Meinung derer, welche dem letzten Stammhalter ohne allen Unterschied ein unbeschränktes Dispositionsrecht über das Fideicommiss einräumen, den Vorzug.

Die Rechte, die dem Besitzer des Fideicommisses in Ansehung des Genusses zustehen, laufen in der Hauptsache darauf hinaus, daß er die Hauptsache und deren Zubehör gebrauchen und alle ordentlichen und außerordentlichen Nutzungen daraus ziehen und solche wie ein allodiales Gut auf seine Erben bringen kann. Dieß gilt auch von den natürlichen Accessionen des Grundstückes ohne Unterschied, ob der Zuwachs ein solcher ist, der sich nach und nach an das Grundstück ansetzt und mit demselben so verbunden ist, daß er sich von der Hauptsache

nicht unterscheiden läßt, oder ob er davon abgesondert und unterschieden ist. Der Besitzer des Fideicommisses darf jedoch die Sache nur nach ihrer Bestimmung als ein guter Wirth gebrauchen. Er hat demnach nicht nur für alle Deterioration zu stehen, wenn ihm dabei eine culpa levis zur Last fallen sollte, sondern er ist auch für schädliche Unthätigkeit verantwortlich. Nur für den Zufall und den Nachtheil, der aus nicht vorauszufehenden Ereignissen dem Fideicommiss zu gezogen worden ist, so wie für mäßige Versehen braucht er nicht zu haften. Der Fideicommissinhaber muß ferner alle sowohl ordentliche als außerordentliche Lasten des Fideicommissgutes tragen. Was jedoch die letzteren betrifft, so kann durch Verordnung des Stifters oder durch Ueberkunft unter den Fideicommissinteressenten dem Besitzer auf mancherlei Art Erleichterung verschafft werden, wie es denn auch in dieser Beziehung nicht an particularrechtlichen Bestimmungen fehlt. Endlich hat der Fideicommissbesitzer die Pflicht auf sich, nach seinem Tode das Fideicommiss in dem nämlichen Stande, in welchem es von ihm übernommen wurde, seinem Nachfolger zu restituiren. Zugleich mit dem Hauptgute müssen die Verbesserungen, welche von diesem nicht getrennt werden können, dem Fideicommissfolger ausgeliefert werden. Es versteht sich jedoch von selbst, daß die Allodialerben des verstorbenen Besitzers wegen der darauf verwendeten Kosten entschädigt werden müssen. Bei der Bestimmung dieser Vergütung kommt jedoch nicht in Betracht, was die Anlagen ursprünglich gekostet haben, sondern es ist auf den vorhandenen wahren Werth derselben, insofern er den Nutzen nicht übersteigt, zu sehen, und solcher durch vereidete Sachverständige auszumitteln. Voluptuarische Ausgaben dagegen können nicht zurückgefordert werden, höchstens können Meliorationen der Art, so weit es ohne Verletzung der Substanz möglich ist, zurückgenommen werden. Es hat aber in diesem Falle der Fideicommissnachfolger die Wahl, so wie bei trennbaren nützlichen Verbesserungen, ob er den billigen Werth derselben ersetzen oder sie zurückgeben will.

Die Rechte, welche die Fideicommissanwärter, d. h. diejenigen Personen haben, welchen als Geschlechtsfolgern vermöge der Anordnung des Stifters ein gegründetes Recht auf den Besitz und Genuß des Fideicommisses zusteht, sobald sie die Reihe trifft, müssen aus diesem eventuellen Successionsrechte abgeleitet werden. Sie laufen insgesammt auf Sicherheitsmittel hinaus, durch welche sie, als Eventualberechtigzte, in den Stand gesetzt sind, zu verhüten, daß ihr künftiges Recht durch Handlungen eines Andern nicht vereitelt werde. Sie sind nicht bloß negativer Natur, d. h. sie bestehen nicht bloß aus Widerspruchsrechten, sondern dieselben steigern sich oft bis zum selbstständigen Einschreiten. Die Rechte der Anwärter gegen den Besitzer des Fideicommisses sind rein persönlich; der Tendenz nach kommen sie alle darin überein, daß von Seiten des Fideicommissinhabers nichts geschehe, wodurch die Substanz des Fideicommisses auf irgend eine Weise geschmälert werden kann. Insofern den Anwärtern aber auch das Recht zusteht, Andere an der Zerstörung der Substanz zu hindern, und über diese im Einverständnisse unter einander

und mit dem Fideicommiſſbeſitzer unbeſchränkt zu verfügen, inſofern kann den Anwärtern auch ein Recht auf die Subſtanz ſelbſt nicht abgeſprochen werden. Vor allem wichtig iſt hier das den Anwärtern zukommende Revocationsrecht im Falle einer widerrechtlichen Veräußerung des Fideicommiſſes²⁹⁾. Dieſes iſt in der That nichts anderes, als das Recht, das zu ihrem Nachtheile veräußerte Fideicommiſſ, vermöge der ihnen deferirten Fideicommiſſfolge, von jedem Beſitzer deſſelben zu vindiciren. Die Klage geht gegen jeden Beſitzer und iſt darauf gerichtet, daß derſelbe das Fideicommiſſ cum omni causa reſtituire. Sie kommt allen rechtmäßig gebornen Agnaten in der Ordnung zu, nach welcher ſie zur Succeſſion im Fideicommiſſe berufen ſind. Das Revocationsrecht wird dadurch, daß der ſolches ausübende, an der Reihe zur Succeſſion ſtehende Anwärter zugleich Allodialerbe ſeines Vorgängers wird, der das Fideicommiſſ widerrechtlich veräußerte, nicht verhindert, er wird jedoch dadurch zu Wiedererſtattung des Kaufpreiſes verbunden. Die Revocationsklage verjährt innerhalb 30 Jahren von Zeit des Fideicommiſſanfalles gerechnet, denn ſo lange ein Anwärter kein Klagerecht hat, ſo lange kann wider denſelben auch die Verjährung nicht zu laufen anfangen. Da nun jenes dem Agnaten in der Regel erſt bei deferirter Succeſſion zuſteht, ſo kann auch dieſe erſt von der Zeit der deferirten Fideicommiſſfolge an gerechnet werden. Uebrigens ſteht dem entfernteren Anwärter nicht entgegen, daß einer oder der andere ſeiner Vornänner das Fideicommiſſ binnen 30 Jahren zu revociren unterlaſſen hat, weil die Nachläſſigkeit deſſenigen, gegen welchen die Verjährung vollbracht iſt, ſeinem Rechte keinen Eintrag thun kann.

Außer den Familienmitgliedern, die zur Succeſſion vom Stifter des Fideicommiſſes berufen ſind und den Beſchützern des Fideicommiſſes, die vermöge ſpecieller geſetzlicher oder zu Folge von Privatanordnungen die beſondere Aufſicht über daſſelbe zu führen oder es in einzelnen Fällen zu vertreten haben, können auch dritte Perſonen vorkommen, die zu dem Fideicommiſſe in gewiſſen Rechtsverhältniſſen ſtehen. Es ſind dieſe die Erben des verſtorbenen Fideicommiſſbeſizers und die Fideicommiſſgläubiger.

Die Rechte, welche nach der Scheidung des Fideicommiſſ- und Allodialvermögens den Erben des letzteren den Fideicommiſſſucceſſoren gegenüber zuſtehen, betreffen a) die Ansprüche, welche ſie auf einen verhältnißmäßigen Theil der Früchte des Sterbejahres haben, und b) die Ansprüche, welche wegen der Fideicommiſſverbeſſerungen oder Verſchlimmerungen bald die Allodialerben an die Fideicommiſſerben, bald umgekehrt letztere an jene machen. Für beide Fälle hat man particularrechtlich verſchiedene Grundſätze zur Anwendung gebracht, hier die Trennung des Lehns vom Erbe, dort die Auseinanderſetzung zwiſchen Uſufructuar und Eigenthümer zum Vorbilde genommen. So ſollen nach

29) G. A. Jenichen, de alienatione fideic. et bon. fam. ac de iure revocandi eandem, in ejs. thes. iur. feud. III. p. 403.

preuß. Rechte³⁰⁾ die Früchte des letzten Wirthschaftsjahres in der Mafse getheilt werden, wie zwischen dem Nießbraucher und dem Eigenthümer. Diesem Grundsätze, der auch von mehreren Rechtsgelehrten adoptirt worden ist³¹⁾, huldigt ebenfalls das österr. Gesetzbuch³²⁾. Dagegen finden wegen der Meliorationen nach preußischem Landrechte³³⁾ diejenigen Vorschriften Anwendung, welche dasselbe wegen der Auseinanderetzung zwischen dem Lehnsfolger und den Allodialerben ertheilt. Das bayer'sche Edict³⁴⁾ legt auch hier die Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes über die gegenseitigen Verhältnisse des Eigenthümers zum Nutznießer zum Grunde, während nach dem österr. Gesetzbuche³⁵⁾ den Allodialerben überhaupt nur der Aufwand ersetzt zu werden braucht, welchen ihr Erblasser zur Erhaltung oder zu wichtigen, mithin dauerhaften, Verbesserungen des Fideicommisses gemacht hat. Gemeinrechtlich sind hierüber specielle Bestimmungen nicht vorhanden, daher hat der Richter in vorkommenden Fällen die Wahl, welche von den zwei erwähnten Analogien, die die in Deutschland recipirten fremden Rechte darbieten, er vorzugsweise anwenden will: ob die Lehre des römischen Rechtes vom Nießbrauche oder die Lehre des Lehnrechtes von der Sonderung des Lehens vom Allode. Die letztere Analogie verdient jedoch den Vorzug³⁶⁾, da zwischen den Verhältnissen des Vasallen und des Fideicommissbesizers offenbar ein weniger auffallender Unterschied stattfindet, als zwischen dem letzteren und dem Usfructuar.

Dem Allodialerben steht dieser Ansprüche halber sowohl das Recht der Klage und Einrede, als das Retentionsrecht zu. Der Fideicommissfolger kann jedoch dasselbe durch hinlängliche Sicherheitsleistung heben und nach beschaffener Caution den Besitz des angefallenen Fideicommisses rechtlich fordern.

Was hiernächst die Fideicommissgläubiger anbelangt, so sind darunter nur die zu verstehen, welche aus einem besonderen Grunde ihre Bezahlung entweder aus der Substanz des Fideicommisses selbst oder wenigstens aus dessen Nutzungen, doch von jedem Besizer des Fideicommisses, verlangen können. Sie haben, mag das eine oder das andere sein, beide ein dingliches Recht, doch hat das Pfandrecht der Gläubiger, deren Forderungen blos durch die Früchte gesichert sind, die volle Wirkung eines Pfandrechtes nicht, weil das Recht, die Freibietung des Fideicommisses zu fordern, hier wegfällt. Zu der ersten Classe von Fideicommissschulden gehören: a) diejenigen, welche von dem Stifter des Fideicommisses herkommen, ferner b) die Schulden, die zu Folge der Disposition des Stifters von den Fideicommisssuccessoren auf das Gut

30) Landr. a. a. D. §. 212.

31) R. Fr. X. Ph. v. Dalwigk, Erbrecht Th. 3, Abschn. 1, §. 43, S. 99.

32) §. 643.

33) X. a. D. §. 211.

34) §. 74 u. 75.

35) §. 641.

36) Eichhorn, teutsch. Privatr. §. 367.

zu übernehmen gewesen sind und c) die von diesen Schulden verfallenen Zinsen. Wegen der Zinsen, die die Fideicommissbesitzer haben aufschwellen lassen, trifft jedoch den Nachfolgern der Regress an die Allodialnachlassmasse der säumigen Fideicommissbesitzer zu. Zu der zweiten Classe von Fideicommissschulden gehören a) diejenigen, welche zu solchen Verbesserungen contractirt und verwendet worden sind, deren Vergütung die Allodialerben von jedem Fideicommisssuccessor verlangen können. Hierbei wird jedoch vorausgesetzt, daß der im Fideicommiss succedirende Agnat von der Verwendung den fortdauernden Nutzen habe. Derselbe hat auch nicht eben das fremde Geld, welches zum Besten des Fideicommisses verwendet worden ist, sondern nur den zur Zeit des Fideicommissanfalles vorhandenen wahren Werth der Melioration zu bezahlen. b) Die gleiche Verpflichtung der Anwärter, wenn sie zur Succession gelangen, aus den Einkünften des Fideicommisses Schulden ihres Vorgängers zu bezahlen, ist vorhanden, sobald fundationsgemäß den zeitigen Fideicommissinhabern gestattet ist, das Fideicommiss quoad fructus bis zu einem gewissen Betrage zu verpfänden; denn eine solche Verpfändung gilt, Kraft der Anordnung des StifTERS, auch dann, wenn das Fideicommiss nach dem Tode des Besitzers auf die nachfolgenden Anwärter verfällt wird. c) Gehören hierher auch diejenigen Schulden, für welche mit Consens der Anwärter die Fideicommissnutzungen verpfändet worden sind. Es haften für diese Schulden aber nur diejenigen Fideicommisssuccessoren, welche dazu ihre Einwilligung verbindlich gegeben haben. — Was die Erwerbung eines Familienfideicommisses betrifft, so ist eine Erklärung des berechtigten Anwärters, daß er das Fideicommiss erwerben wolle, eben so wenig nöthig, als es einer besonderen Ansetzung oder Transmiffion der Erbschaft bedarf. Das Fideicommiss geht unmittelbar von Rechts wegen nach der vom Stifter selbst im voraus bezeichneten Erbfolgeordnung oder, wenn darüber keine Bestimmung vorhanden ist, nach Maßgabe der gesetzlichen Intestaterbfolge, welche Land- oder Lehnrecht im Erbe oder Lehen gestatten, auf den berechtigten Fideicommissanwärter über. Die Succession mag sich nun aber nach der einen oder anderen Art bestimmen, so ist ihr Grund nichts desto weniger lediglich in dem Willen des StifTERS zu suchen, auch wird durch dieselbe dem successionsberechtigten Anwärter kein neues Recht erworben, sondern das bereits bedingt verliehene Recht geht bloß bei purificirter Bedingung auf ihn über und er erhält von dem ihm bereits ursprünglich zustehenden Rechte durch die ihm deferirte Succession auch die Ausübung desselben. Es ist hierbei mehr von einem Einrücken in den Besitz als von einem Erbverhältniffe die Rede. Der Nachfolger leitet sein Recht nicht ex persona defuncti ab, sondern aus der Stiftung und aus der Abstammung vom Stifter. Aus diesem Grunde brauchen auch die Fideicommissfolger, als Singularsuccessoren, nicht für die von ihren Vorgängern unternommenen Handlungen zu haften, außer wenn sie zufällig zugleich Erben des letzten Fideicommissbesizers geworden sind. Nothwendig ist aber diese Verbindung nie, selbst nicht der richtigeren Meinung nach, wenn das Gut, worauf die Stiftung sich bezieht, ein Lehngut ist, weil hier die Stiftung dem Befehle der o:

girt. Da die Erbfolge lediglich aus der Fürsorge der Vorfahren datirt, so umfaßt sie auch nur diejenigen Mitglieder der Familie, welche unter der Disposition des Stifters begriffen sind. Dieß gilt in der Regel nur von den ehelichen Descendenten des Stifters und deren Nachkommen in infinitum. Ausgeschlossen sind daher: a) die Seitenverwandten und Ascendenten, wenn hinsichtlich ihrer nicht besonders eine Anordnung gemacht worden ist; ferner b) die Ehegatten der stiftungsmäßigen Nachfolger, c) die adoptirten Kinder, d) die unehelichen und e) die legitimirten Kinder, wenigstens die per rescriptum legitimirten. Dagegen kommt bei dieser Erbfolge weder der Grundsatz des römischen Rechts, nach welchem die halbbürtigen Geschwister von den vollbürtigen Geschwistern ausgeschlossen werden, noch die Parodie des deutschen Rechts: halbe Geburt tritt einen Grad rückwärts, zur Anwendung; auch findet der Abzug der trebellianischen Quart dabei nicht statt³⁷⁾.

Die Präsuntion für die stillschweigende Ausschließung des weiblichen Stammes durch den Mannsstamm ist jedoch nur da begründet, wo Landesgesetze oder Standesgebrauch dafür sprechen. Das Letztere ist der Fall bei adeligen Familienfideicommissen, die entschieden auf eine *conservatio agnatica* gerichtet sind³⁸⁾. Die Untheilbarkeit der Fideicommissie (d. h. in Bezug auf die Erbfolge, damit nicht mehrere, gleichzeitig zur Succession Berechtigte partes pro indiviso an dem Fideicommissgute haben sollen) ist in der Natur des Institutes nicht begründet, sie muß besonders verordnet sein. Es treten aber oft Conjunctionen ein, die für das Princip der Untheilbarkeit sprechen und dasselbe als stillschweigend festgesetzt erscheinen lassen. Durch neuere Gesetze ist jedoch die Individualsuccession bei Familienfideicommissen ein für allemal aus guten Gründen angeordnet worden³⁹⁾. Zu einer materiellen Theilung kann es, so lange der Fideicommissverband besteht, aber auch da nicht kommen, wo mehrere Anwärter ein gleiches Successionsrecht haben und vermöge desselben zum gemeinschaftlichen Besitze des Fideicommisses gelangen; denn wenn auch nach gemeinem Rechte auf die Theilung einer gemeinschaftlichen Sache provocirt werden darf, so hat doch die Gemeinschaft des nuzbaren Eigenthums, welches die gleichberechtigten Fideicommissfolger am Fideicommissie haben, das Besondere, daß sie lediglich auf die Nuzungen und den Besiz des Fideicommisses sich beschränkt.

37) E. J. Bülow, *diss. qua an quartae Trebellianicae et legitimae deductio in fideic. fam. potissim. filiabus liceat? disquiritur.* Gotting. 1751.

38) H. Kemmerich, *de inst. germ. ad conservat. fam. spect.* Jen. 1737. C. W. Strecker, *de splendore fam. illustr. conserv.* Erf. 1747. E. Guil. Maur. de Bode, *de succ. gentil. vulgo die Stammsfolge u. s. w.* Gotting. 1750. Jo. St. Pütter, *de norm. decidendi successionem fam. illustr. controversiam.* Gotting. 1757.

39) Bayer. Edict v. 26. Mai 1818, §. 87. Preuß. Landr. Th. 2, Tit. 4, §. 140 und Tit. 9, §. 40. Hannöversch. Ges. v. 13. April 1836, §. 29. Braunschwr. Ges. v. 28. März 1837, §. 23.

Der Fideicommissverband erlischt a) mit dem Tode aller zur Succession im Fideicommiss berufenen Familienglieder. Der Letzte des Stammes genießt daher alle Rechte einer freien Disposition, die der Stammhalter hatte. Verstirbt derselbe ab intestato, so succediren ihm die nächsten Erben nicht *ex pacto et providentia maiorum*, sondern wie in dem übrigen Allodialvermögen *ex iure communi*. Nur hinsichtlich der Lehnsgüter findet dießfalls eine Ausnahme statt, indem diese dem Lehnsherrn anheimfallen. b) Ob durch das vollkommene und unbedingte Einverständnis aller lebenden Interessenten eine Aufhebung des Fideicommissnerus zum Präjubiz der noch nicht gebornen Nachkommenschaft herbeigeführt werden könne, ist streitig⁴⁰⁾. Von einigen Rechtslehrern wird dieß behauptet, weil den nachgeborenen Mitgliedern ein Revocationsrecht nicht zustehe, und ein einmal gültig verzichtetes Recht nicht wieder aufleben könne. Andere halten eine Auflösung des Fideicommisses durch Uebereinkunft der Interessenten nur dann für gültig, wenn die Aufhebung durch die gesetzgebende Gewalt bestätigt, oder den noch nicht Gebornen ein Curator bestellt worden ist, und dieser wegen eines von ihm anerkannten Nutzens in die Aufhebung des Fideicommisses gewilligt hat. Die Bestimmungen des römischen Rechtes⁴¹⁾ in Hinsicht der Rechte der Nachgeborenen bei Veräußerung eines Fideicommisses können zwar auf teutsche Fideicommissen nicht angewendet werden, denn beide Institute sind wesentlich von einander verschieden; indeß hat doch der Grundsatz: daß man die abstracte Natur der Fideicommissen nicht zum Entscheidungsgrunde bei der Frage von den Rechten der nachgeborenen Kinder bei Aufhebung eines Fideicommisses nehmen dürfe, in Praxi entschieden die Oberhand behalten, weil die nachtheiligen Folgen, die aus Anwendung der gegentheiligen theoretischen Ansicht nothwendig entspringen müßten, gar nicht zu übersehen sein würden. Diese Ansicht wird auch durch analogische Gründe und durch deutsches Herkommen unterstützt. So können Lehen, die *ratione condominii familiae* den Familienfideicommissen gleichen, mit Einwilligung der Agnaten und des Lehnsherrn veräußert werden, ohne daß eine solche Veräußerung die nachgeborenen Kinder zu widerrufen⁴²⁾ berechtigt sind. Bei Stammgütern, aus denen die Familienfideicommissen doch erst hervorgegangen sind, findet nach deutschem Herkommen ganz dasselbe statt. Denn auch sie sind von jeher mit Einwilligung der Erben gültig veräußert worden⁴³⁾.

40) Jo. Fr. Hertel, de alien. fideic. fam. vel omnibus etiam de ea consentientibus illicita. Jenae 1737. 4. Hr. G. Bauer, fideic. fam. relictii alienatio, consentient. iis, quorum interest facta quatenus damnosa sit liberis. Lips. 1770. 4. J. J. Beck, de licita maior. et fideic. fam. nobil. alienatione. Altd. 1735. 4. A. Fr. S. Green, de alienat. f. f. ob damnum fatale. Lips. 1762. 4.

41) L. 120. §. 1. de leg. I. u. L. 11. C. de fideic.

42) Weber, Pandb. des Lehns. Bb. 4, §. 276.

43) C. Kephallides, de alienat. fideic. fam. vel sine consensu liberorum postea procreatorum licita. Erlang. 1794. Fr. v. Eochner, rechtl. Untersuch. der Frage: Kann eine mit Einwilligung aller Interessenten gestohene

Die Particulargesetzgebung hat sich unter verschiedenen Modificatio-
nen bald der einen, bald der anderen Ansicht angeschlossen⁴⁴⁾.

Carl von Salsa.

Fasten ¹⁾ ist die Enthaltung von Speisen für eine gewisse Zeit, besonders für einen ganzen Tag²⁾.

Als ein vorzüglich geeignetes Mittel der Bervollkommnung, der Abtödtung des Fleisches, um das geistige Princip im Menschen kräftiger hervortreten zu lassen, so wie mitunter auch um die über die Sünden der Welt erzürnte Gottheit zu besänftigen, ist beinahe bei allen Völkern das Fasten üblich geworden. Als eine allgemeinere und häufigere Sitte finden wir es indessen im Oriente, was sich zum Theil aus physischen Gründen erklären läßt³⁾. Von den Juden sowohl, als den Heiden wurden einzelne Fasten mit in die Kirche hinüber gezogen, in welcher sich bald strenge Ansichten entwickelten, gegen welche aber auch von anderer Seite ein freieres Princip vertheidigt ward. Festerer Grundsätze finden sich seit dem fünften Jahrhunderte, welche da, wo überhaupt der Gebrauch noch allgemeiner besteht, im wesentlichen als die herrschenden zu betrachten sind. Die Principien der griechischen und katholischen Kirche sind von den Evangelischen nicht anerkannt worden, und in der katholischen Kirche selbst fehlt es nicht an solchen, welche größere Freiheit in der Fastendisziplin in Anspruch nehmen, welche Aufhebung der gebotenen Fasten fordern und verlangen, daß dem Gewissen jedes die Beobachtung anheim gegeben werde⁴⁾.

Die Kirche unterscheidet das eigentliche Fasten (ieiunium), als

Veräußerung eines Fideicommisses oder Stammgutes von den nach der Veräußerung gebornen Kindern widerrufen werden? Bamberg 1795. Geiger und Glück, Rechtsfälle Bd. 2, 23, S. 130.

44) Ergänzungen des preuß. Landr. Bd. 1, S. 282. Paalzow, Handb. für prakt. Rechtsgelehrte Th. 2, S. 245. Bayer. Edict v. 1818, §. 97. Oesterr. Gesetz. Art. 644. Babisches Landr. §. 575, c. 5. Brauer, Erläuterungen zum babisch. Landr. Th. 1, S. 456. Die kurs. sächs. 10. Decision v. 1746 und H. Gottfried Bauer, Erläuterungen derselben Th. 1, S. 101—115, so wie die Authentica v. 21. Juni 1820.

1) Quellen. Bei Gratian ist an mehreren Stellen davon die Rede, besonders P. I. dist. LXXVI. P. III. dist. V. can. 6. 7. 16 sq. — Gregor IX. Decret. Tit. de observatione ieiuniorum. (3. 46.) Conc. Trid. sess. XXV. de delectu ciborum, ieiuniis et diebus festis.

Literatur: J. H. Boehmer, de iure circa ieiunantes, abstinentes et ieiunos. Halae 1722. 4. verb. mit Jus eccl. Prot. lib. III. tit. 46. Augusti, Denkwürdigkeiten aus der christlichen Archäologie Bd. X, S. 311—420 (Lit. S. 311, 312). Winterim, die vorzüglichsten Denkwürdigkeiten der christkatholischen Kirche Bd. II, Abth. 2, S. 589—632. (Ueber die Fastendisziplin in Deutschland im 8. und 9. Jahrhunderte.) Bd. V, Abth. 2, S. 3—168 (Lit. S. 7, 111). Helfert, Darstellung der Rechte, welche in Ansehung der heiligen Handlungen stattfinden (Prag 1826. 8.), §. 87—95.

2) Von fastan, beobachten, halten. Schon früh daher durch observantia erklärt (Graff, althochteutscher Sprachschatz Bd. III, S. 725).

3) Böttiger, Ideen zur Kunstmythologie S. 129 fig.

4) Der katholischen Kirche zweiter Theil §. 17, S. 378—391. Altenburg 1830. 8.

die Enthaltung von jeder Nahrung überhaupt, von der bloßen Abstinenz, der Enthaltung von Fleischspeisen⁵⁾. Die eigentlichen Fasten werden regelmäßig einen ganzen Tag, von der Vesper bis zur Vesper, ja mitunter, nach dem Beispiele der Juden, 28 Stunden, indem man 4 Stunden zulegte (*ὑπερθεσις*, *superpositio*), bis die Sterne am Himmel linden⁶⁾. In Deutschland ward diese Strenge bis zum zwölften Jahrhunderte broachtet⁷⁾. Seitdem fing man an, schon um die 9. Stunde (3 Uhr Nachmittags) die Fasten zu lösen, was seit dem vierzehnten Jahrhunderte schon um die 6. Stunde (12 Uhr) geschah. Dieser Gebrauch ist auch jetzt noch anerkannt, und der Unterschied der *ieiunia plena* und *semiieiunia* (*dimidiata*) daher antiquirt⁸⁾. Die Fasten sind aber entweder auferlegte (*iei. imperatum*), wenn sie auf gesetlicher Vorschrift, Gewohnheit, Auftrag des Beichtigers beruhen, oder übernommene (*iei. votivum, ex voto et conscientia*) in Folge eines Gelübdes⁹⁾. Die auferlegten Fasten sind ordentliche oder außerordentliche, letztere insofern sie erst im besonderen Falle durch Hirtenbriefe u. s. w. vorgeschrieben werden¹⁰⁾. Ist mit den Fasten eine eigenthümliche Liturgie verbunden, sind zugleich öffentliche und rauschende Vergnügungen untersagt, dann sind sie nach den Grundsätzen über Festtage (s. den Art.) zu beurtheilen, und es entsteht ein *ieiunium publicum*, im Gegensatz des *privatum*¹¹⁾.

Die Fasten beruhen in der Kirche anfangs auf Gewohnheit, für welche man sich auf das Beispiel Christi selbst¹²⁾ und der Apostel¹³⁾ beziehen konnte. Geseßliche Bestimmungen wurden seit dem vierten Jahrhunderte erlassen. Allgemeiner wurde zuerst das Fasten zum Andenken an das Leiden Christi¹⁴⁾. Mit Bezugnahme auf die Vorausagung des Herrn (Ev. Matthäi c. IX, V. 15) und daß Christus selbst 40 Tage

5) Der Unterschied von *ieiunium* und *abstinentia* steht jetzt praktisch fest und ist in den Quellen sehr zeitig anerkannt. M. s. z. B. c. 6. §. 1. dist. IV. (Gregor I. ?); die Ausdrücke selbst werden indessen oft verwechselt. Augusti a. a. D. X. S. 317, behauptet jedoch, daß das Abstinenzgebot im kirchlichen Sprachgebrauche in der Regel die verstärkte Bedeutung, die Versagung und Enthaltung alles Genusses, bezeichne, was nicht richtig ist.

6) Tertullian. de *ieiunio* cap. 16.

7) Theodulphus Aurelian. c. 38. (a. 797.) in c. 50. dist. I. de consecr., dem Grobogang's Regel zum Muster dienen mochte, und welchem Conc. Aquisgran. a. 817. cap. 39. u. a. folgten. S. auch Winterim a. a. D. II, 2, S. 605 flg.

8) Die Behauptung Eichhorn's, Kirchenrecht Bd. II, S. 565, Anm. 2: Auch das Fasten im eigentlichen Sinne ist nach dem neueren Gebrauche eine bloße Abstinenz, ist nicht richtig.

9) S. G. L. Böhmmer, *principia iuris can.* §. 321. not. a. b.

10) S. Tertullian. de *ieiunio* c. 13. Vgl. Neander, Antignostikus Geist des Tertullian S. 287, 290.

11) S. G. L. Böhmmer l. c. §. 322. not. a.

12) Ev. Matth. c. IV. am Anf. vgl. VI, 16—18. XVII, 21.

13) Apostelgesch. c. XIII, 2. 3. c. XIV, 23. II. Corinth. c. VI, 5.

14) Tertullian. de *ieiunio* c. 2. Vgl. Neander, Antignostikus S. 181 flg. Irenaeus bei Eusebius, hist. eccl. lib. V. c. 24.

gefastet, enthielt man sich 40 Stunden, vom Freitage, als dem Tage, an welchem er gekreuzigt, bis zum Sonntage, als dem Auferstehungsmorgen, jeglicher Speise. Nach und nach erweiterte man die Dauer dieser Fasten als einer Abstinenz bis auf 40 Tage¹⁵⁾ vor Ostern (ieiunium quadragesimale, τεσσαρακοστή, quadragesima), die Quadragesimalfasten oder 40 Fasten schlechthin¹⁶⁾. Da an den Sonntagen nicht gefastet werden durfte¹⁷⁾, die vollen 40 Tage aber gefastet werden sollte, so wurde die Fastenzeit bis auf die sogen. Aschermittwoche, also sechs und eine halbe Woche vor Ostern zurückverlegt¹⁸⁾, wie es jetzt noch in der katholischen Kirche üblich ist. Zur Entschädigung wegen der Entbehrungen dieser Zeit sind desto größere Lustbarkeiten in der vorhergehenden Zeit, vom Feste der heiligen drei Könige ab bis zur Fastnacht, herkömmlich (der sogen. Carneval)¹⁹⁾.

Außer diesen Fasten vor Ostern beobachtete man früher auch eine gleich lange Fastenzeit vor Weihnachten, beginnend mit der Woche, in der das Andenken des heiligen Martinus (11. November) gefeiert wird, daher quadragesima Martini oder Adventsfasten, die jedoch später bedeutend abgekürzt worden ist. Dasselbe gilt von den Quadragesimalfasten vor dem Feste Johannis des Täufers²⁰⁾. Bemerkenswerth ist, wie sich darüber Durhard von Worms († 1025) in seinem Decret lib. XIX. cap. 5. ausspricht: Per singulos annos ... tres quadragesimas ... per legitimis feriis debet ieiunare, primam ante Pascha cum ceteris Christianis; alteram ante Nativitatem S. Johannis Baptistae, et si quid remanet, post adimpleas; tertiam ante Nativitatem a vino, a medone mellita, cerevisia, a carne, sagimine et a caseo et a pinguibus piscibus. Seit dem dreizehnten Jahrhunderte sind die beiden letzteren Fasten nur hin und wieder noch beschränkt, aber in bestimmten Folgen (tempus clausum etc.) allgemeiner üblich.

Uralten Ursprungs ist auch das Fasten an gewissen Tagen in jeder Woche. Die Juden fasteten wöchentlich zweimal, am Don-

15) c. 5. Conc. Nicaen. a. 325. (c. 3. dist. XVIII.) c. 50. Conc. Laodic. a. 347—381. (?) (c. 8. dist. III. de consecr.) Vgl. Jac. Gothofred. zu c. 4. 5. C. Th. de quaestionibus. (9. 35.) Tom. III. fol. 276 sq.

16) Die Erweiterung der Fasten auf 7 Wochen (quingagesima) wird schon dem Bischöfe Iulianus von Rom in der Mitte des zweiten Jahrhunderts beigelegt. S. c. 4. 5. dist. IV.

17) S. unten. Vgl. c. 12. Conc. Agathen. a. 506. (c. 9. dist. III. de consecr.) S. Note 41.

18) Gregor I. Homil. XVI. a. 598. (Augusti a. a. D. X, 398 flg.), woraus jedoch mit bedeutenden Abweichungen c. 16. dist. V. de consecr.

19) Man leitet den Carneval bald von dem jüdischen Purim ab (Esther IX, 17), bald und mit mehr Wahrscheinlichkeit von heidnischen Feiern (Saturnalien u. s. w.). S. Lobeck, Aglaophamus T. I. p. 176. 177. — Ueber die Etymologie von Carneval (caro vale, carne levamen s. Augusti a. a. D. S. 315, Anm. xx, S. 324).

20) Capitular. lib. VI. c. 187. S. Augusti a. a. D. 402 flg. Binterim a. a. D. V, 2, S. 259, verb. II, 2, S. 612.

nerstage, an welchem Moses den Sinai bestiegen, und am Montage, an welchem er von demselben herabgekommen sein soll²¹). Anfangs mögen die Juden-Christen diese Sitte beibehalten haben, veränderten aber später die Lage, indem sie die Mittwoch und Freitag wählten (dies stationum)²²), quia quarta feria Iudas de traditione Domini cogitavit, et sexta feria crucifixus est salvator²³). In der römischen und afrikanischen Kirche fing man aber auch seit dem vierten Jahrhundert an, den Sonnabend²⁴) als Fasttag zu betrachten, weil, wie Innocenz I. im Schreiben an den Decentius im J. 416 äußert²⁵): sexta feria propter passionem Domini ieiunamus, sabbatum praetermittere non debemus, quod inter tristitiam atque laetitiam temporis illius videtur inclusum. So gab es nun drei wöchentliche Fasttage, die jedoch nicht überall gleichmäßig befolgt wurden²⁶). In Deutschland wurde vorzugsweise der Freitag befolgt, nicht allgemein die Mittwoch und eben so wenig der Sonnabend, dessen jedoch seit dem 9. Jahrhundert schon öfter Erwähnung geschieht²⁷). Nachdem der letztere aber allgemeiner recipirt worden²⁸), wurde an der Mittwoch nicht weiter gefastet, und so sind jetzt allgemein in der katholischen Kirche der Freitag und Sonnabend Fasttage.

Außer den wöchentlichen Fasten gibt es auch vierteljährige Fasten (ieiunia quatuor temporum, Quatemberfasten)²⁹). Die Juden fasteten mit Bezugnahme auf die erste Zerstörung Jerusalems im 4., 5., 7. und 10. Monate (Juli, August, October, Januar)³⁰). Nach Pseudo-Isidor hat der römische Bischof Calixtus (ann. 219—224) die Quatemberfasten eingeführt³¹), wogegen sie sonst auf apostolische Ge-

21) S. Ev. Lucä c. XVIII, V. 12. Vgl. Scholz, Handbuch der biblischen Archäologie (Bonn 1834), S. 257. Verb. Augusti a. a. D. S. 404 fg. Winterim a. a. D. V, 2, S. 112 fg.

22) S. Tertullian. de ieiunio c. 14. Vgl. Keander, Antignostikus S. 112, 113, 120, 121, 214, 280. Die von Keander mit Anderen beliebte Ableitung von der statio militaris, aus der Vergleichung des christlichen Lebens mit dem Soldatenstande, wird von Winterim a. a. D. S. 118 fg. gemißbilligt und erklärt durch: Fasttag, bei welchem die Mattanim, geschäftlose Gemeindeglieder, gegenwärtig sein (stare) mußten.

23) c. 76. dist. III. de consecr. (Vitae SC. Patrum Rufino interpr. lib. II. c. 7.)

24) Winterim a. a. D. V, 2, S. 124 fg.

25) Epist. XXV. cap. 7. bei Constant. epistolarum Pontificum Rom. T. I. p. 609. (c. 13. dist. III. de consecr.)

26) Leo IV. c. 850. (c. 11. dist. III. de consecr.) gedenkt nur der feria IV. et VI.

27) S. Capitular. lib. VI. c. 187.

28) c. 31. dist. V. de consecr. (Gregor. VII. a. 1078.) c. 2. X. de ieiunio. (3. 46.) (Innoc. III. a. 1213.) Benedict. XIV. de synodo dioeclesiana lib. XI. cap. V.

29) Augusti a. a. D. X, S. 366, 413—415. Winterim a. a. D. V, 2, S. 133 fg.

30) S. Scholz a. a. D. S. 234. Vgl. besonders Zacharia c. VII, 3 fg. VIII, 19 u. a.

31) c. 1. dist. LXXVI.

wohnheit zurückgeführt zu werden pflegen. So viel steht fest, daß sie nicht gleichzeitig überall befolgt worden sind. In der römischen Kirche finden sie sich sicher unter Leo I.³²⁾ In Deutschland wurden sie nach der Einführung durch Bonifaz von Karl dem Großen im Jahre 769³³⁾ und dann auf der Synode zu Mainz im Jahre 813 recipirt³⁴⁾ und zwar für die erste Woche im März, die zweite im Juni, die dritte im September und für die vierte Woche im December. Durch Urban II. wurde im J. 1095 bestimmt³⁵⁾, daß die Quatember im Anfange der Quadragesima, in der Pfingstwoche, im September und December observirt werden sollen „more solito.“ Hiernach fallen dieselben jetzt auf die Mittwoch nach der Aschermittwoche, Pfingsten, Kreuzerhöhung (14. Sept.), Lucia (13. Dec.). Da in dieser Zeit die Frohnzinsen entrichtet werden mußten, nennt man sie auch Frohnfasten und bezeichnet sie in den Versen:

Dat Crux, Lucia, Cineres, Carismata dia,
Ut sit in angaria quarta sequens feria³⁶⁾.

Noch bestehen auch die Vigilienfasten³⁷⁾. Die Feste beginnen kirchlich mit dem Abende des vorhergehenden natürlichen Tages. Jedes Fest hat daher eine Vigilie, welche mit einer eigenen nächtlichen Feier gehalten wurde³⁸⁾, wozu man sich durch Fasten besonders vorbereitete. In Folge mannigfacher Mißbräuche wurde der nächtliche Gottesdienst abgeschafft, das dem Feste zur Vorbereitung dienende Fasten aber beibehalten und *Vigilia* genannt³⁹⁾ (vgl. auch den Art. Fest). Fällt die Vigilie auf einen Sonntag, so muß das Fasten schon am Sonnabende anticipirt werden⁴⁰⁾, da überhaupt das Fasten am Sonntage nicht gestattet ist⁴¹⁾. Außerdem darf auch zwischen Oßern und Pfingsten⁴²⁾, so wie an den Weihnachten, falls diese auf einen sonst gebotenen Fasttag treffen sollten⁴³⁾, nicht gefastet werden.

32) *Sermones de ieiunio VII—IX: c. 5. 6. dist. LXXVI. (Leo I. c. 442. 449.)*

33) *Statuta Bonifacii a. 745. c. 30. (Hartzheim, Conc. Germ. I. 74. Cap. I. ann. 769. cap. 11. Vgl. Capit. lib. VII. c. 135.)*

34) *c. 2. dist. LXXVI. Vgl. Capitular. lib. V. cap. 151. lib. VI. cap. 186. — Concil. Salegonstad. a. 1023. c. 2. (c. 3. dist. LXXVI.)*

35) *c. 4. dist. LXXVI.*

36) *Martene, thesaur. anecdot. T. IV. f. 766.*

37) *Binterim a. a. D. V, 2, S. 152 flg. Xugusti a. a. D. Bb. I, S. 131. flg.*

38) *c. 9. dist. LXXVI. (Ambrosius c. a. 399.)*

39) *c. 1. 2. X. de observ. ieiuniorum, (3. 46.) c. 14. §. 1. X. de V. S. (5. 40.)*

40) *c. 1. X. h. t. (3. 46.) Vgl. Synod. Wratislav. ann. 1446. (Hartzheim, Conc. Germ. T. V. fol. 290.) Synod. Paderborn. ann. 1688. tit. XIII. (Hartzheim l. c. Tom. X. fol. 140.)*

41) *c. 7. dist. XXX. (Conc. Gangrens. c. a. 355.) c. 15. dist. III. de consecr. (Conc. Caesar August. a. 380.) c. 9. eod. (Conc. Agathense a. 506.) u. v. a. S. Ann. 12a.*

42) *c. 11. dist. LXXVI. (Hieronym. a. 385.) c. 8. eod. (Ambrosius c. a. 400.) c. 10. eod. (Isidorus a. 633.)*

43) *c. 3. X. h. t. (3. 46.)*

Als besonders geeignet, das Fleisch zu tödten, sollen nach der Vorschrift des Concils zu Trient die älteren Gesetze über die Wahl der Speisen und das Fasten streng beobachtet und mit Gebet verbunden werden⁴⁴). Das Einzelne hängt jetzt aber zum Theil von den Umständen, der Zeit und localen Rücksichten ab, worüber jährlich in den einzelnen teutschen Bisthümern besondere Vorschriften (Fastenmandate)⁴⁵) zu ergehen pflegen, meistens mit eigenen Milderungen. In dem Fastenmandate für das Erzbisthum Cöln vom 27. Januar 1840, mit welchem die Verordnungen anderer Diöcesen im wesentlichen übereinstimmen, sind darüber folgende Festsetzungen enthalten.

I. Fast- und Abstinenztage sind 1) in der vierzigstägigen Fastenzeit die Aschermittwoche, alle Freitage und die drei letzten Tage in der Charwoche; 2) die Freitage der drei anderen Quatemberzeiten des Jahres und 3) die Vigilien vor dem h. Pfingstfeste und vor den Weihnachten. II. Fasttage, an welchen nur die Pflicht der Abstinenz, aber nur in so weit nachgelassen wird, daß der einmalige Genuß von Fleischspeisen, nicht aber der gleichzeitige Genuß von Fleisch- und Fischspeisen gestattet wird, sind 1) die oben nicht genannten Wochentage der vierzigstägigen Fastenzeit; 2) die Mittwoch und Sonnabend der drei Quatemberzeiten des Jahres; 3) die Vigilien vor dem Feste der Apostel Petrus und Paulus, der Himmelfahrt Maria, dem Feste Allerheiligen. III. Abstinenztage, an welchen nur der Genuß von Fleischspeisen untersagt ist, sind alle Freitage des Jahres⁴⁶). IV. An den hier nicht genannten Tagen des Jahres, welche sonst Fast- oder Abstinenztage waren, wird vom Fasten- und Abstinenzgebote gänzlich dispensirt; jedoch bleibt an solchen Tagen der gleichzeitige Genuß von Fleisch- und Fischspeisen bei derselben Mahlzeit untersagt. V. Geschmolzenes Fett, fettres Gemüse und Brühe dürfen, mit Ausnahme der drei letzten Tage in der Charwoche, an allen Tagen des Jahres genossen werden. Auch gehören diese Gegenstände nicht unter jene Fleischspeisen, deren gleichzeitiger Genuß mit Fischspeisen untersagt ist. VI. Militärpersonen im Dienste, nebst ihren Familien, Hausgenossen und Gästen wird der einmalige Genuß von Fleischspeisen, mit Ausnahme des Charfreitags, aber nicht der gleichzeitige Genuß von Fleisch- und Fischspeisen gestattet. VII. Allen Gastwirthen wird gestattet, ihren Gästen bei jeder Mahlzeit Fleischspeisen, aber niemals bei derselben Mahlzeit Fleisch- und Fischspeisen vorzusetzen. Diese Erlaubniß gilt für alle Tage des Jahres, mit Ausnahme des Charfreitags.

Diese Vorschriften, welche in großem Umfange das kirchliche Gebot mildern, sind ein Ausfluß der bischöflichen Befugniß zu dispensiren, welche als ein selbstständiges Recht oft genug in Anspruch genommen,

44) Conc. Trid. sess. XXV. oben cit. verb. Catechism. Conc. Trid. P. IV. nr. XIII. XV.

45) Daß für diese das Placet regium erforderlich sei, wird mit Grund behauptet. S. Brendel, Handbuch des Kirchenrechtes Bd. II (Bamberg 1840), S. 1264.

46) 1840 war davon der Freitag ausgenommen, an welchem das Fest der Geburt des Herrn gefeiert wurde.

von Rom her jedoch in dieser Weise nicht anerkannt worden ist⁴⁷⁾. In den gewöhnlichen Quinquennalfacultäten wird daher den Bischöfen ausdrücklich auch die Befugniß übertragen: *Dispensandi, quando expedire videbitur, super esu carniū, ovorum et lacticiniorum tempore ieiuniorum et praesertim quadragesimorum.* — Die Beurtheilung über den Nachlaß vom kirchlichen Gebote legen manche Kanonisten auch den Pfarrern überhaupt bei⁴⁸⁾, während nach der Praxis diesen erst die Fähigkeit besonders vom Ordinariate übertragen wird. So bestimmt namentlich die obige Cötner Verordnung sub nr. VIII.: Wir ertheilen allen Pfarrern und Beichtvätern der Erzdiocese die Befugniß, die hier ertheilte Dispens nach Bedürfnis zu erweitern, oder auch, wo es nothwendig, das Fasten ganz zu erlassen; nämlich in Hinsicht der mit schweren körperlichen Arbeiten im Tage- oder Dienstlohn Beschäftigten, in Hinsicht der Armen, überhaupt in Hinsicht der in ihrem Hauswesen Bedrängten; ferner, wo sie sich überzeugen, daß wirkliche vernünftige Gründe und nicht Scheu vor Abtödtung das Nachsuchen der Dispenserweiterung veranlaßt. Außerdem wird IX. Kranken und Schwachen befohlen, sich rücksichtlich des Fastengebotes nach dem Rathe ihres Arztes zu richten.

Sonst bestimmt noch das gemeine Recht nach einer alten Observanz überhaupt, daß die Abstinenztage von Kindern nach erreichtem siebenten Jahre, die eigentlichen Fasten von Erwachsenen mit dem 21. Jahre befolgt werden sollen⁴⁹⁾. Nur genügende Entschuldigungsgründe, wie Krankheit u. s. w.⁵⁰⁾, befreien von der Pflicht und der gegen die Uebertreter gedrohten Strafe, welche ex arbitrio des Beichtigers auferlegt wird⁵¹⁾. Auch die durch Gelübde übernommenen Fasten sind nach gleichen Grundsätzen zu behandeln⁵²⁾.

Da die Fasten zur Abtödtung des fleischlichen Sinnes dienen sollen, so erklären sich die kirchlichen Verordnungen rücksichtlich der Zurückgezogenheit von öffentlichen und lauten Festen in dieser Zeit. Daher entsteht, jedoch im allgemeinen nur beim Abteit und den Quadragesimalfasten, für die Ehe und Hochzeitfeier ein *tempus clausum*⁵³⁾.

Von den Fasten ist noch die Nüchternheit zu unterscheiden,

47) Vgl. z. B. die Verhandlungen bei Kopp, die katholische Kirche im neunzehnten Jahrhunderte (Mainz 1830. 8.), S. 260 ff.

48) S. Sauter, fundamenta iuris eccl. §. 817. nr. 3.

49) S. z. B. Synod. Pragens. a. 1609. tit. XXIV. c. 4. (Hartzhelm, Conc. Germaniae T. VIII. fol. 888.) Synod. Leodiens. a. 1613. tit. XI. c. 8. (eod. Tom. IX. fol. 301.) u. v. a.

50) c. 8. dist. XXX. (Conc. Gangrens. c. a. 355.) c. 17. dist. V. de consecr. (aus Capitul. ann. 789. c. 47. Capitul. lib. I. c. 47.) c. 2. X. h. t. (3. 46.)

51) Die Strafe war früher bisweilen sehr hart. So verordnet Carl der Große im Capitular. de partibus Saxoniae gegen die Verleüer der Fasten Todesstrafe. Die ermländische Synode von 1610 (Hartzhelm, Conc. Germ. Tom. IX. fol. 104.) bestimmt für den Fall der wiederholten Verlegung: *tantum haereticus ex dioecesi proscibatur et eliminatur.*

52) S. c. 4. X. de R. J. (5. 41.)

53) Vgl. den Artikel Ehe Bd. 3, S. 558.

zu welcher der Priester vor der Verwaltung der Messe, der Ordinandus vor dem Empfange der Weihe, jeder Christ vor der Firmung, dem Gesessenen des heil. Abendmahls und der Ertheilung anderer heiligen Handlungen verpflichtet ist⁵⁴).

Die griechische Kirche legt auf das Fasten einen noch höheren Werth als die katholische und ist daher bei Beobachtung desselben strenger. Die einzelnen Fasten sind meistens die des Occidents⁵⁵). Außer der Mittwoch, die hier beibehalten ist, und dem Freitage in jeder Woche gibt es vier große Fasten, nämlich die vor Ostern, vor St. Peter (vom Montage nach Pfingsten bis zum 29. Juni alten Stils), vor Mariä Himmelfahrt (vom 1.—15. August) und vor St. Philipp (vom 15. November bis 26. December).

Anderer Grundsätze befolgt dagegen die evangelische Kirche⁵⁶), sowohl die lutherische, als reformirte. Indem dieselben die Irthümer derer abweisen, welche sich gegen jegliche Abtödtung des Fleisches auch durch Easteiung u. s. w. erklären⁵⁷), lehren sie: Ein jeglicher ist schuldig, sich mit leiblicher Uebung, als Fasten und anderer Uebung also zu halten, daß er mit solchen Werken Gnade verdiene. Diese leibliche Uebung soll nicht allein etliche bestimmte Tage, sondern stetig betrieben werden... Und wird also nicht das Fasten verworfen, sondern daß man einen nöthigen Dienst daraus, auf bestimmte Tage und Speise, zu Bewirkung der Gewissen gemacht hat... Gott will, erklärt die Apologie der augsburg. Confession Art. 8, daß wir allezeit mäßig und nüchtern leben. Und wie die Erfahrung gibt, so helfen dazu nicht viel bestimmte Fastentage und bestimmte Fastenspeise, denn damit kann man sich auch überladen. Denn man hat mit Fischen und allerlei Fastenspeise mehr Unkost und Quasserei getrieben, denn außer der Fasten. Und die Widerfacher selbst haben die Fasten nie gehalten, dergestalt, wie sie in canonibus angezeigt ist.

Demgemäß sind auch in der evangelischen Kirche eigene Fast-, Bet- und Bußtage häufig angeordnet worden, bei welchen aber das wirkliche Fasten dem Gewissen des Einzelnen überlassen blieb. Bei Miswachs, Epidemien u. s. w. wurden oft außerordentliche Fasttage ausgeschrieben⁵⁸), allgemeinere ordentliche Bußtage aber meist seit dem dreißigjährigen Kriege angeordnet. Früher wurde in jedem Monate ein solcher Tag begangen, später auf vier und endlich auch auf einen reducirt⁵⁹). Die Advents-

54) *S. g. B. c. 54. dist. II. de consecr. (Augustin. a. 400.) c. 7. dist. V. de consecr. (Concil. Parisiens. a. 829.) c. 6. eod. (Capital. Herardi Turon. a. 858.)*

55) *Vgl. Augusti a. a. D. X, S. 406 flg.*

56) *Augusti a. a. D. X, S. 313, 352, 374 flg., 416 flg.*

57) *S. Augsburg. Confession Art. 26. Verb. Conf. Helvetica I. art. XXIV. Conf. Bohem. art. XXVIII. Tetrapolit. art. VII—X. Declar. Thorun. art. V. nr. 12. S. auch Calvini instit. relig. christ. lib. IV. cap. XII. §. 14—22.*

58) *M. s. g. B. Refert. vom 17. Februar 1681. (Jacobson, Gesch. der Quellen des preuß. Kirchenrechtes I, II. Anhang nr. XXI. A.)*

59) *Von Preußen s. m. g. B. Verordn. d. Potsdam 3. Aug. 1683*

und Quadragesimalfasten sind auch meistens noch anerkannt und bestehen in ihren Folgen als *tempus clausum* (s. Note 53). Daher gibt es auch noch eine bestimmte Liturgie, vermöge deren die Buß- und Fasttage als öffentliche erscheinen. Beim Gottesdienste werden Zeichen der Trauer angewendet (schwarze Bekleidung von Kanzel, Altar u. s. w.), Verbote lauter öffentlicher Freude u. s. w.⁶⁰) erlassen.

D. F. Jacobson.

Fest¹⁾ (*festus dies, feria* oder *feriae*) ist ein der Ruhe (Feier) von den gewöhnlichen Beschäftigungen und der Erinnerung religiöser Begebenheiten gewidmeter Tag.

Bei allen Völkern treten in ihrer geschichtlichen Entwicklung bald bedeutsame Momente hervor, welche in ihren bisherigen Zuständen, sei es in mehr politischen oder religiösen Beziehungen, eine Veränderung, einen Umschwung herbeiführen und den künftigen Geschlechtern als des Andenkens würdig erscheinen. Von dem Alltagsleben unterschieden werden die der Erinnerung solcher Thatfachen bestimmten Tage und Zeiten, je nach ihrer Bedeutung für das Volk, in Lust und Freude oder in Ernst und Schmerz begangen. Darin liegt der Ursprung aller Feste, insbesondere auch der des Christenthums, der Kirche. Alle Feste haben aber ihrer Entstehung nach eine mehr natürliche oder mehr geschichtliche Bedeutung, im Christenthume eine kirchliche, d. h. eine auf den *xvros*, den Herrn, Jesum Christum unmittelbar oder mittelbar bezügliche.

Das Christenthum hängt geschichtlich mit dem Judenthume zusammen. Es ist die Erfüllung und Vollenbung desselben. Jüdische Feste²⁾, welche die Kirche beibehielt, mußten demgemäß einen von der Synagoge abweichenden Charakter erhalten. Gleich von vorn herein, im Princip, wich man aber in der Kirche von der Einrichtung der Synagoge ab.

(Vorst. Auszug preuß. Ebdete S. 26) 12 Bußtage. Die 4 Bußtage (Verordn. 18. Oct. 1732) werden durch Ebdiet vom 28. Januar 1773 auf Einen reducirt.

60) S. J. H. Böhmer, *ius eccl. Prot. lib. III. tit. 46. §. 11. 12. 15. 33. u. a. m.*

1) Quellen: Tit. de feriis. Cod. Theod. lib. II. tit. 8. Digest. lib. II. tit. 12. Cod. Just. lib. III. tit. 12. — Decreti P. II. Can. XV. qu. IV. P. III. dist. III. de consecr. — X. de feriis lib. II. tit. 9. — Tit. de reliquiis et veneratione sanctorum X. III, 45. Lib. VI. III, 22. Clem. III, 16. Extr. Comm. III, 12. — Literatur; Bingham, *origines ecclesiasticæ* an versch. Stellen, besonders lib. XX. (volum. IX). Augusti, *Denkwürdigkeiten aus der christlichen Archæologie* Bb. I—III, auch unter dem Titel: *Die Feste der alten Christen* (Tit. Bb. I, S. 7—9, 211, 212, 329). Winterim, *die vorzüglichsten Denkwürdigkeiten der christ-katholischen Kirche* Bb. V, Th. I, S. 119—560. Pelfert, *Darstellung der Rechte, welche in Ansehung der heiligen Handlungen stattfinden* §. 65—86. Joh. Gott. Trämischer, *Staats- und Kirchenverordnungen über die christliche Sonntagsfeier*. Erlangen 1839. 1840. 8. S. auch den Artikel *Calendar* Bb. II, S. 523 fig.

2) H. Ewald, *de feriarum Hebraeorum origine ac ratione* in *Zeitschrift für Kunde des Morgenlandes* von Ewald u. A. B. III, S. 3. Göttingen 1840. Bgl. Gött. Gel. Anzeiger 1835, Nr. 204.

Der ganze Gottesdienst soll, wie der Apostel vermahnt³⁾, darin bestehen: daß ihr eure Leiber begebet zum Opfer, das da lebendig, heilig und Gott wohlgefällig sei, welches sei euer vernünftiger Gottesdienst. Das ganze christliche Leben soll daher ein Gott geweihter Feiertag sein. So erklärt mit vielen Anderen Augustin: *Observatione sabbati, quae vacatione unius diei figurabatur, ablata, perpetuum sabbatum observat, qui spe futuræ quietis sanctis est operibus intentus*⁴⁾. Daß dessen ungeachtet einzelne Tage in eigenthümlicher Bedeutung hervorgehoben wurden, widerspricht diesem Principe nicht, wenn nur die Rücksicht festgehalten wird, daß ein förmlicher Sabbatszwang in der bisherigen alttestamentlichen Weise nicht gerechtfertigt ist (s. unten).

Die Christen feierten anfangs, wie die Juden, den Sabbat⁵⁾, jedoch ohne gesetzliches Gebot⁶⁾. Zugleich feierten die Juden-Christen den Sonntag (*ἡμέρα τοῦ κυρίου, κυριακή* — [dies] dominica)⁷⁾, die Heiden-Christen aber den Sonntag allein, der auch durch Gewohnheit⁸⁾, die später gesetzlich bestätigt wurde⁹⁾, der einzige allgemeine Feiertag blieb, zur Erinnerung an die Auferstehung des Herrn. Nur einzelne Parteien feierten noch ferner beide Tage¹⁰⁾, wie jetzt noch die äthiopischen Christen, wogegen in der herrschenden Kirche allgemeiner der Sonnabend zu einem Fasttage gemacht wurde¹¹⁾. Außerdem feierte man bereits in der ältesten Kirche Ostern und Pfingsten, mit einer vom Judenthume, dem diese Feste gleichfalls bekannt waren, abweichenden Bedeutung. Die Uebertragung des jüdischen Opferlammes und der ungesäuerten Brode, so wie der ersten Ernte und der Promulgation des Gesetzes auf den Tod Christi und die Stiftung der Kirche durch die Ausgießung des heiligen Geistes erfolgte ohne Schwierigkeit. Das Osterfest wurde früher acht Tage gefeiert, wie dieß noch eine Synode zu Ingelheim im Jahre 948 ausdrücklich verordnete¹²⁾. Bereits im elften Jahrhunderte wurde

3) Br. an die Römer c. XII, §. 1.

4) S. Prosperi Aquitanai sententias ex Augustino delibatae. Augustin, ep. 130 u. a. Vgl. Augusti a. a. D. S. 21 fig.

5) S. J. H. Böhmer, diss. iuris ecclesiastici antiqui nr. I. C. Chr. Ludw. Franke, de diei dominici apud veteres Christianos celebratione. Halae 1826. 8.

6) Br. an die Römer c. XIV, §. 5.

7) S. Apostelgesch. c. XX, §. 7. I. Corinth. c. XVI, §. 2. — Pli-nii epist. lib. X. ep. 97. (dies status. S. den Note 5 cit. Böhmer.)

8) Beweise dafür Ignatius ad Magnesios cap. 9. Barnabas epist. c. 15. Justin. Apologia I. c. 67. u. a.

9) Conc. Laodicen. a. 347—381. (?) c. 29., woraus c. 15. Capital. Aquisgran. ann. 789. Vgl. Capit. lib. I. c. 15.

10) S. Epiphanius haeres. XXX. Eusebius hist. eccl. lib. III. c. 27. — S. noch überhaupt: der Sabbat der Juden und der Sonntag der Christen, in der Evangelischen Kirchengzeitung, 1833, October Nr. 81—84, November Nr. 92, 93, December.

11) S. den Art. Fasten Note 24 fig.

12) Ut Paschalis hebdomada festive tota celebretur. c. 6. Synod. Engilhem. bei Hartzheim, Conc. Germ. T. II. fol. 612.

es auf drei Tage beschränkt¹⁸⁾. Ueber den Termin der Osterfeier selbst¹⁴⁾ wurde im zweiten Jahrh. heftig gestritten, indem die Christen in Kleinasien zugleich mit den Juden am 14. des Monats Nisan nach der Frühlings-Tag = und Nachtgleiche das Fest begingen, ohne Rücksicht darauf, ob dieser Tag, an welchem Christus gekreuzigt worden, ein Freitag und das am dritten Tage nachher zu begehende Auferstehungsfest ein Sonntag war; wogegen die römische Kirche den Freitag und Sonntag selbst berücksichtigte. Die letztere Sitte wurde mit Verwerfung der entgegenstehenden der sogen. quartodecimani auf dem Concil zu Nicäa 325 kirchlich anerkannt und auch später wiederholt bestätigt¹⁵⁾. Hiernach soll der Ostermonat derjenige sein, dessen 14. Luna auf den 21. März, als angenommenes Frühlingsäquinocium, oder zunächst darnach fällt. Ostern selbst soll den Sonntag darauf, aber nicht mit den Juden zugleich gefeiert werden (worauf jedoch nicht mehr gehalten wird). Fällt die 14. Luna selbst auf einen Sonntag, so wird Ostern am nächstfolgenden Sonntage gefeiert. In der den Ostern vorhergehenden Woche (Charwoche, hebdomas magna, sancta, muta etc.) hob man den rünnen Donnerstag (coena domini) und den Charfreitag (πάσχα σταυρωσμον, παρασκευή, Kreuzesperasah)¹⁶⁾ hervor. Die Zeit von Ostern bis zum Feste der Ausgießung des heiligen Geistes, funfzig Tage (πεντηκοστή—Pfingsten, quinquagesima laetitiae), feierte man wie Sonntag¹⁷⁾. Später wählte man hieraus zwei Hauptpunkte als eigentliche Festtage: Himmelfahrt (ἐορτή ἀναλήψεως), vierzig Tage nach Ostern, und das Fest der Ausgießung des heiligen Geistes selbst (πεντηκοστή, πνεύματος ἡμερᾶ)¹⁸⁾. Die darauf folgenden Tage wurden nicht allgemein übereinstimmend begangen. Die Synode zu Ingelheim von 948 verordnete, daß die drei auf den Pfingstsonntag folgenden Tage auch gefeiert würden, während die Eostniger Synode von 1094 in der Pfingstwoche überhaupt nur 3 Tage zur Feier bestimmte¹⁹⁾.

Das dritte kirchliche Hauptfest, das der Geburt des Herrn (Weihnachten), scheint späteren Ursprunges zu sein²⁰⁾. Eine sichere Er-

18) Synod. Constantiens. a. 1094. c. 3. (Hartzheim, Conc. Germ. T. III. fol. 221.)

14) S. Augusti a. a. D. Bb. II, S. 21 flg. Iseler, Handbuch der Chronologie Bb. I, S. 401, Bb. II, S. 184 flg.

15) c. 22—26. dist. III. de consecr. — c. 9. C. Th. de haereticis. (16. 5.) (Theodos. a. 382.) c. 6. C. Th. ne sanctum baptismum iteretur.

(16. 6.) (Honor. et Theodos. a. 413.)

16) Im Gegensatz des πάσχα ἀναστάσιμον, Auferstehungspasah, Ostern.

17) Tertullian. de idololatria c. 14. de baptismo c. 19. Epiphanius expositio fidei c. 22. — c. 9. dist. LXXVI. (Ambrosius c. 400.) c. 10. cod. (Isidorus. 633.)

18) Die erste Spur einer Beschränkung im c. 43. Concil. Eliberitani a. 305.

19) S. die oben Note 12 und 13 cit. Stellen.

20) Der apostolische Ursprung nach Constit. Apostol. lib. V. c. 13. lib. VIII. c. 33. wird sonst nirgends bestätigt. — S. Augusti a. a. D. Bb. I, S. 211 flg. Vgl. noch Credner, de Natalitiorum Christi et rituum in

wohnung findet sich vor dem vierten Jahrhunderte nicht. Man feierte es nun bald am 20. Mai, 20. April, 6. Januar, 25. December. Der letztere Tag war zur Zeit des Chrysostomus im Jahre 386 angenommen und wurde später allgemeiner beibehalten. Davon verschieben ist das Fest der Erscheinung des Herrn (Epiphaniä) ²¹). Dieses wurde bis zum vierten Jahrhunderte als das Geburts- oder Tauffest Christi im Oriente begangen. Seit man aber Weihnachten am 25. Dec. zu feiern anfang, betrachtete man es als das Fest der Erscheinung und Offenbarung Gottes bei der Taufe Jesu (*Ἐσopavla*) und brachte verschiedene andere Bezeichnungen damit in Verbindung, daher es auch das Fest der heil. drei Könige u. s. w. genannt wird ²²). Weihnachten selbst besteht aus einer viertägigen Feier, indem der zweite Tag dem Märtyrer Stephanus, der dritte dem Evangelisten Johannes geweiht, der vierte als der unschuldige Kindertag (*festum innocentium*, s. Ev. Matthäi c. II, V. 16) begangen wird ²³).

Das Kirchenjahr beginnt mit dem ersten Adventsontage, der immer zwischen dem 26. November und 4. December fällt, vier Wochen vor Weihnachten, während das bürgerliche Jahr jetzt am 1. Januar, dem Beschneidungsfeste (*festum circumcisionis et nominis Jesu*) allgemein anfängt ²⁴). Als kirchliche Feste sind außerdem noch anerkannt: die Reinigung Mariä (*festum purificationis*, Lichtmesse, *fest. candelarum*), gestützt auf III. Mosis c. XII, Ev. Lucä c. II, V. 22, seit dem sechsten Jahrh. am 2. Februar; die Verkündigung Mariä (*festum annunciationis*), vielleicht schon aus dem vierten Jahrh., gemäß Ev. Lucä c. I, V. 28, 40, am 25. März. Die nähere Einrichtung erfolgte durch Urban VI. im Jahre 1389 und das Basler Concil 1442; das Fest der Kreuzfindung (*festum inventionis S. Crucis*) am 3. Mai, sicher ²⁵) erwähnt seit dem 11. Jahrhunderte; Johannis des Täufers am 24. Juni seit dem 5. Jahrh.; Mariä Heimsuchung (*festum visitationis Mariae*) am 2. Juli, angeordnet von Urban VI. im Jahre 1389 und allgemeiner durch das Basler Concil eingeführt ²⁶); Petri und Pauli am 29. Juni, an welchem beide zu Rom den Märtyrertod erlitten haben sollen, schon im vierten Jahrh., begangen; Mariä Himmelfahrt (*festum ascensionis seu resurrectionis Mariae*) am 15. August, im Oriente seit dem 5.

hoc festo celebrando solemnium origine in Illigen, Zeitschrift für die historische Theologie Bd. III, S. II, Nr. 4.

21) S. Augusti a. a. D. Bd. I, S. 152 flg., 329 flg.

22) In Rom ist aus Verbindung mit den sternaen am Neujahr die sogen. Befana (d. i. Epiphaniä) üblich geworden. (S. noch Augusti a. a. D. Bd. I, S. 332. Vgl. die Augsburger Allgem. Zeitung 1841, Nr. 22 Beilage.)

23) S. Augusti a. a. D. Bd. I, S. 271 flg.

24) S. Bd. II. den Art. Calendar. S. c. 1. d. III. de consecr.

25) Gestützt auf c. 3. §. 20. dist. XV. (Hormisdas 514—523.) u. a. wird nicht selten ein viel früherer Ursprung angenommen.

26) Sess. XLIII. am 1. Juli 1441 (Hardouin, Coll. Concil. Tom. VIII. 1292).

im Occidente seit dem 7. Jahrh. gefeiert²⁷); Maria Geburt (festum *nativitatis Mariae*) am 8. September seit dem Ende des 7. Jahrh. im Oriente, allmählig im Occidente eingeführt; Kreuzes = Erhöhung (festum *exaltationis S. Crucis*) am 14. September, gestiftet im J. 631 durch Heraclius, als er das 616 von den Persern erbeutete heilige Kreuz (Reichspanier) zurück eroberte, und von Honorius I. im J. 633 oder 636 auf den Decident übertragen²⁸); Michaelis am 29. September, unter den verschiedenen dem Erzengel Michael geweihten Festen dem festum *dedicationis S. Michaelis* (Engelfest) entsprechend, von Gelasius I. im J. 493. angeordnet und allgemeiner seit der Mainzer Synode vom J. 813 recipirt²⁹); das Fest aller Heiligen am 1. November, in der Kirche des Orients seit dem 4. Jahrh., in Rom seit dem J. 610 gemäß Anordnung Bonifacius IV. am 12. Mai gefeiert, durch Gregor IV. im J. 834 auf den 1. Nov. verlegt; Martini am 10. November, zum Andenken des Bischofs Martinus von Tours († 400 oder 402); Maria Empfängniß (festum [*immaculatae*] *conceptionis*) am 8. December, seit der Mitte des 11. Jahrh., allgemeiner seit der Confirmation des Concils von Basel³⁰) vom Jahre 1439 und den Verordnungen Pappst Sixtus IV. von 1476 und 1483.

Während die hier genannten Feste auf einen bestimmten Tag fallen (unbewegliche, *festa immobilia*), hängen viele von Oftern ab und sind daher bewegliche. Dazu gehören die Quadragesimalfasten (s. den Art. Fasten). Die Sonntage vorher, die auf die nach dem Feste Epiphania benannten folgen und deren es wenigstens einen, höchstens sechs gibt³¹), heißen: Quinquagesima (*Esto mihi*)³²), Sexagesima, Septuagesima. Die Sonntage der Fastenzeit selbst sind nach den Anfangsworten der an ihnen gelesenen Messen: *Invocavit* (sc. *me et exaudiam eum*)³³), *Reminiscere* (sc. *domine miserationum tuarum*)³⁴), *Oculi* (sc. *mei semper ad dominum*)³⁵), *Lae-*

27) S. noch Conc. Moguntin. a. 813. c. 36. Capitular. lib. I. c. 158. — In Deutschland wird das Fest als f. herbarum, Würzweih, Würzmesse begangen. (Augusti a. a. D. Bb. I, S. 115.)

28) Augusti a. a. D. Bb. III, S. 304, 305. Vgl. Winterim a. a. D. Bb. V. I, S. 455 fig.

29) Augusti a. a. D. Bb. III, S. 281 fig. Vgl. Winterim a. a. D. Bb. V. I, S. 465 fig.

30) Sessio XXXIX. S. den Schluß bei Gerden, ausführliche Stiftes-historie von Brandenburg. Codex diplomat. nr. 144. p. 657—659.

31) Abhängig von dem früheren oder späteren Eintritte des Ofterfestes, also auch der Fastenzeit.

32) Sc. in Deum Protectorem, nach Psalm XXXI, 13.

33) Psalm XCI, 15. Dieser Sonntag heißt auch *quadragesima prima*, wie die übrigen fünf Fastensonntage *secunda* etc.

34) Psalm XXV, 6.

35) Psalm XXV, 5. Zur Erinnerung des Kreuzes Christi auch: *Dominica adorationis Christi*.

tare (sc. sterilis oder Jerusalem)³⁶), Judica (sc. me domine)³⁷), Palmarum³⁸). Nach Ostern folgen bis Pfingsten die Sonntage: Quasi modo geniti, mit Rücksicht auf die Neugetauften, die in weißen Gewanden erschienen (dominica in albis daher genannt)³⁹), Misericordias (sc. domini cantabo)⁴⁰), Jubilate (sc. Deo omnes terrae)⁴¹), Cantate (sc. Domino)⁴²), Rogate (vocem iucunditatis annunciate)⁴³), Exaudi (sc. domine vocem meam)⁴⁴). Der Sonntag nach Pfingsten ist der heiligen Dreieinigkeit (festum trinitatis) geweiht. Nach besonderer Gewohnheit wurde dieß Fest hier und da gefeiert. Die Kirche zu Rom beging es als besonderes Fest noch nicht im zwölften Jahrhunderte⁴⁵). Erst Johannes XXII. († 1334) schrieb es als allgemeines Fest für die ganze Kirche aus⁴⁶). Der Donnerstag darauf ist das Frohnleichnamsfest (festum corporis Christi), angeregt im Jahre 1247, eingeführt durch Urban IV. im Jahre 1264 und erneuert durch Clemens V. im Jahre 1311⁴⁷), so wie durch das Concil von Trident zur allgemeinen Beobachtung vorgeschrieben⁴⁸). Gemäß Vorschrift Johannis XXII. vom Jahre 1316 wird damit eine feierliche Prozeßion verbunden⁴⁹). Die späteren Sonntage bis zum Schlusse des Kirchenjahres sind sämmtlich Sonntage Trinitatis und werden nur durch Zufügung der Zahl unterschieden. Dazu kommen noch die verschiedenen Fast-, Buß- und Bettage, so wie die eigenthümlichen Feste einzelner Länder, Bischümer und jeder Kirche, welche das Fest ihres Patronus, ihrer Stiftung u. s. w. begeht⁵⁰).

86) Jesaias LIV, 1. Mittfasten (dominica de panibus). Bgl. Ev. Matth. XIV, 1 fig. Dominica de rosa, da der Papst an diesem Tage verehrten Personen eine Rose von Gold zu weihen pflegt.

37) Psalm XLIII, 1.

38) Auch dominica Osanna. S. Ev. Matth. c. XXI.

39) I. Petri II, 2.

40) Psalm LXXXIX.

41) Psalm LXVI, 1.

42) Psalm XCVIII, 1.

43) Jesaias XLVIII, 20.

44) Psalm XXVII, 7.

45) c. 2. §. 3. X. de feriis. (2. 9.) Alexander III. a. 1179.: Ecclesia Romana in usu non habet, quod in aliquo tempore huiusmodi celebret specialiter festivitatem.

46) Nach dem Berichte Benedict's XIV. (Prosper Lambertini: de festis lib. I. cap. XII. §. 10.)

47) Urban IV. Bulle: Transitorius in Bullar. Magnum Tom. I. fol. 121. 122. — Clem. un. de reliquiis. (3. 76.) a. 1311. Das Fest wurde aber nicht überall gleichzeitig begangen. In Preußen wurde es später gefeiert und erst im Jahre 1451 nach Anordnung des Erzbischofs von Riga auf den Donnerstag nach Trinitatis verlegt. (Urkunde d. 27. April 1451 im geh. Archiv zu Königsberg, Schiebtabe LXIII, Nr. 59.)

48) Sess. XIII. de SS. Eucharistiae sacramento cap. 5.

49) Beschreibung der prachtvollen Frohnleichnamspözeßion, wie selbige auf Anordnung Herzogs Wilhelms des Frommen vom Jahre 1531 zwei Jahrhunderte lang in der Haupt- und Residenzstadt München begangen worden. München 1839. 8.

50) Ein Verzeichniß der Feste des 12. Jahrhunderts gibt c. 1. dist. III.

Die strenge mit allen diesen Festen verbundene Feier (s. unten) wirkte auf das bürgerliche Leben nachtheilig ein und veranlaßte schon frühzeitig Klagen und den Wunsch einer Reduction. Bereits im Jahre 1332 sprach sich Erzbischof Simon von Canterbury in diesem Sinne aus⁵¹⁾ und mehr noch wurde auf dem Concil zu Costniz deshalb verhandelt. Petrus de Alliaco forderte: *Ut, praeterquam diebus dominicis, et in maioribus festis ab Ecclesia institutis, liceret operari post auditum officium: cum quia in festis saepe magis multiplicantur peccata in tabernis, in choreis et aliis lasciviis, quas docet otiositas; tum quia dies operabiles vix sufficiunt pauperibus ad vitas necessaria procuranda*⁵²⁾. Ebenso Nicolaus de Clemengis und Andere⁵³⁾. Solche Forderungen mußten öfter erneuert werden, wie in den Beschwerden der teutschen Nation zu Nürnberg von 1522, in deren Folge der Cardinal Laurentius Campegius 1524 einige Minderung bewirkte. Einzelne Bischümer folgten nun mit allmählichen Reductionen⁵⁴⁾, ohne daß aber etwas Uebereinstimmendes geschah. Das Concil von Trient⁵⁵⁾ überging diesen Punkt mit Stillschweigen, und erst nach wiederholten Mahnungen erfolgten größere Reductionen für die ganze katholische Kirche durch Urban VIII. im Jahre 1642⁵⁶⁾, für einzelne Diocesen durch Benedict XIV. in den Jahren 1742—1745⁵⁷⁾, und allgemeiner durch Clemens XIV. am 16. Mai 1772. Nach weiteren Verhandlungen einzelner teutscher Landesherren mit dem römischen Stuhle ging man auch weiter. So namentlich in Oesterreich⁵⁸⁾, in Preußen⁵⁹⁾, in Sachsen⁵⁹⁾ u. a. m.

In der evangelischen Kirche wurden anfangs, mit Ausnahme der dem protestantischen Principe widersprechenden Feste, die meisten bisher üblichen Tage beibehalten. Die lutherische Kirche hielt hierbei übr-

de consecr., des 13. Jahrh. e. 5. X. de feriis. (2. 9.) Um die in den einzelnen Diocesen Deutschlands bisher üblichen Feste kennen zu lernen, vgl. man die Uebersicht der Synodalschlüsse im Index zu Hartzheim, *Concilia Germaniae* Tom. 9. fol. 217. sub voce: festa.

51) Coll. Concil. ed. Hardouin T. VII. col. 1556. Ueber diese, so wie frühere und spätere Gravamina s. m. den unten (Note 56) cit. Kopp, S. 321 flg.

52) De reformatione in Conc. Constant. c. 3.: in Gersonii opera edid. Du Pin T. II. p. 911.

53) de Clemengis, de novis celebritatibus non instituendis. (Opera ed. Lydii p. 143 sq.)

54) S. B. Synod. Trevirens. a. 1549. de moderandis feriis. (Hartzheim, *Conc. Germ.* T. VI. p. 601.)

55) Bulle: *Universa per orbem*: 22. Dec. in Bullar. Roman. T. V. fol. 378.

56) Benedict XIV., de synodo dioeciesana lib. XIII. cap. XVIII. nr. X sq. Kopp, die katholische Kirche im neunzehnten Jahrh. S. 327, 328.

57) Helfert, die heiligen Handlungen a. a. D. §. 76.

58) Jacobson, *Gesch. der Quellen des preuß. Kirchenrechtes* I. I, S. 42. — Für Rheinland, Westphalen, Festordnung vom 7. Mai 1829. *Gablenetsordre* vom 5. Juli 1832 (*Gesetzsammlung* b. J. S. 197).

59) Beschluß vom 14. November, publ. 28. December 1830 (*Allgem. Kirchenzeit.* 1831, Nr. 17, Sp. 144.)

gens im allgemeinen anfangs mehr fest⁶⁰⁾; als die reformirten, denn Zwilling glaubte, daß eine vollständige Feier des Sonntags genüge und daß einige andere Hauptfeste nur durch einen Frühgottesdienst begangen würden⁶¹⁾. In den einzelnen evangelischen Landeskirchen verfuhr man hierbei, wenn auch nicht gleichzeitig, nach gleichen Principien. Die brandenburger Kirchenordnung von 1540 erkennt noch viele katholische Feste an. Nachdem Churfürst Joachim Friedrich eine eigene Behörde zur Verbesserung des Kirchenwesens eingesetzt hatte, erging am 30. März 1598 der Schluß, es sollten die Marien-, Apostel- und Heiligensfeste vermindert werden. Dieser Schluß wurde erst 1608 theilweise und dann weiter am 13. März 1696 durch Friedrich III. vollzogen. Zugleich wurde der Charfreitag zu einem allgemeinen und großen Feste erhoben. Weitere Einschränkungen erfolgten durch die Verordnung vom 28. Januar 1752, so daß nach dem Edicte vom 12. März 1754 in beiden evangelischen Landeskirchen nur noch anerkannt blieben: Weihnachten, Ostern, Pfingsten zu je drei Tagen, die vierteljährigen Bußtage, der grüne Donnerstag, Charfreitag, Himmelfahrt und Neujahr⁶²⁾. Unterm 28. Januar 1773 schaffte Friedrich II. noch die dritten Feiertage, drei Bußtage, den grünen Donnerstag und Himmelfahrt ab. Das letztere Fest stellt Friedrich Wilhelm II. am 4. März 1789 wieder her. — Seit der Mitte des achtzehnten Jahrhunderts geschah ein Gleiches in anderen deutschen Territorien⁶³⁾. Zum Theil ist die Reduction der Feste resp. Verlegung derselben auf die nächstfolgenden Sonntage erst in der neuesten Zeit erfolgt, wie in Hannover, Weimar, Kurhessen, Sachsen u. a. m.⁶⁴⁾.

Andererseits sind dagegen auch wiederum in Folge der neueren Zeitverhältnisse verschiedene Festtage neu angeordnet worden. Jährliche Feier des Reformationsfestes, des Andenkens der Schlacht bei Leipzig (18. Oct.), der Einnahme von Paris (31. März), der Schlacht bei Belle Alliance (18. Juni) an dem diesen Tagen nächstfolgenden Sonntage⁶⁵⁾, kirchliche Feier des Geburtstages des Königs⁶⁶⁾, jährliches allgemeines Todtenfest.

60) M. f. von Preußen: Jacobson, Geschichte a. a. O. I. II, S. 25, 26. Vgl. auch augsburg. Confession Art. XXI. Apologia de invocatione Sanctorum u. a.

61) S. Explanat. art. XXV. Vgl. auch Calvini Institut. lib. II. c. 8. und epist. 51. 128. 278. u. a.

62) S. die einzelnen Geseze in Mylius Corp. Const. Marchicarum. Vgl. auch Preuß, Friedrich der Große Bb. I, S. 340, 341.

63) S. Flügge, Geschichte des deutschen Kirchen- und Predigtwesens Bb. II (Bremen 1800), S. 285, 286.

64) Hannoversches Gesez vom 25. Januar 1822 und 15. Nov. 1830. — Weimarsches Gesez vom 11. November 1823. — Kurhess. Verordnung vom 17. December 1826. — Königl. sächsische Verordnungen vom 13. und 19. Januar 1831.

65) Königl. preuß. Gesez vom 24. Sept. 1816. — Mecklenburg-Sträliger Verordn. vom 20. Sept. 1815 und 20. März 1839.

66) Ausschreiben des Consistorii zu Hannover vom 16. Sept. 1835.

zunchst veranlaßt durch das Gedächtniß der in dem letzten Freiheitskriege gefallenen Vertheidiger des Vaterlandes⁶⁷⁾.

Aus der bisherigen Darstellung ergeben sich schon die wichtigsten Rechtsgrundsätze über die Festtage in der concreten Anwendung; doch bedürfen dieselben noch einer besonderen Erörterung.

Die Feste sind ordentliche (*ferias statutae*), wenn sie nach einer allgemeinen Vorschrift jährlich zu bestimmter Zeit wiederkehren, oder außerordentliche (*indictae*), wenn sie durch besondere Umstände für einen bestimmten Fall veranlaßt werden. Jene sind bewegliche oder unbewegliche, welche letztere stets auf denselben Monatstag des Jahres fallen (s. oben). Die Feste sind auch einfache und doppelte (*fasta duplicia*). Die letzteren werden mit größerer Feierlichkeit begangen und haben verschiedene Beziehungen. Eigentlich ist das Fest ein doppeltes, welches zugleich zwei religiösen Erinnerungen geweiht ist. Dahin gehören die Tage: Jacobi und Philippi am 1. Mai, Petri und Pauli am 29. Juni, Simonis und Judä am 28. October. Man bedient sich dann der Bezeichnung *festum duplex* auch in dem Falle, wenn zwei Feste auf einander folgen, das wichtigere besonders gefeiert, das minder bedeutende aber auf den nächsten Sonntag verlegt wird (*festum translatum*). In der Kirchensprache heißen besonders diejenigen Tage *fasta duplicia*, bei welchen die üblichen Gesänge des Hochamtes u. s. w. (Responsorien, Antiphonen, Verse) verdoppelt von zwei Cantoren wiederholt angestimmt, abgesungen und wiederholt werden. Davon unterscheidet man *fasta semiduplicia* (Halbdoppelfeste), bei welchen nur theilweise Wiederholungen stattfinden. Mit Rücksicht auf diese liturgischen Einrichtungen unterscheidet man auch *fasta duplicia prima* und *secundae classis*, *fasta duplicia maiora* und *minora*⁶⁸⁾. Welche Feste in aller dieser Weise begangen werden, bestimmen die in den einzelnen Diöcesen jährlich ausgegebenen Kirchencalender (*directoria officii*), welche sich auf das allgemeine katholische Missale stützen und theilweise durch besondere Normen bestimmt sind. Die Feste sind ganze (*ferias integrae*), wenn sie mit einem ordentlichen Vor- und Nachmittagsgottesdienste begangen werden; halbe (*ferias interoisae*), wenn nur der erste stattfindet. Davon unterscheidet man noch die Kirchendienstage (*dies liturgici*), an welchen eine Frühpredigt oder Betstunde, oft zur Wiederholung der letzten Predigt, gehalten wird. Kirchlich heißt übrigens jeder Tag, auch der bloße Werk- oder Geschäftstag, *feria* und zwar der Sonntag *feria prima*, der Montag *feria secunda* u. s. w. bis zum Sonnabende als *feria septima*. Ueber den Grund dieser Terminologie ist man nicht einig. Nicht unwahrscheinlich hängt dieselbe sehr

67) Nach der preuß. Cabinetsordre vom 24. April und Verordnung vom 25. Nov. 1816 auf den letzten Sonntag des Kirchenjahres gelegt. Im Königreiche Sachsen ist dieses seit 1833 am zweiten Advent begangene Fest durch Ministerialverordnung vom 28. Oct. 1840 auf denselben Tag verlegt worden.

68) S. Winterim a. a. D. Bd. V, S. 297 ff. Andr. Müller, *Lexikon des Kirchenrechtes* Bd. II, S. 331, 332.

mit der jüdischen Wochenrechnung⁶⁹⁾ zusammen. Die Juden nannten die ganze Woche *ta sabbara* und die einzelnen Tage *ula raw sabbaraw* u. s. w.⁷⁰⁾ Dieß konnte bei dem Festhalten der sieben-tägigen Woche in der Kirche mit Berücksichtigt werden und geschah vielleicht zuerst bei der Feier des Zeitraumes von Ostern bis Pfingsten (s. oben Note 17). Am Ende des zweiten Jahrh. finden wir den Ausdruck *feria* in diesem Sinne bei den Festen anerkannt⁷¹⁾. — Eine vorzugsweise wichtige Einteilung der Feste ist noch die in *feria chori et fori* oder *feriae mere ecclesiasticae* und *publicae*, welche zur Erörterung des hierbei wirkamen liturgischen Rechtes veranlaßt.

Das Recht, Bestimmungen über die Festtage zu erlassen, gehört zur Kirchengewalt und wird von den Kirchenobern geübt. Im allgemeinen hängt dieß daher in der katholischen Kirche von den Diöcesanbischöfen ab, insofern ein Fest sich auf das Bisthum selbst bezieht, vom Papste, insofern dasselbe die ganze Kirche berührt⁷²⁾. In der evangelischen Kirche gebührt dieses Recht den Landesherrn. Den Kirchenobern steht aber die Verfügung nur in ihrer Sphäre zu. Die von ihnen vorgeschriebenen Feste betreffen daher auch nur die kirchliche, die liturgische Seite. Soll ein Fest zugleich bürgerliche Wirkung haben, d. h. *feria publica* sein, so daß die öffentliche Ruhe u. s. w. (s. unten) beobachtet wird, so ist der besondere Befehl des Staates dazu erforderlich. Dieß ist früher stets anerkannt gewesen, wie die weltliche Gesetzgebung seit dem vierten Jahrhundert beweist. Bei dem umfassenderen Eingreifen des römischen Stuhles in die bürgerlichen Verhältnisse verfügten die Päpste aber auch selbstständig über die öffentliche Seite der Feste⁷³⁾, bis seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts die älteren, aus der Natur der Stellung des Staates zur Kirche folgenden Grundsätze wieder zur Anwendung gekommen und in der Gesetzgebung anerkannt sind⁷⁴⁾. Ein bloß kirchliches Fest wird daher nur in choro gefeiert. Diesen Charakter haben namentlich theilweise die in späterer Zeit aufgehobenen Feste (s. oben). Ist die

69) S. den Art. Calendar Bb. II, S. 528. Dazu vgl. man Grimm, deutsche Rechtsalterthümer S. 818, 819. Lobeck, Aglaophamus T. II. p. 933 sq. 941. 942.

70) S. III. Mosis c. XXIII, V. 15. V. Mosis c. XVI, B. 9. Ev. Matth. c. XXVIII, B. 1. Apostelgesch. c. XX, B. 7.

71) Vgl. den Art. Fasten, Note 22, 23.

72) c. 1. dist. III. de consecr. (Capit. Ahytonis c. 8.) *festivitates, quas singuli episcopi in suis episcopatibus cum populo collaudaverint. c. 3. X. de ieiuniis. (3. 46.) (Honorius III. a. 1216.) c. 5. X. de feriis. (2. 9.) (Gregor. IX.) Conc. Trid. sess. XXV. cap. 12. de regularib. Dies etiam festi, quos in dioecesi sua servandos idem episcopus praeceperit, ab exemptis omnibus, etiam regularibus, servantur. Vgl. noch Kopp a. a. D. S. 833 flg.*

73) M. f. g. B. c. 3. 5. X. de feriis (2. 9.) u. a. m.

74) S. G. L. Böhm, principia iuris can. §. 286. Eichhorn, Kirchenrecht Bb. II, S. 258. Vgl. preuß. allg. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 35. Cabinetsordre vom 24. Mai 1829 (v. Kampff, Annalen Bb. XIII, S. II, S. 292). — Helfert a. a. D. §. 76, 77.

Aufhebung nicht in Uebereinstimmung zwischen Staat und Kirche erfolgt, sondern nur vom Staate ausgegangen, so würde zwar die Gewissensfreiheit geachtet und Niemand zur Arbeit in Person u. s. w. an solchen Tagen genöthigt werden dürfen, jeder, der aber sonst zu Leistungen verpflichtet ist, würde, wenn er sich denselben nicht unterziehen will, die daraus hervorgehenden Nachtheile tragen müssen (s. die Note 74 cit. Stellen)⁷⁵). Andererseits kann anderen Confessionsverwandten die Mitfeier eines von ihren Kirchenoberen nicht anerkannten Festes nicht aufgelegt werden⁷⁶). Dagegen dürfen an Orten gemischten Bekenntnisses von der nicht mitfeiernden Confession nicht störende oder Anstoß erregende Arbeiten öffentlich vorgenommen werden⁷⁷).

Besondere Vorschriften bestehen wegen der Art und Weise, wie Feste gefeiert werden sollen. Anfangs fühlte man sich in der Kirche deshalb ungebunden⁷⁸). Bereits im zweiten Jahrhunderte fing man aber an, strengere Grundsätze aufzustellen, und Tertullian erklärte das Arbeiten am Sonntage für sündlich⁷⁹). Seit der Reception des Christenthums durch Constantin wurden auch gesetzliche Vorschriften erlassen⁸⁰). Arbeiten wurden untersagt und nur Werke der Liebe sollten vollzogen werden, wie Emancipationen und Manumissionen, Werke der Wohlthätigkeit u. s. w. Daber wurden Gesangene an Festtagen ins Freie geführt und beschenkt⁸¹), und am Osterfeste erging eine allgemeine *indulgentia criminum*, mit Ausnahme der größten Fälle⁸²). Der öffentliche Verkehr, insbesondere der Handel, war verboten⁸³). Nur in Fällen der Nothwendigkeit wurden Arbeiten erlaubt, besonders rücksichtlich der Ernte, um das günstige Wetter zu benutzen u. s. w.⁸⁴). Diese und andere Bestimmungen sind seitdem stets beibehalten und im Einzelnen weiter ausgeführt worden. Vor allem wurden gerichtliche Verhandlungen untersagt⁸⁵). Schuldner

75) Die Rücksicht auf die durch den Religions- und westphälischen Frieden hergebrachten Rechte ist natürlich dabei nicht außer Acht zu lassen.

76) So verordnete das ostpreuß. Staatsministerium an den Magistrat zu Kößel d. d. Königsberg 2. Juni 1794 (Sedice, Annalen des Kirchenwesens in Preußen Bd. I [Berlin 1796. 8.], S. I, S. 78, 79), daß Evangelische nicht genöthigt werden sollten, am katholischen Gottesdienste Theil zu nehmen und dabei zu assistiren.

77) J. H. Böhm er, *ius eccl. Prot. lib. II. tit. IX. §. 9 sq.* Frey, *kritischer Commentar über das Kirchenrecht Th. IV, Abth. I, S. 20.*

78) S. oben Note 4, 6. Vgl. Röm. c. XIV, B. 5. Galater c. IV, B. 9. Colosser c. II, B. 16.

79) *De oratione c. 23.*

80) Eusebius, *Vita Constantini lib. IV. c. 23. 28. c. 1. C. Th. de feriis. (2. 8.) ann. 321. (c. 2. C. J. eod. [3. 12.]*

81) c. 7. C. Th. de custodia reorum. (9. 3.)

82) c. 3. 4. 6. 8. C. Th. de indulgentiis criminum. (9. 38.) c. 3. C. J. de episcopali audientia. (1. 4.)

83) c. 1. X. h. t. (2. 9.) (Conc. Mogunt. a. 813.)

84) c. 3. 5. X. h. t. (2. 9.)

85) Glück, ausführliche Erläuterung der Pandekten Bd. III, §. 261—264. Martin, Lehrbuch des bürgerl. Prozesses §. 119, not. p. q. Einde, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprozesses §. 174.

sollten nicht gemahnt⁸⁶⁾, Eide nicht geschworen werden, außer pro paucis vel aliqua necessitate⁸⁷⁾, kein Gericht, namentlich kein Criminalgericht gehalten werden⁸⁸⁾. Niemand sollte auf einen Festtag vor Gericht geladen werden, und wenn dieß geschehen war, wurde der folgende Tag darunter verstanden⁸⁹⁾. Von selbst ergeben sich indessen auch hier gewisse Ausnahmen, welche schon die kirchliche, dann aber auch die weltliche Legislation statuiren; insofern nämlich das öffentliche Wohl in Betracht kommt, Gefahr im Verzuge ist oder sonst die Umstände eine gerichtliche Verhandlung dringend erheischen, kann dieselbe zu jeder Zeit vollzogen werden⁹⁰⁾. Damit stimmt auch jetzt das gemeine und particulare Recht überein⁹¹⁾. In Beziehung auf die Rechtspflege sind übrigens von den Festen als *feriae divinae* noch *feriae humanae, civiles* zu unterscheiden. Außer den *dies nefasti*, an denen die Gerichtsformeln nicht gesprochen werden durften⁹²⁾, galten den Römern als solche *feriae aestivae* und *autumnales* wegen der Ernte und Weinlese, so wie lokal eigenthümliche Feten. Der wesentliche Unterschied zwischen diesen und den *feriae divinae* besteht darin, daß von Seiten der Parteien auf den Vortheil derselben verzichtet werden darf. Jetzt entscheiden auch hierüber *particulare Bestimmungen*⁹³⁾.

Wegen der Feier der Festtage hat auch das Concil von Trident einige besondere Vorschriften erlassen. Es fordert überhaupt *dierum festorum devota et religiosa celebratio*⁹⁴⁾. Die Geistlichen werden zu dem Behufe aufgefordert, die Gemeinden zu ermahnen: *ut frequenter ad suas parochias, saltem diebus dominicis et maioribus festis, accedant*⁹⁵⁾. In den einzelnen Diocesen sind mit Beziehung darauf nähere Vorschriften ergangen und in den Landesgesetzen gleichfalls bestätigt.

Die evangelische Kirche betrachtet die Feste als eine menschliche Einrichtung, der guten Zucht wegen, und erklärt dieselben nicht für ge-

86) c. 1. §. 8. C. Th. de executoribus. (8. 8.)

87) c. 1. X. h. t. (2. 9.)

88) c. 4. 5. 7. C. Th. de quaestionibus. (9. 35.) verb. Socrates hist. eccl. lib. V. §. 21. Sozomen. lib. VII. c. 19. — L. 12. D. de publicis iudiciis. (48. 1.) c. 6. 10. C. de feriis. (3. 12.) Causa XV. qu. IV.

89) c. 2. 3. C. de Iudaeis. (1. 9.) c. 6. X. de dolo et contumacia. (2. 14.)

90) c. 8. 10. C. de feriis. (3. 12.) c. ult. X. eod. (2. 9.) Synod. Constant. a. 1567. tit. XVIII. c. 11. (Hartzheim, Conc. Germ. T. VII. fol. 581.) Synod. Constant. a. 1609. P. IV. tit. I. (eod. T. VIII. fol. 928 sq.)

91) Glücl. a. a. D. §. 264. Pelfert a. a. D. §. 74. Ueber die Gesetze in Bayern s. m. den oben Note 1 cit. Irmscher Th. II, St. I.

92) Vgl. den Art. Calender Bb. II, S. 525, 526. Thibaut, Pandekten §. 112 und besonders Schulze, die Volksversammlungen der Römer (Gotha 1815), S. 200 fig.

93) M. s. z. B. allg. preuß. Ger.-Ordn. Th. III, Tit. I, §. 52—54. Anhang zur Ger.-Ordn. §. 62, 444.

94) Sess. XXV. de diebus festis.

95) Sess. XXII. decretum de observandis in celebratione missae.

eignet, besondere Gnade zu verdienen⁹⁶); doch wurde bald nach der Reformation oft diesem Principe zuwider gehandelt, und die Observation der Festtage mit großer Strenge gehandhabt. Später ist man jedoch davon zurückgekommen und hat mehr das richtige Maß getroffen, wie die Particularrechte näher ergeben. Rücksichtlich des Verbotes lauter und öffentlicher Arbeiten, weltlicher Handthierung, des Handels, der Gerichtspflege, übertriebener Lustbarkeiten u. s. w. werden ähnliche Grundsätze wie in der katholischen Kirche befolgt⁹⁷).

Als eine wohlthätige Einrichtung der neueren Zeit erscheinen die Sonntagschulen, in der Mitte des vorigen Jahrhunderts zuerst im Württembergischen angeordnet, 1754 in Baden eingerichtet, dann in England 1781 und später weiter auf dem Festlande verbreitet.

Die Festtage beginnen eigentlich mit der Vesper des vorhergehenden Tages⁹⁸, wie die Juden auch bürgerlich die Zeit berechneten⁹⁹). Seit dem zwölften Jahrhunderte befolgte man aber die astronomische Berechnung von Mitternacht zu Mitternacht, deren sich schon die Römer bedienten¹⁰⁰). Von der alten Computationsweise haben sich aber noch manche Folgen erhalten, wie der Anfang der Fasten¹⁰¹), das Einkläuten der Festtage, die Feiertage der Vigilien u. s. w.

D. F. Jacobson.

Fiction und Präsumtion sind zwei wesentlich von einander verschiedene Begriffe. Es ist aber zweckmäßig, beide in einem Artikel zu betrachten, um den zwischen ihnen stattfindenden Unterschied desto deutlicher hervortreten zu lassen. Denn zu einer Verwechslung der Fiction mit der Präsumtion könnte man dadurch verleitet werden, daß beide Ausdrücke ihrer sprachlichen Bedeutung nach Gleiches oder wenigstens Verwandtes zu bezeichnen scheinen. Das Wesen der Fiction besteht darin,

96) Außer den oben Note 58, 62 cit. Stellen vgl. man noch: Augsb. Confession Art. XXVI. XXVIII. Apologie der Confession Art. IV. VIII. Concordienformel Art. X.

97) S. die oben Note 62 fig. cit. Gesetze. Dazu vgl. man das preuß. Religionsedict vom 9. Juli 1788, §. 12, Verordn. vom 31. August 1810, 8. Sept. 1832, ganz besonders Cabinetsordre vom 7. Februar 1837 (Gesetzsamml. d. S. S. 19), Rescript vom 28. April d. J., worauf sich besondere Festordnungen in den einzelnen Provinzen des Staates (in den Regierungsamtsblättern) stützen.

98) A vespera ad vesperam. Conc. Laodic. (a. 347—381.?) c. 29. c. 15. Capit. Aquisgran. a. 789. Vgl. Capit. lib. I. c. 15., c. 19. Capit. Francoford. ann. 794. u. a. c. 1. X. de feriis. (2. 9.)

99) S. III. Mosis. c. XXIII, B. 32. Daher wird in der Schöpfungsgeschichte der Abend vor dem Morgen genannt. Im Mittelalter war diese Gewohnheit noch überhaupt bei den Orientalen. (S. v. Hammer in den Wiener Jahrbüchern der Lit. Bd. LX, S. 206, 207, Anm.)

100) L. 8. D. de feriis. (2. 12.) Vgl. Gellius Noctes Atticae lib. III. c. 2. — c. 24. X. de officio iudicis deleg. (1. 29.) (Innocent. III. a. 1203.) Doch gab es überhaupt Abweichungen nach der Gewohnheit c. 2. pr. X. de feriis. (2. 9.)

101) S. den Art. Fasten Note 37 fig. S. Falck, Schleswig-holstein. Privatrecht Bd. III, Th. 2, S. 701.

daß nach gesetzlicher Vorschrift unter gewissen Umständen eine Thatsache, die in Wirklichkeit nicht eingetreten war, für eingetreten angenommen werden soll, damit auf den Fall, in welchem die Fiction stattfindet, diejenigen rechtlichen Folgen in Anwendung kommen, welche die Gesetze ursprünglich und eigentlich nur in dem Falle eintreten lassen, da das fingirte Ereigniß wirklich stattgefunden hatte. Die Präsuntion dagegen ist die gesetzliche Annahme, daß eine Thatsache, welche nach den gewöhnlichen Regeln der Beweisführung nicht für vollkommen bewiesen, sondern nur für wahrscheinlich gehalten werden kann, bewiesen sei, so daß derjenige, der sich auf diese Thatsache beruft, des weiteren Beweises derselben überhoben ist. Der Unterschied zwischen Fiction und Präsuntion besteht also darin, daß bei der ersteren eine Thatsache, von welcher man weiß, daß sie in Wirklichkeit nicht eingetreten ist, für eingetreten erachtet wird, bei der letzteren dagegen eine Thatsache, welche zwar nicht vollkommen bewiesen, aber doch wahrscheinlich ist, für bewiesen gehalten wird¹⁾.

1) Die Fiction (*fiotio iuris*) hat nach dem Bisherigen keine andere Bedeutung, als einen bestimmten Fall anzugeben, in welchem eine bestimmte rechtliche Regel in Anwendung kommen soll. Der Unterschied zwischen einer gesetzlichen Fiction und einer anderen gesetzlichen Vorschrift besteht daher nur in der Form, welche sich bei der Fiction immer darauf wird zurückführen lassen, daß es in dem Falle, in welchem dieselbe stattfinden soll, ebenso gehalten werden solle, als in dem Falle, da sich fingirte Ereigniß wirklich zugetragen hatte. Das römische Recht bedient sich sehr häufig der Form der Fiction, um vorhandene rechtliche Grundsätze auf neue Fälle auszudehnen. Namentlich geschah das im älteren Rechte durch die *fiotitiae actiones*, bei welchen fingirt wurde, der Kläger befinde sich in dem Falle, für welchen eine Klage, die alsdann, im Gegensatz zur *fiotitia actio*, *directa* oder *vulgaris actio* genannt wurde, ursprünglich gegeben war²⁾. So standen z. B. die zu einer Erbschaft gehörigen Klagen eigentlich als *directae actiones* nur demjenigen zu, welcher wirklich *heres* war; aber als *fiotitiae* oder *utiles actiones* wurden sie auch dem *honorum possessor* und dem *Fideicommissar* gegeben, indem dieselben durch Fiction als Erben angesehen wurden³⁾. Hinsichtlich der Wirkung war die *fiotitia actio* der *directa actio* ganz gleich, und es war nur das der römischen Rechtsbildung eigenthümliche Festhalten an hergebrachten Formeln, weshalb man sich dieser Form bediente, um dem

1) Vgl. Mühlensbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes §. 83 und §. 146. Stück, Erläuterung der Pandekten Bd. 1, S. 271 fig.

2) Vgl. Savigny, System des heutigen römischen Rechtes Bd. 5, §. 215.

3) Ulpian, XXVIII. §. 12., spricht von *fiotitiae actiones* bei der *honorum possessio*, während Caius, II. §. 253., bei dem *Fideicommiss* von *utiles actiones* redet. Wenn schon hieraus die gleiche Bedeutung von *utilis* und *fiotitia actio* hervorzugehen scheint, so wird dieses außer Zweifel gesetzt durch Caius IV. §. 34., wo die auf Fiction beruhenden Klagen den *directae actiones* entgegengesetzt werden, und durch Caius IV. §. 38., wo eine auf Fiction beruhende Klage geradezu *utilis actio* genannt wird. Vgl. Savigny a. a. D. S. 71 und 72.

Fidelcommissar und dem *honorum possessor* die Klagen des *heres* zu geben⁴⁾. Schon im Justinianischen Rechte ist von den *fiotitiae actiones* keine Rede mehr, da der frühere *ordo iudiciorum*, nach welchem die Entscheidung eines Prozesses einem *iudex* durch eine *formula* überwiesen wurde, in welcher die Fiction ausgedrückt sein mußte, seit *Dioctetians* Zeiten verschwunden war⁵⁾. Dagegen ist im Justinianischen Rechte natürlich der Sache nach geblieben, was durch jene *fiotitiae actiones* erreicht werden sollte, daß nämlich ein früher beschränkteres Rechtsinstitut auch auf andere Fälle erweitert würde. Wie diese Erweiterungen aus Rücksicht auf das praktische Bedürfnis, *utilitas*, getroffen waren, so wurden die auf eine solche Fiction gegründeten Klagen auch *utiles actiones* genannt, unter welcher Benennung sie im Justinianischen Rechte noch vorkommen⁶⁾, wobei es indessen kaum einer Bemerkung bedarf, daß zwischen den *directae* und den *utiles actiones* kein materialer Unterschied stattfindet. — Außerdem kommen im römischen Rechte noch sehr viele andere Fictionsen vor, um die rechtlichen Grundsätze, welche ursprünglich für einen anderen Fall gelten, auch auf den Fall zu erstrecken, für welchen die Fiction eintreten soll. So ist es z. B. eine rechtliche Fiction, daß der Erbe mit dem Erblasser für eine Person angesehen wird, um den rechtlichen Grundsatz, daß jeder für seine Handlungen einstehen müsse, auch auf den Erben hinsichtlich der Handlungen des Erblassers zu übertragen; ebenso ist es eine Fiction, daß die noch nicht angetretene Erbschaft (*hereditas iacens*) die Person des Verstorbenen vorstellt und für das noch fortbauernde *Eigenthum* desselben genommen wird, damit die Erbschaft nicht *herrenlos* sei und der Vortheile verlustig werde, die ihr unter Voraussetzung jener Fiction zufallen können. Andere Beispiele von Fictionsen sind der fingirte Besitz, der sowohl bei demjenigen angenommen wird, der sich muthwillig auf eine Klage einläßt, als ob er Besitzer wäre, während er es nicht war, als auch bei demjenigen, der wirklich Besitzer war, aber sich des Besitzes arglistig entäußert hatte, um die Ansprüche des Klägers zu vereiteln, oder die fingirte *Litiscontestation*, welche als Strafe des Ungehorsams angenommen wird, wenn sich der Beklagte nicht zu gehöriger Zeit auf die Klage eingelassen hatte. In allen diesen Fällen läßt sich die Fiction auf die Vorschrift zurückführen, daß in dem Falle, da ein Ereigniß fingirt wird, dieselben rechtlichen Folgen eintreten sollen, welche eintreten müßten, wenn sich das fingirte Ereigniß wirklich zugetragen hätte, was man auch durch die Rechtsregel: *fiotio idem operatur in casu fioto, quod veritas in casu vero* auszudrücken pflegt. Daraus ergibt sich auch, daß die Fiction keine weiteren *Eigenthümlichkeiten* hat, sondern nichts anderes ist als eine Weise, in welcher eine gesetzliche Bestimmung getroffen wird.

4) Andere Beispiele von Klagen, welche auf Fiction beruhen, finden sich bei *Caius*, IV. §. 34—38.

5) Vgl. *Savigny a. a. D.* §. 213, *E.* 63 und 64. In welcher Weise die Fiction in der *formula* ausgedrückt wurde, s. bei *Caius*, IV. §. 36 u. 37.

6) *Savigny a. a. D.* *E.* 73.

2) Während die Fiction eine gesetzliche Bestimmung ist, hat die Präsumtion die Bedeutung eines Beweises. Das Eigenthümliche dieses Beweises besteht darin, daß die Thatsachen, für welche eine Präsumtion spricht, für bewiesen angenommen werden, ohne daß sie in der That vollständig bewiesen sind. Es ist klar, daß es nur Sache eines Gesetzes sein kann, solche Präsumtionen aufzustellen, da mit denselben Ausnahmen von den gewöhnlichen Regeln der Beweisführung gemacht werden⁷⁾. Die Präsumtionen, welche einen wirklichen Beweis herstellen sollen, müssen daher *praesumptiones iuris* sein, d. h. in einem Gesetze als solche anerkannt sein. Der teutsche Ausdruck Vermuthung oder auch Rechtsvermuthung für diese beweisenden Präsumtionen ist insofern nicht ganz passend, als man im gewöhnlichen Sprachgebrauche die Vermuthung von der Gewißheit unterscheidet, während die Präsumtionen doch gerade die Bedeutung haben, rechtliche Gewißheit zu gewähren⁸⁾. Es ist aber für viele Fälle und Verhältnisse nothwendig oder zweckmäßig, daß die Gesetze solche Präsumtionen aufstellen, welche die Stelle eines wirklichen Beweises vertreten. Namentlich gibt es viele Ereignisse oder Thatsachen, deren Natur es mit sich bringt, daß kein nach den gewöhnlichen Regeln der Beweisführung vollständiger Beweis von ihnen geführt werden kann, während doch die wichtigsten rechtlichen Folgen davon abhängen, daß das Dasein dieser Thatsachen mit rechtlicher Gewißheit feststehe. Für solche Fälle sind die Präsumtionen nothwendig, vermöge deren eine Thatsache als bewiesen angenommen wird, ohne daß für den Eintritt derselben mehr als bloße Wahrscheinlichkeit vorhanden ist. Man pflegt zwei Arten von *praesumptiones iuris* oder Rechtsvermuthungen zu unterscheiden. a) Die von den Neueren sogenannten *praesumptiones iuris et de iure*, welche eine so unumstößliche rechtliche Gewißheit begründen, daß nicht einmal ein Gegenbeweis gegen dieselben zugelassen wird. Eine solche Präsumtion ist es z. B., daß ein Kind, welches nach vollendetem zehnten Monate nach Beendigung der Ehe geboren wird, nicht mehr für ein eheliches gehalten wird. Denn an und für sich ist es nur höchst wahrscheinlich, keineswegs aber gewiß, daß ein solches Kind nicht mehr in der Ehe erzeugt sein könne⁹⁾. Ein Beweis gegen diese Präsumtion ist aber nicht wohl möglich, da er darauf gerichtet sein müßte, daß die Mutter nach Beendigung der Ehe nicht noch mit Anderen zu thun gehabt habe. Aber umgekehrt läßt sich auch nicht beweisen, sondern blos auf den Grund medicinischer Erfahrung vermuthen, daß ein nach Ablauf dieser Zeitfrist geborenes Kind kein eheliches sein sollte. Darum bleibt nichts übrig, als dieser Vermuthung die Eigenschaft unumstößlicher rechtlicher Gewißheit beizulegen. Ein anderes Beispiel einer solchen Präsumtion bietet die *exceptio non numeratae pecuniae*, indem derjenige, der in einer Schuldverschreibung bekennt, Geld von einem Anderen geliehen erhalten zu

7) Mühlenthal, §. 146, Note 14.

8) Mühlenthal a. a. D. Note 13.

9) Vgl. jedoch über die abweichende Meinung Anderer Mühlenthal a. a. D. §. 205, Note 6.

haben, mit dieser Einrede gar nicht mehr gehört wird, wenn er seit Ausstellung der Verschreibung zwei Jahre hatte verstreichen lassen. Es wird also alsdann schlechterdings und unter Ausschließung des Gegentheiles von ihm angenommen, daß er das Darlehn erhalten habe, ungeachtet es, wenn auch nicht wahrscheinlich, doch nicht geradezu unmöglich ist, daß er es nicht erhalten habe. Der Grund dieser Präsuntion liegt zwar nicht darin, daß es unmöglich wäre, den Nichtempfang des Darlehns zu beweisen; aber es ist nicht wohl anzunehmen, daß Jemand, der nicht wirklich das Darlehn erhalten, die betreffende Schuldverschreibung so lange in den Händen des Anderen lassen werde, so daß, da zu befürchten steht, der Beweis des Nichtempfanges werde blos aus Schikane oder betrügerischer Absicht unternommen, dieser Beweis zweckmäßig geradezu abgeschnitten wird. b) Die von den Neueren schlechtthin so genannten *praesumptiones iuris* oder gemeinen Rechtsvermuthungen, welche zwar einen vollen Beweis ausmachen, aber den Beweis des Gegentheiles nicht ausschließen. Solcher Präsuntionen gibt es in unseren Rechten eine große Anzahl. Darunter gehört z. B. die Regel: *pater est, quem nuptiae demonstrant*, nach welcher eheliche Geburt vermuthet wird, wenn das Kind weder vor Anfang des siebenten Monates nach eingegangener, noch nach dem Ende des zehnten Monates nach beendigter Ehe zur Welt gekommen ist; ferner die Präsuntionen über die Priorität des Todes, nach welchen bei vorhandener Ungewißheit, wer von mehreren Personen zuerst verstorben sei, im Zweifel angenommen wird, daß der Unmündige vor dem Mündigen, und der Ascendent vor dem mündigen Descendenten verstorben sei; so wie die Vermuthung, daß ein Verschollener nach zurückgelegtem 70. Jahre sich nicht mehr am Leben befinde. Für alle diese Präsuntionen gilt die Regel: *praesumptio cedit veritati*, so daß sie nur im Zweifel, d. h. so lange das Gegentheil nicht nachgewiesen werden kann, Gültigkeit haben. Alle Präsuntionen der einen oder der anderen Art gewähren aber immer blos eine formale Wahrheit, indem ihr Wesen gerade darin besteht, daß eine Thatsache, die an und für sich blos wahrscheinlich ist, in Folge gesetzlicher Bestimmung für gewiß genommen werden soll. Daher versteht sich von selbst, daß im Gebiete des Criminalrechtes, wo es immer nur auf materiale Wahrheit ankommen kann, gar keine Präsuntionen stattfinden können, wie denn auch die Lehre früherer Criminalisten, daß Zurechnungsfähigkeit und böse Absicht präsumirt werden müßten, gegenwärtig wohl von Niemandem mehr vertheidigt wird¹⁰⁾. Mit den Rechtsvermuthungen sind aber die von den Neueren sogenannten *praesumptiones hominis* oder einfachen Vermuthungen nicht zu verwechseln. Unter denselben versteht man aus anderen Thatsachen sich ergebende Schlussfolgerungen, welche, schon nach den Gesetzen der Logik, den Richter nöthigen, eine Thatsache bis zum Beweise des Gegentheiles für

10) Dagegen ist es nicht Präsuntion, sondern wirklicher Beweis der Zurechnungsfähigkeit oder der bösen Absicht, wenn sich aus der ganzen Sachlage unzweifelhaft ergibt, daß dieselben vorhanden gewesen seien. Vgl. A begg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft §. 81 und 88.

bewiesen anzunehmen. Solche Vermuthungen oder Schlussfolgerungen sind keine *praesumptiones iuris*, weil sie auf den Gesetzen der Logik beruhen und eben deswegen keiner gesetzlichen Anerkennung bedürfen¹¹⁾. Die Wirkung derselben ist aber die nämliche, als bei den *praesumptiones iuris*: daß sie denjenigen, der sie für sich hat, von der Beweislast befreien. Nach den Gesetzen der Logik streitet z. B. eine solche Vermuthung für jede negative Behauptung, indem das Nichtdasein einer Thatsache, deren Dasein sich nicht von selbst versteht, so lange angenommen werden muß, bis das Dasein derselben erwiesen ist. Auf dieser Präsomption beruht die bekannte Regel: *quisque praesumitur bonus, donec probetur contrarium*, so wie auch der Grundsatz, daß bei Jedermann die Vermuthung für Freiheit seiner Person oder für Freiheit und Unabhängigkeit seines Eigenthums streite. Auch nennt man es *praesumptio hominis*, wenn sich aus den vorhandenen Umständen eine Vermuthung für die Wahrscheinlichkeit einer Thatsache ergibt, so daß der zu führende Beweis derselben dadurch größere Unterstützung erhält¹²⁾. Euden.

Fideicommissum ¹⁾ heißt in der Kunstsprache der römischen Juristen eine letztwillige Zuwendung, welche nicht in den befehlenden Worten des Erblassers, in der Strenge der juristischen Form ihren Grund hat, sondern einzig in dem durch Wittworte ausgebrückten Willen des Errichtenden ²⁾. Die erste Spur dieser Vermächtnißform findet sich in den Schriften des Cicero ³⁾, wo sie als Mittel vorkommt, um denen etwas zu hinterlassen, welche weder auf dem Wege der Erbschaft noch auf dem des Legates bedacht werden können. Nach dem Zeugnisse des Caius ⁴⁾

11) Vgl. auch Mühlenbruch, §. 146, Note 14. Es ist unrichtig, wenn Glück a. a. D. solche auf einem rein logischen Schlusse beruhenden Schlussfolgerungen mit unter die Rechtsvermuthungen rechnet. Zwar mögen viele dieser Schlussfolgerungen auch in den Gesetzen anerkannt sein; allein auch wenn sie es nicht wären, würde ihre Bedeutung die nämliche sein, da ein logischer Schluß zu seiner Gültigkeit keiner gesetzlichen Anerkennung bedarf.

12) Nur in diesem Sinne versteht Glück a. a. D. die sogenannten *praesumptiones hominis*, denen er daher auch nur die Bedeutung beilegt, zu bewirken, daß zuweilen auf den Erfüllungseid oder den Reinigungseid erkannt werden könne.

1) Literatur: C. Chifflet, de iure fideicommissorum lib. IV. Lugd. 1584. und in Ottonis thes. iuris tom. V. p. 769 sq. C. F. Westphal, hermeneutisch-systematische Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen Th. 2. Leipzig 1791. Dionysius van de Wynpersse, disputatio iuridica inaug. ad locum iuris Romani qui est de fideicommissis sive de fideicommissorum Romanorum historia Lugd. Bat. 1822. 8. Rosshirt, die Lehre von den Vermächtnissen nach römischem Rechte (Feibelberg 1835), 2 Theile. Vorzüglich gut ist Marezzoli zu der Lehre von den Vermächtnissen in seiner und v. Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 9, S. 61—134 und S. 247—310.

2) Ulpiani fragm. XXV. §. 1. Vgl. Caius, inst. II. §. 247. 248. Theoph. paraphr. inst. II. 23. §. 1. ed. Reitz tom. I. p. 489.

3) De finibus bon. et malorum II. 17. 18. III. 20.

4) Comm. II. §. 285.

und Theophilus⁵⁾ waren Fideicommissa die gewöhnliche Vermächtnisform der Peregrinen und für Peregrinen, und, wenn sie schon zeitig bei den Römern Eingang fanden, so wurde dieß hauptsächlich durch den Thatumstand veranlaßt, daß römische Bürger auf diese Weise Peregrinen ihr Vermögen zuwenden konnten, was freilich in späteren Zeiten ausdrücklich verboten ward mit dem Zusätze eines unter Hadrian abgefaßten Senatusconsults, daß dergleichen Zuwendungen als Creptorien dem Fiscus verfallen sollten⁶⁾. Die Fideicommissa entbehrten in der ältesten Zeit aller Erzwingbarkeit; denn es hing nur von dem freien Willen dessen ab, welchem sich der Erblasser anvertraut hatte, ob er den ihm zugewiesenen Auftrag ausführen wollte oder nicht. Erst seit der Zeit von August wurden sie erzwingbar, da dieser Kaiser in Rücksicht auf einzelne ausgezeichnete Personen mehrmals von der Strenge des Rechtes abwich, und später zur Verhütung von bedeutenden Unterschlagungen und zur Bestrafung der Unredlichkeit derer, welche dergleichen Aufträge übernommen hatten, die Consuln anwies, die Ausantwortung solcher Zuwendungen an die Bedachten durch Anwendung von Zwangsmitteln herbeizuführen. Was zuerst nur für einzelne Fälle verordnet worden war, fand bald von Seiten des dem Volke inwohnenden Rechtsgeföhles Billigung, und so ward die Erzwingbarkeit der Fideicommissa allgemein anerkannt. Als Mittel, die Aushändigung zu bewirken, diente nicht eine besondere actio, keine formula, welche den Prozeß zwischen den Magistrat und den *Judex privatus* gewissermaßen theilte⁷⁾, sondern ein einfacher Antrag bei dem Magistrat (bei den Römern bald *persecutio*⁸⁾, bald *petitio* genannt⁹⁾), welchen dieser in eigner Person untersuchte und entschied¹⁰⁾. Dieser Antrag geschah zu den Zeiten des Caius und Ulpianus in den Provinzen bei den Statthaltern derselben, in Rom bei den Consuln oder dem Prätor¹¹⁾, und die Competenz dieser letzten beiden Magistrate bestimmte sich nach dem Betrage des Fideicommisses¹²⁾. Wahrscheinlich rührte diese Organisation der Fideicommissgerichte von Claudius her, welcher die den Consuln früher nur alljährlich delegirte Gerichtsbarkeit zu einer dauernden machte, zu diesem Zwecke zwei besondere Prätores bestellte und diese Gerichtsbarkeit auch auf die Provinzen ausdehnte¹³⁾. Als nun später Titus einen von diesen Prätores hinwegnahm, bildete sich jenes von den classischen Juristen erwähnte Competenzverhältniß, welches in

5) Paraphr. II. 23. §. 1.

6) Caius, inst. II. §. 285.

7) Caius, inst. II. §. 278. Ulp. fragm. 23. §. 12.

8) Persequi bei Caius, inst. II. §. 278., *persecutio* bei Caius II. §. 281. und Papinian in L. 3. pr. D. de usuris. (22. 1.)

9) *Petitio* bei Paullus, sent. rec. IV. 1. §. 18.

10) Ulpiani fragm. 23. §. 12. Daher *offerre cognitionem* in L. 3. pr. D. ut in possessionem legatorum. (36. 4.)

11) Caius, inst. II. §. 278., Ulpiani fragm. 23. 12.

12) Quinct. inst. orat. III. 6. Vgl. Cuiacii obs. et emendat. XXI. 34.

13) Sueton. Claud. 22. L. 2. §. 32. D. de origine iuris. (1. 2.)

den Justinianischen Rechtsbüchern¹⁴⁾ noch als bestehend vorausgesetzt wird. Die Klage aus dem Fideicommissum ging im vorjustinianischen Rechte immer auf das Einfache¹⁵⁾ und hatte das Eigentümliche, daß von der Zeit des Verzugs an auch die Früchte und Zinsen des vermachten Gegenstandes ausgehändigt werden mußten, was zu Caius Zeiten bei Legaten nicht stattfand, da nur ausnahmsweise auf Julians Auctorität hin das *legatum sinendi modo relictum* den Fideicommissen in dieser Rücksicht gleichgestellt wurde¹⁶⁾, was späterhin freilich auch bei anderen Legatsformen zur Regel erhoben ward¹⁷⁾.

Die Fideicommissum waren in dem vorjustinianischen Rechte durchaus frei und unbeschränkt. Nicht nur konnten sie außer in Testamenten und testamentarisch bestätigten Codicillen auch in einfachen nicht bestätigten Codicillen, und, wenn gar kein Testament vorhanden ist, hinterlassen werden¹⁸⁾, ferner in Testamenten auch vor der Erbeinsetzung¹⁹⁾, dann auch in griechischer Sprache²⁰⁾, ohne Beobachtung bestimmter Formeln, ja selbst durch bloßes Zuwinken²¹⁾. Auch brauchte der Dnerite nicht gerade der Erbe selbst zu sein, sondern selbst der Legatar²²⁾, der Erbe des Erben oder des Legatars²³⁾, ferner die, welche mit dem Erben oder dem Legatar in einem solchen Verhältnisse der Personeneinheit standen, daß sie durch dieselben erwarben²⁴⁾, und wer sonst von Todeswegen etwas aus der Vermögensmasse erhielt, z. B. eine *mortis causa donatio*²⁵⁾, konnte mit Fideicommissen onerirt werden; freilich mit der Beschränkung, daß der Gegenstand des Fideicommisses nicht mehr betrug, als was der Dnerite *ex causa lucrativa* erhielt. Ebenso konnten Sachen aller Art, einzelne, eine Erbschaft oder eine Erbschaftsquote, sie mochten dem Erblasser selbst oder dem Erben gehören, oder fremde sein, den Gegenstand eines Fidei-

14) So kommt der *praetor fideicommissarius* vor in L. 78. §. 6. D. de *ega t.* (32. 3.), L. 92. D. de *condit. et demonstr.* (35. 1.), L. 4. D. *quibus ad libertatem proclamare.* (40. 13.), L. 2. C. *qui potiores in pignoro.* (8. 18.); der *Präses* L. 5. C. de *rebus creditis.* (4. 1.)

15) Caius, *inst.* II. 282.

16) Caius, *inst.* II. 280. Ganz verkümmert erscheint die ursprüngliche Ansicht des Schriftstellers bei Caius, *epitome* II. 7. §. 8. Vgl. Rabat, von der *Mora* S. 361—363.

17) *Pauli sent. rec.* III. 8. §. 4. L. 24. *pr. D. de usufr. leg.* (33. 2.) L. 5. *pr. D. de operibus publicis.* (50. 10.) L. 34. D. de *usu- ris.* (22. 1.)

18) *Ulpiani fragm.* 23. §. 4 u. 8. §. 1. J. de *codicillis.* (2. 25.)

19) *Ulpiani fr.* 23. 8.

20) Caius, *inst.* II. §. 281. *Ulp. fr.* 23. 9. L. 11. *pr. D. de legat.* III. (32.)

21) *Ulp. fr.* 23. 3. L. 21. *pr. D.* 32.

22) Caius, *inst.* II. §. 271. *Ulpiani fr.* 25. 10. *pr. J. de singulis rebus per fideic.* (2. 24.) L. 5. §. 1. D. 32.

23) L. 5. §. 1. D. 32.

24) *Ulpiani fragm.* 25. 10. L. 11. *pr. D. de leg. I.* (30.)

25) L. 77. §. 1. D. de *legatis.* II. (31.) L. 11. D. de *dote praecogata.* (33. 4.)

commisses bilden²⁶⁾ (bei fremden wurde dann das Fideicommiss durch den Ankauf der Sache oder den Erfaß des Taxwerthes realisiert²⁷⁾). Auch war die Fähigkeit, Fideicommisses zu erhalten, in den ältesten Zeiten nicht durch die Erbfähigkeit oder Capacität des Empfängers bedingt, da nicht allein Peregrinen Fideicommisses erhalten konnten, sondern auch Kinderlose und Unverheirathete, ferner *incertae personae*, *postumi alieni* und im späteren Rechte auch noch Junianische Latinen²⁸⁾. Allein dieß Alles ist durch spätere Senatsbeschlüsse bedeutend modificirt worden. Zunächst erklärte ein Senatusconsult unter Hadrian die den Peregrinen hinterlassenen Fideicommisses für Treptorien²⁹⁾; ein Pegasianisches Sc. erklärte die den Ehelosen und Kinderlosen vermachten nach Analogie der Erbschaften und Legate für Caduca und wies sie denen zu, welchen nach der *lex Julia* und *Papia* das Recht zustand, caduque Erbschaften und Legate zu vindiciren³⁰⁾. Auch für *incertae personae* und *postumi alieni* wurden durch ein Hadrianisches Senatusconsult in Betreff der Fideicommisses dieselben Rechtsätze geltend gemacht, welche von Erbschaften und Legaten galten³¹⁾. So konnte schon Ulpian die Regel aufstellen, daß Fideicommisses nur solchen, welche mit Legaten bedacht werden können, hinterlassen werden dürfen³²⁾, wenn schon mit dem Zusatze, daß Junianische Latinen, welche keine Legate erhalten können, in Betreff der Fideicommisses erwerbsfähig sind³³⁾. Seitdem nun auch diese nicht mehr im römischen Staate vorkamen, konnte in den Justinianischen Rechtsbüchern als allgemeiner Grundsatz aufgestellt werden, daß die Erwerbsfähigkeit der Fideicommisses durch die der Erbschaften und Legate bedingt sei. Zur Errichtung von Fideicommissen waren solenne Worte nicht nothwendig; es genügte, wenn sich der Erblasser mit Bittworten an den Dnerihten wandte. Gewöhnlich waren in dieser Beziehung folgende Ausdrücke: *peto, rogo, volo, volo dari, mando, deprecor, cupio, iniungo, desidero, impero, commendo*³⁴⁾, obschon Paulus³⁵⁾ das zuletztgenannte Wort zugleich mit dem Ausdrucke *relinquo* als unpassend verwirft. Auch durfte der Erblasser sich unmittelbar an den Fideicommissar wenden, ohne den Dnerihten weiter zu bezeichnen, z. B. in den

26) Caius, inst. II. §. 261. Paull. sent. rec. IV. 1. §. 7. Ulp. fr. 23. 5. §. 1. J. 2. 24. Ward eine fremde Sache als eigene hinterlassen, so war zur Gültigkeit des Fideicommisses der Beweis nöthig, daß der Erblasser, auch wenn er nicht im Irrthume befangen gewesen wäre, das Fideicommiss angeordnet haben würde. Paulli sent. rec. IV. 1. §. 8.

27) Caius, inst. II. §. 262. Paull. sent. rec. IV. 1. §. 7.

28) Caius, inst. II. 275. 285—287.

29) Caius, inst. II. §. 285.

30) Caius, inst. II. §. 286.

31) Caius, inst. II. §. 287.

32) Ulpiani fr. 23. §. 6.

33) Ulp. fr. 25. §. 6.

34) Caius, inst. II. §. 248. Ulpiani fr. 25. §. 2. Paull. sent. rec. IV. 1. §. 6. L. 78. §. 8. D. ad SC. Trebell. (36. 1.)

35) Paulli sent. recept. IV. 1. §. 6.

Formeln peto, contentus sis illa re, volo tibi illud praestari³⁶). Immerhin konnte der Fideicommissar aber nur durch das Dazwischenreten des Dnerirten sein Vermächtniß erhalten, da ein unmittelbarer Eigenthumsübergang von dem Erblasser oder dem Dnerirten auf den Fideicommissar nicht eintrat, und nur die Verbindlichkeit des Dnerirten zur Restitution des Vermächtnisses die Folge des Fideicommisses sein konnte. Damit hängt es denn auch zusammen, daß jedes Fideicommiss nach altem Rechte eine Singularsuccession begründet, auch das Universal-fideicommiss, wiewohl dieses seit dem Trebellianischen Senatusconsulte wenigstens oft dem endlichen Erfolge nach eine successio per universitatem herbeiführt.

In den Justinianischen Rechtsquellen wird die Gleichstellung der Legate und Fideicommissa ganz allgemein ausgesprochen³⁷); allein nicht zu gedenken, daß auch im Justinianischen Rechte noch manche Eigenthümlichkeit der Legate stehen geblieben ist³⁸), so ergibt die Rechtsgeschichte, daß dieser Ausspruch nicht so wörtlich zu nehmen ist. Den ersten Schritt zur Verschmelzung thaten die Söhne Constantins durch die Bestimmung, daß es bei Anordnung der Legate und Fideicommissa nicht weiter auf die Beobachtung bestimmter Wortformen ankommen solle³⁹); eine Verordnung von Theodos und Valentinian erlaubte auch in griechischer Sprache zu testiren, also auch zu legiren⁴⁰); die letzten Schritte zur Ausgleichung that Justinian, welcher zunächst in const. 1. C. comm. de legatis et fideicommissis (6. 43.) zur größeren Sicherung der Vermächtnisnehmer für die Ausantwortung des Vermächtnisses verordnete, daß ohne Unterschied jeder Vermächtnisnehmer, sein Vermächtniß sei ein Legat oder Fideicommiss, eine personalis actio zur Geltendmachung seines Anspruches haben; auch sein Recht auf die vermachte Sache mit einer in rem actio geltend machen könne, wo dieß überhaupt der sonstigen Natur des Verhältnisses nach möglich ist, und an der Erbportion des Dnerirten, oder, wenn dieser nicht der eigentliche Erbe ist, an denjenigen einzelnen Sachen, die er selbst vom Erblasser letztwillig erhalten, eine gesetzliche Hypothek haben solle, wodurch zugleich die bisherige bei Vermächtnissen vorkommende in rem missio ganz abgeschafft ward. Fragt man nun, welche persönliche Klage Justinian gemeint habe, so läßt sich nicht ohne Wahrscheinlichkeit behaupten, daß es die fideicommissi persecutio sei, da er ja selbst in einem späteren Gesetze dieß als die Neuerung seiner Constitution bezeichnet⁴¹). Ueber die Natur der anderen Klage, der den Vermächtnisnehmern gestatteten in rem actio, herrscht unter den neuer-

36) Paulli sent. recept. IV. 1. §. 5. L. 69. pr. D. de legatis II. (31.) L. 12. §. 4. D. de legat III. (32.)

37) L. 1. D. de legatis I. (30.)

38) §. 2. J. 2. 24., ferner das legatum tutelae.

39) L. 21. C. de legatis. (6. 37.) Bgl. Marejoll a. a. D. Th. 9, S. 247—249.

40) L. 21. §. 4. C. de testamentis. (6. 23.)

41) Nov. 108. cap. 2. Bgl. Marejoll a. a. D. Bd. 9, S. 275—280.

ren Juristen eine zwiefache Meinung. Die ältere, welche man wohl die herrschende nennen darf, gestattet dem Vermächtnisnehmer eine wirkliche Eigenthumsklage gegen den Dnerirten unter der Voraussetzung, daß die vermachten Sachen dem disponirenden Erblasser eigenthümlich zugehören und dieser den Vermächtnisnehmer nicht zunächst an eine bestimmte onerirte Person, sondern an die vermachte Sache selbst gewiesen habe, und bildet daraus den Fall des *legatum speciei testatoris propriae*, welches noch im neuesten Rechte gelten soll. Dieser Ansicht steht indes der Umstand entgegen, daß Justinian in einer späteren Constitution⁴²⁾, worin er seiner früheren Verordnung gedenkt, dem onerirten Erben verbietet, bei unbedingten Legaten die vermachten Sachen (wie das bisher gestattet gewesen) zu veräußern, und den Vermächtnisnehmern erlaubt, wenn dennoch der neuen gesetzlichen Vorschrift ungeachtet dergleichen Veräußerungen geschehen, die veräußerten Sachen ohne weiteres zu vindiciren. Ein solches Veräußerungsverbot hätte es aber doch wohl übergall nicht bedurft, wenn den Vermächtnisnehmern schon durch das frühere Gesetz ein allgemeines Vindicationsrecht gestattet und ein stillschweigender Eigenthumsübergang angenommen worden wäre. Dazu kommt, daß nach derselben Constitution⁴³⁾ sogar bei bedingten Vermächtnissen die in der Zwischenzeit vom Erben gemachten Veräußerungen rückwärts ungiltig werden sollen; ein sicherer Beweis dafür, daß das Veräußerungsverbot für den Dnerirten und die angedrohte Nichtigkeit der Veräußerung nicht zunächst eine Folge des dem Vermächtnisnehmer schon zustehenden Eigenthums sein kann. Entscheidend ist endlich ein noch späteres Gesetz Justinians⁴⁴⁾, worin ausgesprochen wird, daß der Dnerirte die vermachte Sache zu tradiren verbunden sei, und daß der Vermächtnisnehmer nur durch Tradition dazu gelangen könne. Dennoch scheint es rathlicher, jene den Vermächtnisnehmern allgemein gestattete *in rem actio*⁴⁵⁾ für eine *utilis in rem actio* zu halten, bestimmt zur Sicherung des Vermächtnisnehmers bis zum vollen Eigenthumserwerbe. Die Voraussetzungen, unter welchen sie zusteht, sind, daß nach der ganzen Art des in Frage stehenden Vermächtnisfalles, insbesondere nach der Art des vermachten Gegenstandes überhaupt eine solche Klage denkbar und juristisch möglich sei, und daß der Erblasser wirklich dem Vermächtnisnehmer das Eigenthum an der vermachten Sache habe zuwenden wollen. Dagegen ist es in Betreff der Klage ganz bedeutungslos, welches die Wortfassung des Vermächtnisses ist, ob es ein Legat oder Fideicommiss, oder im ersteren Falle, ob es in

42) C. 3. §. 2 u. 3. C. 6. 43.

43) L. 3. §. 3. C. 6. 43.

44) L. 8. C. ad SC. Trebell. (6. 49.)

45) L. 1. C. 6. 43.: *et non solum personalem actionem praestare, sed et in rem, quatenus eis liceat easdem res, sive quodcunque genus legati sive per fideicommissum fuerint derelictae, vindicare in rem actione instituenda.* Weiter unten: *nihil est grave etiam adversus eum non tantum personalem sed etiam in rem et hypothecariam extendere actionem in rebus, quas a testatore consecutus est.* L. 2. L. 3. §. 2. C. *ibid.* §. 2. J. de *legatis.* (2. 20.) Theoph. ad h. l. tom. I. p. 437. Nov. 108. cap. 2.

der vindications- oder damnationsform angeordnet ist; auch kommt es nicht weiter in Frage, ob der Vermächtnisnehmer zunächst an die Sache selbst oder an eine bestimmte onerirte Person gewiesen ist, sei diese der directe Erbe oder ein Legatar oder Fideicommissar; endlich ist es zur Begründung der Klage einerlei, ob die vermachte Sache dem Testator selbst oder dessen Erben eigenthümlich zugehört. In vielen Fällen wird freilich die Klage mit der dem Vermächtnisnehmer ebenfalls ohne Unterschied der Fälle, des Legates nämlich und des Fideicommisses, gestatteten Pfandklage auf ihrem Gebiete zusammenfallen, doch darf dabei nicht übersehen werden, daß dieses Zusammenfallen nur zufällig ist. — In der späteren L. 2. C. *ibid.*, welche den Zweck hatte, sich der vermachenden Erblasser selbst anzunehmen, damit ihr wahrer Wille realisirt werde, verordnet Justinian weiter, daß bei Anordnung von Legaten und Fideicommissen weiter gar nichts mehr auf die dabei gebrauchten Worte ankommen solle, ob man sich dazu precativer oder directer oder beschwörender Worte bedient habe; ein Fideicommiss soll ferner ebenso gut wie ein Legat und ein Legat so gut wie ein Fideicommiss sein, selbst dann, wenn der Erblasser das Vermächtniß mit einem von beiden Namen ausdrücklich bezeichnet hat; ein jedes dieser Vermächtnisse soll aber auch gleiche rechtliche Wirkungen haben, und aus allen gleichmäßig die persönliche Klage; die in rem actio und die hypothekarische Klage entstehen; endlich soll durch diese Verschmelzung eine neue Theorie herbeigeführt werden, indem die dem Vermächtnisnehmer vortheilhaften Eigenthümlichkeiten des Fideicommisses auf das Legat, und die des Legates auf das Fideicommiss übertragen werden, und wo eine derartige Uebertragung nach den bisher getrennten Theorien der Legate und Fideicommissen mit der Natur der Sache unverträglich ist, soll die Fideicommisstheorie vorwalten, und zwar darum, weil sie von jeher im Ganzen die billigere und günstigere gewesen sei.

Eine gesetzlich ausgezeichnete Gattung der Fideicommissen ist das sogenannte Universalfideicommiss, bei den Römern *fideicommissum hereditatis* genannt, welches darin besteht, daß der Erblasser seinem Erben befiehlt, entweder die ganze Erbschaft oder eine Quote derselben an eine andere Person auszuantworten. Der Erbe heißt hier in der Kunstsprache der römischen Rechtsgelehrten *fiduciarius heres*; der aber, an welchen die Restitution erfolgt, *fideicommissarius*, was die neueren Rechtsgelehrten gewöhnlich in *heres fideicommissarius* umwandeln. In der älteren Zeit bezog sich der Begriff des Universalfideicommisses wohl nur auf den Testamentsfall, da nicht allein das Trebellianische Sc. diesen Fall allein anerkennt⁴⁶⁾, sondern auch die Justinianischen Institutionen und Theophilus auf das Dasein eines gültigen Testaments noch ein besonderes Gewicht legen. Schon zur Zeit der classischen Juristen wurde indes der Begriff auch auf die Intestaterbfolge angewendet⁴⁷⁾. Im Anfange wurde der Fideicommissar nach der Restitution als Erbschaftskäufer behan-

46) L. 1. §. 2. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.) Vgl. L. 1. §. 5. D. *ibid.*

47) L. 1. §. 5. D. 36. 1.

belt⁴⁸⁾, und deshalb zwischen ihm und dem Fiduciar, welcher in der That Erbe blieb, ein imaginärer Kaufvertrag über die Erbschaft abgeschlossen unter Einfügung bestimmter Sripulationen, wodurch der Fideicommissar sich verbindlich machte zur Betretung des Erben gegen die Erbschaftsgläubiger und zu seiner Schadenshaltung, falls er durch eine von den Erbschaftsgläubigern gegen ihn gerichtete Klage zur Zahlung einer Erbschaftsschuld gezwungen würde; und auch der Fiduciar sich verpflichtete, an den Fideicommissar alles herauszugeben, was er von den Erbschaftsschuldnern erhalten würde, und die übrigen gegen diese zustehenden Klagen dem Fideicommissar in der Weise zu cediren, daß dieser sie als dessen Stellvertreter (gleichviel ob in der Form der Procuratur oder Cognitur) anzustellen vermöchte. Eine andere Gestalt erhielt diese Lehre durch das Trebellianische Senatusconsult vom Jahre d. St. 814⁴⁹⁾, welches, von der Ansicht ausgehend, daß es viel billiger sei, denjenigen, welcher den Vortheil der Restitution genießt, auch zur Einlassung und Antwort auf die Erbschaftsklagen zu zwingen, als den Erben, welcher durch die Restitution das vom Erblasser in ihn gesetzte Vertrauen gerechtfertigt hat, dadurch in Schaden zu bringen, verordnete, daß die Erbschaftsklagen fernerhin nicht mehr dem Fiduciar und gegen denselben zu stehen, sondern vielmehr dem Fideicommissar und gegen ihn ertheilt werden sollten. Diese Vorschrift ward durch das Dazwischentreten des Prätors so in das Werk gesetzt, daß dem Fideicommissar und gegen denselben ausgedehnte Klagen (*utiles actiones*) gestattet wurden⁵⁰⁾, während die dem Fiduciar und gegen denselben zustehenden directen Klagen durch die Gestattung von Einreden abgewiesen wurden⁵¹⁾. Da indeß auch nach diesem Senatusconsulte es immer noch von der Willkür des Fiduciars abhing, ob er das ihm übertragene Vermächtniß ausantworten wollte oder nicht, weil er ja nicht zum Erbschaftsantritte gezwungen werden konnte, und deshalb eine Menge von Universal-fideicommissen unwirksam wurden⁵²⁾, so verordnete das Pegasianische Senatusconsult unter Vespasian, daß es dem Fiduciar erlaubt sein solle, von allen Universal-fideicommissen ebenso den vierten Theil abzuziehen, als es dem Erben in Betreff der Legate durch das Falcidische Gesetz bereits gestattet worden war⁵³⁾; daß ferner bei der Restitution eines Universal-fideicommisses in Folge des Sc. der Fiduciar die Erbschaftsklagen anstellen und beantworten, der Fideicommissar dagegen die Stelle des *legatarius partiaris* einnehmen solle⁵⁴⁾, und endlich, daß wenn der Erbe wegen angeblicher

48) *Caius*, inst. II. §. 252. §. 8. J. 2. 23. *ibique Theophilus*.

49) Die Worte des Sc. sind erhalten in L. 1. §. 2. D. 36. 1.

50) *Caius*, inst. II. §. 253. §. 4. J. 2. 23.

51) L. 1. §. 4. D. 86. 1. L. 27. §. 7. D. *ibid.* erwähnt in Beziehung auf den Fiduciar die *exceptio restituta hereditatis*.

52) *Caius*, inst. II. §. 254.

53) *Caius*, inst. II. §. 254. §. 5. J. 2. 23.

54) *Caius*, inst. II. §. 254. §. 5. J. 2. 23. *Ulpiani fragm.*
25. 15. *Paulli sent. recapt.* 4. 3. §. 1.

Insolvenz der Erbschaft dieselbe anzutreten verweigert, er auf Verlangen des Fideicommissars in Folge des Befehles des Prätors dieselbe antreten und nach den Grundsätzen des Trebellianischen Senatusconsultes restituiren solle⁵⁵). Die übrigen Capitäl des Senatusconsultes, welche den Abzug der Quart von Singularvermächtnissen betreffen⁵⁶) und die den Kinderlosen und Unverheiratheten hinterlassenen Fideicommissen nach den Grundsätzen der Caduken behandeln⁵⁷), gehen uns hier überall nichts weiter an. Seit diesem Senatusconsulte finden wir in den römischen Rechtsquellen bis auf Justinian herab zwei verschiedene Restitutionsformen für die Universalfideicommissen, die ex SC. Trebelliano und die ex SC. Pegasiano⁵⁸). Im zuerstgenannten Falle entbehrte der Erbe alles und jeden Anspruches auf die Quart, und, wenn er schon dem Namen nach Erbe blieb, so vertrat ihn doch der Fideicommissar activ und passiv durch die utiles actiones, in welchen er als Erbe fingirt ward⁵⁹). Diese Restitutionsform war für ihn nothwendig, wenn er die Erbschaft gezwungen antat, und rathlich, wenn das Universalfideicommiss nicht über drei Viertel der Erbschaft betrug. Im zuletzt genannten Falle blieb der Fiduciar nicht nur dem Namen, sondern auch der That nach Erbe, so daß er alle Erbschaftslasten tragen, mithin die Erbschaft activ und passiv gegen die Erbschaftsgläubiger und Erbschaftsschuldner vertreten mußte; der Fideicommissar hingegen wurde als Partiallegatar betrachtet und, wenn er gleich mit dem Vertreten der Erbschaft nichts zu thun hatte, so hatte er doch seinen Antheil am Gewinne und Verluste der Erbschaft⁶⁰), was durch die sogenannten stipulationes partis et pro parte ermöglicht ward, welche eigentlich das Verhältniß des Erben zu dem Partiallegatar regulirten und den Zweck hatten, diesen auf dem genannten Wege auf so viel verbindlich zu machen, als der Erbe auf dessen Antheil den Erbschaftsgläubigern zahlt, und ihm umgekehrt von den Erbschaftsaußenständen so viel durch die Hand des Erben zuzuwenden, als auf seinen Fideicommisstheil kam⁶¹). Falls nun der Fiduciar bei dem freiwilligen Antritte der Erbschaft von seinem Abzugsrechte der Quart Gebrauch zu machen nicht gesonnen war, wurden die stipulationes partis et pro parte durch die Stipulationen, welche bei dem Erbschaftskaufe stattfanden, ersetzt⁶²). Justinian, welcher diese beiden Restitutionsformen noch vorfand, verschmolz dieselben in einer

55) Caius, inst. II. §. 258. Ulpiani fragm. 25. 16. §. 6. J. 2. 23.

56) Caius, inst. II. §. 254. §. 5. J. 2. 23.

57) Caius, inst. II. §. 286.

58) Caius, inst. II. §. 255—257. Ulpiani fragm. 25. §. 14 u. 15. Pauli sent. rec. IV. 2., 3. §. 1 u. 2., §. 5. u. 6. J. 2. 23.

59) Caius, inst. II. §. 252. 253. Bgl. L. 44. §. 1. D. 36. 1.

60) Ulp. fragm. 25. 15.: commoda et incommoda hereditatis communicantur inter heredem et eum, cui reliquae partes restitutae sunt. Theoph. II. 23. §. 5. tom. I. p. 495 sq. Nur zu Mißverständnissen gibt Paulus, sent. recept. IV. 3. 1. Veranlassung.

61) Die Formeln siehe bei Theoph. l. c. tom. I. p. 496.

62) Caius, inst. II. §. 257. §. 6. J. 2. 23. ibique Teoph. tom. I. p. 497.

Constitution, welche zwar in den Justinianischen Codex eingetragen worden ist, aber in unseren Handschriften dieses Rechtsbuches sich nicht erhalten hat. Nach dem Auszuge derselben, welcher in Justinians Institutionen⁶³⁾ und deren Erklärer Theophilus sich vorfindet, bestand die Neuerung des Kaisers darin, daß das Pegasianische Senatusconsult ganz aufhören und die Restitution jedes Universalfideicommisses nur ex SC. Trebelliano geschehen sollte, und zwar dergestalt, daß der Fiduciar stets den vierten Theil frei haben mußte. Wollte er nichts frei haben oder trat er die Erbschaft gezwungen an, so blieb es dabei, daß er in keiner Weise durch den Erbschaftsantritt in Haftung und Gebühr kam. Demnach fielen alle Stipulationen zwischen dem Fiduciar und dem Fideicommissar als unnöthig hinweg und das Verhältniß beider zu einander gestaltete sich durch das Zusammentreffen der civilen und prätorischen Erbschaftsvertretung dem Verhältnisse der Miterben analog, so daß dem Fiduciar und gegen ihn auf seinen Erbtheil die directen Klagen zustanden, während dem Fideicommissar in Betreff seines Fideicommisses die ausgedehnten Klagen gestattet wurden⁶⁴⁾. Der Zwang zum Antritte der angeblich wegen Schulden verdächtigen Erbschaft blieb zwar auch fernerhin fortbestehen, allein diese Verfügung ist dem Trebellianischen Senatusconsult von Justinian zugeschrieben worden⁶⁵⁾. Durch diese Verordnung sind in den Pandektenfragmenten und den Codexconstitutionen eine Reihe von Interpolationen und Weglassungen veranlaßt worden; der Name des Pegasianischen Sc. ward überall gestrichen, oder mit dem des Trebellianischen vertauscht, und nur diesem die Berechtigung des Erben zum Abzug der Quart, und die des Fideicommissars zur Erzwingung des Erbschaftsantrittes zugeschrieben.

Daß sich aber die von Justinian herbeigeführte Gleichstellung der Legate und Fideicommissar auf die Universalfideicommissar beziehe, kann nach den allgemein lautenden Worten der betreffenden Constitutionen nicht füglich bezweifelt werden⁶⁶⁾. Auch deutet darauf unfehlbar der Umstand, daß das *legatum partitionis*, welches nach dieser Verordnung ganz im Universalfideicommissar aufgehen mußte, in den Justinianischen Institutionen und bei Theophilus als ein antiquirtes Rechtsinstitut behandelt wird⁶⁷⁾.

Nach dieser geschichtlichen Uebersicht wird es möglich sein, die Grundsätze, nach welchen Universalfideicommissar im Justinianischen Rechte beurtheilt werden müssen, im Detail darzustellen. Fragen wir zunächst nach der Zeit der Restitution, so entscheiden hier die allgemeinen Regeln von dem Anfall und der Ausklagung der Vermächtnisse (s. den Art. Vermächtnisse). Was ferner die Form der Restitution anbelangt, so ist freilich

63) §. 7. J. 2. 23.

64) Arg. L. 44. §. 1. D. 36. 1. Am deutlichsten ist Theoph. l. c. §. 9. tom. I. p. 501.

65) §. 7. J. 2. 23. ibique Theoph. tom. I. p. 100.

66) Vgl. Marczoll a. a. D. Th. 9, S. 268, 269.

67) §. 5. J. 2. 23. ibique Theoph. tom. I. p. 495.

die Auslieferung der Erbschaftsachen an den Fideicommissar die natürlichste; doch kann sich der letztere — natürlich mit Wissen und Willen des Fiduciars — auch in den Besitz der Erbschaftsachen setzen⁶⁸⁾. Daß auch eine einfache mündliche oder durch einen Boten mitgetheilte Restitutionserklärung hinreicht, ist zwar ziemlich allgemein angenommen⁶⁹⁾, wird aber nicht durch die zum Beweise der Behauptung angezogenen Stellen der classischen Juristen⁷⁰⁾ erwiesen, da diese nur den Uebergang der Klagen an den Fideicommissar mit der mündlichen Erklärung des Fiduciars in Verbindung bringen. Für successive Fideicommissare ist die Restitutionsform auch bei dem zweiten und dritten Fideicommissar die nämliche wie bei dem ersten⁷¹⁾, freilich mit der Beschränkung, daß, wenn der zweite Fideicommissar identisch ist mit dem Fiduciar, es nicht der *utiles actiones* bei der Restitution bedarf, da ja für diesen überall schon die directen Klagen ausreichen⁷²⁾. Die Natur der Restitution charakterisirt sich nicht als *Solution*, sondern als *Succession*⁷³⁾, da ja auch die Schulden, welche auf dem Fideicommissartheile der Erbschaft lasten, zugleich mit auf den Fideicommissar übertragen werden. Specielle Regeln über die Restitution sind folgende: a) sie muß vollständig geschehen, d. h. der Fiduciar muß alles abliefern, was er *hereditatis nomine* empfangen hat⁷⁴⁾. Hat der Fiduciar eigne Gläubiger mit Erbschaftsgeldern abgefunden, so muß er aus eignen Mitteln eine gleiche Summe ersetzen⁷⁵⁾. Hat er zur Erbschaft gehörige Sachen verkauft oder vertauscht, so muß er, was er dagegen empfangen, abliefern⁷⁶⁾. Auch ist der Fiduciar verpflichtet, dem Fideicommissar jeden durch seine Schuld verursachten Schaden zu ersetzen⁷⁷⁾ (eine Ausnahme gilt in Rücksicht der rückständigen Zinsen, an deren Eintreibung sich der Fiduciar versäumt hat; diese gehen mit der Restitution sofort auf den Fideicommissar über⁷⁸⁾), und diese Schuld wird beurtheilt nach dem Grade von Fleiß, welchen der Fiduciar bei seinen eigenen Sachen anwendet. In Abzug kommen von der zu restituierenden Masse alle Früchte und Nutzungen, welche der Erbe vom Antritte der Erbschaft an bis zum Zeitpunkte der Restitution aus der Erbschaft gezogen hat⁷⁹⁾, außer wenn der Fiduciar im Verzuge sich

68) L. 37. pr. D. 36. 1.

69) So noch Rosshirt, die Lehre von den Vermächtnissen Th. 1, S. 166.

70) L. 37. pr. D. 36. 1. L. 63. pr. D. *ibid.* Zur Erklärung dieser Stellen vgl. Marejoll a. a. D. Th. 9, S. 119—123.

71) L. 1. §. 8. D. 36. 1.

72) L. 70. pr. D. 36. 1.

73) L. 38. D. 36. 1.

74) L. 17. pr. L. 18. §. 3. L. 78. §. 12—16. D. 36. 1. L. 18. §. 2. D. *ibid.* L. 59. §. 1. D. *ibid.*

75) L. 72. D. de leg. II. (31.)

76) L. 70. §. 3. L. 71. D. 31.

77) L. 70. §. 1. L. 22. §. 3. D. *ibid.*

78) L. 58. §. 2. D. 36. 1. L. 44. §. 1. D. *ibid.* Vgl. Rosshirt, die Lehre von den Vermächtnissen Th. 1, S. 177—179.

79) L. 44. §. 1. L. 18. pr. §. 2. L. 27. §. 1. D. 36. 1. L. 22. §. 2. D. 36. 1.

befindet⁸⁰⁾; ferner kommt in Abzug alles, was der Fiduciar nach dem ausgesprochenen Willen des Erblassers behalten soll, also nicht allein Sachen, welche dieser ihm vorbehalten hat⁸¹⁾, sondern auch die ihm ausgesetzten Legate und Fideicommiss⁸²⁾; auch wird abgerechnet alles, was er aus den Gütern des Erblassers vertragsweise empfangen hat⁸³⁾; alles, was er von dritten Personen der Erfüllung einer Bedingung halber oder vom Fideicommissar erhält⁸⁴⁾, und alle zum Besten der Erbschaft aufgewendeten Unkosten⁸⁵⁾; endlich auch das Recht auf das Erbegräbniß verbleibt dem Fiduciar ungeschmälert⁸⁶⁾. b) Die Restitution muß ganz nach dem Willen des Erblassers geschehen. Daher auch die dem Fiduciar ausgesetzten Legate und die von ihm nach dem Antritte der Erbschaft aus ihr gezogenen Früchte zu restituiren sind, wenn dieß der Erblasser ausdrücklich verordnet⁸⁷⁾; ferner die Restitution nichtig ist, wenn sie vor dem Eintritte der vom Erblasser hinzugesetzten Suspensivbedingung geschieht⁸⁸⁾. c) Der Abzug der Quart vom Universal-fideicommiss geschieht nach denselben Regeln, welche von dem Abzuge der Falcidischen Quart bei Legaten gelten. Dieß ergibt sich schon daraus, daß diese (Trebellianische) Quart ursprünglich weiter nichts ist, als eine Ausdehnung der Falcidischen auf Universal-fideicommiss⁸⁹⁾. Auch würde man schwerlich jemals eine abweichende Meinung aufgestellt haben, wenn nicht L. 91. D. ad legem Falcidiam (35. 2.) hier Schwierigkeiten machte, welche einen Unterschied beider Quartan darin zu setzen scheint, daß bei der (Trebellianischen) Quart der Fiduciar manches sich in dieselbe einrechnen lassen müsse, was dem Erben bei der Falcidischen nicht imputirt wird⁹⁰⁾. Ja man hat in Bezug auf diese Stelle sogar die Meinung aufgestellt, daß im zuerstgenannten Falle alles, was der Erbe titulo singulari aus der Erbschaft empfängt, in Anrechnung komme, was im zuletztgenannten nicht vorkommt. Nimmt man indeß aus der angezogenen Stelle die Worte heraus, welche auch die florentinische Pandektenhandschrift nicht in den Text einfügt und schon durch ihre ganze Fassung verdächtig erscheinen müssen, so scheint sie in der That nichts zu enthalten, was auf eine Verschiedenheit beider Quartan deutete. Man verbinde nur die Worte extra quartam id est mit dem Causalsatze quod a coherede accipitur, und verstehe den gleich vorhergehenden Satz von dem Universalserben, welcher mit Ausantwortung des Fideicommisses belastet ist, dessen Legate

80) L. 44. §. 1. L. 18. pr. L. 27. §. 1. D. 36. 1.

81) L. 72. D. 36. 1. L. 78. §. 13. D. ibid.

82) L. 96. D. de leg. III. (32.) L. 18. §. 3. D. 36. 1.

83) L. 59. §. 1. D. 36. 1. L. 68. D. de legatis II. (31.)

84) L. 44. §. 4. D. de conditionibus et demonstrationibus. (35. 1.)
L. 44. §. 7. D. de conditionibus et demonstrat. (35. 1.)

85) L. 19. §. 2. D. 36. 1.

86) L. 42. §. 1. D. 36. 1.

87) L. 3. §. 4. L. 18. pr. L. 32. D. ibidem.

88) L. 9. §. 3. D. 36. 1.

89) Caius, inst. II. §. 254.

90) Vgl. die Exegese dieser Stelle bei Rosshirt a. a. D. Th. 1, S. 188—201.

und Fideicommissum aber dadurch an Wirkung verlieren, weil er keinen Miterben hat. Dann sagt die Stelle nur so viel, daß dergleichen Vermächtnisse, insoweit sie ihm durch die Hand eines Miterben zukommen, auch nicht in die Quart eingerechnet werden (ganz wie dieß bei den Legaten der Fall ist); insoweit sie aber durch das Nichtvorhandensein eines damit nicht onerirten Miterben ungiltig werden, wenigstens nach dem erweislichen Willen des Erblassers als Theile der Quart angesehen werden sollen. Diese Erklärung wird auch dadurch nicht wenig unterstützt, daß nach anderen Stellen der Justinianischen Rechtsbücher wenigstens von Prälegaten (die doch hier besonders hervorgehoben werden) ausdrücklich bezeugt wird, daß sie nicht in die (Trebellianische) Quart eingerechnet werden⁹¹⁾. Eine Ausnahme erleiden diese Grundsätze 1) in Bezug auf alles, was der Erbe an baarem Gelde für die Restitution des Fideicommisses empfängt, da dieß ihm nach einer ausdrücklichen Vorschrift des Antoninus Pius in die Quart eingerechnet werden soll⁹²⁾. 2) Im Falle der Erbsetzung von Kindern, welche, wenn sie kinderlos versterben, die Erbschaft als Fideicommiss an die überlebenden Geschwister oder weiteren Descendenten des Erblassers zu restituiren haben. Hier kommen nämlich die Früchte der Erbschaft nicht bei der Berechnung der Quart in Betracht nach einer Verordnung des Kaisers Zeno⁹³⁾, wenn schon dieselben sonst immer einzurechnen sind, insoweit sie nach dem Willen des Erblassers dem Erben gehören⁹⁴⁾. — Der Abzug der Quart findet bei successiven Universal-fideicommissen nur in der ersten Restitution statt⁹⁵⁾, nicht aber in den folgenden. Daher der zweite Restituent, wenn der Fiduciar von der Quart keinen Gebrauch macht, gewöhnlich sie auch dem zweiten Fideicommissar nicht abziehen darf, außer wenn er nachweisen kann, daß sie ihm vom Fiduciar geschenkt worden sei⁹⁶⁾, oder der zweite Fideicommissar mit dem Fiduciar identisch ist⁹⁷⁾. Zum Zwecke des Abzuges der Quart steht dem Fiduciar zwar keine besondere Klage zu; daher eine Nachforderung derselben, wenn das Fideicommiss vollständig ausgezahlt worden, in der Regel unzulässig ist, außer wenn der Irrthum des Fiduciars zum Behufe der *condictio indebiti* nachgewiesen werden kann⁹⁸⁾. Doch bleibt es immerhin dem Fiduciar vorbehalten, den Besitz der Erbschaftsachen zu beanspruchen oder gegen die Klagen des Fideicommissars die *doli mali exceptio* zu brauchen oder auch den Erbschaftsschuldnern zu denunciiren⁹⁹⁾. — Die Wirkungen der Restitution reguliren sich nach den Grundsätzen des Trebellianischen Sc., welches von ihr den Klagenübergang

91) L. 86. D. 35. 2. L. 24. C. familiae herciscundae. (3. 36.)

92) L. 91. D. 35. 2. L. 63. §. 5. D. 36. 1. L. 58. §. 3. D. ibid. L. 93. D. 35. 2.

93) L. 6. pr. C. ad Sc. Trebellianum. (6. 49.)

94) L. 18. §. 1. L. 22. §. 2. L. 58. §. 5. D. ibid.

95) L. 27. §. 8. L. 22. §. 5. D. 36. 1.

96) L. 1. §. 19. L. 55. §. 2. D. 36. 1.

97) L. 55. §. 3. D. 36. 1.

98) L. 68. §. 1. D. 36. 1. L. 21. D. ibid.

99) L. 21. D. ibid.

an den Fideicommissar abhängig machte. Diese Translation ist in ihrer Wirkung dauernd¹⁰⁰⁾, und bewirkt für den Fiduciar ein völliges Freiwerden von aller und jeder Verbindlichkeit, sich auf die Erbschaftsklagen einzulassen¹⁰¹⁾, ausgenommen wenn die gegen ihn angestellte Klage eine temporäre ist, ihre Verjährung zu befürchten steht und der Fideicommissar abwesend ist¹⁰²⁾. Uebrigens erstreckt sich die Translation nur auf solche Klagen, welche unmittelbar aus der Erbschaft entstehen¹⁰³⁾. Daher verbleiben dem Fiduciar immer noch solche Klagen, welche in einem Delicte, was an Erbschaftsachen verübt worden ist, ihren Grund haben¹⁰⁴⁾, ferner solche, welche aus den dem Fiduciar bestellten Pfandrechten entstehen¹⁰⁵⁾, die *operarum actio*¹⁰⁶⁾, und alle bereits durch *Litiscontestation* anhängig gemachten Prozesse¹⁰⁷⁾. Die weiteren Folgen der Restitution hängen einfach mit diesem Klagenübergange zusammen. Demnach wird der Fideicommissar verpflichtet, die auf seinem Theile ruhenden Vermögensnisse auszuzahlen¹⁰⁸⁾, die Erbschaftsschulden verhältnißmäßig zu tragen und die Zinsen von Capitalien, welche nach dem Antritte der Erbschaft, aber vor der Restitution fällig geworden und vom Fiduciar nicht bezahlt worden sind, abzuführen¹⁰⁹⁾, während ihm umgekehrt die Befugniß zusteht, Zinsen, welche der Fiduciar in der Zwischenzeit nicht eingefordert hat, einzuklagen. Dem Fiduciar werden aber auch alle Rechte, welche durch den Erbschaftsantritt für ihn verloren gegangen sind, bei der Restitution redintegriert. Namentlich gilt dieß von Forderungen des Fiduciars an den Erblasser, deren Betrag entweder bei der Restitution in Abzug kommt oder, wenn dieß nicht geschieht, vom Fideicommissar nachverlangt werden kann¹¹⁰⁾; vom Pfandrechte, welches auch nach der Restitution *ipso iure* fortbesteht mit Hilfe der Fiction einer *naturalis obligatio*^{110a)}; endlich auch von den Prädialservituten, von welchen angenommen wird, daß sie durch die Confusion gar nicht aufgehoben worden sind¹¹¹⁾. Umgekehrt werden auch die Forderungsrechte des Erblassers an den Fiduciar, welche durch den Antritt der Erbschaft erlöschen, bei der Restitution insoweit wiederhergestellt, als der Fideicommissar daran theilhaft ist¹¹²⁾, und von den dem Erblasser an den Grundstücken des Erben zustehenden

100) L. 63. §. 2. D. *ibid.* L. 55. §. 5. D. *ibid.*

101) L. 27. §. 7. D. 36. 1.

102) L. 49. pr. D. 36. 1.

103) L. 66. §. 2. D. 36. 1.

104) L. 66. §. 2. D. 36. 1.

105) L. 73. pr. D. *ibid.* Anders ist es bei dem *Constitutum* und

der *Fidei iussio* L. 21. pr. D. de *fidei iuss.* (46. 1.) L. 22. D. de *pecun. constit.* (13. 5.)

106) L. 55. pr. D. 36. 1.

107) L. 78. §. 15. L. 63. §. 2. D. 36. 1. L. 55. §. 5. D. *ibid.*

108) L. 2. C. 6. 49.

109) L. 58. §. 2. D. 36. 1.

110) L. 80. D. 36. 1. *sed fideicommissi repetitio est.*

110a) L. 59. pr. D. 36. 1.

111) L. 73. §. 1. D. 36. 1.

112) L. 58. pr. D. 86. 1.

Präbialservituten wird behauptet, daß sie durch die Erbschaftserwerbung gar nicht untergehen¹¹³⁾.

Besondere Vorschriften finden sich in den Justinianischen Rechtsquellen für den Fall, wenn der Erbe wegen angeblicher Insolvenz der Erbschaft sich weigert, die Erbschaft anzutreten und dadurch dem Fideicommissum die Gefahr des Unterganges droht. Dann kann der Erbe zur Erwerbung der Erbschaft gezwungen werden. Die Form, in welcher dieser Zwang ausgebracht wird, ist ein einfacher Antrag¹¹⁴⁾ bei dem Magistratus, welcher das Imperium hat¹¹⁵⁾, und dieser erläßt auf diesen Antrag das Zwangsdecret an den Fiduciar¹¹⁶⁾. Gehorcht der Fiduciar nicht, so bedarf es nach neuerem Rechte keiner weiteren Zwangsmittel, denn es wird angenommen, daß die Erbschaft angetreten worden nach einer Constitution Justinians, welche diese Fiction auch dann eintreten läßt, wenn der Fiduciar erblos verstorbt oder ein bereits restituirtes Fideicommissum einem Dritten zu restituiren ist¹¹⁷⁾. Die Bedingungen, unter welchen dieser Zwang eintritt, sind: 1) daß ein Universalfideicommissum überhaupt vorliege. Bei Einzelsachen ist der Zwang ausgeschlossen¹¹⁸⁾. 2) Daß es die Erbschaft des Erblassers selbst, nicht die eines Dritten betreffe. Daher der Zwang bei dem fideicommissum alienae hereditatis, ausgeschlossen bleibt¹¹⁹⁾. 3) Daß der Fiduciar erkläre, daß es ihm unvortheilhaft zu sein scheine, sich mit der Erbschaft zu befassen¹²⁰⁾. 4) Daß der, welcher den Zwangsantrag stellt, erklärt, daß die Erwerbung der Erbschaft auf seine Gefahr vor sich gehen solle¹²¹⁾. 5) Daß derselbe dem Fiduciar für alles, was dieser durch die Erwerbung der Erbschaft verliert, Entschädigung leiste oder wenigstens anbiete¹²²⁾. Der Zwang selbst tritt in verschiedenen Formen ein; bei den voluntarii heredes unter der Form der Adition, bei den sui et acoessorii unter der der Immirction¹²³⁾, gegen den Fiscus, welchem die Güter als Vacantia deferirt werden, unter der Form der Vindication¹²⁴⁾. Ist die Erbeinsetzung des Fiduciaris von

113) L. 73. §. 1. D. 36. 1.

114) L. 22. §. 1. L. 16. §. 11 u. 13. L. 63. §. 13. L. 64. §. 1. D. 36. 1.

115) L. 13. §. 4. D. 36. 1. Der Prätor wird genannt in L. 27. §. 13. L. 52. §. 1. D. 36. 1. Auf Befehl des Präses kann der Zwang auch von der Municipalobrigkeit ausgebracht werden. Pauli. sent. rec. IV. 4. §. 2.

116) L. 67. pr. D. 36. 1.

117) L. 7. §. 1. C. 6. 49.

118) L. 14. §. 6. L. 16. §. 1—3. D. 36. 1. L. 17. D. si quis omiassa caussa. (29. 4.) Bei dem Solbatentestamente ist es anders. L. 16. §. 6. D. 36. 1.

119) L. 27. §. 9 u. 10. D. 36. 1. L. 16. §. 6. D. ibid.

120) L. 9. §. 2. D. 36. 1.

121) L. 16. §. 7. L. 71. D. 36. 1.

122) L. 11. pr. L. 27. §. 15. D. ibid.

123) L. 6. §. 2. L. 27. §. 3. D. 36. 1.

124) L. 6. §. 3. D. 36. 1.

einer Suspensivbedingung abhängig, deren Erfüllung von der Willkür des Fiduciars abhängt, so wird der prätorische Zwang auch auf die Erfüllung dieser erstreckt, falls sie leicht auszuführen ist, auch sonst keine Turpitudō enthält¹²⁵⁾; doch muß der Antragsteller jedenfalls die zur Erfüllung nöthigen Kosten dem Fiduciar vorher offeriren¹²⁶⁾. Sonst tritt der Zwang auch während der erbetenen Bedenkzeit ein, doch mit Vorbehalt der Rechte, die von der freiwilligen Erwerbung der Erbschaft abhängen¹²⁷⁾. Sind mehrere Fiduciare vorhanden, so kann er auch schon gegen den Einen ausgebracht werden¹²⁸⁾. Die besonderen Wirkungen der erzwungenen Restitution erklären sich alle aus dem obersten Grundsatz, daß dem Fiduciar, welcher gezwungener Maßen die Erbschaft erwirbt, aus dieser Handlung eben so wenig ein Vortheil als ein Nachtheil erwachsen solle¹²⁹⁾. Folgen dieses Grundsatzes sind es 1) daß der Fiduciar seinen Anspruch auf die Quart verliert¹³⁰⁾, ferner die Prælegate¹³¹⁾, die Substitution¹³²⁾ und alles, was in der Person des Fideicommissars Creptorium wird¹³³⁾. Ausgenommen ist, was der Fiduciar von einem Singularfideicommissar bei Erfüllung einer Bedingung halber erhält¹³⁴⁾, ferner die von der Zeit des Erbantrittes bis zur Restitution aus der Erbschaft gezogenen Früchte¹³⁵⁾. 2) Daß der Fiduciar, der nur theilweise oder Mehreren die Erbschaft zu restituiren hat, die ganze Erbschaft zu Gunsten des Zwingenden verliert¹³⁶⁾. 3) Daß die Verpflichtung, die Legate und Fideicommissare auszuzahlen, auf den Fideicommissar übergeht, dem es indeß vorbehalten bleibt, davon die Quart abzuziehen¹³⁷⁾.

Heimbach.

Findling. Betrachtet man die Frage, wie sich das Rechtsgefes über den Findling, gewöhnlich ein ausgefetztes Kind¹⁾, ausspricht, so beschränkt sich die Justinianische Gesetzgebung²⁾ auf die Bestimmung, daß

125) L. 63. §. 7. L. 64. §. 1. L. 31. §. 2. D. 36. 1.

126) L. 7. D. 36. 1. L. 31. §. 2. L. 63. §. 7 u. 8. D. ibid.

127) L. 30. pr. L. 71. D. ibid.

128) L. 16. §. 7. D. ibid. L. 11. §. 1. D. ibid.

129) L. 30. D. 36. 1. L. 14. §. 4. L. 27. §. 2., 14 u. 15. L. 55.

S. 3. ibid.

130) L. 14. §. 4. L. 64. §. 3. L. 16. §. 9. D. ibid.

131) L. 27. §. 14 u. 15. L. 55. §. 3. D. 36. 1.

132) L. 27. §. 2. D. 36. 1.

133) L. 67. §. 3. D. 36. 1.

134) L. 44. §. 4 u. 5. D. de condit. et demonstrat. (35. 1.) L. 34.

D. de conditione indebiti. (12. 6.)

135) L. 27. §. 1. D. ibid.

136) L. 16. §. 4 u. 10. D. 36. 1. L. 1. §. 9. D. ibid. L. 28. D.

ibid.

137) L. 3. pr. u. §. 1. D. 36. 1. L. 63. §. 11. D. ibid.

1) Auch eine erwachsene Person kann Findling sein, z. B. ein Taubstummer, der keine Auskunft zu ertheilen vermag. Wir haben solche Beispiele aus neuester Zeit.

2) Vgl. im XlII. Bynkershoek, Opuscula. Tom. II. Hal. 1729.: III. De iure occidendi, vendendi et exponendi liberos apud veteres Romanos, p. 105—175.

er als legitim anzusehen sei³⁾. L. 3. Cod. de infant. expos. (8. 52.) Die wichtigste Frage betrifft die Verbindlichkeit zur Erhaltung und Verpflegung des Findlings. So wie man annimmt, daß die Staatsgesellschaft überhaupt die Verbindlichkeit hat, für die Erhaltung und Pflege derer zu sorgen, welche außer Stand sind, sich selbst zu erhalten, auch in keinem anerkannten Verhältnisse zu solchen stehen, welche zu Alimentation verbunden sind (s. den ersten Band dieses Lexikons Art. Alimentationspflicht oder Alimentationsverbindlichkeit S. 186—190), so hat sie auch die Verbindlichkeit, diese Sorge dem Findling zuzuwenden⁴⁾. Besitzt der Staat Findelhäuser⁵⁾, so versorgt er sie in denselben. Sonst pflegen die Waisenhäuser dazu zu dienen. So heißt es z. B. in einer von dem Markgrafen Carl Friedrich von Baden-Durlach erlassenen, S. 57 flg. der Gerstlacher'schen Sammlung der Baden-Durlach'schen Verordnungen, Bd. 2, Frankf. 1774, abgedruckten Verordnung: Hat sich Zweifel erhoben, ob auch die Findlinge der Wohlthat des Waisenhauses sich zu getrösten haben, als welche, da man von dem Bürgerrechte ihres Vaters natürlicher Weise nichts wissen kann, bis anhero den Gemeinden, allwo sie gefunden worden, zur Last geblieben sind. Nachdem aber dergleichen Kinder, da sie von ihren eigenen Eltern so böstlich verlassen worden, ein menschliches und christliches Erbarmen am meisten verdienen — lassen wir den von Unserer Waisenhauscommission gemachten Antrag hiermit Uns gefallen, daß alle dergleichen Kinder, sobald von Unsern Oberämtern bescheinigt ist, daß sie Findlinge sind, in Unser Waisenhaus aufgenommen, auch den Städten und Dorfgemeinden dessfalls einiger Beitrag nicht abgefordert werden solle. In einigen Staaten werden die Findlinge auf öffentliche Kosten Privaten zur Pflege überlassen. So schreibt z. B. (s. Wopp, der hessische Rechtsfreund [Darmst. 1837], S. 292, 293, s. v. Findlinge) eine Verordnung vom Jahre 1818 für die beiden älteren Provinzen des Großherzogthums Hessen vor: daß die Findlinge so lange, bis sie sich selbst zu ernähren im Stande sind, von der Polizei- und Armenbehörde des Ortes, wo das ausgefeste Kind gefunden worden, rechtlichen Leuten gegen ein bestimmtes jährliches Kostgeld in Kost und Verpflegung gegeben und

3) Kress, commentatio in C. C. C. (Hann. 1760.) p. 428. (ad art. 132.) Leyser, medit. ad Pand. Vol. 9. Sp. 613.: De expositione infantium. Medit. 9. Dag. J. H. Boehmer, ius eccles. prot. Lib. 5. Tit. 2. §. 11.

4) Leyser l. c. Medit. 6 und Vol. 5. Spec. 324.: De alimentis publicis. Med. 3. Koch, institutiones iuris criminalis. Edit. 6. (Jenae 1783.) §. 479. Einert, dissert. de onere alendi infantes expositos. Lips. 1778. Strube, rechtliche Bedenken Th. 1, Bed. 171, §. 2. Heinzius, de eo, quod iustum est circa expositionem infantium p. 40. 41.

5) Frank, System einer vollständigen medicinischen Polizei Bd. 5 (1791), S. 348 flg.: Von Findlings- und Waisenhäusern. §. 5: Wer sich derselben (der Findlinge) anzunehmen habe (S. 391—395). Weber, systematisches Handbuch der Staatswirthschaft Bd. 1, Abth. 1 (Berl. 1804), §. 55: Von Fürsorge der Polizei für Aufnahme der elternlosen und ausgefetzten Kinder in Findel- und Waisenhäusern.

dieses Kostgeld aus der Oberpolizeicasse der Provinz bestritten werden solle. (In der Provinz Rheinhesfen bestehen besondere Anstalten für Findelkinder, in welchen diese bis zum siebenten Jahre verpflegt werden; alsdann werden sie bei Privaten in Pension gegeben. Ueber Hannover s. Strube a. a. D., über Sachsen Berger, *oeconomia iuris* edit. 7. (Lips. 1771.) Lib. 1. Tit. 2. §. 16., über Oesterreich Frank a. a. D. S. 393.)

Nach dem Art. 58 des französischen, also auch in einem Theile von Deutschland herrschenden, Civilgesetzbuches ist jeder, der ein neugebornes Kind findet, verbunden, es nebst den bei ihm gefundenen Kleidungsstücken und anderen Effecten dem Civilstandsbeamten zu überliefern und alle Umstände der Zeit und des Ortes, wo es gefunden worden ist, anzugeben. Hierüber ist ein ausführliches Protocoll aufzunehmen, welches außerdem das anscheinende Alter des Kindes, sein Geschlecht, die Namen, die man ihm geben, und die Civilbehörde, welcher man es überliefern will, enthalten soll. Das Protocoll ist in die Register einzutragen⁶⁾. Das französische Strafgesetzbuch aber bedroht (Art. 347) den mit Strafe, der ein aufgefundenes Kind nicht in Gemäßheit jenes Art. 58 des Civilgesetzbuches überliefert. Dieß gilt aber nicht von denen, welche das Kind in Pflege genommen und dieß bei dem Vorstande des Ortes, wo das Kind gefunden wurde, erklärt haben⁷⁾.

Bopp.

Fiscus¹⁾. Ursprünglich hieß *fiscus* ein Korb, und da die Römer Körbe gebrauchten, um größere Geldsummen aufzubewahren und zu transportiren, so wurde der Name zeitig auf jede Casse übertragen, und so hieß auch des Kaisers Casse *Caesaris fiscus*, oder *κατ' ἑξοχήν* *fiscus*, weil von dieser öfters, als von jeder anderen die Rede war. Die Existenz einer solchen kaiserlichen Casse neben dem *Aerarium*, welche die Volkscasse bezeichnete, und dem erst von August eingerichteten *aerarium militare* läßt sich schon für die Anfänge der Kaiserzeit bestimmt nachweisen²⁾,

6) Grolman, ausführliches Handbuch über den Code Napoleon Bd. 1 (Gieß. 1810), S. 331—333.

7) Napoleons peinliches und Polizeistrafgesetzbuch. Nach der Originalausgabe übersetzt, mit einer Einleitung und Bemerkungen u. s. w. von Dr. L. Hartleben (Frankf. 1811), S. 112, 113.

1) Literatur: M. Antonii Peregrini, de iuribus et privilegiis *fisci* libri VII. Jacobus Gothofredus, in comm. ad tit. Th. C. de iure *fisci* (10. 1.), de bonis vacantibus (10. 8.), de incorporatione (10. 9.), de *fisci* debitoribus (10. 16.), de fide et iure *hastae* (10. 17.), ed. Ritter, tom. III. p. 476 et sq. Jo. Fr. Kaempfe, de vera causa *praerogativae hypothecae fisci* in bonis a debitore post contractum acquisitis ad L. 28. D. de iure *fisci* (pr. Schott.) Lips. 1772. 4. Hurlbusch, de privilegio *fisci* in bonis eorum, quibuscum contraxit. Brunsvic. 1779. 4. Klänge, über die gesetzlichen Vorzüge fisciischer Forderungen nach römischem Rechte in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 8, Nr. 13, S. 379—407.

2) Diocass. LIII. 16. *λόγῳ μὲν γὰρ τὰ δημόσια ἀπὸ τῶν ἐσόντων (καί-σσορος) ἀπεκένκριστο* für die Zeiten Augusts. Bgl. LV. 25.

der Name *fiscus* in der oben angegebenen Bedeutung findet sich aber zuerst bei Schriftstellern, welche das Leben des *Liberius* beschreiben³⁾. Zu *Traians* Zeiten hatte sich der Sprachgebrauch bereits entschieden festgestellt⁴⁾, und der Gegensatz zwischen der Volkscasse und der kaiserlichen tritt noch unter den folgenden Kaisern bis auf die Zeiten des *Caracalla*⁵⁾ herab hervor. Schon früh mag es indeß vorgekommen sein, daß sich der Kaiser, in dessen Person sich alle Gewalt concentrirte, auch Dispositionen über die Volkscasse erlaubte⁶⁾, und da dieß in der Folgezeit das Gewöhnlichere ward, so gewöhnte man sich allmählig daran, das in des Kaisers Händen concentrirte Staatsvermögen *fiscus* zu nennen, und dieser Sprachgebrauch ist für die spätere Kaiserzeit der herrschende geworden. Daher in den *Justinianischen* Rechtsbüchern beide Ausdrücke *aerarium* und *fiscus* zur Bezeichnung derselben Sache gebraucht werden⁷⁾. Wahrscheinlich haben die *Pandekten*compileren diesen Umstand benutzt, um die Fragmente älterer Juristen, welche in jene Rechtsammlung eingetragen worden sind, theilweise umzugestalten, wenigstens deutet darauf die Art und Weise, wie das dem *Populus* zustehende Recht der *Cadukenvindicatio* in den *Justinianischen* Rechtsbüchern behandelt worden ist⁸⁾. — Die Einkünfte des *Fiscus* bestanden im Anfange der Kaiserregierung hauptsächlich in dem, was von den Einkünften der kaiserlichen Provinzen nach Abzug der Befoldungen und der Militärkosten übrig blieb⁹⁾, in den Strafgebühren wegen Zolldefraudationen¹⁰⁾, in den dem *Princeps* von Privaten hinterlassenen Erbschaften¹¹⁾, in erb- und herrenlosen Gütern¹²⁾, in den Gütern verurtheilter Verbrecher, welche vom *Princeps* zu diesem Zwecke ausdrücklich angewiesen wurden¹³⁾, und in den großen Geldsummen, welche demselben bei freudigen Gelegenheiten von den Städten Italiens und den Provinzen als üblich gewordene Ehrengeschenke dargebracht werden mußten. Im Laufe der Zeiten traten dazu noch andere Einnahmen, welche ursprünglich für die Volkscasse bestimmt waren,

3) Tac. Annal. II. 47. quantum aerario aut fisco pendebant; VI. 2. bona *Seiani* ablata aerario ut in fiscum cogentur.

4) Plin. Panegy. cap. 41. 42.

5) Für die Zeiten *Hadrians* ist beweisend Spart. Hadr. cap. 7., für die des *Caracalla* *Paul. sent. recept.* V. 12.

6) Vgl. *Diocass.* LIII. 16. 22.

7) L. 13. pr. §. 1—4. D. de iure fisci. (49. 14.) L. 15. §. 5. D. ibid. L. 1. §. 8. D. de lege Corn. de falsis. (48. 10.) L. 3. C. de quadr. praescriptione. (7. 37.) §. 14. J. de usucapionibus. (2. 6.)

8) Daher die Erwähnung des *Fiscus* in L. 20. §. 6. D. de petit. hered. (5. 3.) Vgl. *Heineccius*, comm. ad legem *Juliam* et *Papianam* *Poppaeam* lib. III. cap. 5. p. 401 u. 402.

9) *Diocass.* LIII. 15. *Strabo* Geogr. XVII. tom. III, p. 432. ed. Tauchn.

10) *Joseph.* Antiqu. Jud. XIX. 1. 5., fr. de iure fisci §. 18. L. 16. §. 10. D. de publicanis et vectigalibus. (39. 4.)

11) L. 1. §. 2 u. L. 2. D. de officio procurat. (1. 19.)

12) Tac. Annal. II. 48. *Strabo* Geogr. XVII. tom. III. p. 432.

13) Tac. Ann. VI. 2., Hist. I. 90., Plin. Panegy. 42.

z. B. die Sabuken seit Caracalla's Constitution¹⁴). Als nun in späteren Zeiten der Unterschied zwischen der Volkscasse und der kaiserlichen verschwand, gewöhnte man sich daran, dem Fiscus alle ordentlichen und außerordentlichen Staatseinnahmen zuzulegen, wozu nach dem classischen Pandektenrechte auch alle an den Staat zu entrichtenden Strafgelber¹⁵), die Güter der verurtheilten oder während der Untersuchung verstorbenen Capitalverbrecher¹⁶) und der Geißeln gerechnet werden¹⁷). So konnte es denn nicht fehlen, daß in den Zeiten der christlichen Kaiser der Fiscus fast unermessliche Einkünfte und Besizungen hatte, zu deren Berechnung und Bewirthschaftung eine große Menge Personal nothwendig ward¹⁸).

Die Verwaltung der fiscalschen Angelegenheiten stand seit dem Anfange der Kaiserzeit unmittelbar unter dem Kaiser, gleich als wäre dieselbe ein Theil seines Hauswesens gewesen; das Materielle derselben lag in den Händen der sogenannten procuratores Caesaris, auch procuratores kurzweg genannt. Zunächst wurden dieselben nur zur Weltreibung und Verrechnung der kaiserlichen Steuern in die Provinzen geschickt¹⁹), und der Kaiser wählte sie nach Gutdünken theils aus dem Ritterstande, theils aus den eigenen Freigelassenen²⁰). Magistratsrang hatten sie nicht, doch erhielten sie bei ihrem Abgange in die Provinzen gleich den Magistraten vom Kaiser besondere Vorschriften (mandata), nach welchen sie ihr Amt zu verwalten hatten. Zuweilen wurden ganze Provinzen durch Procuratoren, welche die Vollmacht der Statthalter hatten, regiert, besonders die kleineren oder die, welche einen entgegenen Theil einer größeren bildeten²¹). Wenn man von diesem Ausnahmefalle absteht, so scheint mit Sicherheit behauptet zu werden, daß die Procuratoren von Anfange an des Rechtes der Jurisdiction und der Judication ermangelt haben. Erst seit Claudius ward mit dem Amte auch eine Jurisdiction in Fiscalsachen, welche früher von der gewöhnlichen Obrigkeit abgemacht wurden²²), verbunden²³), und zur Zeit der classischen Juristen war es dahin gekommen, daß man den befreiten Gerichtsstand des Fiscus nicht mehr bezweifelte²⁴), wahrscheinlich nach Analogie der Aerialsachen, welche in Rom

14) Ulp. fragm. 17. 2.

15) L. 1. pr. D. 49. 14.

16) L. 1. pr. D. 49. 14.

17) L. 31 u. 32. D. 49. 14.

18) Vgl. Jacob. Gothofr. parat. ad Th. C. X. 1. ed. Ritter. tom. III. p. 406.

19) Diocass. Hist. LIII. 15., LVII. 23.

20) Diocass. l. c. Tac. Agricola 4.

21) Tac. Hist. I. 11. Darauf deutet auch L. 23. §. 1. D. de appell. (49. 1.) L. 1. C. de pedaneis iudicibus. (3. 3.) L. 3. C. ubi causae fiscales. (3. 26.)

22) Diocass. LVII. 23.

23) Suet. Claud. cap. 12. Tac. Annal. XII. 60.

24) L. 9. pr. D. de off. procons. (1. 16.) L. 8. §. 19. D. de transact. (2. 15.) L. 21. D. de auct. et cons. (26. 8.) L. 2. §. 4. D. ne quid in loco publico. (43. 8.) L. 2. C. si adversus fiscum. (2. 37) L. 1. C. de iurisdictione omnium iudicum. (3. 13.) C. 1—5. C. ubi causae fiscales. (3. 26.)

von den praefecti aerario untersucht und entschieden wurden²⁵). Diese Jurisdiction der Procuratoren war indes folgenden Beschränkungen unterworfen: zunächst durften sie nicht über Verbrechen erkennen, sondern diese gehörten vor die ordentliche Obrigkeit²⁶), daher denn, wenn ein Anspruch des Fiscus an einem Verbrechen geltend gemacht werden sollte, das Verbrechen erst von der ordentlichen Obrigkeit untersucht werden mußte, ehe die Sache an die Fiscalsbehörde kam²⁷); sodann war den Procuratoren auch das Recht entzogen, eine peinliche Strafe dem Schuldigen zuzuerkennen²⁸), daher jedes Urtheil derselben, welches eine solche Strafe aussprach, an und für sich nichtig war; doch ward ihnen schon seit einem Rescripte des Pius Antoninus gestattet, denen, welche die Colonen kaiserlicher Güter mißhandeln oder sonst Unfug treiben, den Zugang zu diesen Gütern zu untersagen²⁹); endlich war ihnen auch die Cognition über *causae status* entzogen³⁰), wenn schon sie in Prozeßsen über Libertinität und Claverei, so weit sie Fiscalsachen betrafen, unumschränkt erkennen durften³¹). Außer dieser Jurisdiction, welche im classischen Pandektenrechte als ein Haupttheil ihrer Amtsgewalt erscheint, hatten sie auch die Befugniß, die dem Fiscus zugehörigen Güter zu verpachten und zu verkaufen³²) (doch sind sie bei der Veräußerung fiscalischer Güter der Beschränkung unterworfen, daß sie nichts ohne Einwilligung des Kaisers und zum Nachtheile des Fiscus in dieser Beziehung vornehmen dürfen^{32a})), fiscalische Außenstände einzutreiben und darüber zu quittiren³³), den fiscalischen Slaven den Befehl zum Antritte der ihnen deferirten Erbschaften zu ertheilen³⁴), und solche, welche dem Kaiser selbst angeboten werden, durch Immixtion zu erwerben, falls sie solvent sind³⁵); im umgekehrten Falle soll erst die Insolvenz der Erbschaft vom Procurator untersucht und wegen Erwerbung oder Ausschlagung der Erbschaft der Befehl des Kaisers eingeholt werden³⁶). Vergleiche über Fiscalsachen sind zwar stets an ihre Gerichtsbarkeit gebunden, bedürfen aber insbesondere der kaiserlichen Bestätigung³⁷).

25) Spuren davon finden sich in L. 8. §. 19. D. 2. 15. L. 12. D. de his quae ut indigna, (34. 9.) L. 42. pr. D. 49. 14.

26) L. 2. C. de poenis. (9. 47.) L. 4. C. ad legem Fabiam de plagiaris. (9. 20.) L. 1. C. ubi causae fiscales. (3. 26.)

27) L. 1. C. 3. 26. L. 2. C. ibid.

28) L. 3. pr. D. de officio procuratoris. (1. 19.) L. 2. C. 9. 47.

29) L. 3. §. 1. D. 1. 19.

30) L. 2 u. 5. C. ubi causa status. (3. 22.) L. 7. C. ne de statu defunctorum. (3. 21.)

31) L. 5. C. 3. 22.

32) L. 3. §. 5. D. 49. 14.

32a) L. 3. §. 5. D. 49. 14. L. 1. §. 1. D. 1. 19.

33) L. 47. §. 1. D. 49. 14. L. 22. D. de interrogationibus in iura fac. (11. 1.)

34) L. 1. §. 2. D. 1. 19. L. 46. §. 8. D. 49. 14. L. 25. §. 2. D. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.)

35) L. 1. §. 2. D. 1. 19.

36) L. 2. D. 1. 19.

37) L. 8. §. 19. L. 13. D. 2. 15.

Seit Septimius Severus wurde die Verwaltung des Fiscus und mithin auch die einzelnen Procuratoren des Kaisers einem öffentlichen Beamten untergeben, welcher bald *procurator rei privatae*³⁸⁾, bald *rationalis* genannt wird. Unter den christlichen Kaisern finden wir zwei hohe Beamte, unter welche das gesammte Fiscalvermögen gestellt war, den *comes sacrarum largitionum* und den *comes rei privatae*, oder, wie er auch heißt, *privatarum*³⁹⁾. Unter jenem stand der öffentliche Schatz, so weit er aus Steuereinkünften (*largitiones, largitionales tituli*) bestand, und ihm waren die *comites largitionum* der einzelnen Diöcesen⁴⁰⁾ und die *rationales* und Schatzmeister der Provinzen untergeben; ingleichen hatte er für seine weitläufigen Geschäfte eine große Anzahl von Palatinen zu seiner Disposition⁴¹⁾, welche in viele *Scrinia* zum Theil mit Beziehung auf die besonderen Einnahmen eingetheilt waren, wenn schon die unmittelbare Execution rückständiger Abgaben zu dem Geschäftskreise der Provinzialstatthalter gehörte. Unter diesem stand das eigentliche Vermögen der Krone, von welchem wiederum außer einem ähnlichen *Officium* die *Rationales, Magistri* u. s. w. abhingen⁴²⁾. Er hatte die Oberaufsicht über die Verwaltung der Reichsgüter, welche theils durch Colonen gebaut, theils in Zeitpacht oder *Emphyteuse* gegeben, oder als Weiden benützt wurden, ferner über die dem kaiserlichen Hause insonders zugewiesenen Besitzungen, Palläste, Stutereien, Viehheerden, über welche in den Provinzen besondere *Comites (comites domorum)* gesetzt waren, und über die kaiserlichen *Patrimonial-* oder *Erbgüter*. Diese letzteren wurden indeß von Anastasius seiner Verwaltung entzogen und einem besonderen *Magistrate*, dem *comes patrimonii* untergeben⁴³⁾, und in der *Kunstsprache* *patrimonialia* genannt. Und so finden wir denn für das Justinianische Zeitalter drei coordinirte Beamten, welche sich in die Verwaltung des früheren Fiscalvermögens theilten. — Zur Vertretung des Fiscus im Gerichte war seit den Zeiten Hadrians ein eigener Beamter bestellt, welcher in der *Kunstsprache* bald *advocatus fisci*, bald *patronus fisci* genannt wird⁴⁴⁾, auch in der Folge fortbestand⁴⁵⁾, und noch in dem Justinianischen *Coder* als noch vorkommend erwähnt wird⁴⁶⁾. Sein Geschäftskreis ist durch spätere kaiserliche Verordnungen festgestellt worden. An jedem bedeutenden Tribunale wurden nämlich aus der Zahl

38) Spart. Severus cap. 12.

39) L. 1. Th. C. de quaestoribus. (6. 9.) Inst. Cod. I. 32. 33.

40) *Notitia dignit. imperii orient.* cap. 12. ed. Boecking p. 41 u. 42., *occid.* cap. 10. p. 46—51. Vgl. Jacobus Gothofr. ad L. 1. Th. C. de consularibus (6. 19.) ed. Ritter, tom. II. p. 111.

41) C. Theod. VI. 30., Inst. I. 32., XII. 24.

42) *Notitia dign. orient.* c. 13., *occ.* cap. 11.

43) Joh. Lyd. de magistr. II. 27. glossae nom. ed. Otto, p. 1776, 1787. Inst. Cod. I. 35. Vgl. Witte, die leges restitutae des Justinianischen *Coder* S. 88, 89.

44) Spart. Hadr. cap. 20.

45) Spart. Ant. Geta cap. 2. fr. de iure fisci §. 17. L. 3. D. de his, quae in testam. (28. 4.)

46) Tit. C. de adv. fisci. (2. 9.)

der statutenmäßigen Advocaten einige, oder wenigstens einer zu diesem Amte befördert⁴⁷⁾. Das Amt wurde von Anfang an nur auf eine bestimmte Zeit ertheilt⁴⁸⁾, in späteren Zeiten bald auf ein Jahr⁴⁹⁾, bald auf zwei Jahre⁵⁰⁾, nach deren Ablaufe die Beamten zu höheren Würden ausschieden⁵¹⁾. Für ihre Mühwaltung bezogen sie früher keinen Gehalt, und deshalb war es ihnen freigestellt, auch gegen den Fiscus im Gerichte aufzutreten⁵²⁾; späterhin erhielten sie Gehalt⁵³⁾, und deshalb war es ihnen untersagt, während der Dauer ihres Amtes für irgend Jemand gegen den Fiscus im Gerichte aufzutreten⁵⁴⁾, und selbst nach der Niederlegung jener Würde wurde ihnen dieß Auftreten gegen den Fiscus nur ausnahmsweise gestattet, nämlich für sich selbst, für ihre Frau, für die eigenen Kinder und Eltern, für die nächsten Seitenverwandten bis zum vierten Grade und für die eigenen Sklaven⁵⁵⁾, und auch dann nur unter der Voraussetzung, daß sie in der fraglichen Sache nicht schon früher dem Fiscus geblent hatten⁵⁶⁾.

Die juristische Persönlichkeit des Fiscus, welche in den Justinianischen Rechtsbüchern anerkannt worden ist, hat sich wahrscheinlich nach Analogie der des Aerariums entwickelt. Gleichwie man nämlich den Populus als Träger des Aeras ansah⁵⁷⁾ und ihm bereits zur Zeit der freien Republik das Commercium sammt der passiven Testamentification eingeräumt hatte, eben so dachte man sich unter der Kaiserregierung wahrscheinlich den Kaiser selbst als Träger des Fiscus⁵⁸⁾, und gestattete diesem demnach alle die Gerechtigkeiten, auf welche einzelne im Staatsverbande stehende physische Personen Anspruch hatten. Daher der Fiscus schon vom Beginne des Kaiserreiches an Eigenthum haben, Contracte abschließen, Klagen mit Erfolg anstellen und aus Testamenten erwerben konnte. Später ging man noch einen Schritt weiter; die Gesetzgebung räumte ihm mannigfache Vorzüge vor Privatpersonen ein und bei endlicher Verschmelzung beider Classen war es natürlich, daß man auch die dem Aerar verliehenen Vorrechte zugleich auf den Fiscus übertrug, und so ist der letztere in den späteren Zeiten der Kaiserregierung die am meisten bevorzugte moralische Person geworden. Im Justinianischen Rechte sind diese Vorzüge, meist das Product eines verborbenen habgierigen Zeitalters, beibehalten worden.

47) L. 2. C. de adv. divers. iudicum. (2. 8.) L. 10. C. de adv. div. iudiciorum. (2. 7.) L. 5. C. 2. 8.

48) Fr. de iure fisci §. 17.

49) L. 8 u. 12. C. 2. 7.

50) L. 12 u. 13. C. 2. 7. L. 3. pr. L. 5. pr. C. 2. 8.

51) L. 8 u. 10. C. 2. 7. L. 4. §. 2. C. 2. 8.

52) Fr. de iure fisci §. 17.

53) L. 3. pr. L. 4. §. 1. L. 5. pr. L. 6. pr. C. 2. 8.

54) L. 1. C. de advoc. fisci. (2. 9.)

55) L. 13. C. 2. 7. L. 3. §. 1. L. 5. §. 1. C. 2. 8.

56) L. 2. C. 2. 9.

57) Tac. Annal. III. 25. Caius, inst. II. 150. 286., HI. 62. Ulpiani fr. 28. 7. Paulli sent. rec. V. 12.

58) Am deutlichsten ist Diocass. Hist. LXXI. 32., wo der Fiscus geradezu τὸ βασιλικὸν genannt wird.

Da nun in dieser Beziehung die Justinianisch-römischen Bestimmungen unser einziges Gesetz bilden, so war es natürlich, daß unter den neueren Rechtsgelehrten die Frage entstand, ob man in der Auslegung dieser Bestimmungen über das, was die Römer als Vorzüge des Fiscus bereits anerkannt haben, hinausgehen dürfe. Hier nun scheint es am rathsamsten, mit möglichster Strenge zu interpretiren, theils weil dergleichen Vorzüge nach allgemeinen Rechtsregeln nicht vermuthet werden, theils weil ein in die Justinianischen Pandekten aufgenommenes Fragment des Modestinus auf die Nothwendigkeit der stricten Erklärung hindeutet⁵⁹⁾.

Bei der Darstellung dieser Vorzüge im Einzelnen dürfte es am zweckmäßigsten erscheinen, sie in Rücksicht auf die einzelnen Theile des Privatrechtes zu entwickeln. Was die prozessualischen Vorzüge des Fiscus angeht, so lassen sich dieselben auf folgende Punkte zurückführen: 1) In allen Fällen, wo der Fiscus an einer Gütermasse ein Erbrecht geltend macht, und Privatpersonen für sich ein gleiches Recht in Anspruch nehmen, wird der obschwebende Prozeß in Betreff der letzteren so lange ausgesetzt, bis über das Recht des Fiscus entschieden ist⁶⁰⁾. Auch bleiben die Klagen der Erbschaftsgläubiger so lange ruhen, bis der Hauptprozeß beendigt ist. Der Grund dieses durch Senatusconsulte anerkannten Vorrechtes ist der, damit eine den Staat als solchen angehende Rechtsfache nicht durch Klagen der Privatleute verschleift werde. 2) In allen Prozessen, welche das Mein und Dein betreffen, nicht aber in Criminalsachen, hat der Fiscus, wenn er als Kläger auftritt, die Befugniß, den Beklagten zur Edition aller auf diesen Prozeß bezüglichen Documente zu zwingen, sofern der Beweis des Klaggrundes auf andere Weise nicht hergestellt werden kann. Der Beklagte kann sich nicht mit der Einrede schügen, als seien dieselben ihm abhanden gekommen⁶¹⁾. Erfolgt die Edition, so darf indeß der Inhalt dieser Documente nicht für andere Prozesse gegen den Edenten benutzt werden⁶²⁾. 3) Niemand, am wenigsten der Fiscus selbst, kann gezwungen werden, zum Schaden desselben Beweisdocumente oder Acta zu ediren⁶³⁾. Falls daher jemand die Edition der Acta vom Fiscus verlangt, so muß er gleich von Anfang an Caution stellen, daß er sie nicht gegen diesen gebrauchen wolle⁶⁴⁾; auch müssen die betreffenden Abschriften der Fiscalacta von dem zur Aufbewahrung der Acta angestellten Beamten geschrieben sein, da, wer andere Abschriften producirt, den Prozeß zweifelsohne verliert⁶⁵⁾. 4) In Betreff der Compensationseinrede ist der Fiscus mannigfach privilegiert. Nicht

59) Modestinus, libro sing. de praescriptionibus. Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit. L. 10. D. de iure fisci. (49. 14.)

60) L. 35. D. 49. 14.

61) L. 2. §. 1 u. 2. D. 49. 14. L. 3. D. de edendo (2. 13.) vgl. mit L. 4 u. 8. C. de edendo. (2. 1.)

62) L. 2. §. 1. D. 49. 14.

63) L. 45. §. 5 u. 6. D. 49. 14.

64) L. 45. §. 6. D. 49. 14.

65) L. 45. §. 7. D. 49. 14.

allein, daß sie in Prozessen, wo der Fiscus als Kläger auftritt, nichts hilft, wenn binnen zwei Monaten von ihrer Vorschüzung an gerechnet der Beweis der fiscalischen Schuld nicht erbracht wird⁶⁶), so ist sie auch völlig unzulässig in allen Sachen der Abgaben, einerlei ob sie in Geld, oder in Naturallieferungen bestehen⁶⁷), ferner wenn der Fiscus den Kaufpreis einer von ihm verkauften Sache vom Käufer einklagt⁶⁸), und endlich, wenn das fiscalische Bureau, welches klagt, nicht identisch ist mit demjenigen, dessen Schuld zur Compensation benützt wird⁶⁹). 4) In allen Prozessen über den Status jemandes, welche den Fiscus angehen, muß derselbe durch seinen gewöhnlichen Vertreter (den *advocatus fisci*) vertreten werden. Sonst ist das gefällte Urtheil null und nichtig, und es wird eine neue Cognition der Sache nothwendig⁷⁰). 5) Schuldner des Fiscus können, wenn sie der Schuld überwiesen sind, von dem Rechtsmittel der Appellation keinen Gebrauch machen⁷¹). 6) Bei der Execution in das Vermögen des Schuldners hat der Fiscus das Vorzugsrecht (*privilegium exigendi*) vor allen übrigen chirographarischen Gläubigern⁷²). Von diesem Privilegium findet sich die älteste Spur in dem für Aegypten erlassenen Provincialedicte, das aus Galba's Zeit erhalten ist⁷³); in unseren gewöhnlichen Rechtsquellen kommt es zuerst in den Pandekten vor, wo sich hierfür schon L. 10. pr. D. 2. 14. auf ein Rescript des Kaisers Antoninus Pius beruft. Nur den Strafgebern, welche an den Fiscus zu entrichten sind, geht dieser Vorzug ab, und wenn schon Papinian⁷⁴) erklärt, daß in Betreff derselben der Fiscus so viel Rechte habe, wie andere Privatgläubiger, so ergibt sich doch aus einem Rescripte des Kaisers Alexander, daß er in dieser Rücksicht allen chirographarischen Gläubigern nachsteht⁷⁵). Eine Folge dieses Grundfases ist, daß in den sogenannten gemischten Klagen, d. h. solchen, welche neben dem Schadenersatz zugleich noch eine Privatstrafe enthalten, der erste Theil der Forderung das Pri-

66) L. 46. §. 4. D. 49. 14.

67) L. 46. §. 4. D. de iure fisci. (49. 14.)

68) L. 46. §. 4. D. 49. 14. L. 7. C. de compensationibus. (4. 31.)

69) L. 1. C. 4. 31.

70) L. 3. §. 9. L. 7. D. 49. 14.

71) L. 4 u. 8. C. quorum appellationes non recipiuntur. (7. 65.)

Im früheren Rechte erstreckte sich das Verbot der Appellation auf alle fiscalischen Prozesse; doch hat hier die Gesetzgebung seit Constantin sehr gewechselt. L. 6. Th. C. de iure fisci. (10. 1.) L. 6. Th. C. quorum appell. non rec. (11. 36.) Zur Geschichte dieser Frage vgl. Jacobus Godofr. ad h. l. ed. Ritter tom. 4. p. 311.

72) Paul. rec. sent. V. 12. §. 10. L. 10. pr. D. de pactis. (2. 14.) L. 34. D. de rebus auctoritate iudicis possidendis. (42. 5.) L. un. C. poenis fiscalibus creditores praeferrri. (10. 7.)

73) Vgl. Rudorff, das Edict des Tiberius Alexander im rheinischen Museum für Philologie Bb. 2, S. 166.

74) L. 37. D. 49. 14.

75) L. 17. D. 49. 14. L. un. C. poenis fiscalibus creditores praeferrri. (10. 7.) Nach der Regel: rem suam persequentibus poenae exactio postponitur.

privilegium genießt, der andere den chirographarischen Gläubigern nachsteht⁷⁶). Es versteht sich dabei indes von selbst, daß dieses Zurücktreten des Fiscus hinter die anderen Gläubiger nur insofern vorkommt, als diese keine Pönalforderung geltend machen⁷⁷). Tritt der Fiscus in die Rechte eines Privatmannes ein, so wird dadurch die Forderung, in welche er eintritt, privilegiert, freilich aber erst von der Zeit an, wo der Privatmann in die Reihe der Fiscalschuldner eingetragen worden ist⁷⁸). Nach dem Pandektenrechte ist dieß Vorzugsrecht unter allen privilegierten Forderungen das stärkste⁷⁹). Auch auf das Privatvermögen des Kaisers und der Kaiserin ist es ausgedehnt⁸⁰). 7) Zur Deckung des Fiscus wegen Primipilarforderungen ist es eingeführt, daß die Frau des Primipilus ihr Heurathsgut nicht eher zurückfordern darf, bis die Ansprüche des Fiscus aus der Administration ihres Mannes getilgt sind⁸¹). Daher dieß Heurathsgut gewissermaßen für die fiscalischen Ansprüche haftet, vorausgesetzt indes, daß die Güter des Primipilus und seiner Nominatoren zur Deckung nicht ausreichen⁸²). Manche neuere Rechtsgelehrten haben aus diesem Vorzugsrechte ein stillschweigendes und noch dazu privilegiertes Generalpfand des Fiscus am Vermögen des Primipilus gemacht und dieses dann wohl auf alle Administratoren des Fiscus ausgedehnt. Indessen ist weder das Princip dieses Vorrechtes allgemein als Pfandrecht anerkannt, noch wird, selbst wenn man dieß zugeben wollte, die Ausdehnung dieser singulären Vorschrift auf alle Fiscalbeamte gerechtfertigt werden können⁸³). 8) Wenn der Fiscus wegen seiner Forderungen aus der Sachenmasse, welche im Besitze seines Schuldners ist, nicht befriedigt werden kann, so hat er die Befugniß, sofort die Schuldner desselben zur eignen Deckung zu verklagen⁸⁴). Die ihm gegen seines Schuldners Schuldner zustehende Klage ist wahrscheinlich eine *condictio ex lege*⁸⁵), welche im Falle der Primipilarschuld sogar vor der Verfallzeit der Schuld angestellt werden kann, so daß die Einrede der Zuversicherung rücksichtlich der Zeit überall nicht stattfindet. Die Bedingungen dieses Vorrechtes sind, daß die fiscalische Forderung sofort aus den Büchern des Fiscus oder einem mit demselben

76) L. un. C. 10. 7.

77) *Rem suam persequentibus* L. un. C. 10. 7. nisi creditores suum recuperaverint L. 37. D. 49. 14. Darnach ist der allgemeine Ausdruck *creditoribus* in L. 17. D. 49. 14. zu erklären.

78) L. 8. §. 7. L. 6. D. 49. 14.

79) L. 34. D. 42. 5. *Pauli sent.* V. 12. §. 10:

80) L. 6. §. 1. D. 49. 14.

81) L. 4. C. in quibus causis pignus tacite. (3. 15.) L. 3. C. de primipilo. (12. 63.)

82) L. 4. C. 8. 15.

83) Vgl. Klenze, über die gesetzlichen Vorzüge fiscalischer Forderungen nach römischem Rechte in *Cavigny's* Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 8, S. 403.

84) L. 3. §. 8. D. 49. 14. L. 3 u. 4. C. quando fiscus vel privatus debitoris sui. (4. 15.) L. 1. C. de condict. ex lege. (4. 9.) Vgl. L. 5. C. 4. 15.

85) L. 1. C. 4. 9.

abgeschlossenen Contracte bewiesen wird⁸⁶⁾, daß des Hauptschuldners Insolvenz liquid ist⁸⁷⁾ (wozu, wenn man vom Falle des Concurſes abſieht, die gegen dieſen zu richtende Vorausſage nothwendig erſcheint), und daß die Schuldner deſſelben dieſe ihre Schuld nicht ablägnet⁸⁸⁾. Die Execution wird zwar von den Untergebenen der Fiſcalbeamten eingeleitet⁸⁹⁾, aber nur von der ordentlichen Obrigkeit, nicht von der Fiſcalbehörde, vollſtreckt⁹⁰⁾. 9) Urtheile, welche gegen den Fiſcus ſprechen, können von demſelben innerhalb drei Jahren angefochten werden, wegen Prävarication und offenkundiger Betrügerei aber auch nach Ablauf dieſes Zeitraumes⁹¹⁾. Dann müſſen aber auch die Acten des früheren Proceſſes, ſelbſt wenn es nicht ausdrücklicly verlangt wird, vorgelegt und vorgeleſen werden⁹²⁾. 10) Zur Beſchleunigung fiſcaliſcher Proceſſe war im vorjuſtinianiſchen Rechte durch eine Conſtitution Conſtantins des Großen⁹³⁾ vorgeſchrieben, daß alle vom Fiſcus und gegen ihn anzustellen den Proceſſe binnen Jahresfriſt, von ihrem Anhängigwerden an gerechnet, beendigt werden ſollten, was nach einer Conſtitution Valentinians dahin abgeändert worden iſt, daß fiſcaliſche Proceſſe in erſter Inſtanz binnen zwei, vier und ſechs Monaten abgeurtheilt werden ſollen, je nachdem die Sache in einer und deſſelben Provinz verhandelt wird, oder Inſtructionen aus einer anliegenden oder überſeeiſchen Provinz nöthig ſind, und in Appellationsinſtanz binnen zwanzig und vierzig Tagen, je nachdem die Parteien in deſſelben Provinz oder in einer anliegenden ſich aufhalten⁹⁴⁾. Für die Appellationsinſtanz erweiterten ſpäter die Kaiſer Honorius und Theodoſ die Zeitfriſt, indem ſie ſtatt 20 Tage 40, und ſtatt der 40 vielmehr 70 Tage feſtſetzten⁹⁵⁾. Keins dieſer Geſetze iſt in den Juſtinianiſchen Codex aufgenommen worden, daher dieſe Beſtimmungen unpraktiſch geworden ſind, und nur die Begünſtigung findet ſich in den Juſtinianiſchen Rechtsquellen ausgeſprochen, daß fiſcaliſche Proceſſe auch während der Dauer von Gerichtsferien angenommen und verhandelt werden dürfen⁹⁶⁾. 11) Zur Verjährung fiſcaliſcher Ansprüche iſt nach dem cläſſiſchen Pandektenrechte, wo nicht durch ſpeciellſes Geſetz eine geringere Zeit feſtgeſetzt iſt, eine Zeitfriſt von zwanzig Jahren beſtimmt⁹⁷⁾, was indeß weder auf den endlichen Auſtrag der innerhalb dieſer Zeitfriſt anhängig gemachten

86) L. 3. §. 8. D. 49. 14.

87) L. 3. §. 8. D. 49. 14. L. 1. C. 4. 9. L. 4. C. 4. 15.

88) L. 8. C. 4. 15.

89) L. 3. C. 4. 15.

90) L. 1. C. 4. 9.

91) L. un. C. de ſent. adv. fiſc. retract. (10. 9.).

92) L. 45. §. 8. D. 49. 14.

93) L. 4. Th. C. de iure fiſci. (10. 1.)

94) L. 13. C. de iure fiſci. (10. 1.) Vgl. L. 21., L. 28., L. 46. Th.

C. de appell. (11. 30.)

95) L. 64. Th. C. de appellat. (11. 30.)

96) L. 5. Iust. C. de feriis. (3. 12.)

97) L. 13. pr. D. de diverſis temporalibus praepſcriptionibus. (44. 3.)

L. 1. §. 3—5. D. 49. 14.

Prozesse Einfluß hat⁹⁸⁾, noch auf Sachen, welche vom ersten Nuntianten arglistiger Weise aufgegeben worden sind, bezogen werden darf⁹⁹⁾. Diese Verjährungsfrist läuft nach den allgemeinen Regeln der Klagenverjährung erst von dem Zeitpunkte an, wo dem Fiscus das in Frage stehende Recht angefallen ist¹⁰⁰⁾. Sie ist wahrscheinlich durch eine Constitution des Kaisers Titus eingeführt worden¹⁰¹⁾. In der Folge hat Kaiser Constantin in seinem Edicte, welches die Verjährungsfristen der einzelnen Klagen bestimmte, in Betreff der fiscalischen Prozesse eine Ausnahme gemacht, theils wegen der vielfachen Beschäftigungen der Fiscalbeamten, theils um die Gelegenheit abzuschneiden, fremdes Stillschweigen zu erkaufen¹⁰²⁾; allein daß dadurch nicht überhaupt die Verjährung fiscalischer Ansprüche aufgehoben worden sei, zeigt schon der Umstand, daß Constantin selbst das Verbrennen fiscalischer Urkunden, welche verjährt sind, verordnet¹⁰³⁾, und die Aufnahme dieser Verordnung in den Theodosischen Codex.

Für alle Fälle, in welchen durch die gesetzliche Vorschrift dem Fiscus etwas aus der Vermögensmasse einer Privatperson als Eigenthum zufällt, ist ein besonderes Verfahren, der sogenannte Nuntiationsprozeß, angeordnet¹⁰⁴⁾. Die Grundzüge dieses Institutes sind im wesentlichen folgende. Es wird jedem aus dem Volke erlaubt, die Rechte des Fiscus an Vermögensstücken geltend zu machen, demnach die Anzeige (nuntiatio, delatio) beim Fiscus gestattet. Ausgeschlossen sind nach Justinianischem Rechte Senatoren, Soldaten, Veteranen, Frauen, Sklaven in Sachen ihrer Herren, Freigelassene in Sachen ihres Patrons, Tutoren und Curatoren in Sachen ihrer Mündel, der Verkäufer in Betreff der verkauften Sache¹⁰⁵⁾. Für das Anbringen der Nuntiation war ein Zeitraum von zwanzig Jahren bestimmt, welcher von dem Augenblicke an gerechnet wurde, wo das fiscalische Recht an der Sache hätte geltend gemacht werden können¹⁰⁶⁾. Nach Ablauf dieses Zeitraumes stand die Einrede der Verjährung der Nuntiation entgegen. Das Anbringen der Nuntiation hing zwar vom freien Willen eines Jeden ab, nicht aber ihre Fortsetzung¹⁰⁷⁾. Denn einestheils hatte der Nuntiant dem Fiscus unter Stellung von tüchtigen Bürgen zu versprechen, daß er die Nuntiation ausführen wolle¹⁰⁸⁾, anderentheils trafen ihn gewisse Strafen,

98) L. 1. §. 4. D. 49. 14.

99) L. 1. §. 5. D. 49. 14.

100) L. 1. §. 3. D. 49. 14.

101) L. 1. §. 3. D. 49. 14.

102) L. 7. Th. C. de iure fisci. (10. 1.)

103) L. 3. Th. C. de iure fisci. (10. 1.)

104) L. 1. pr. D. 49. 14. L. 3. §. 11. D. ibid. L. 1. C. de delat. (10. 11.)

105) L. 2. §. 6. L. 13. pr. §. 1—9. D. 49. 14. L. 6. C. de delatoribus. (10. 11.)

106) L. 13. pr. D. de diversis temporalibus praescriptionibus. (44. 3.) L. 1. §. 3—5. D. 49. 14.

107) L. 22. §. 3. D. 49. 14.

108) L. 2. §. 3. D. 49. 14.

wenn er diese Verbindlichkeit nicht erfüllte, z. B. Verlust des Nuntiationsrechtes¹⁰⁹⁾ und Entrichtung von so viel an den Fiscus, als dieser aus dem gewonnenen Prozesse erhalten haben würde¹¹⁰⁾. Nur entschuldbarer Irrthum und Todesfälle, welche den Beweis der Nuntiation unmöglich machen, befreien von den Strafen¹¹¹⁾. Die weiteren Verpflichtungen des Nuntianten lassen sich auf folgende Punkte zurückführen: a) er mußte, falls er von einem Dritten zur Nuntiation veranlaßt worden war, diesen seinen Mandator nennen¹¹²⁾. Der Grund war nicht, daß der Delator frei ausgehe, wenn nichts erwiesen wurde, sondern vielmehr der, daß auch der Mandator in diesem Falle nicht straflos bleibe¹¹³⁾. b) Er mußte den Beweis der Nuntiation führen, d. h. darthun, daß das nunciirte Vermögensstück dem Fiscus verfallen sei¹¹⁴⁾. Der Beklagte wurde daher überall mit dem Beweise verschont, woher er das Stück erworben habe¹¹⁵⁾, während der Dauer des Prozesses nicht im Besitze der vindicirten Sache gestört¹¹⁶⁾, und falls der Nuntiant seinen Beweis nicht erbrachte, überhaupt so behandelt, als ob gar keine Nuntiation geschehen wäre¹¹⁷⁾. c) Er mußte bei der Ausführung der Nuntiation im guten Glauben als richtiger Vertreter des Fiscus handeln. Daher war einestheils die einseitige Aufgabe des Prozesses von Seiten des Nuntianten mit Strafen belegt, anderentheils konnte der Nuntiant durch seine Prozeßführung der fiscalischen Gerechtsame keinen Eintrag thun, daher bei gewissenlosem Betragen auch eine zweite Nuntiation aus demselben Grunde zulässig war¹¹⁸⁾, und der Beklagte sofort den Prozeß verlor, wenn er privatim sich mit dem Delator verglichen oder ihn (oder den Richter) mit Geld bestochen hatte¹¹⁹⁾. Im Falle der Bestechung traf indeß die Strafe nur den Bestechenden selbst, nicht auch dessen Erben. Für die Erfüllung dieser Verbindlichkeiten erhielt der Nuntiant einen bestimmten Theil von der dem Fiscus vindicirten Sache¹²⁰⁾, dessen Größe in den Justinianischen Pandekten nicht weiter bezeichnet wird, aber zu den Zeiten Nero's ein Viertel, früher sogar mehr betrug¹²¹⁾. Durch ein Edict Trajan's wurde die Selbstanzeige erlaubt, wo dann der Nuntiant die Hälfte des nunciirten Gutes

109) L. 2. §. 3. D. 49. 14.

110) L. 15. pr. §. 2 u. 4. D. 49. 14. Vgl. Heineccius, comm. ad legem Iuliam et Papiam Poppaeam lib. III. cap. 10. §. 3. p. 443—445.

111) L. 15. pr. L. 22. §. 3. D. 49. 14.

112) L. 22. §. 3. D. 49. 14. L. 23. L. 24. L. 2. §. 5. D. 49. 14.

113) L. 2. §. 5. L. 15. §. 1. L. 24. D. ibid.

114) L. 15. §. 2 u. 4. L. 24. D. ibid.

115) L. 25. D. ibid.

116) L. 7. C. de iure fisci. (10. 1.)

117) L. 2. §. 3 u. 4. D. 49. 14. L. 15. §. 2. D. ibid.

118) L. 1. §. 5. D. 49. 14. L. 29. pr. D. ibid.

119) L. 4. L. 29. pr. L. 34. D. 49. 14.

120) L. 15. §. 1 u. 4. D. 49. 14.

121) Suet. Nero cap. 10. Vgl. Heineccius, comm. ad legem Iuliam lib. II. cap. 10. §. 1. p. 444.

zur behalten befugt war¹²²). Vorausgesetzt ward dabei, daß kein Anderer vorher schon Anzeige gemacht hatte¹²³), daß der Defereut den Prozeß im Namen des Fiscus übernahm und zu Ende führte¹²⁴), daß kein Creptorium vorlag¹²⁵), und daß endlich die Persönlichkeit des Nuntianten nicht überschritten ward; weshalb die Selbstanzeige dem Herrn nicht gestattet wird in Betreff dessen, was seinem Slaven hinterlassen worden¹²⁶), auch nicht dem Erben rücksichtlich dessen, was seinem Erblasser zugebacht war, außer wenn dieser erweislich den Willen, die Selbstanzeige zu machen, gehabt hatte und an der Ausführung dieses Entschlusses nur durch den Tod verhindert worden ist¹²⁷). Aus dem nämlichen Grunde kam auch im älteren Rechte die Selbstanzeige des Verstorbenen seinem Erben nicht weiter zu Gute; doch verordnete Hadrian, daß das Ableben des Erblassers vor dem Austrage des Prozeßes für den Erben nicht den Wegfall der Belohnung zur Folge haben sollte^{127a}). In der späteren Zeit kamen mehrere Modificationen dieses Institutes auf. Zunächst verordnete Hadrian, daß der Selbstdefereut für seinen Antheil nicht das Retentionsrecht ausüben, sondern diesen erst erhalten solle, nachdem das Ganze dem Fiscus antwortet worden¹²⁸). Nach einer Constitution Constantin's soll, wer ein tacitum fideicommissum einem Incapax zu restituiren hat, im Falle der Selbstanzeige ein Drittheil des ganzen Erbgesetzes für sich behalten, und, wenn die Frau des Verstorbenen, welcher die Erbschaft zu restituiren ist, von ihrer Incapacität den Fiscus unterrichtet, diese, aber auch nur diese allein, die Hälfte von der Erbschaft behalten.

Im Sachenrechte zeigen sich die Privilegien des Fiscus in der Lehre von der Veräußerung, von der Verjährung und vom Pfandrechte. In der Lehre von der Veräußerung ist es ein Vorzug, daß 1) wenn der Fiscus mit Privatleuten Miteigenthümer einer und derselben Sache ist, er diese Sache auch ohne Einwilligung der letzteren ganz, selbst mit Einschluß des den anderen gehörenden Theiles veräußern darf und nur gezwungen werden kann, dem das Miteigenthum verlierenden Theile seinen Antheil an dem Kaufpreise herauszugeben¹²⁹). 2) Daß dergleichen Sachen nie anders, als unter Zuziehung der fiscalischen Beamten und unter Beobachtung der für den Verkauf fiscalischer Sachen vorgeschriebenen Feierlichkeiten veräußert werden dürfen¹³⁰). 3) Daß der Verkauf gewisser Sachen den Beamten des Fiscus ganz und gar unter sagt ist, namentlich solcher, über welche ein Prozeß anhängig ist¹³¹), und der Slaven, welche

122) L. 13. pr. §. 1. D. 49. 14.

123) L. 13. pr. u. §. 7. D. 49. 14.

124) L. 42. §. 1. D. 49. 14. L. 13. §. 1 u. 4. D. ibid.

125) L. 13. §. 9. D. ibid.

126) L. 13. §. 6. D. ibid.

127) L. 13. §. 5 u. 6. D. ibid.

127a) L. 13. §. 4. D. ibid.

128) L. 15. §. 3. D. ibid.

129) L. 2. C. de communium rerum alienatione. (4. 52.)

130) L. 1. C. de venditione rerum fiscalium cum privatis comm. (10. 4.)

131) L. 22. pr. D. 49. 14.

entweder fiscalische Güter oder solche, welche dem Fiscus incorporirt werden, als Auctoren verwalten¹³²). 4) Daß es dem Fiscus gestattet wird, auch nach dem Verkaufe der ihm eigenthümlich zugehörigen Sachen binnen einer bestimmten Zeitfrist höhere Gebote (*adiectioes*) anzunehmen und in Folge derselben den abgeschlossenen Contract zu rescindiren¹³³). Die Größe dieser wahrscheinlich durch ein Gesetz bestimmten Zeitfrist ist nirgends in den römischen Rechtsquellen angegeben, und die Vermuthung des Cuiacius, daß sie zwei Monate betragen habe, hat weiter keinen haltbaren Grund für sich. 5) Daß für den Verkauf der fiscalischen Sachen eine bestimmte Form vorgeschrieben ist¹³⁴). Der Verkauf muß nämlich unter Leitung der damit beauftragten Fiscalbeamten geschehen (die Pandekten und der Justinianische Coder nennen den *Procurator*¹³⁵), oder, was damit identisch ist, den *Curator* (*proscriptio*)¹³⁷), und zwar nach vorhergehender Taxation, im Falle Güter fiscalischer Schuldner vom Fiscus verkauft werden¹³⁸); ferner wird der Verkauf unter öffentlicher Auctorität in der Form der Subhastation vorgenommen¹³⁹), und zwar so, daß Licitationen zugelassen und die Sache dem Meistbietenden zugesprochen wird¹⁴⁰); der Zuschlag an den Meistbietenden erfolgt von Seiten der Fiscalbeamten¹⁴¹), welche bei der Aufnahme der Taxe Diligenz zu prästiren schuldig sind¹⁴²), und wegen der Eviction der verkauften Sache oder anderer Regressforderungen den Fiscus nicht über den einfachen Werth derselben hinaus verbindlich machen können¹⁴³). Nur unter diesen Voraussetzungen geht das Eigenthum der vom Fiscus

132) L. 8. D. 49. 14. L. 30. L. 46. §. 7. D. *ibidem*.

133) L. 50. D. 49. 14. L. 21. §. 7. D. *ad municipalem*. (50. 1.) L. 4. C. *de fide et iure hastae fisc.* (10. 3.) L. 1. C. *de vendendis rebus civitatum*. (11. 31.)

134) Theod. Cod. X. 17. *de fide et iure hastae*. Iust. Cod. X. 3. *de fide et iure hastae fiscalis*.

135) L. 22. pr. §. 1. D. 49. 14. L. 30. L. 46. §. 7. L. 8. L. 5. pr. u. §. 1. D. *ibid.* L. 1. C. 10. 3.

136) L. 5. pr. D. 49. 14. L. 11. §. 1. D. *de publicanis*. (39. 4.)

137) L. 2. Th. C. 10. 17. L. 6. Iust. C. 10. 3.

138) L. 3. Th. C. 10. 17. L. 16. Iust. C. *de rescind. venditione*. (4. 44.)

139) L. 1. 2. 3. Th. C. 10. 17. L. 1. Th. C. *de fisci deb.* (10. 16.) L. 1. Th. C. *de domibus ad rem privatam*. (10. 2.) L. 16. Iust. C. 4. 44. L. 1. 2. 4. 5. 6. Iust. C. 10. 3.

140) L. 1. Th. C. 10. 2. L. 1 u. 3. Th. C. 10. 17. L. 1. Th. C. 10. 16. L. 4 u. 5. Iust. C. 10. 4.

141) L. 50. D. 49. 14. L. 5. C. 10. 4. L. 1. Th. C. 10. 17. Dieser Zuschlag wird bald mit *addicere*, bald mit *adiudicare* bezeichnet.

142) L. 3. §. 5. D. 49. 14.

143) L. 5. pr. D. 49. 14. Im neuesten Rechte scheint diese Vorschrift für die Evictionsfälle überflüssig geworden, da bei Veräußerungen von Seiten des Fiscus die Evictionsklage nicht gegen den, welcher die Sache vom Fiscus erhält, sondern gegen den Fiscus selbst gerichtet wird. Vgl. L. 2 u. 3. Iust. C. *de quadriennii praescript.* (7. 37.) §. 14. J. *de usucapionibus* (2. 6.) *ibique* Theoph. ed. Reitz. tom. I. p. 295.

verkauften Sache mit der Zahlung des Kaufpreises sofort an den Käufer über¹⁴⁴), so daß derselbe nicht allein Dritten gegenüber im Besitz der Sache verbleibt¹⁴⁵), sondern auch vom Fiscus selbst nicht wegen der Abgabenereste oder Eviction belangt werden kann¹⁴⁶). Diese Grundsätze werden sogar auf fremde Sachen, welche der Fiscus auf irgend eine Weise veräußert hat, ausgedehnt, und wer einen Eigenthums- oder Pfand- oder sonstigen Anspruch an solchen Sachen geltend zu machen gedenkt, kann ihn nach einer Constitution Zeno's nicht gegen den neuen Erwerber, sondern nur gegen den Fiscus selbst geltend machen, und zwar gegen diesen nur innerhalb einer Zeitfrist von vier Jahren, nach deren Ablauf auch der Fiscus gegen derartige Ansprüche sicher ist¹⁴⁷), und Justinian hat das Gleiche auch in Rücksicht solcher Sachen bestimmt, welche der Kaiser oder die Kaiserin aus ihrem Privatvermögen veräußern¹⁴⁸). — In der Lehre von der Verjährung ist es ein Vorzugrecht des Fiscus, daß 6) die ihm angehörigcn Sachen der ordentlichen Verjährung (usucapio) entzogen sind¹⁴⁹). Darauf sind auch die in der späteren Kaiserzeit vorkommenden Verschiedenheiten der fiscalischen Güter ganz ohne Einfluß geblieben. Daß ferner die *longi temporis praescriptio* bei Fiscalisachen ausgeschlossen ist, bezugen kaiserliche Constitutionen¹⁵⁰); daß aber auch die dreißigjährige Verjährung gegen den Fiscus ausgeschlossen sein solle, und folglich zum mindesten eine vierzigjährige erfordert werde, ist zwar nirgends auf recht deutliche Weise ausgesprochen. Dennoch muß angenommen werden, daß die bekannte Verordnung des Kaisers Theodos¹⁵¹),

144) L. 5. §. 1. D. 49. 14. L. 1—3. Th. C. 10. 17.

145) L. 1 u. 2. Th. C. 10. 17. L. 5 u. 6. Inst. C. 10. 3.

146) L. 6. C. 10. 3. C. ne fiscus rem, quam vendidit, evincat. (10. 5.)

147) L. 2. pr. C. de quadr. praescript. (7. 37.) L. 3. C. ibid. §. 14.

J. de usucapionibus (2. 6.) ibique Theoph. ed. Reitz. tom. I. p. 295. Gewöhnlich beschränkt man die Verordnung Kaiser Zeno's nur auf Eigenthums- und Pfandansprüche, welche allerdings in der Institutionenstelle bei Theophilus und Theatildus (Bas. 48. 20. 5. ed. Fabr. tom. VI. p. 549.) vorzugsweise, ja sogar allein genannt werden. Daß aber die Worte der Constitution auf alle Evictionsansprüche an der, vom Fiscus veräußerten Sache zu beziehen sind, ergibt sich aus den Worten der Constitution: *nec posse contra emtores praedictarum rerum aliquas actiones in rem domini vel hypothecae gratia vel in personam civiles seu praetorias vel ex legibus seu sacratissimis constitutionibus descendentes vel quaslibet alias, licet nominatim praesente sanctione non sint comprehensae, moveri*. Vgl. Kämmerer in Linden's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 11, S. 388—413.

148) L. 3. C. 7. 37. §. 14. J. 2. 16. ibique Theoph. ed. Reitz. tom. I. p. 296.

149) L. 18. D. de usurpationibus et usucap. (41. 3.) L. 24. D. ibid. §. 2. J. de usucapionibus. (2. 6.) L. 2. C. comm. de usucap. (7. 30.)

150) L. 15. Th. C. 10. 1. L. 3. Inst. C. ne rei dominicae. (7. 38.) L. 2. C. de fundis et saltibus. (11. 66.) Vgl. L. 2. Inst. C. 7. 38.

151) L. un. Th. C. de action. certo temp. (4. 14.) L. 3. Inst. Cod. de praescr. XXX. vel XL. annorum. (7. 39.) Vgl. Unterholzner, ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre §. 18, Bd. 1, S. 58—62.

welche für die dauernden Klagen die dreißigjährige Verjährung eingeführt hat, gleich von Anfang an nicht gegen Ansprüche des Fiscus zugelassen wurde, und daß mithin hier ein Fall vorlag, in welchem die von Kaiser Anastasius¹⁵²⁾ eingeführte vierzigjährige Verjährung in Anwendung kommen mußte; und daß diese Verjährungsfrist bei res publicae, dominicae und patrimoniales anerkannt wird, ist ein nicht geringer Beweis für die Richtigkeit dieser Ansicht¹⁵³⁾. Auch ist sie so sehr die gewöhnliche, daß fast gar kein Zweifel dagegen laut geworden ist. Denn die Meinung derer, welche bei den Ansprüchen des öffentlichen Schatzes statt der vierzigjährigen eine hundertjährige Verjährungsfrist annehmen, beruht lediglich auf der ungegründeten Voraussetzung, daß man dem Staatschatze stillschweigend dieselben Rechte eingeräumt habe, welche den städtischen Communen zustehen, und hat auch sonst nur wenig Anklang gefunden. — In der Lehre von dem Pfandrechte ist es ein Privilegium des Fiscus, daß ihm 7) wegen geschuldeter Grund- und anderer Abgaben ein stillschweigendes Pfandrecht an allen Gütern des Schuldners zusteht¹⁵⁴⁾. Wegen früherer Abgaben, welche auf dem Grundstücke haften, hält sich der Fiscus an den Besitzer desselben¹⁵⁵⁾, außer wenn er oder sein Vormann dasselbe durch Kauf vom Fiscus an sich gebracht hat; denn dann erlischt die Abgabeforderung, insoweit sie über den Contract hinausreicht¹⁵⁶⁾. Diese Verpflichtung des jedesmaligen Besitzers zur Abführung der Steuerreste ist so wesentlich, daß sogar die entgegenstehenden Verträge für nichtig erklärt wurden¹⁵⁷⁾. 8) Am Vermögen derer, welche mit dem Fiscus überhaupt contrahirt haben, steht diesem ein stillschweigendes Generalpfand zu wegen aller Forderungen aus dem Contracte¹⁵⁸⁾. Diese Hypothek war in der früheren Zeit wahrscheinlich nur eine subsidiarische, insofern als der Fiscus, wenn sich ein durch dieselbe afficirter Gegenstand in den Händen dritter Besitzer befand, denselben nur dann erst in Anspruch nehmen konnte, wenn er den eigentlichen Schuldner zuvor fruchtlos ausgeklagt hatte¹⁵⁹⁾. Daß sie sich nicht allein auf alle gegenwärtigen, sondern auch auf alle zukünftigen Güter des Schuldners erstreckt, wird ausdrücklich berichtet¹⁶⁰⁾. Der Anfangspunkt der Hypothek wird von dem Augenblicke an gerechnet, an welchem der Contract abgeschlossen worden¹⁶¹⁾.

152) L. 4. Inst. C. de praescript. XXX. vel XL. ann. (7. 39.) Vgl. L. 4 u. 5. C. ibid.

153) L. 14. C. de fundis patrim. (11. 61.)

154) L. 1. C. in quibus causis pignus. (8. 15.) L. 1. C. si propter publicam pensationem. (4. 46.)

155) L. 5. §. 2. D. de censibus. (50. 13.) L. 7. pr. D. de publicanis et vectigalibus. (39. 4.) L. 36. D. 49. 14.

156) L. 36. D. 49. 14. vgl. mit L. 6. C. de fide et iure hastae. (10. 3.)

157) L. 2. C. sine censu. (4. 47.)

158) Fr. de iure fisci §. 5. L. 2. C. 8. 15. L. 2. C. de privilegio fisci. (7. 73.) L. 47. pr. D. 49. 14.

159) L. 47. pr. D. 49. 14.

160) Fr. de iure fisci §. 5.

161) L. 2 u. 3. C. de privilegio fisci. (7. 73.)

Dabei ist es freilich streitig, ob und inwiefern diese Hypothek privilegiert sei. Einige sind der Meinung, daß sie allen anderen Pfändern gegenüber ohne Rücksicht auf die Zeit ihrer Entstehung vorgezogen werden müsse; man beruft sich deshalb auf den Ausspruch Ulpian's in L. 28. D. de iure fisci. (49. 14.) Allein nicht zu gedenken, daß derselbe Jurist in L. 8. D. qui potiores in pignore (20. 4.) in Uebereinstimmung mit Scävola¹⁶²) und Caracalla¹⁶³) bezeugt, daß der Fiscus in dieser Beziehung älteren Pfandrechten nachsteht, und daß die zuerst angezogene Stelle ganz füglich von dem Falle verstanden werden kann, wo ein Generalpfandgläubiger als solcher mit dem später contrahirenden Fiscus concurrirt, wo dann bei einer sonst gleichen Concurrenz leicht die Rücksicht auf das dem Fiscus zustehende Privilegium demselben den Vorzug sichern konnte¹⁶⁴), so stimmen auch die bewährtesten Rechtslehrer darin überein, daß der Fiscus dieser Stelle zu Folge kein Privilegium haben könne, außer in Bezug auf das nach seinem Contracte erworbene Vermögen¹⁶⁵). Am richtigsten scheint es das Privilegium dieser Hypothek ganz in Abrede zu stellen. — Manche neuere Rechtslehrer räumen dem Fiscus auch ein stillschweigendes Pfandrecht an dem Vermögen seiner Verwalter und selbst in den Fällen ein, wo er an die Stelle eines Privatgläubigers eintritt. Allein die erstgenannte Meinung beruht nur auf dem unzulässigen Vergleich der Staatsbeamten mit den Schulduern aus Contracten, und die letztere Ansicht stützt sich nur auf eine falsche Auslegung einer Stelle Ulpian's¹⁶⁶), welche nicht allein durch den Inhalt der Stelle selbst, sondern auch durch das Zeugniß eines anderen Pandektenjuristen widerlegt wird¹⁶⁷).

Im Obligationenrechte kommen folgende Begünstigungen des Fiscus vor: 1) daß er aus eigenen Contracten keine Zinsen zu entrichten hat¹⁶⁸). Tritt er indeß in fremden Contracten an die Stelle eines Privatmannes, so hat er die von seinem Auctor geschuldeten Zinsen zu entrichten. 2) Daß er von allen, welche ihm aus mit ihm abgeschlossenen Contracten etwas schulden, auch ohne vorhergehende Mahnung und ohne besonderen Zinsvertrag Zinsen zu fordern berechtigt ist¹⁶⁹), selbst wenn er an die Stelle eines Privatmannes in einen Contract tritt, dann aber freilich nur von der Zeit des Eintrittes an¹⁷⁰). Es sind dieß nicht sowohl

162) L. 21. pr. D. qui potiores in pignore. (20. 4.)

163) L. 2. C. de privil. fisci. (7. 72.)

164) Vgl. Klünze a. a. D. Th. 8, S. 396—398.

165) So Guiacius, Peregrinus und andere. Vgl. Klünze a. a. D. Th. 8, S. 392.

166) L. 6. pr. D. 49. 14.

167) L. 3. §. 7. D. 49. 14.

168) L. 17. §. 5. D. de usuris. (22. 1.)

169) L. 43. D. 22. 1. L. 17. §. 5 u. 6. D. ibid. L. 6. pr. D. 49.

14. Gegen Abgabepächter, welche Abgaberraten schuldig bleiben, concurrirt das Recht der Zinsforderung electiv mit der Berechtigung des Fiscus, den Pacht auch vor dem Ablaufe des Contractes aufzuheben. L. 10. §. 1. D. de publicanis. (39. 4.)

170) L. 17. §. 6. D. 22. 1. L. 6. pr. D. 49. 14.

Verzugszinsen, als vielmehr gesetzliche¹⁷¹⁾. Die Höhe der Zinsen beläuft sich nach dem Zeugnisse des Paulus¹⁷²⁾ auf sechs Procent und dieser Zinsfuß tritt auch dann ein, wenn der Fiscus beim Eintritte in Privatcontracte von seinem Zinsrechte Gebrauch macht, gleichviel ob der Contractschuldner gar keine oder geringere Zinsen von Anfang an zu entrichten hatte. Der Zinsanspruch wird auch dem gewährt, welcher an die Stelle des Fiscus in fiscalische Contracte eintritt¹⁷³⁾. 3) Daß es Tutoren und Curatoren verboten ist, vor abgelegter Vormundschaftsrechnung mit dem Fiscus zu contrahiren; besonders wird dieß eingeschärft in Anwendung auf den Pacht fiscalischer Grundstücke und öffentlicher Abgaben¹⁷⁴⁾, auf welchen Fall manche neuere Rechtsgelehrten das Verbot irriger Weise beschränken. Wer dagegen handelte, wurde mit der Strafe der Fälschung belegt. Eingeführt ist dieß Verbot durch Constitutionen der Kaiser Severus und Caracalla; sein Zweck ist, jedenfalls zu verhüten, daß nicht der Fiscus in unangenehme, ihm etwa schädliche Collisionen mit anderen Creditoren seiner Schuldner komme. Mit dem Tode des Mündels kommt das Verbot in Wegfall¹⁷⁵⁾; auch leidet es nicht Anwendung auf den Fall, wenn die Vormünder durch Universalsuccession in die Stelle der fiscalischen Schuldner einrücken¹⁷⁶⁾. 4) Daß der Fiscus Pächter von Abgaben, welche aus diesem Pachte erweislich großen Gewinn gezogen haben, nach abgelaufener Pachtzeit zwingen kann, den Pacht unter gleichen Bedingungen fortzusetzen, falls sich kein anderer zu einem gleichen oder höheren Preise versteht¹⁷⁷⁾. 5) Daß er die Pächter von Bergwerksnuzungen zwingen kann, einen Theil der Ausbeute ihm käuflich zu überlassen¹⁷⁸⁾. 6) Daß er die Befugniß hat, Zahlungen zu rescindiren, welche in der Absicht ihm zu schaden von seinem Schuldner an Dritte gemacht worden sind, ohne Rücksicht darauf, ob die gezahlten Gelder bei dem Dritten noch in Natur vorhanden sind oder nicht¹⁷⁹⁾. Diese Befugniß des Fiscus erstreckt sich indeß nur auf das gezahlte Capital; zur Zinsforderung ist er überall nicht berechtigt¹⁸⁰⁾. Dem Dritten, gegen welchen der Fiscus sein Recht braucht, wird die alte Obligation sammt den Accessionen restituirt¹⁸¹⁾. Zu Papinian's Zeiten hatte dieß Revocationsrecht einen beschränkteren Umfang; es stand dem Fiscus nämlich nur gegen solche zu, welche bei der

171) Vgl. L. 16. §. 1. D. 22. 1. und Mabaï, die Lehre von der Mora S. 161—166.

172) L. 17. §. 6. D. 22. 1.

173) L. 43. D. 22. 1.

174) L. 1. §. 11. 12. D. ad legem Cornel. de falsis. (48. 10.) L. 49. D. locati. (19. 2.) L. un. C. 5. 41. Vgl. Marezoll, über Verträge mit dem Fiscus in dessen Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 3, S. 354—361.

175) L. 1. §. 11. D. 48. 10.

176) L. 1. §. 12. D. 48. 10.

177) L. 11. §. 5. D. de publicanis. (39. 4.)

178) L. 1. C. de metallariis. (11. 5.)

179) L. 18. §. 10. L. 19. L. 21. D. 49. 14. L. 5. C. de privilegio fisci. (7. 73.)

180) L. 19. D. 49. 14. L. 5. C. 7. 73.

181) L. 20. u. 21. D. 49. 14.

Annahme der Zahlung davon wußten, daß der Zahlende Schuldner des Fiscus war, oder dieß wenigstens vor der Consumtion des gezahlten Geldes erfuhren¹⁸²⁾; zu Marclan's Zeiten waren indeß diese Beschränkungen schon in Vergessenheit gekommen. 7) Daß jeder, welcher wissentlich zum Schaden des Fiscus irgend etwas an sich genommen hat, nicht allein dasselbe wieder herauszugeben, sondern auch zur Strafe den Werth der Sache zu ersetzen hat¹⁸³⁾. 8) Daß jeder, an welchen der Fiscus eine Erbschaft verkauft, den Erbschaftsgläubigern für die Abzahlung der Erbschaftsschulden haftet, mit Ausschluß des Fiscus, und mithin von den Erbschaftsgläubigern direct belangt werden kann¹⁸⁴⁾. Manche Rechtslehrer erklären dieß aus der Natur der Universalsuccession, welche im vorliegenden Falle prätorischen Ursprunges sei¹⁸⁵⁾, eine Annahme, welche zwar das angebeutete Phänomen hinreichend erklärt, aber doch sonst durch die Aussprüche der römischen Juristen nicht unterstützt wird, und auch das gegen sich hat, daß der Käufer einer Sache, und einer Erbschaft insbesondere, immer nur als Singularsuccessor betrachtet wird¹⁸⁶⁾. Auch kann zur Rechtfertigung dieser Annahme unmöglich der Umstand benützt werden, daß dem Käufer der vom Fiscus verkauften Erbschaft nach Analogie des Universalfideicommisses zur Eintreibung der Erbschaftsausstände und Erbschaftssachen die *hereditatis petitio utilis* zugestanden wird¹⁸⁷⁾, da dieß doch wohl nur geschah, um Weitläufigkeiten zu vermeiden. Am wahrscheinlichsten ist die Annahme Kämmerer's¹⁸⁸⁾, daß der Fiscus durch kaiserliches Privilegium irgend einmal freigesprochen worden sei von der Verbindlichkeit, sich im Falle der von ihm veräußerten Erbschaft auf die Klagen der Erbschaftsgläubiger einzulassen, und daß man demnach den Käufer gleich wie einen Universalsuccessor habe haften lassen, wodurch dann auch die Gestattung der *utilis hereditatis petitio* zur Verschaffung der Erbschaftssachen hinreichend erklärt sein würde. Nach der Vermuthung desselben Gelehrten ist dieß Privilegium heutzutage nicht mehr anwendbar, weil es durch die spätere Constitution Zeno's aufgehoben worden sei¹⁸⁹⁾.

Auch im Erbrechte genießt der Fiscus mannigfache Begünstigungen. Der Erbsfähigkeit (*testamentifactio passiva*) nicht zu gedenken, welche er mit anderen moralischen Personen gemein hat, so muß doch jedenfalls sein Anrecht auf die erblosen Güter und die Creptorien (s. diese

182) L. 18. §. 10. D. 49. 14.

183) L. 46. §. 1. D. 49. 14.

184) L. 1. C. de hereditate vel actione vendita. (4. 39.) L. 41. D. 49. 14.

185) So nach dem Vorgange von Haffe noch Schröder in Einde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 10, S. 132—134 und Schmidt, de successione in bona vacantia ex iure Romano. Jenae 1836. 8.

186) L. 2. C. 4. 39. Vgl. Kämmerer, über Erbschaftsveräußerung durch den Fiscus in Einde's Zeitschrift Bd. 11, S. 350—360. Dem steht auch nicht L. 13. §. 4 u. 8. D. 5. 3. entgegen, da dieses Fragment von einem ganz andern Falle spricht.

187) L. 54. pr. D. de heredit. petit. (5. 3.)

188) X. a. D. Bb. 11, S. 364.

189) L. 2. C. de quadr. praescript. (7. 33.) Vgl. Kämmerer a. a. D. Bd. 11, S. 390—413.

Art.) hier in Erwähnung gebracht werden. Außerdem kommen in den einzelnen Partien des Erbrechtes noch folgende Vorzugsrechte des Fiscus vor: 1) Der Procurator fisci und fisciſche Sklaven können die dem Fiscus deferirten Erbschaften antreten, die letzteren freilich nur auf Befehl des Procurators¹⁹⁰⁾. 2) Der Fiscus ist von manchen im Erbrechte nothwendigen Cautionen frei, namentlich von der Satisfaction, welche für die Auszahlung eines gültig errichteten Vermächtnisses vom Dnerirten geleistet werden muß¹⁹¹⁾, und der, welche bei der Auszahlung von Vermächtnissen wegen Rückerstattung dessen, was die Falcidische Quart übersteigt, dem Vermächtnisnehmer auferlegt wird¹⁹²⁾. Der Grund dieser Befreiung ist wohl ein allgemeiner, wahrscheinlich der, daß bei dem Fiscus die Rücksicht auf Verarmung in Wegfall kommt¹⁹³⁾, was die neueren Rechtsgelehrten mit dem Sprüchworte auszudrücken pflegen: *fiscus prae-sumitur esse locuples*.

Außer den genannten Fällen gibt es noch eine Reihe von Erwerbungen des Fiscus, welche durch verbotene Handlungen bedingt werden und sich als Strafe für die Uebertreter der gesetzlichen Vorschrift herausstellen. Nicht der Vermögensconfiscation in Criminalsachen zu erwähnen (s. den Art. Confiscation), so fällt dem Fiscus alles dasjenige zu, was bei gesetzlich verbotenen Ehen zum Heurathsgute bestellt worden ist¹⁹⁴⁾; auch der Werth von Grundstücken, welche die Statthalter der Provinzen, die kaiserlichen Procuratoren oder sonstige Beamte in der Provinz, in welcher sie ihr Amt verwalten, käuflich erworben haben, wenn auch Dritte abgeregelter Maßen dazwischen treten¹⁹⁵⁾; das Eigenthum von Grundstücken, welche Soldaten während ihrer Dienstzeit in den Provinzen, in welchen sie dienen, käuflich an sich bringen, außer, wenn das Grundstück den Eltern des Soldaten zugehört und vom Fiscus käuflich ausgedoten wird¹⁹⁶⁾; ferner das Eigenthum von Sachen, welche um den Zoll zu betrügen nicht angegeben worden sind¹⁹⁷⁾ u. s. w. Für alle dergleichen Erwerbungen sind in den Justinianischen Rechtsbüchern folgende Regeln als gültig bezeichnet: 1) Dem Fiscus können überhaupt nur solche Güter zufallen, welche einen Vermögensvorteil für ihn enthalten. Nach der älteren, bereits von Labeo gebilligten Ansicht fielen Güter, welche der Fiscus beanspruchen konnte, demselben ohne weiteres (*ipso iure*) zu, selbst wenn sie schon insolvent waren; allein in

190) L. 1. §. 2. D. de officio procuratoris. (1. 19.) L. 25. §. 2. D. de acquirenda vel omittenda hereditate. (29. 2.) L. 46. §. 8. D. 49. 14.

191) L. 1. §. 18. D. ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur. (36. 3.)

192) L. 3. §. 5. D. si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit. (35. 3.)

193) L. 1. §. 18. D. 36. 3. L. 2. §. 1. D. de fundo dotali. (23. 5.)

194) L. 61. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) L. 38. §. 1. D. ibid. Ulp. fr. 16. §. 4. L. 3. C. Th. de incestis nuptiis. (3. 12.) L. 8. Iust. C. de nuptiis. (5. 4.) Nov. Iust. 12. cap. 1.

195) L. 46. §. 1. D. 49. 14.

196) L. 9. pr. D. de re militari. (49. 16.)

197) L. 14. D. de publicanis. (39. 4.) L. 11. §. 4. D. ibid.

Folge eines prätorischen Edictes, welches diese Ansicht verwarf, ward über dergleichen insolvente Vermögensmassen Concurs eröffnet, und es hing mithin von der Willkür des Fiscus ab, ob er dergleichen Güter annehmen wollte oder nicht¹⁹⁸). Somit ward von Seiten derer, welche den Fiscus vertraten, eine Erklärung nothwendig über die Annahme oder die Ausschlagung der zufallenden Güter, welche im zuerst genannten Falle mit den Ausdrücken *agnoscere bona*, im zuletzt genannten mit *spernere bona* bezeichnet wird¹⁹⁹). Hatte der Fiscus einmal die Güter agnoscirt, so haftete er den Gläubigern der Erbschaft schlechtweg, wie früher, wo ihm die Güter *ipso iure* zufielen; ein Rücktritt war undenkbar.

2) So lange das Recht des Fiscus auf die in Frage stehenden Güter noch nicht durch Urtheil und Recht oder, was dem gleichsteht, anerkannt ist, darf von einer Aenderung des Besitzstandes nicht die Rede sein. Dieß Princip wird in Betreff der Nuntiationen nicht allein im vorjustinianischen, sondern auch im Justinianischen Rechte²⁰⁰) ausdrücklich anerkannt, und daß es auch bei der Güterconfiscation galt, zeigen die Justinianischen Pandekten²⁰¹). 3) Der Fiscus hat, wenn er Güter erwirbt, auch die auf denselben haftenden Beschwernisse anzuerkennen. Wo er als Universalsuccessor eintritt, z. B. bei der Confiscation ganzer Vermögensmassen oder Vermögensquoten, ergibt sich dieß schon aus der Natur der Universalsuccession²⁰²); bei dem Anfall erblosen Gutes bestätigten dieß Zeugnisse römischer Juristen und Kaiser²⁰³); für die *Caduca* und *Creptoria* ergibt sich dasselbe aus der allgemeinen, mit dem Inhalte der *lex Iulia* verwandten Rechtsregel: *caduca cum onere fiunt*²⁰⁴). Eine Regel, welche nicht allein auf die dem Erbgute auferlegten Vermächtnisse geht, sondern auch auf dem Erbtheile haftenden Schulden bezogen werden muß²⁰⁵). Und daß gerade diese Regel von den Pan-

198) L. 11. D. 49. 14. L. 1. §. 1. D. *ibid.* Vgl. v. Schröder, zu der Lehre von den *bona vacantia* in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bb. 10, S. 107—114. Von der Confiscation insbesondere spricht L. 51. §. 5. D. de *fideiussoribus*. (46. 1.)

199) L. 6. §. 3. D. ad SC. *Trebellianum*. (36. 1.) L. 4. §. 17 u. 20. D. de *fideicommissariis libertatibus*. (40. 5.)

200) L. 2. §. 4. L. 15. §. 4. D. 49. 14. L. 5. Th. C. de *iure fisci*. (10. 1.) L. 5. Th. C. de *bonis vacantibus*. (10. 8.) L. 7. C. de *iure fisci*. (10. 1.)

201) L. 46. §. 6. L. 45. §. 1. D. 49. 14. L. 2. §. 1. D. de *bonis eorum, qui ante sententiam*. (48. 21.)

202) L. 17. §. 5. D. ad SC. *Trebellianum*. (36. 1.) L. 31. pr. D. *soluto matrimonio*. (24. 3.) L. 5. C. de *bonis proscriptorum*. (9. 49.) L. 2. C. ad *legem Iuliam de vi*. (9. 12.)

203) L. 96. §. 1. D. de *legatis I.* (30.) L. 6. §. 3. D. ad SC. *Trebellianum*. (36. 1.)

204) *Ulpiani fr.* 17. 3. L. 60. §. 1. D. de *condit. et demonstr.* (85. 1.) L. 9. D. de SC. *Siliciano*. (29. 5.) L. 12. §. 2. u. L. 16. §. 2. D. de *his, quae ut indignis*. (34. 9.) L. 2. §. 2. D. *si quis aliquem testari*. (29. 6.) L. 3. §. 4. D. 49. 14. L. 5. C. ad *leg. Falcidiam*. (6. 50.)

205) L. 18. §. 1. D. 34. 9. L. 2. C. 9. 12.

dektenjuristen auf alle dem Fiscus zufallenden Güter angewendet wird, ist nicht der geringste Beweis für die Allgemeinheit der oben aufgestellten Behauptung²⁰⁶). 4) Für die Incorporation der dem Fiscus verfallenden Güter ist ein bestimmtes Verfahren vorgeschrieben, welches erst durch die Constitutionen christlicher Kaiser im Einzelnen geregelt worden ist. Nach den Zeugnissen der Pandektenjuristen wurde der Besitzer solcher Güter gezwungen, an den Fiscus Rechnung abzulegen, und, was er davon verheimlichte, nicht allein herauszugeben, sondern auch den Werth desselben dem Fiscus zu ersetzen²⁰⁷). Versegelung und Inventarisiren solcher Güter war schon vor Constantin gewöhnlich²⁰⁸). In der Folge wies Constantin die Rationalen an, über alle dem Fiscus verfallenen Güter an die Fiscalbehörde Verzeichnisse einzusenden, um über die Annahme und Weiterverleihung derselben entscheiden zu können²⁰⁹), und spätere Kaiser erhoben die Inventarisiren so sehr zur Nothwendigkeit, daß vorher solche Güter nicht weiter verliehen, auch nicht incorporirt werden konnten²¹⁰). Vorbereitet wird die Inventarisiren durch gewisse, zu diesem Zwecke besonders abgesendete Beamte, welche vereidet werden und in Gegenwart des fiscalischen Vertreters an Ort und Stelle sich zu erkundigen haben, wem das Gut angehöre, wie groß und von welcher Beschaffenheit es sei²¹¹); dann werden durch die ordentliche Obrigkeit bestimmte Fristen festgesetzt, binnen welcher Dritte ihre Ansprüche an den Gütern geltend machen dürfen; findet sich kein Reclamant und stellt sich demnach die Berechtigung des Fiscus als unbezweifelt heraus, so wird theils von der inventarisirenden Behörde, theils von dem Magistrate, welcher den Prozeß geleitet hat, an den Kaiser Bericht erstattet, damit dieser zur Incorporation oder sonstigen Verwendung der angefallenen Güter Befehl ertheile. Die Incorporation selbst geschieht durch Anlegung der tituli an die einzelnen Vermögensstücke²¹²).

Heimbach.

Foenus nauticum, auch *usurae nauticae* oder *maritimae* werden die höheren Zinsen genannt, welche sich der Gläubiger, ohne sich eines Wuchers schuldig zu machen, ausbedingen darf, wenn das dargeliehene Capital über Meer gehen und die Seegefahr nicht von dem Schuldner, auf dessen Gefahr nach den allgemeinen Grundsätzen des Darlehens das dargeliehene Capital stehen müßte, sondern von dem Gläu-

206) L. 14. D. 49. 14. L. 2. §. 1. D. de alimentis vel cibariis legatis. (34. 1.)

207) L. 15. §. 5 u. 6. D. 49. 14.

208) Fragm. de iure fisci §. 14.

209) L. 2. Th. C. de bon. vacantibus. (10. 8.)

210) L. 5. Th. C. 10. 8. L. 2. Th. C. de incorporatione. (10. 9.)
L. 11. C. Th. de petitionibus. (10. 10.) Für das Justinianische Recht spricht L. 5. J. C. de bonis vacantibus. (10. 10.)

211) L. 11. Th. C. 10. 10. L. 5. Th. C. 10. 8. L. 5. Iust. C. 10. 10.

212) L. 1. Th. C. 10. 9. L. 3. Iust. C. 10. 10.

biger übernommen werden soll¹⁾. Der Grund, aus welchem sich der Gläubiger in diesem Falle höhere Zinsen ausbedingen darf, als sonst gestattet sind, liegt eben darin, daß er eine Gefahr übernimmt, zu deren Uebernahme er nach den gewöhnlichen Regeln des Darlehns nicht verpflichtet wäre²⁾. Die höheren Zinsen, welche der Darleiher nehmen darf, sind daher eine Prämie für Uebernahme der Gefahr, so daß sie in Wirklichkeit gar nicht als eigentliche Zinsen für das Darlehn gelten können. Deswegen konnten hier die gewöhnlichen Regeln, welche das römische Recht sowohl über die Form als über den Inhalt der Zinsversprechungen bei Darlehen aufstellte, keine Anwendung finden. Denn hinsichtlich der Form konnte das *foenus nauticum* auch in einem bloßen *pactum* ausbedungen werden, während sonst beim Darlehn die Zinsverbindlichkeit nicht anders als durch *Stipulation* begründet werden konnte³⁾. In Ansehung des Inhaltes aber mußten die über die Höhe des Zinsfußes geltenden Vorschriften unanwendbar erscheinen, da das *foenus nauticum* nur Namen und Form, nicht aber die Bedeutung eigentlicher Zinsen hatte. Daher gab es vor Justinian gar keine gesetzliche Vorschrift über die Größe des *foenus nauticum*, so daß dieselbe ganz willkürlich durch die Uebereinkunft der Contrahenten bestimmt werden konnte⁴⁾. Unter Justinian aber wurde nebst anderen Zinsbeschränkungen auch für das *foenus nauticum* die Vorschrift erlassen, daß die Größe desselben ein Procent in jedem Monate, also zwölf Procent jährlich nicht überschreiten dürfe⁵⁾. Diese hohen Zinsen sollten nach der Meinung des Gesetzes nur für diejenige Zeit genommen werden können, da das Schiff wirklich unterwegs war, und also der Gläubiger die Gefahr des in demselben befindlichen Geldes (*pecunia traiectitia*) in der That zu tragen hatte⁶⁾. In einer späteren von Justinian herrührenden Verordnung wurde jedoch gestattet, sich ein *foenus nauticum* auch auf andere Bedingungen auszubedingen, durch welche unter Umständen auch ein höherer Zinsfuß erreicht werden konnte⁷⁾. Allein schon im darauf folgenden Jahre nahm

1) L. 1. D. de nautico foenore. (22. 2.) L. 1. C. eod. (4. 23.) Zuweilen wird jedoch der Ausdruck *foenus nauticum* für das über Meer gehende Capital selbst (*pecunia traiectitia*), für welches das *nauticum foenus* gegeben werden muß, gebraucht. L. 3. C. h. t.

2) L. 5. D. h. t.: *Periculi pretium est.*

3) L. 7. D. h. t. C. den Art. Darlehn Bb. 3, S. 237.

4) Paullus, s. r. II. tit. 14. §. 3.: *Traiectitia pecunia propter periculum creditoris, quamdiu navigat navis, infinitas usuras recipere potest.* L. 26. §. 1. C. de usuris. (4. 47.)

5) L. 26. C. cit.

6) Vgl. über diesen Punkt und über die abweichende Meinung Anderer, welche behaupten, daß zwölf Procent von der *pecunia traiectitia* haben genommen werden können ohne Rücksicht auf die Dauer der Seereise, Glü & C. Erläuterung der Pandekten Th. 21, S. 193 ff.

7) Nov. 106. In diesem Gesetze wurde dem Darleiher, wenn er die Gefahr übernehmen wolle, gestattet, sich Folgendes als *nauticum foenus* auszubedingen: entweder für jeden *solidus*, den er darleihe, einen *modius* Getreide in das Schiff zu laden, ohne den Zoll dafür zu bezahlen, oder auf jeden Fall von dem Schuldner übernommen werden mußte, und außerdem für je zehn aurei einen

Iustinian diese Erlaubniß wieder zurück, wodurch die erste auf das *foenus nauticum* bezügliche Verordnung wiederhergestellt wurde, nach welcher nicht mehr als zwölf Procent jährlicher Zinsen sollten genommen werden dürfen für die Zeit, da die *pecunia traiectitia* wirklich auf der Gefahr des Gläubigers stände⁸⁾. Wenn nicht etwas Anderes ausgemacht ist, steht aber die *pecunia traiectitia* auf der Gefahr des Darleihers vor dem Augenblicke an, da die Anker gelichtet werden, bis zu dem Augenblicke, da sie an ihrem Bestimmungsorte angelangt ist⁹⁾.

Was nun die Bedeutung betrifft, welche das *nauticum foenus* bei den Römern hatte, so war dasselbe nichts Anderes, als eine Weise, die Ladung eines Schiffes gegen die Seegefahr zu versichern. Der Darlehnsvertrag, bei welchem das *nauticum foenus* ausbedungen werden konnte, wurde dahin abgeschlossen, daß das dargeliehene Capital oder die für dasselbe gekaufte Waare in das Schiff geladen, und nebst den Zinsen nur alsdann wieder zurückgegeben werden sollte, wenn die Ladung ihren Bestimmungsort erreicht hätte. Dagegen sollte der Darleiher das Capital sowohl als auch die Zinsen verlieren, wenn die Ladung ohne Schuld des Darlehnehmers innerhalb der Zeit, auf welche die Gefahr übernommen worden, verloren gehen würde. Die Wirkung dieses Geschäftes bestand also darin, daß nicht der Schuldner, als Eigenthümer der Ladung, sondern der Darleiher, der das zur Ladung verwendete Geld vorgestreckt hatte, von dem Verluste betroffen wurde, der aus der Seegefahr entstanden war. Es gab bei den Römern Speculanten, welche ein eigenes Gewerbe daraus machten, gegen höhere Zinsen Darlehne hinzugeben, von welchen sie die Seegefahr übernahmen¹⁰⁾. Seiner Wirkung nach kam ein solches *mutuum maritimum* ziemlich überein mit unserem heutigen Versicherungsvertrage, bei welchem ebenfalls nicht der Versicherte, als Eigenthümer der versicherten Gegenstände, sondern der Versicherer gegen die Versicherungsprämie den Schaden erleidet, der aus dem Verluste oder Untergange der versicherten Gegenstände entsteht¹¹⁾. Aber der Form nach ist das *foenus nauticum* von dem Versicherungsvertrage, welcher in seiner heutigen Gestalt den Römern unbekannt gewesen zu sein scheint¹²⁾, wesentlich verschieden. Denn bei dem *foenus nauticum* wird dem Darlehnehmer, welcher hier der Versicherte ist, mit dem Darlehn die Entschädigungssumme zum voraus gegeben, so daß er dieselbe nebst den erhöhten Zinsen restituiren muß, wenn der Schaden

als Zinsen, oder den achten Theil des Capitals zu nehmen, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Zeit, für welche die Gefahr übernommen werden sollte. Glück, a. a. D. S. 192, versteht die Stelle falsch, wenn er sie dahin auslegt, daß sich der Gläubiger für jeden *solidus* einen *modius* Getreide als Zinsen habe ausbedingen können.

8) Nov. 110.

9) L. 4. pr. L. 6. D. h. t. L. 1. L. 4. C. h. t.

10) Nov. 106. pr.

11) S. den Art. Versicherungsanstalten.

12) Ueber die Frage, ob den Römern der Versicherungsvertrag bekannt gewesen sei oder nicht, vgl. Glück a. a. D. S. 207 flg.

nicht eintritt; bei dem Versicherungsvertrage dagegen wird dem Versicherten die Entschädigungssumme erst nach wirklich eingetretenem Schaden ausbezahlt, während er die Versicherungsprämie sogleich bei dem Abschlusse des Vertrages entrichten muß. Wenn man will, kann man den Unterschied zwischen foenus nauticum und Versicherungsvertrage auch so auffassen, daß bei jenem der Darleiher gegen die höheren Zinsen die Summe hergibt, welche der Gefahr ausgesetzt werden soll, so daß er sie bei nicht eintretendem Schaden wieder erhält, während bei dem Versicherungsvertrage diese Summe von dem Versicherten hergegeben wird, und der Versicherer die Verbindlichkeit übernimmt, ihm dieselbe im Falle eines eingetretenen Schadens zu restituiren. Offenbar aber wird der Zweck der Versicherung durch den Versicherungsvertrag bequemer erreicht, als durch das foenus nauticum, weil bei jenem nicht wie bei diesem für den Fall, daß kein Schaden eintritt, die Entschädigungssumme unnöthiger Weise hin und her gezahlt zu werden braucht. Darum dürfte bei der heutigen Ausbildung des Assuranzwesens wohl schwerlich noch von dem foenus nauticum Gebrauch gemacht werden. Einige Aehnlichkeit hat das foenus nauticum mit der Bodmerei, insofern auch dieser Vertrag in einem Darlehn besteht, bei welchem die Seegefahr von dem Gläubiger übernommen wird¹³⁾. Allein der hauptsächlichste Unterschied zwischen beiden Rechtsgeschäften liegt darin, daß bei der Bodmerei nicht von einer eigentlichen traiecitia pecunia die Rede ist. Denn bei dem foenus nauticum muß entweder das dargeliehene Capital oder wenigstens die für dasselbe gekaufte Ladung wirklich über Meer gehen, indem das Geld, welches im Hafen consumirt wird, keine pecunia traiecitia ist, von welcher höhere Zinsen genommen werden können¹⁴⁾. Bei dem Bodmereivertrage dagegen wird das Geld nicht nothwendig zu dem Zwecke dargeliehen, daß es entweder in Natur oder in den dafür gekauften Waaren über Meer gehe, indem es vielmehr von dem Darlehnehmer auch vor der Einschiffung consumirt werden kann. Deswegen bezieht sich die Gefahr, welche der Darleiher bei der Bodmerei übernimmt, auch nicht auf den Untergang, von welchem das dargeliehene Capital unterwegs betroffen werden kann, sondern auf den Untergang des Schiffes oder der Ladung, welche ihm für seine Forderung zum Pfande eingesetzt werden. Der Bodmereigeber verliert seine Forderung, wenn Schiff oder Ladung unterwegs verunglückt; aber es kommt dabei nichts darauf an, ob das dargeliehene Geld in Natur oder in Waaren auf das Schiff gekommen war oder nicht. — Uebrigens unterliegt es keinem Bedenken, daß das Princip des römischen Rechtes, daß bei dem foenus nauticum wegen der übernommenen Seegefahr höhere Zinsen, als sonst gestattet sind, genommen werden dürfen, analoge Anwendung

13) Vgl. den Art. Bodmerei Bb. 2, S. 243 fg.

14) L. 1. D. h. t.: Traiecitia pecunia ea est, quae trans mare vehitur: ceterum si non eodem loco consumatur, non erit traiecitia. Sed videndum, an mercēs ex ea pecunia comparatae in ea oppo habentur? Et interest, utrum etiam ipsae periculo creditoris navigent: tunc enim traiecitia pecunia fit.

finden kann in anderen Fällen, in welchen eine andere Gefahr, als die Seergefahr von dem Darleiber übernommen wird. Nur versteht sich von selbst, daß es sich bei einem solchen sogenannten *foenus quasi nauticum* nicht um ein Geschäft handeln darf, welches überhaupt als ein verbotenes angesehen werden muß¹⁵⁾.

Euben.

Frage, Criminalfrage, articulus inquisitionis, peinliche, scharfe Frage (*quaestio, quaestio criminalis, tortura*)¹⁾. — In diesem Worte liegt die ganze Thätigkeit des Richters im Criminalverhöre. Aus zwei Gründen muß er fragend zu Werke gehen: einmal, weil niemand verpflichtet ist, ihm seine Wissenschaft von einem Verbrechen freiwillig anzutragen; dann aber, weil selbst der Bereitwilligste und Aufrichtigste nicht im Stande sein kann, alle die Haupt- und Nebenpunkte zu errathen²⁾, auf welche es dem Gerichte ankommt. Der Inquirent, zumal der teutsche, muß nothwendigerweise immer die Fäden der ganzen Untersuchung allein in Händen haben, weil er der Dirigent des ganzen Geschäftes ist. Es folgt von selbst daraus, daß er berechtigt und verpflichtet ist, nicht bloß den Thatbestand der Verbrechen und die Beweisstücke zu erheben, sondern auch diesen Stoff durch Fragen, welche er an alle, wesentlich oder zufällig betheiligte, Personen³⁾ stellt, so viel als immer möglich erläutern, aufklären und berichtigen zu lassen.

Nur er der Richter ist daher in der Lage, Auskunft zu verlangen, und es kann umgekehrt an ihn von keiner Seite eine Frage gestellt werden, wiewohl es unverwehrt ist, ihn auf gewisse Umstände, die er nicht zu kennen oder zu übersehen scheint, aufmerksam zu machen⁴⁾.

15) L. 5. D. h. t. Vgl. Glück a. a. D. S. 153.

1) Die einschlägigen Schriften sind ziemlich vollständig aufgeführt in Kappler, Handbuch der Literatur des Criminalrechtes (Stuttgart 1838), S. 1084—1086, 1102. Ein Werk, oder eine Abhandlung, worin die Criminalfrage historisch und praktisch in allen Beziehungen erörtert und beleuchtet wäre, existirt bis jetzt noch nicht.

2) Fast regelmäßig suchen die Deponenten in Thatumständen, die ganz außerwesentlich sind, das Hauptgewicht und übergeben umgekehrt erhebliche Dinge, welche zu errathen und zu erforschen die Aufgabe des Inquirenten ist; ja, es läßt sich behaupten, daß niemand, als ein Inquisit oder Zeuge, der selbst praktischer Criminalist ist, einen Vortrag über ein Verbrechen machen kann, der so angemessen und erschöpfend ausfällt, daß gar keine Zwischenfrage nöthig wird.

3) Kein Verbrechen kann durch bloßen Augenschein an den hinterlassenen Spuren hergestellt werden; denn es darf ein solches gar nicht angenommen werden, so lange nicht das Hinzuwirken von Menschen evident ist. Euben, über den Thatbestand des Verbrechen (Göttingen 1840), sagt daher S. 130 sehr richtig: Die Verletzung des objectiven Rechtes kann nicht in der verbrecherischen Erscheinung für sich allein liegen, sondern nur, insofern dieselbe durch eine rechtswidrige, dolose oder culpa, Handlung hervorgebracht worden war. Vgl. Henke; Handb. des Criminalrechtes Bd. 4, S. 836.

4) Im Anklageprozeße kommt wohl zuweilen eine an den Richter gestellte Frage vor, wie die französischen Affsenberichte lehren; aber es bleibt dieß immer ein Werkstoß gegen Princip und Schicklichkeit, wie sie dort auch außerdem gar

Unter dem Worte Frage ist daher im Criminalverfahren nichts Anderes zu verstehen, als eine Frage des Verhörrichters, gebaut auf actenmäßige Thatsachen oder Verdachtsgründe⁵⁾. Hieran knüpft sich von selbst das Bedenken: wie dem ersten Verhöre, welches in irgend einer Untersuchung abgehalten wird, gleich actenmäßige Thatsachen zu Grunde liegen können, indem ja der Zweck eines solchen Verhöres gerade darin bestehen kann, daß der Richter erfahren möchte, ob überhaupt eine Gesetzesverletzung begangen worden sei. Das ist es aber gerade, was der geläuterte Inquisitionsprozeß⁶⁾ verhindern will. Die richterliche Thätigkeit soll niemals auf bloße Vermuthungen oder gar aus diersifertiger Neugierde beginnen, sondern vielmehr einen glaubhaften Anstoß von außen abwarten und niemand zumuthen, den Mangel einer factischen Grundlage des Verfahrens zu suppeditiren oder zu ergänzen⁷⁾. Die Untersuchung nimmt ihren Ausgangspunkt von einer öffentlichen oder Privatanlage oder Denunciation, und was man Einschreitung von Amtswegen nennt, ist bekanntlich nichts Anderes, als eine auf allgemeines Gerücht⁸⁾ oder einfache Anzeige eines Unterbeamten oder einer für die Handhabung der Gerechtigkeit sich interessirenden Person⁹⁾ gebaute Untersuchung. Actenmäßig muß also irgend eine Grundlage gemacht sein, ehe der Richter zum Criminalverhöre übergehen darf. Durch diese Bedingung, welche kein Kenner des Untersuchungsprozesses in seiner wahren Bedeutung verwerfen kann, ist von vorn herein gesorgt, daß die Fragen des Inquirenten nicht in voreilige oder unnöthige Belästigungen ausarten. Diese Sorge ist um so mehr geboten, als die Fragen eines Criminalrichters von gewöhnlichen Fragen auch dadurch noch sich unterscheiden, daß die Antwort darauf nicht verweigert werden darf¹⁰⁾, ja es kann der Richter so weit gehen, daß er den Ungehorsamen mit Strafen belegt. Würde man nun keine Grenze setzen, wo das Fragerrecht anfängt und aufhört, so wäre überall Willkür und leidenschaftliche Verfolgung möglich. Verlangt man jedoch einen actenmäßigen Grund zur

häufig vorkommen. Vgl. Mittermaier, das deutsche Strafverfahren, 3. Aufl., Th. 1, S. 467.

5) Eine Begriffsbestimmung der Criminalfrage fehlt in den meisten Lehrbüchern des Prozesses, und doch würde dadurch viel zur Berichtigung der Ansichten zu gewinnen sein. Eine Umschreibung des Begriffes findet sich in Stecher, über captiose Fragen (München 1810), §. 3.

6) Müller, Lehrbuch des Criminalprozesses (Braunschweig 1837), §. 77.

7) Darauf beruht auch die Behauptung in v. Jagemann, Handbuch der gerichtlichen Untersuchungskunde (Frankfurt 1838), §. 276: daß es unpassend sei, die Angeschuldigten zu fragen, ob sie wüßten, warum sie in Untersuchung gezogen seien? — S. dagegen Mittermaier a. a. D. Th. 1, S. 486. — Abegg, im Archiv des Criminalrechtes Jahrgang 1841, S. 206 fig.

8) Püttmann, elementa iur. crim. (Lips. 1779.) §. 763. — Cap. 24. X. de accus. CCC. art. 6.

9) S. hierüber besonders Davorger, Manuel des juges d'instruction. (Paris 1839.) T. I. p. 466 — 482. Abegg, Lehrbuch des Criminalproz. (Königsberg 1838), §. 151.

10) Pente a. a. D. Bd. 4, S. 844: Auch bloße Bezichtigungen und Verweisungen auf die in früheren Verhören gemachten Aussagen sind ungenügend.

Anordnung des Verhöres, so ist damit allerdings der Anfang sicherer als der Endpunkt bestimmt. Hierüber läßt sich bloß so viel sagen, daß das Verhör nicht über den Inhalt der vorher gebildeten Acten hinausgehen darf; diesen Inhalt aber in alle denkbaren Richtungen und Einzelheiten zu verfolgen, ist ein unbeschränktes Recht¹¹⁾ des Inquirenten, ja es besteht darin gerade seine Kunst¹²⁾, und sein ganzes Werk würde ein leerer Schematismus, ein todtes Gerippe bleiben, wenn er nicht von jener Basis aus, sei sie auch noch so gering und scheinbar unbedeutend, die ganze im Dunkeln liegende Geschichte zu entwickeln, das ganze Gemälde der That aufzurollen suchen dürfte. Die Schranke, welche ihn dabel beherrscht, bleibt lediglich die, daß er bloß das Gegebene in seine Bestandtheile, den Keim der Wahrheit gleichsam in Atome zerlegen, nirgendwo aber in Suppositionen¹³⁾ übergehen darf, welche eine ganz andere Thatfache, die bisher noch nicht zur Sprache gekommen ist, willkürlich voraussetzen und Phantasiegebilde zu factischen Vorgängen zu stempeln suchen.

Durch das nackte Wort Frage ist eigentlich die große theoretische Verwirrung, woran diese Lehre zum Theil noch leidet, in die Grundsätze des Criminalverhöres gekommen. Man fing an, den Begriff buchstäblich zu nehmen; bald konnte man sich keine Verhörsfrage ohne Fragezeichen mehr denken, und wenn der Stoff sich gerade nicht zu dieser Form eignete, so wurde er hineingezwängt¹⁴⁾. Daß auf diese Art gar Manches in interrogatorischer Gestalt fehlerhaft, ja widersinnig erschien, kann gar nicht befremden; denn die Sprache macht ihre Rechte gegen jede Willkür geltend, so daß das Beste, wenn man es verkehrt sagt, seine Bedeutung, seinen Werth verliert. Man sollte meinen, daß es auf platter Hand liege, wie ein Inquirent, dem der Inquisit die Antwort, d. h. die Auskunft auf die vorgelegten Fragen, gänzlich verweigert und keine andere Rede führt als: Ja! Nein! und: Ich weiß von nichts¹⁵⁾, am Ende doch nicht umhin kann, das Gespräch in einer Weise fortzusetzen, wo er dem hartnäckigen Gegner dasjenige, was er nicht wissen will, aus eigener Kenntniß vorragt¹⁶⁾ und ihn anhält, darauf irgend eine Erklärung zu

11) Praecipue opera danda est iudici, ut nihil, quod ad summam rei pertinet, praetermittat. Püttmann l. c. §. 815.

12) Rittermaier a. a. D. Th. 1, S. 486, 487.

13) Parst, über Suggestionen (Landshut 1810), §. 6.

14) J. B. anstatt zu sagen: Man muß Euch eröffnen, daß Ein Zeuge an jenem Orte Euch gesehen haben will, — fragen Manche: Wißt Ihr nicht, ob Zeuge N. an jenem Orte Euch gesehen hat? — Oder statt des Vorhaltes: Um jene Nachtstunde, wo Ihr gesehen wurdet, pflegt Niemand mehr spazieren zu gehen, die Frage: Seid Ihr etwa so spät noch spazieren gegangen? — Beide Fragen verfehlen ihren Zweck.

15) Einige Beispiele s. in Pfister, merkwürdige Criminalfälle Bd. 5, S. 424 flg., und v. Sagemann, Handbuch der Untersuchungskunde Bd. 2, Nr. 180, 295.

16) Stryk, de iure suggest. cap. 4. nr. 90. Boehmer, Observ. ad Carpov. quaest. CXIII. obs. 4. v. Quistorp, Grundsätze des peinl. Rechts S. 76.

geben, wodurch es constatirt wird, ob er die speciellen Thatfachen, welche dem Gerichte schon bekannt sind, weiter ausklären könne oder wolle. So lange dieses nicht geschehen, bleibt eine erhebliche Lücke im Prozesse; denn es mag das Netz der Anschuldigung noch so klug angelegt und bestandhafte Lügner noch so sicher umgarnt sein, so wird doch kein gewissenhafter Richter ihn verurtheilen, so lange er nicht über den vorliegenden Acteninhalt vernommen¹⁷⁾ ist. Gibt er auf solche Eröffnungen abermals keine Antwort, so ist die Lage nun doch eine ganz veränderte: der Angeschuldigte kann nimmermehr sagen, daß er ungehört gerichtet sei und mag er noch so viele Einwendungen und Gegenbeweisgründe haben, so ist das Gericht nicht veranlaßt, solche zu vermuthen und zu unterlegen, sondern es bleibt vielmehr die ganze Verantwortung eines etwaigen Irrthums auf dem Inquisiten selbst¹⁸⁾, dem ja übrigens auch hier noch das Rechtsmittel der Wiederherstellung wegen neuer Beweismittel¹⁹⁾ zu Handen bleibt.

Daraus ergibt sich augenscheinlich, daß der Untersuchungsrichter im Verhöre mitunter auch in einer anderen als der strengen Frageform den Inquisiten oder Zeugen anregen muß. Eben durch diese Abweichung von der Regel, als welche die eigentliche Frage immer gelten muß, ist aber der Verhörrichter allein in Stand gesetzt, sein Geschäft, trotz der dazwischen gelegten Hindernisse, ohne eine Verletzung der Unpartheilichkeit und Recllichkeit, zu vollenden.

Hier stößt man auf die Controverse von der Suggestivfrage²⁰⁾, welche von Einigen für unbedingt, von Anderen für bedingt verwerflich, von manchen Praktikern aber auch für durchaus zulässig angesehen wird.

Man muß auf die vorhin gegebene Definition der Criminalfrage überhaupt zurückgehen, um hierüber ins Klare zu kommen. Auf actenmäßigen Grund soll eine regelrechte Frage gebaut sein. Daran, aber

17) Mittermayer, das deutsche Strafverfahren Th. 1, S. 486, bemerkt: Ueber Alles, was auf die Beurtheilung des Falles Einfluß hat, muß auch der Inculpat befragt und daher ihm möglich gemacht werden, über jede Thatfache, woraus der Richter Verdacht ableiten könnte, sich zu erklären. Stübel, das Criminalverfahren Bb. 4, S. 1968.

18) Wenn dieser allein die Mittel in Händen hat, eine Dunkelheit aufzuklären und er thut es nicht, so kann die Justiz für ein materiell vielleicht ungerecht ausfallendes Urtheil nicht verantwortlich sein. Martin, Lehrb. des Criminalproz. (Heidelb. 1836), S. 177.

19) Dieselbe kann in Folge der weiteren Vertheidigung oder der Reassumtion der Untersuchung eintreten, je nachdem sie vor oder nach vollzogenem Urtheile impetrit wird. Abergg, Lehrbuch des Criminalproz. S. 189. Müller, Lehrbuch des Criminalproz. S. 231—233.

20) Die bemerkenswerthesten Schriften hierüber sind: Kleinschrod, über die Suggestivfragen des Richters. Würzburg 1787. Grattenauer, über den Begriff der Suggestivfragen. Berlin 1803. Prou, nonnulla de sugg. in proc. crim. obvenientibus. Lips. 1804. Parff, über Suggestionen und ihre Gefährlichkeit im Criminalproz. Landshut 1810. Stübel, de interr. sugg. Wittenb. 1811.

auch nur daran²¹⁾, ist festzuhalten, und wer noch weiter gehen, und auch die durch Voracten begründete Verhörfrage in Fällen, wo der Inquisit mit den aufzuklärenden Thatsachen nicht zuvorkommt, verpönt wissen will, der muß entweder von dem Verhörsgeschäfte keine richtige Vorstellung oder geradezu die Absicht haben, die Lüge und den Ungehorsam zu privilegiren: denn es muß wiederholt werden, daß der Richter, wenn er von den ihm bereits bekannten Thatsachen gegen den schweigsamen Inquisiten gar keinen Gebrauch machen darf, bei den Meisten nach der ersten verneinten Frage innehalten und seinen ganzen Plan aufgeben müßte²²⁾; denn die geistlose Arbeit wird man ihm wohl nicht zumuthen, daß er den ganzen Lebenslauf und die Zeit und den Ort des Verbrechens mechanisch durchfragt²³⁾, um jedesmal wieder dieselbe ablehnende Antwort: Ich weiß es nicht, oder: Ich erinnere mich nicht²⁴⁾, niederzuschreiben, um am Ende doch nur ein Protocoll zu liefern, das leere Spreu und keineswegs die nöthige Grundlage zu einem Erkenntnisse liefert.

Beseitigt man das Wort Frage und setzt dafür das Wort Criminalfrage²⁵⁾, mit der Bedeutung, daß alle Anreden des Richters, wodurch er von einer im Verhöre stehenden Person irgend eine Auskunft verlangt, darunter verstanden werden, so ist man mit einem Male über alle Bedenken hinaus. Criminalfrage ist nämlich schon der Zusammensetzung nach keine gewöhnliche Frage, und man kommt daher nicht mehr in Versuchung, zu glauben, daß der In-

21) Wittermaier, das deutsche Strafverfahren Th. 1, S. 495, meint zwar, daß es mit diesem Erfordernisse allein zum Erlaubtsein nicht genüge, sondern es müsse der Inquirent zuerst ohne Suggestion die Erklärung des Inculpaten über das Dasein oder die Beschaffenheit der Thatsache zu erhalten suchen; — aber es scheint doch wohl klar, daß man eine Thatsache, über die man eine Erklärung haben will, erst zur Sprache bringen, also doch wieder, wenn auch nicht mit allen Nebenumständen, suggeriren muß, indem sonst der Inculpat gar nicht wissen kann, worüber er sich äußern soll. Es ist schon von vorn herein eine Suggestion, wenn man fragt: Ob und Was dem Inculpaten von einem gewissen Verbrechen bekannt sei? — Nur davor hat man sich zu hüten, daß man im Suggestiren nicht weiter geht, als was die Feststellung der Verhörspunkte erfordert.

22) In diesem restrictiven Sinne sind auch die hierher gehörigen Gesetzesstellen L. 1. §. 21. D. de quaest. (48. 18.) und p. O. D. Art. 31, §. 1, Art. 56, zu interpretiren.

23) Man kann allerdings halbe Tage fort ordinäre Frage stellen, welche alle die äußeren und inneren Zustände berühren, in denen der Mensch zu leben pflegt; was ist aber damit gegen einen halsstarrigen Leugner gewonnen?

24) Selbst Stübel, Criminalverfahren Bd. 4, der sonst sehr entschieden gegen Suggestionen sich erklärt, räumt in diesem Falle dieselben ein, wenn nämlich der suggerirte Umstand aus anderen richterlichen Erkenntnisquellen erhellt, §. 1988.

25) Dieser Ausdruck ist zwar in der hier versuchten Anwendung auf die Wissenschaft noch nicht anderwärts eingeführt; aber es läßt sich schwerlich einen finden, der dem Sachverhältnisse besser entspricht. Ueberhaupt ist, wo die Unterarten so sehr wie hier im Streite liegen, mit Collectio begriffen immer viel gewonnen.

quirent nicht anders verfähre, als irgend ein Privatmann, der etwas Verborgenes herausfragen will.

Die Criminalfrage spaltet sich in die eigentliche Frage und die Vorhaltsfrage. Es wird viel zur Aufklärung des Gegenstandes gewonnen sein, wenn man diese beiden Arten etwas schärfer ins Auge faßt.

Die Criminalfrage im engeren Sinne²⁶⁾ ist eine solche, wodurch der Vernommene veranlaßt wird, in Bezug auf eine Thatfache, deren Kenntniß er im allgemeinen schon zugegeben hat, eine Erläuterung über andere damit zusammenhängende Thatfachen oder über die nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu vermuthenden Nebenumstände zu ertheilen.

Die Criminalfrage in Vorhaltsform²⁷⁾ ist eine solche, wodurch der Vernommene in die Lage gesetzt wird, sich über eine Thatfache, deren Kenntniß ihm, wiewohl er sie mit Stillschweigen übergeht, oder sogar ableugnet, zugetraut werden darf, zu äußern²⁸⁾.

Jede Vorhaltsfrage suggerirt also nothwendig irgend etwas, das noch nicht über die Lippen des Verhörten gekommen ist, aber es ist dieses eine Suggestion nicht nur erlaubter, sondern gebotener Art, weil der Richter den vorhandenen Stoff, nicht bloß der Wahrheitsforschung wegen, sondern im eigenen Interesse des Inquisiten, der vielleicht zur Widerlegung etwas anführen kann²⁹⁾, zur Sprache zu bringen hat.

Eine wirklich verbotene und daher unbedingt zu unterlassende Suggestion ist bloß diejenige, wodurch der Richter in die Criminalfrage eine Thatfache als ihm selbst bekannt einführt, ohne daß von derselben bisher in den Acten Erwähnung geschehen wäre.

Der Combinationsgeist des Menschen ist bekanntlich immer thätig, um so mehr aber bei einem Untersuchungsrichter, der wesentlich darauf angewiesen ist, den Zusammenhang dunkler Thatfachen zu erforschen;

26) Es versteht sich, daß die interrogatorische Form die Regel des Verhöres bildet; denn man hat es zum Glück nur ausnahmsweise mit so verstockten Inquisiten zu thun, daß sie gar keine Auskunft geben. So oft sich jedoch Widersprüche oder Lügen ergeben, kommt die Reihe an die eingehenden Fragen, d. h. an den Vorhalt des erwiesenen Gegentheiles.

27) Da der Verhörte immerhin eine Antwort geben soll, wenn auch die Anrede nicht interrogatorisch ist, so bleibt die Grundform doch die einer Frage (im weiteren Sinne). Man hängt dann gewöhnlich zum Schluß eine Frage an, wie etwa: Was sagt Ihr dazu? Wie verhält sich dieses? Können Sie darüber Auskunft geben? u. s. w.

28) Bauer, Lehrbuch des Strafproz. (Göttingen 1835), sagt: Durch Vorhalte sucht man den Angeschuldigten zu überzeugen, daß er bereits überwiesen sei, oder doch, daß die Ueberführung erfolgen werde. — Es scheint aber in der Definition wesentlich zu sein, daß der Inculpat nicht aus freien Stücken die fraglichen Thatfachen erläutern will, und sie deshalb vom Richter in Erwähnung gebracht werden muß.

29) Würde man überall diesen Haupt Gesichtspunkt festgehalten haben, so wäre die große Besorgniß vor Suggestionen gewiß sehr geschwunden. Eine sehr aufgeklärte Ansicht darüber hat Henke in seinem Handbuche des Criminalrechtes Bd. 4, S. 685.

wie leicht sich daher der letztere verleiten lassen kann, eine Thatfache, die das Mittelglied zwischen zwei anderen schon hergestellten Thatfachen bilden dürfte, förmlich vorauszusetzen, anstatt daß er sich mit einer stillen Vermuthung begnügen sollte, dieses geht aus der Natur der Sache hervor³⁰⁾, und es ist daher eine weise Vorsicht des Gesetzgebers, ein solches Verfahren ausdrücklich zu verbieten, ja unter Umständen die Strafe der Nichtigkeit darauf zu drohen. Nicht blos, weil eine solche Suggestion gewissermaßen eine Unredlichkeit, ja Hinterlist, wodurch die Würde des Richters sehr herabgesetzt wird, enthält, sondern hauptsächlich aus dem Grunde muß dieselbe möglichst verhütet werden, weil sie leicht dazu führen kann, daß der Gestagte, selbst vielleicht nicht mehr wissend, wie sich eine Sache, bei der er thätig war, zugetragen hat³¹⁾, aus blindem Zutrauen für den Richter die suggerirten Umstände als wahr zugeben und somit durch ein Geständniß scheinbar außer Zweifel stellen könnte. Damit ist aber natürlich dem Gerechtigkeitsprincipe³²⁾ schlecht gebient. Wahrheit, und nicht zu scheinbarer Gewißheit erhobene Suppositionen, suchen die Criminalgerichte. Erhalten sie dagegen abgelockte unzuverlässige Geständnisse, so können sie doch kein Urtheil darauf bauen³³⁾, es müßte denn gerade sein, daß dieselben in den Acten trügerischer Weise so erscheinen, als wären sie aus freien Stücken angetragen worden³⁴⁾.

Die verbotene Suggestion nimmt wiederum einen verschiedenen Charakter an, je nachdem sie in eigentlicher Frage- oder in Vorhaltsform vorgebracht wird.

Wenn z. B. Inculpat geständig ist, den Cajus verwundet zu haben, jedoch nur durch Anwendung der Faust, so kann es nach der Beschaffenheit der verursachten Wunde allerdings wahrscheinlicher sein, daß die Hand mit einem schneidenden Instrumente bewaffnet war. Auf dreierlei Art kann der Inquirent von diesem Moment des Thatbestandes, bezie-

30) Man muß nur niemals vergessen, wie unnatürlich und einseitig die Stellung des Inquisitionrichters ist. Er mag sich noch so sehr der Unparteilichkeit befeißigen, so bleibt er stets Ankläger und als solcher kann er gar leicht zu weit geführt werden. Vgl. Martin, Lehrb. des Criminalproz., 4. Aufl., S. 30. Rittermaier, Anleitung zur Vertheidigungskunst, 3. Aufl., S. 39.

31) Die meisten Verbrechen werden in einem Zustande der Aufregung, sei es durch Zorn, Rachegefühl, Habgier, Furcht oder Schrecken, begangen. Friedreich, System der gerichtlichen Psychologie, 2. Aufl. (Regensburg 1842), S. 104. Kleinschrod, über Suggestionen, in seinen Abh. aus dem peim. Rechte (Erlangen 1797), S. 79.

32) Abegg, in der von v. Jagemann und Müllner herausgegebenen Zeitschrift für deutsches Strafverfahren Bd. 1, S. 299.

33) P. G.-D. Art. 20, 32. — Abegg, Lehrbuch des Criminalproz. S. 176—181.

34) Darum erinnert C. A. Weiske, Handbuch des Criminalprocesses (Leipzig 1840), S. 145: Es solle jede einzelne (wesentliche) an den Beschuldigten gerichtete Frage zu Protocoll genommen werden. Denn nur so erhält der Strafrichter ein ziemlich klares Bild von dem Acte. — Vgl. v. Jagemann, Handbuch der Untersuchungskunde Bd. 1, §. 573.

hungsweise Anschuldigungsbeweises³⁵⁾ Gebrauch machen. Er kann die Frage stellen: Habt Ihr bei dem Schlage ein Messer angewendet? — oder den Vorhalt: Ihr habt ohne Zweifel diesen Schlag mit einem Messer geführt.

Beide Formen sind gesegwidrig. Denn durch die Frage wird dem Angeschuldigten ein Zugeständniß in den Mund gelegt, welches durch keine anderen Gründe unterstützt und mithin jedenfalls unzuverlässig³⁶⁾ ist. Die Vorhaltsform ist aber noch weit bedenklicher, indem der Richter das, was er erfahren möchte, geradezu voraussetzt und daher den Inculpaten einschüchtern³⁷⁾ und zu unzeitiger Nachgiebigkeit bestimmen kann.

Die dritte Form, wie man sich jenes Momentes bedienen könnte, wäre folgende: Nach dem Gutachten der Sachverständigen ist es wahrscheinlich³⁸⁾, daß Ihr mit bewaffneter Hand den Schlag gegen Caius geführt habt. Erklärt Euch hierüber aufrichtig.

Diese Art des Vorhaltes ist gewiß als eine erlaubte zu betrachten³⁹⁾; denn es wird darin nicht weiter gegangen, als der Acteninhalt gestattet, und es ist daher auch die darin liegende Suggestion unverwerflich.

Bei dieser Gelegenheit muß noch angeführt werden, daß die erlaubte Suggestion nicht gerade auf die nackten Thatfachen, die etwa vom Inculpaten ignoriert oder geleugnet sind, beschränkt bleibt, sondern auch weiter auf Vernunftschlüsse übergehen kann, die sich aus diesen Thatfachen entwickeln⁴⁰⁾ lassen. Die Beschränkung liegt bloß darin, daß der Inquirent solche Schlüsse nicht für Wahrheit, sondern eben nur als Producte seines Nachdenkens und seiner Combination in das Verhör einführt: denn in dieser Weise kann eine Hintergehung niemals befürchtet werden, weil ja der Verhörte offen unterrichtet wird, daß es sich nicht von einer bereits deponirten Thatfache, sondern bloß von einer richterlichen Vermuthung⁴¹⁾ handle. Wenn z. B. bewiesen ist, daß

35) Martin, Lehrbuch des Criminalprocesses §. 137.

36) Parst, über Suggestionen S. 48, erkennt das Gefährliche einer solchen Frage darin: daß das vorgelegte Factum ein wesentliches des zu erforschenden Verbrechens, und daß die Möglichkeit ausgeschlossen sei, die gegen die Glaubwürdigkeit einer Aussage obwaltenden Zweifel im Moment zu beseitigen. Aber damit ist die Grenze viel zu unbestimmt gezogen; denn als möglich läßt es sich fast immer annehmen, daß der Inculpat eine, wenn gleich suggerirte, Thatfache aus eigener Wahrnehmung schon wußte.

37) Selten kommt übrigens ein Subject vor, welches, trotz des Gefühles der Unschuld, sich so leicht einschüchtern ließe.

38) Dies ist der Charakter eines Indicium s. Rittermaier, die Lehre vom Beweise im Strafproceß (Darmstadt 1834), §. 55.

39) Bauer, Lehrb. des Strafproz. §. 129, Nr. 4. Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. 4. v. Jagemann, Handb. der Untersuchungskunde Bd. 1, §. 570, 571.

40) Das Schließen ist diejenige Aeußerung des Denkens, wodurch das mögliche Verhältniß zweier Vorstellungen gegen einander, mithin der mögliche Zusammenhang der durch die Vorstellungen ausgedrückten Dinge dargestellt wird als gegründet in dem Totalzusammenhange oder in dem Totalverhältniß anderer Vorstellungen. Hillebrand, Grundriß der Logik (Heidelberg 1820), §. 327.

41) Nicht praesumptiones iuris, sondern praesumptiones iudicis s. hominis sind darunter verstanden. — Martin, Lehrbuch des Criminalprocesses,

der des Diebstahls mit Einbruch bezüchtigte Inculpat zur Zeit der That mit einem Brecheisen dicht bei dem fraglichen Hause herumgeschlich und nachher im Besitze eines damals entwendeten, wohlgezeichneten Fruchtsackes betroffen wird, so kann den Inquirenten nichts hindern, dem leugnenden Inculpäten gegenüber, folgenden Vorhalt zu machen:

Es ist bewiesen, daß Ihr kurz vor dem geschehenen Einbruche an jenem Hause mit einem Brecheisen in der Hand herum schlichet; — es ist bewiesen, daß Ihr des anderen Morgens im Besitze eines Fruchtsackes wart, den der Eigenthümer des Hauses als einen Theil des ihm damals entwendeten Gutes anerkennt: der Richter ist daher, so lange Ihr nicht über jenen Aufenthalt und über diesen Besiß Euch auf redliche Art auszuweisen⁴²⁾ vermögt, zu der Vermuthung berechtigt, daß Ihr an dem fraglichen Diebstahle mit Einbruch mindestens theilhaftig seid.

Wer in dieser Suggestion etwas Bedenkliches erkennt, wird sofort widerlegt sein, wenn man darauf aufmerksam macht, daß das Vorgefallene in seinem Wesen nichts Anderes als die Angabe eines vorhandenen Beweismittels, nämlich eines *Indicium*s, ist; denn daß ein solches darin liege, kann wohl kein Mensch bezweifeln; es gehört aber, wie schon ausgeführt wurde, zu den wesentlichsten Pflichten des Inquirenten, über den Stand der Anschuldigungsweise den Inculpäten stets aufzuklären⁴³⁾.

Nun muß noch von einer weiteren Art von Criminalfragen gesprochen werden, welche noch weit verschriener sind, als die Suggestionen, nämlich von den *captiosen* oder verhänglichen Fragen⁴⁴⁾, bei welchen aber nicht minder, wie bei den vorigen, zwischen erlaubten und unerlaubten zu unterscheiden ist.

Eine *captiose* Frage ist eine solche, durch welche der Befragte veranlaßt werden kann, eine Antwort zu geben, woraus ein bisher zurückgehaltenes Geständniß als *Schlußfolge*^{44a)} hervorgeht.

Man hat versucht, das Criterium aufzustellen, daß es nur darauf ankomme, ob der Befragte gegen seine Ueberzeugung, oder gegen seinen Willen etwas einzuräumen veranlaßt werde⁴⁵⁾. Dieses ist aber

4. Aufl., S. 233. Vgl. Stäbel, Criminalverfahren Bd. 2, §. 953, und Rittermaier, Strafverfahren Th. 2, S. 328.

42) Daß ein solcher unschuldsbeweis nothwendig sei, wenn Inculpat gänzliche Freisprechung verlangt, muß ihm angedeutet werden. Vgl. Cavan, Anweisung zu Criminalprozessen (Berlin 1805), §. 247 a. E.

43) Kleinschrod sagt im a. Archiv des Criminalrechtes Bd. 1, S. 19: Der Richter muß sich alle Möglichkeiten, die bei dem Falle denkbar sind, im Voraus vorstellen; aber nicht, um sie für Gewißheit zu halten, sondern um sie dem Inquisiten nach und nach vorzulegen, um zu erfahren, wie es allenfalls bei dem Verbrechen könne zugegangen sein.

44) Stecher, über *captiose* Fragen im Criminalprozeße. München 1816. Ritka, in Wagner's Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit, 1834, Augustheft S. 84. Stäbel, Criminalverfahren Bd. 4, §. 1992—1997.

44a) Mit Recht scheidet Stäbel a. a. O. §. 1992, Anm. a, von diesem Begriffe die dunkeln, zweideutigen, unbestimmten, confusen und andere zweckwidrigen Fragen aus. S. dagegen Erolman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 469.

45) Bauer, Lehrb. des Criminalproz. §. 128, Ziff. II.

wohl nicht richtig, weil zum Geständnisse nothwendig der animus confitendi gehört und mithin in dem einen wie im anderen Falle das Resultat ein fehlerhaftes wäre⁴⁶⁾. Häufig führt eine allgemein gestellte und eben so beantwortete Frage auf dem nächsten und doch zuverlässigsten Wege zum Bekenntnisse⁴⁷⁾.

Man fragt z. B. einen der Brandstiftung Angeeschuldigten: Was würdet Ihr dazu sagen, wenn Euch ein fremder Mensch in die Scheuer ginge, daselbst unter dem Vorwande, Feuer zum Tabakrauchen zu schlagen, Schwamm entzündete, denselben ins Heu fallen ließe und sich davon machte, während die Scheuer in Flammen geriethe? Inculpät, wenn er sich bisher auch, unter ganz gleichen Umständen, auf das Leugnen verlegte, könnte nicht wohl umhin, zu antworten: Ich würde einem solchen Menschen zutrauen, daß er darauf ausgegangen sei, meine Scheuer in Brand zu stecken⁴⁸⁾; — hieran reiht sich dann die weitere Frage: Was soll man von Euern Absichten halten, da Ihr, als der Feind des N. bekannt, überwiesen seid, in dessen Haus mit Brennmaterial geschlichen zu sein, worauf dasselbe sofort in Flammen aufging?

Diese beiden Fragen in ihrem Zusammenhange muß man wohl als captios erkennen und demnach würde ein etwa erfolgendes Geständniß der absichtlichen oder fahrlässigen Brandstiftung unanfechtbar dastehen; denn das Versängliche liegt ja nur in dem Sprunge von einem offenbar fingirten auf den concreten Fall, und dem Inquisiten ist keine andere Gewalt angethan, als die der Logik und vielleicht einer plötzlichen Gewissensrührung⁴⁹⁾.

Solchergehalt können aber gar viele Fragen im Criminalverhöre vorkommen und man würde das unentbehrliche Hilfsmittel der Kriegerlist⁵⁰⁾ dem teutschen, auf Erlangung des Geständnisses so ausdrücklich hingewiesenen, Inquirenten entziehen, wenn er solcher Ueberraschungen sich gar nicht mehr bedienen dürfte. Erlaubt ist die versängliche Frage demnach immer, wenn

46) Quistorp, Grundsätze des peinlichen Rechtes Th. 2, §. 684: Das Geständniß muß mit völliger Ueberlegung und nicht in einem Zustande der Unbesinnlichkeit abgelegt sein.

47) Kleinschrod, im a. Archiv des Criminalrechtes Bd. 1, St. 1, S. 35, sagt: Die Klugheit kann es manchmal erfordern, durch Umwege und Wendungen nach der Wahrheit zu forschen, zuerst allgemeine Fragen voranzuschicken und dann erst auf das Specielle überzugehen.

48) In der That könnte ein Inculpät kaum, ohne sich aufs Neue zu verbüchigen, etwas Anderes zur Antwort geben. Dies ist gerade die schönste Seite der Inquirirkunst, daß durch die Gewalt der Vernunftgründe das Ziel der Wahrheit erstrebt werde. — Stecher, über captiose Fragen S. 57.

49) Damit ist nicht zu verwechseln die Gemüthsverwirrung. Mittermaier, Strafverfahren Th. 1, S. 497.

50) Sehr erwünscht wäre es, wenn ein neuerer Criminalist dieses Thema zum Gegenstande einer Abhandlung machen wollte. Unbefriedigend ist, was Klein, im a. Archiv des Criminalrechtes Bd. 1, S. 54, darüber sagt: Zu wenig Rücksicht nimmt hierauf Etübel a. a. D. §. 1994.

sie dem Inquisiten nicht etwas Actenwidriges vorpiegelt oder einen Trugschluß⁵¹⁾ herbeiführt.

Hieraus ergibt sich von selbst das Umgekehrte, nämlich die Natur der unzulässigen captiosen Fragen.

Würde man z. B. einen Inculpaten, der die Anschuldigung der Bigamie geleugnet hat, fragen: Wo wurde Eure Trauung mit der Frau N. vollzogen? und der Inculpat ließe sich in einem unbewachten Augenblicke dadurch zu der Angabe eines Ortes dieser Trauung verleiten, so wäre, selbst im Falle, daß dieser Ort auch aus anderweiten Beweismitteln hervorginge, kein glaubhaftes Geständniß⁵²⁾ damit erlangt, weil es auf der willkürlichen Voraussetzung eines nicht vorhandenen⁵³⁾ früheren Geständnisses beruhen würde.

Ebenso wäre eine Vorhaltsfrage verwerflich, die etwa so lautet: Ihr werdet einsehen, daß kein Anderer, als Ihr, das verlegende Glas an dem Kopf des N. geworfen haben kann, weil Ihr in jenem Augenblicke allein vor ihm standet? — Daraus, daß der Inculpat etwa selbst angegeben hat, zunächst gestanden zu haben, folgt noch keineswegs, daß er der Verleger war; denn es kann ja ein Wurf mit eben so viel Sicherheit und sogar noch heftiger aus der Ferne, als aus der Nähe, geschehen sein⁵⁴⁾. Ein darauf abgelegtes Bekenntniß würde deshalb keine Beweiskraft haben; denn es könnte leicht der Inculpat sich dabei in einer Illusion befunden haben, die niemand anderes, als der Richter, also gerade diejenige Person erregt hätte, welche die ungetrübte Wahrheit zu Tage fördern sollte.

Uebrigens mag es nicht mißverstanden werden, wenn vorhin die Verfanglichkeit der Fragen unter gewissen Umständen als nicht verboten⁵⁵⁾ erklärt wurde; denn es soll damit keineswegs dieser Art von Fragestellung das Wort geredet, sondern vielmehr bloß der Ansicht vorgebeugt sein, daß aus jeder captiosen Frage unbedingt Wichtigkeit des betreffenden

51) Ein Schluß, in welchem die nothwendige Consequenz oder das innere Totalverhältniß als vorhanden vorausgesetzt wird, ohne es wirklich zu sein. Hillebrand, Logik §. 357.

52) Stecher a. a. D. §. 16.

53) Hierin liegt der natürliche Grund der Nichtigkeit und man braucht ihn daher nicht weiter philosophisch aufzusuchen. Vgl. Henke, Handb. des Criminalrechtes Bd. 4, S. 683.

54) Bei Tumulten im Wirthshause ist in der Regel kein Zeuge, geschweige der erhaltene Inculpat, im Stande, über den Vorgang der Sache einen vollkommen klaren und zuverlässigen Bericht zu geben.

55) Grolman, Grunds. der Criminalrechtswissenschaft §. 469, Anm. a, fügt dieser Lehre noch die Bemerkung bei: Mit verfanglichen Fragen muß man nicht das Bestreben des Richters, den Angeschuldigten zu fangen, wie man sich auszudrücken pflegt, verwechseln. Dieß Bestreben ist Pflicht des Richters, wenn man nämlich sich darunter nur die kluge Auswahl der erlaubten Mittel, um den Angeschuldigten, wenn er sollte gestehen können, zum Bekenntnisse zu bestimmen. S. auch Littmann, Handbuch der Strafrechtsw. Bd. 3, S. 361.

Actes hervorgehe⁵⁶⁾. Es würde in der That schlimm um eine große Anzahl von Untersuchungen aussehen, wenn die Nichtigkeit so schnell Platz greifen könnte, und man muß mit dieser strengen Remedur hier um so sparsamer umgehen, als in Criminalsachen das Gutmachen eines Fehlers⁵⁷⁾ weit schwieriger als in Civilsachen, ja in der Regel gar nicht mehr möglich ist. Ein von der höheren Idee der Gerechtigkeit und Humanität ausgehender Inquirent wird sich auch der erlaubten captivisen Fragen möglichst enthalten⁵⁸⁾, weil ein dadurch erlangter Sieg über den widerstrebenden Inquisiten keine angenehme Genugthuung gewähren kann; denn alles durch List Errungene will sich mit der Würde des Richteramtes, welches mit dem Beispiele des aufrichtigsten Sinnes vorangehen soll, nicht recht vertragen.

Nach diesen allgemeinen Sätzen wird noch eine Bemerkung erforderlich, wie die Anwendung derselben verschieden ist bei Verhören mit Inquisiten und mit Zeugen⁵⁹⁾.

Da die Zeugenaussagen in der Regel erst das Material zum Verhöre mit dem Angeschuldigten hebringen, so liegt es in der Natur der Sache, daß bei der Erhebung der ersteren noch nicht so viele Vorarbeiten da sein können, wie bei letzterem. Da aber die eingehenden Fragen nur unter der einzigen Bedingung erlaubt sind, daß sie sich auf den vorausgehenden Acteninhalte stützen, so kann es auch bei Zeugenaussagen nur ausnahmsweise⁶⁰⁾ vorkommen, daß die Suggestion zulässig erscheint. Ist übrigens die Lage darnach, und der Zeuge zeigt sich böswillig oder partheiisch, so ist es sogar Pflicht, ihm dasjenige vorzuhalteln, wovon er nach dem Zusammenhang der Dinge mit Wahrscheinlichkeit einige Kenntniß haben dürfte; denn es widerspricht dem Inquisitionsprincipe, daß der Richter von der Willkür einer vernommenen Person abhängig sein soll⁶¹⁾; was

56) Stecher, über captivise Fragen S. 60, warnt hier vor mit den Worten: Würde man unbedingt jedes durch Captionen erlangte Geständniß mit unheilbarer Nullität belegen, so würde dadurch offenbar die Strafloßigkeit begünstigt.

57) Man statuirt auch im Criminalprozeße einen Unterschied zwischen heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten. Pufendorf, obs. iur. univ. III. obs. 202. Mevius I. Dec. 154. u. II. Dec. 272.

58) Man kann um so mehr solche Fragen vermeiden, weil ihr Inhalt sich gewöhnlich auf eine andere Weise ganz unverfänglich darstellen läßt. v. Jagemann, Handbuch der Untersuchungskunde Bd. 1, §. 566.

59) Parst, über Suggestionen §. 13, 16. Stecher, über captivise Fragen §. 13.

60) Unbedingt erklärt sich dagegen Martin, Lehrb. des Criminalproz. S. 138, und Lemme, Commentar zur preuß. Criminalordn. (Berlin 1838), §. 320. Beide geben aber keine Mittel und Wege an, wie man von einem Zeugen, der offenbar Kenntniß von der Sache hat und nicht freiwillig davon anhebt, die nöthige Auskunft erlangen soll.

61) Deshalb durfte man früher bis zur Tortur gegen halsstarrige Zeugen einschreiten. Quistorp, Grundf. des peinl. Rechtes Bd. 2, §. 702. Mit Recht führt dabei Littmann, Handb. der Strafrechtsw. Bd. 3, §. 694, nach an: Der Richter braucht keine Ueberzeugung zu haben, daß der Zeuge wirklich Kenntniß von der Sache habe, über die er befragt werden soll. Denn

ihm nicht freiwillig angegeben wird, muß er mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln zu erforschen suchen.

Deswegen darf man aber doch nie außer Augen setzen, wie eine Suggestion bei Zeugen weit mehr Bedenken gegen sich hat, als bei Inculpaten, weil nämlich der Zeuge weniger Gründe der Scheu und der Vorsicht hat, wie dieser. Ihm ist es ja meistens gleichgiltig⁶²⁾, welchen Ausgang der Prozeß nehmen wird, und es kommt ihm daher in zweifelhaften Dingen nicht besonders darauf an, ob er für oder wider den Angeschuldigten auszusagen habe.

Captiöse Fragen sind dagegen im Zeugenverhöre schlechthin verwerflich⁶³⁾ und zwar aus dem Grunde, weil es nicht die Aufgabe ist, eine Person, die Beweise beschaffen soll, selbst zu überweisen, sondern vielmehr nur, ihr jede Gelegenheit an die Hand zu geben, dasjenige, was ihr von der Sache bekannt ist, zur weiteren Verarbeitung im Verhöre mit dem Angeschuldigten in die Acten niederzulegen. Benimmt sich der Zeuge auch wirklich verdächtig, so kann er doch niemals den Charakter eines Delinquenten annehmen, und man hat daher kein Recht, ihm durch logische Künste etwas abzundthigen, was er nun einmal nicht weiß oder nicht wissen will.

So ist die Lehre von den suggestiven und captiosen Fragen nach dem gegenwärtigen Stande der praktischen Wissenschaft⁶⁴⁾ beschaffen, und es bleibt nur noch Eins zu rügen, daß nämlich in die Theorie die Meinung sich eingeschlichen hat, als sei es weit eher statthaft, von solchen Fragen zur Aufhellung und Verstärkung des Entschuldigungs-, als des Anschuldigungsbeweises Gebrauch zu machen⁶⁵⁾. Dieser Irrthum rührt davon her, daß man den sogenannten favor defensionis zu weit auszudehnen⁶⁶⁾ gewohnt ist. Letzterer ist nicht anders zu verstehen, als

da er ebenso gut verbunden ist, seine Unwissenheit in der Sache zu verschleiern, so müssen auch Zwangsmittel zur Bewirkung dieser Verschleiernung zulässig sein.

62) Mittermaier, das deutsche Strafverfahren Th. 1, S. 495, nennt als Gründe, welche bei Zeugenverhören die Suggestionen gefährlich machen: den natürlichen Leichtsin, die Schüchternheit und den Wunsch, bald vom Verhöre loszukommen. Letzterer Grund wirkt besonders häufig mit ein, noch mehr aber zum Verschweigen, als zum Zubietreden.

63) Stübel, Criminalverfahren Bd. 4, S. 2472, meint zwar, daß auf die Fragestellung bei Zeugen dieselben Grundsätze durchgehends Anwendung finden, wie beim Verhöre mit Inculpaten. Aber darin irrt dieser treffliche Prozeßualist gewiß.

64) Die Prohibitivsätze, welche man in der Theorie zum Theil immer noch aus dem alten Rechte, wie z. B. aus L. 1. §. 21. D. de quaest. (48. 18.) und p. C. D. Art. 31, 47, 56, ableitet, können auf unser heutiges Verfahren nur sehr beschränkte Anwendung finden, weil sie alle mit dem jetzt abolirten Lotterysysteme zusammenhängen.

65) Cocceji de suggest. eorumque iure (in Exercit. curios. Vol. I. Diss. 76.) cap. 5. §. 25. und Grolman, im Magazin für die Philosophie des Rechtes und der Gesetzgebung Bd. 1, Heft 2, Nr. 5, S. 164—166, und nach diesen noch mehrere Andere.

66) Vgl. darüber besonders Mittermaier, Anleitung zur Vertheidigungskunst §. 18.

das civilrechtliche in dubio pro reo. Es soll nämlich der Richter, wenn das Zünglein der Waage weder rechts noch links sich neigen will, nicht für denjenigen, der Präensionen macht, sondern für den Angegriffenen sich entscheiden, weil dieser ja überhaupt in der schlimmeren Lage sich befindet. Wer den Streit beginnt, mag sich mit hinreichenden Waffen versehen, und wenn die Waffen beider Gegner so durchaus gleich sind, daß keiner den anderen besiegen kann, so ist es nicht mehr als billig, daß der Urheber des Kampfes durch Dazwischenkunft eines unparteiischen Dritten zurückgeschlagen wird, damit der Streit ein Ende nehme.

Im Criminalprozeße stehen sich Anklage und Vertheidigung auf ähnliche Art entgegen und wenn erstere zu schwach ist, um die Gegenstände aufzuheben, so mag sie zurückgewiesen werden⁶⁷).

Aus diesem Satze kann aber doch nicht folgen, daß der Angeklagte überhaupt und in allen Stücken, und so auch bei der Erörterung der Exculpationsthatfachen, besser unterstützt werde, als dieses hinsichtlich des Anschuldigungsbeweises statthaft wäre. Gerechtigkeit ist die leitende Idee durch alle Gerichtshandlungen und Gerechtigkeit erfordert vor Allem Gleichheit vor dem Gesetze⁶⁸), und diese würde offenbar darunter leiden⁶⁹), wenn man dem Inculpaten Thatfachen, die nicht in den Acten stehen, zum Besten seiner Vertheidigung suggeriren, solches aber zur Beförderung der Anklage nicht dulden wollte. Solche Beeinträchtigungen kommen eben nur von dem Gefühle der Mangelhaftigkeit unseres Criminalprozeßes her, wo der Inquirent die drei Rollen des Anklägers, Vertheidigers und Richters zugleich auf sich nehmen soll, und daher immer zu besorgen bleibt, daß die Rücksichten für den Staat und die Regierung, also für die Anklage, prävaliren möchten. Deshalb wird überall ein Gegengewicht zu Gunsten des Angeschuldigten herzustellen gesucht⁷⁰).

Die Criminalfragen werden zuweilen auch eingetheilt in General- und Specialfragen⁷¹); die ersteren haben die Erörterung der persönlichen und Vermögensverhältnisse des Verhörten zum Zwecke; die letzteren aber gehen auf den eigentlichen Gegenstand der Untersuchung ein.

Man könnte mit Nutzen noch eine weitere Unterscheidung aufstellen zwischen Präliminar- oder Rundschaftsfragen⁷²) und eigentlichen Inquisitionsfragen; jene fallen in das Gebiet der General- und diese in das Gebiet der Specialuntersuchung. Wo aber auch diese Grenz-

67) Abegg, Lehrb. des Criminalprozeßes S. 286. Müller, Lehrb. des Criminalproz. S. 188.

68) Duverger, Manuel des juges d'instruction. (Paris 1839.) T. I. p. 89.: de l'application des lois. Staatslexikon von Rotteck und Welcker Bd. 7, Art. Gleichheit, S. 66 ff.

69) Weiske, Handbuch des Criminalprozeßes (Leipzig 1840), S. 145.

70) Ueber die Fragestellung im Confrontationsverhöre, wo eine Suggestion jedesmal nothwendig wird, vgl. dieses Rechtslexikon Bd. 3, S. 15.

71) Diese Eintheilung steht, wenigstens heutzutage, in keinem Bezug mehr mit der Lehre von der General- und Specialinquisition, wovon man gänzlich abgekommen ist. — Littmann, Handb. der Strafrechtsw. Bd. 3, S. 683.

72) Bolley, Anweisung zum Verfahren in Strafsachen (Stuttg. 1809), S. 128. v. Jagemann, Handb. der Untersuchungskunde Bd. 1, S. 139, 142.

scheide nicht mehr stattfindet, bleibt die Unterscheidung dennoch sehr praktisch. So lange nämlich jemand nicht inquisitorisch befragt, also förmlich constituir⁷³⁾ wird, kann er sich auch nicht als Angeklagter betrachten, und sich nicht beschwert fühlen; wogegen aber auf jede zum Zwecke der Thatbestandshebung oder Rundschaft überhaupt gestellte Frage, bei Vermeidung des Nachtheiles, daß der Ungehorsam als theilhaftig angesehen wird, aufrichtig zu beantworten ist. Irrig ist es mithin auch, wenn Manche glauben, in der Voruntersuchung dürften gar keine Fragen gestellt werden; in der Einleitung wurde schon bemerkt, daß dem Inquirenten überhaupt ungefragt in der Regel keine Materialien zufließen, und es ist daher sicherlich immer eine unwahre Aufzeichnung der Vorgänge, wenn in den Acten der Voruntersuchung keine Verhörsfragen vorkommen. Man kann allerdings nicht jede kleine Zwischenfrage, welche zur Ergänzung und Verdeutlichung gestellt wird, ins Protocoll aufnehmen, aber die Hauptfragen, welche den ganzen Act leiten, dürfen niemals übergangen werden⁷⁴⁾. Es ist daher auch nicht immer zu billigen, wenn es im Protocoll bloß heißt: auf Befragen, auf Vorhalt, auf Ermahnung zur Wahrheit u. s. w. — Im älteren teutschen Prozesse waren die Criminalfragen unter dem Namen Inquisitionalartikel⁷⁵⁾ begriffen und dieselben mußten immer vor Anbeginn des Verhöres entworfen und zu besonders solennen Handlungen erst dem Fiscal und Defensor zur Einsicht und Vorbereitung mitgetheilt⁷⁶⁾ werden. Diese Artikel waren, wie ältere Acten zur Genüge zeigen, fast durchgehends eingehend formulirt. Beim Zeugenverhöre mußte jeder Artikel mit dem Worte *Wahr anfangen* und bei dem Verhöre des Angeklagten mit dem Worte *Db*⁷⁷⁾. Die erstere Form besteht bekanntlich beim teutschen Zeugenverhöre in Civilsachen immer noch fort⁷⁸⁾; sie ist aber auch hier gewiß verwerflich, weil sie keine genuine Aussage gewährleistet.

Das Anheben mit dem Frageworte *Db* führt nothwendigerweise eine

73) Auf den Vorhalt der Anklage und der Verdachtsgründe kommt es an, und ein Subject, das in dieser Weise noch nicht verhört ist, gilt lediglich als Rundschaftsperson, die aber in der nächsten Stunde schon als Inculpat erklärt werden kann. Mittermaier, Strafverfahren Th. 1, S. 468.

74) Brauer, in der Zeitschrift für teutsches Strafverfahren Bd. 1, S. 199, 200. Die Controle dieser Aufzeichnungen soll der Actuar führen; aber leider ist derselbe gar selten im Stande, sein Amt mit der gehörigen Einsicht und Energie zu behaupten, so daß das Mißtrauen gegen Protocolle, die nicht durch ein öffentliches Schlußverfahren ratihabirt werden, immer einigermaßen gegründet bleibt.

75) Ludovici, Einleitung zum peinlichen Prozesse 13. Aufl. (Halle 1770), S. 50—60. Heil, iudex et defensor in processu inquis. (Lips. 1717.) p. 78—83.

76) Hessische p. S. D. von 1726, §. 7, und Sopp, in der Zeitschrift für d. Strafverf. Bd. 2, S. 335.

77) Damit nicht einfältige Leute dadurch auf die Gedanken gebracht würden, als ob sie nothwendig mit Ja darauf antworten müßten. Ludovici a. a. D. S. 51, §. 3.

78) S. z. B. Bergmann, Beiträge zur Einleitung in die Praxis der Civilprozesse, 2. Ausg. (Göttingen 1839), S. 344, 345.

indirecte Redeweise mit sich und ist schon deshalb nicht zu billigen; denn es spricht ja Niemand lebendigen Wortes in dieser Form und sie führt zudem den Nachtheil eines schleppenden Periodenbaues mit sich. Endlich begünstigt sie auch die Suggestionen⁷⁹⁾ allzu vorherrschend⁸⁰⁾.

Zu den Inquisitionalartikeln im Zeugenverhöre durfte der Vertheidiger auch Fragstücke proponiren, welche, wenn sie nichts Gesegwidriges enthielten, vom Inquirenten gleichfalls in das Verhör eingeflochten werden mußten⁸¹⁾. Diese Sitte war so übel nicht, in einer Zeit, wo es der wissenschaftlich gebildeten und von der Pflicht der Humanität nicht minder, als von dem Durste nach einer Sühne für das verletzte Gesetz durchdrungenen Inquirenten gar wenige gab, und daher eine Einrichtung des Verhöractes, wobei die Rechte des Angeklagten ganz in den Hintergrund geschoben wurden, wohl in der Regel zu besorgen war. In den Gang einer ordentlichen Untersuchung passen aber solche fremdartige Einmischungen ganz und gar nicht, und es kommen deshalb heutzutage keine Fragstücke mehr vor.

Die peinliche Frage⁸²⁾ muß schließlich, wiewohl sie, zum Heile der Menschheit, heutzutage nur noch historische Bedeutung hat, ebenfalls berührt werden; denn sie gehört ohne Zweifel in das Reich der Criminalfrage.

Ueber die Entstehung der Folter ist man, trotz der gründlichsten Forschungen, noch nicht ins Reine gekommen. Man weiß nicht einmal, ob dieselbe zuerst bei den Griechen oder bei den Römern angewendet wurde⁸³⁾, geschweige denn, ob sie aus Asien, etwa von den Persern, herüberkam. So viel scheint jedoch aus den ersten Nachrichten, welche die Schriftsteller jener Zeit darüber vorbringen, hervorzugehen, daß nur

79) Brauer, in der alleg. Zeitschrift Bd. 1, S. 202—204. v. Sagemann, Handbuch der Untersuchungskunde Bd. 1, S. 549, 550.

80) Mehrere Muster solcher ungehörigen Examina hat uns Heil l. c. aufbewahrt, so z. B. pag. 245 die Fragen an eine des Kindesmordes Angeklagte: Ob nicht das von ihr geborne Kind lebendig zur Welt gekommen? Ob sie dasselbe ums Leben gebracht? Ob das nicht vorsätzlich von ihr geschehen? u. s. w. Obet auch in Gensler's Actenstücken nach sämtlichen Arten des gesetzl. Verfahrens in Strafsachen (Jena 1805), Nr. 8. Acta des Freischamtes wegen doppelten Ehebruchs. Art 21: Ob Inquisitin nicht mit Würfing Hurerei getrieben? Antw. Nein. Art. 22. Wo und Wann dieß geschehen sei? Antw. Sie habe ja keine Hurerei mit ihm getrieben u. s. w.

81) S. hierüber am ausführlichsten Quistorp, Grundr. des peinl. Rechts Th. 2, S. 699.

82) Den bellagenswerthen Reichthum der Literatur über dieses Institut s. in Kappler, Handb. der Literatur des Criminalrechtes (Stuttgart 1838), S. 73 und 1084—1086, wo über vierzig Dissertationen und Abhandlungen citirt sind. Das Geschichtliche hat in neuerer Zeit am präciseften und am anschaulichsten zusammengestellt: Wassersleben, Historia quaestionum per tormenta apud Romanos. Berol. 1836.

83) Boehmer, ad Carpov. pract. rer. crim. pars. III. quaest. 117. obs. II., ist geneigt, den Atheniern und Rhodiern die Priorität hierin einzuräumen. Vgl. auch Eberhard in Plitt's Repertorium für das peinliche Recht Bd. 1, S. 221 fig.: Ueber die Veranlassung zur Einführung der Folter.

der Stand der Unfreien, der Heloten und Sklaven⁸⁴⁾ zu diesem Auskunftsmittel geführt hat. Fast in jedem Hause befanden sich solche Subjecte, und es konnte daher nicht fehlen, daß sie häufig als Uebertreter der Strafgesetze oder als Zeugen vor Gericht gefordert wurden. Da nun aber ein Slave kein juristischer Mensch, sondern nur eine Sache mit Fleisch und Blut, ein redendes Ding war, so ist es nicht zu verwundern, daß man mit ihm vor dem Criminalgerichte wenig Umstände machte, d. h. keine logischen Inquisitionskünste versuchte, sondern, nach Vorhalt der Verdachtsgründe, ganz einfach fragte: ob er gestehen⁸⁵⁾ wolle, oder nicht. Man präsumirte, und zwar wohl mit gutem Grunde, daß ein solches Individuum wenig oder gar kein Rechtsgefühl habe, weil es erziehunglos wie das Thier aufwuchs und in beständiger, absoluter Abhängigkeit lebend, nicht leicht zu dem freiwilligen Entschlusse kommen konnte, gegen sich, als Inquisit, oder gegen seinen Herrn oder dessen Freunde als Zeuge etwas Nachtheiliges auszusagen. Man versiel daher bald auf Nothbehelfe zur Wahrheitsforschung, welche nichts mit dem Geiste, sondern blos mit dem Körper, also mit demjenigen Theile des Organismus zu schaffen haben, welchen der Mensch mit dem Thiere gemein hat, wodurch also ein Eindruck unfehlbar zu erringen ist⁸⁶⁾; man ersann körperliche Qualen, die heftig genug schienen, um den dabei criminell Befragten zum Nachdenken und zur Ablegung genauester Rechenhaft über das, was er von dem Verbrechen etwa wußte, zu bringen. So erklärt sich die Erfindung eines der schrecklichsten Institute der Justiz auf ziemlich natürliche Weise, und es beruht demnach nicht blos auf Grausamkeit und Willkür, sondern auf einer socialen Nothwendigkeit, weil in der That von jener Menschenklasse, so lange sie in der jämmerlichen Unterdrückung, in einer Lage, die jeden höheren Aufschwung unmöglich machte⁸⁷⁾, fortleben mußte, keine Aufrichtigkeit zu erwarten war, und ohne solche, namentlich beim Zeugnisse, die Criminalrechtspflege doch nimmermehr bestehen kann. Wie aber Alles, was schnell zum Ziele führt,

84) Westphal, die Tortur der Griechen und Römer (Leipzig 1785) und Mittermaier, das teutsche Strafverfahren Th. 1, S. 52.

85) Gleichviel, als Angeklagter oder als Zeuge; ja man ging im altrömischen Rechte so weit, daß man jeden in Criminalsachen abgehörten Sklaven, wenn seine Aussage nicht durch andere Beweismittel unterstützt war, zur Verurtheilung auf die Folter spannte. Schweppe, römische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. (Stöttingen 1832), S. 980.

86) Bei Scheidler, Handbuch der Psychologie (Darmstadt 1833), Th. 1, S. 75, heißt es: Die Psychologie lehrt, daß die Energie der Willenskraft ihr körperliches Substrat in dem Muskelapparate hat. Dieses findet hier im erhabtesten Grade statt.

87) Sehr anschaulich schildert Walter, Geschichte des römischen Rechtes (Wonn 1840), diesen Zustand S. 482: Man ging von der Ansicht aus, daß derjenige, welcher durch das Schicksal ganz in die Hand und Gewalt eines Andern gekommen und von dessen Willen abhängig geworden sei, aufgehört hat, eine Person zu sein. Man betrachtete ihn juristisch als rechtlos, die Gewalt über ihn war ein wahres Eigenthum, und man überließ es dem Gewissen des Herrn, in wie weit er die natürliche Eigenschaft als Mensch in ihm anerkennen und schonen wollte.

von den Menschen, insbesondere von Geschäftsleuten, gern im Gebrauche ausgedehnt wird, um der lieben Bequemlichkeit zu fröhnen, so ging es auch hier; man begnügte sich bald nicht mehr mit der Folter (quaestio, tormenta, quaestio per tormenta, cruciatus, severa inquisitio⁸⁸⁾) der Sklaven⁸⁹⁾, sondern wendete sie auch auf die *statu liberi, liberti*, ja endlich gar auf die *ingenui* an, und es wurde zu Gunsten der letzteren nur das Eine festgesetzt, daß sie lediglich in Untersuchungen wegen einiger schweren Verbrechen die Tortur zu erleiden hätten⁹⁰⁾.

Frei von aller Folterung waren folgende Personen: Kinder, Schwere-Franke, Schwangere, Gemüthsfranke, Taube und Stumme, hohe Beamte und Berühmtheiten, Ritter, active Soldaten und Priester⁹¹⁾. Hieraus geht es augenscheinlich hervor, daß die scharfe Frage, die an geistigen oder sinnlichen Mängeln Leidenden natürlich ausgerommen, bloß für solche erdacht war, denen man ohne diese Compelle kein Zutraten schenken zu dürfen glaubte. Auch wurde den Sklaven, selbst wenn sie ein abtorquirtes Zeugniß ablegten, kein voller Glauben beigemessen, wie anderen ehrbaren Personen, sondern es diente ein solches Zeugniß gleichsam nur als Indicium. Die damals zu Rom üblichen Folterinstrumente waren, außer den Prügeln (*verbera*⁹²⁾), hauptsächlich: *equuleus* (der Bock, über den die Extremitäten ausgereckt wurden), *fidiculae* (die Saiten, an welchen die Glieder ausgespannt wurden), *ungulae* (die eisernen Zangen) und *laminae* (glühende Eisen)⁹³⁾.

Die Gesetzgebung schwankte übrigens in diesem Betrachte auffallend hin und her⁹⁴⁾, hauptsächlich über die Frage, inwiefern der Sklave zum Zeugniß gegen seinen Herrn genöthigt werden könne; am Ende siegte doch in Bezug auf einzelne Verbrechen von besonderer Schandlichkeit die strengste Ansicht⁹⁵⁾, und es mag diese schon um Deswillen nöthig gewesen sein, weil die Sklaven oft Helferhelfer bei den Verbrechen ihrer Herren waren.

So ist, mit den hundertfältigen Goldkörnern der Weisheit, unter so manchen beigemischten Uebeln, auch dieses, das Uebel der gewaltsamen Erpressung einer gerichtlichen Deposition, auf unseren Boden aus Rom herübergewandert⁹⁶⁾, und da zu jener Zeit die teutsche Rechtsgelehrsamkeit

88) L. 15. §. 41. D. de inur. (47. 10.) L. 1. §. 25. D. de SC. Silan. (29. 5.)

89) Quintiliani Inst. orat. VI. 4. Cicero, Orat. part. 84. pro Sylla 28. pro Rosc. Amer. 41. 42. pro Cluent. 63.

90) Crimen laesae maiestatis, artes magicae, veneficium, falsum. Cf. Wasserscheben, historia quaest. per tormenta p. 44.

91) Walter, Geschichte des röm. Rechts S. 376. Wasserscheben l. c. §. 11 u. 21.

92) Valerius Maximus VI. 8.

93) Wasserscheben l. c. §. 6. Carpzov., praet. rerum crimin. p. III. quaest. 117. nr. 37. 38.

94) Cf. L. 1. D. de quaest. (48. 18.)

95) Matthaeus, de crimin. p. 705.

96) So wie überhaupt der in den römischen Gesetzbüchern begünstigte Inquisitionsprozess mit Hilfe der italienischen Juristen des Mittelalters immer mehr

noch so arg darnieder lag, daß eine gründliche Erhebung und Würdigung des Criminalbeweises meistens gar nicht möglich war, so läßt sich leicht erklären, daß mit begierigen Händen nach diesem so sehr bequemen Beweisergänzungsmittel gegriffen wurde, und es hat sich der Erfindungsgeist in der Vervielfältigung der Marterwerkzeuge auf eine beklagenswerthe Weise bewährt, so daß zuletzt viele Länder und Städte, wie Alles in Deutschland sich zu particularisiren strebt, ihre besonderen Torturanstalten hatten⁹⁷⁾, wie z. B. das mecklenburg'sche, das bamberg'sche Instrument, die mannheimer Bank, die pommer'sche Mütze, der lüneburg'sche Stuhl, der magdeburg'sche gespickte Hase u. s. w.⁹⁸⁾.

Es würde die Lehre von der Tortur, deren sich allmählig die Wissenschaft ganz bemächtigete, zuletzt so ausgebildet, daß sich eine Masse von Streitfragen ergab, welche mit Hefigkeit und mit einem großen Aufwand von Gelehrsamkeit⁹⁹⁾ durchgefochten wurden.

Die Grundzüge dieser Lehre bestehen in Folgendem. Der Art. 18 der p. G.-D. gab die Hauptregel an die Hand, daß die Folter nicht eher angewendet werden dürfe, als auf redlich genugsam Anzeigung. Nun wurde also untersucht, welche Indicien als allgemeine und besondere, als entfernte und nahe zu betrachten¹⁰⁰⁾ seien, worüber bekanntlich die p. G.-D. abermals Fingerzeige enthält. Doch wurden diese Beispiele vielfach erweitert, und es gab eine Zeit, wo man gar wenig Umstände machte, Jemanden auf die Folter zu spannen¹⁰¹⁾; wozu auch wohl das zerplitterte Juridictionsverhältniß beigetragen haben mag, indem gar viele kleine Gerichtsherrn einen Inquisiten, der durch sein Leugnen die Nothwendigkeit der Haft und die Abzugskosten in die Länge zog, gern auf schnellstem Wege los werden mochten. Dazu war natürlich ein abgeändertes Geständniß am dienlichsten.

Auf den Grund der Anzeigungen wurde dann durch das Criminalgericht, und zwar, wenn die Untersuchungsbehörde mit dem Blutbanne nicht versehen war, mittels Versendung der Acten an einen Schöppenmann¹⁰²⁾ untersucht, ob die Anzeigungen hinreichend waren, um den ursprünglichen Anklageprozeß verdrängte. S. bes. Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. 4, S. 50.

97) Koch, institutiones iuris crim. (Jenae 1783.) p. 863.

98) Wie viel grausamer, ja unmenschlicher man noch in früheren Zeiten verfuhr, beweisen Damhouter, praxis rerum crimin. cap. XXXVII. nr. 17. und Engon, ius criminale. lib. II. §. 229—234. Besonders war es üblich, heißes Oel, Essig oder Pech in den aufgerissenen Mund zu schütten.

99) So schrieb z. B. Jo. Sam. Fr. Boehmer zwei Abhandlungen de tortura; ferner auch Mehreres bis angesehenen Juristen: Wildvogel, de arbitrio iudicis circa torturam, Grupon, de adplicatione tormentorum, und Leyser, Mylius, Hommel etc.

100) Trotz des gesetzlichen Ausspruches: Die sach ober warzenchen, so eyn redlich genugsam anzeigen, argtkwon oder verdacht geben, seinot mit müglich alle zu beschreiben, — hielten sich die Juristen doch berufen, alle gesetzlichen Indicien eines Verbrechen aufzuzählen, worüber natürlich unendlicher Streit entstand.

101) Besonders bei dem crimen maiestatis, die Heren und Sauberer. Carpzov. pract. rer. crim. p. III. quaest. 129. nr. 69.

stahl ein förmliches Erkenntnis¹⁰²⁾ gegeben: ob die Tortur anzuwenden sei oder nicht¹⁰³⁾. Dieses Erkenntnis wurde dann solemn publicirt, und es stand dem Inquisiten frei, entweder selbst Gründe auszuführen, oder durch einen Anwalt deduciren¹⁰⁴⁾ zu lassen, wodurch er die Unstatthaftigkeit der Tortur nachzuweisen versuchte. Auf diese Einsprache wurden die Acten abermals an ein collegium iuridicum versendet und dieses hatte sodann die Gründe des vorigen zu prüfen und eine definitive Sentenz zu erlassen. Hierin beruht offenbar schon einer der größten Mängel dieser Procedur. Der Inquisit hätte vor der ersten Actenvorlage dem Criminalgerichte seine Verwahrung gegen die Folter vortragen und wenn gleichwohl ein ungünstiges Erkenntnis erfolgte, die Befugnis haben müssen, dagegen an die höhere Instanz zu appelliren.

War nun die Verurtheilung zur Tortur rechtskräftig geworden, so begann eine systematische, unseren Voreltern ewig zur Unehre gereichende, Qualerei¹⁰⁵⁾ (cruciatu). Es gab nämlich verschiedene Grade der Tortur, und zwar in Sachsen drei¹⁰⁶⁾ und in anderen Ländern auch vier und fünf. Die fünf Grade, welche Giraldu, Clarus u. A. angeben, sind¹⁰⁷⁾: 1) minas de torquendo, 2) ductio ad locum tormentorum, 3) denudatio et ligatura, 4) elevatio in eculeo¹⁰⁸⁾, 5) quassatio, quando suspensus detinetur et iotibus cruciatur¹⁰⁹⁾. Dadurch bildete sich denn ein Unterschied zwischen der Territion und wirklichen Tortur aus. Erstere theilte man später wieder in die

102) Jo. Brunne mann, proc. inquis. c. 8. m. 4. nr. 3. Carpzov, pract. rer. crim. quaest. CXXIII. nr. 68. Man kann hieraus zugleich abnehmen, wie lange mancher Angeklagte im Untersuchungsarreste warten mußte, bis die Acten, bei den beschwerlichen Wegen und mangelhaften Communicationsmitteln, hin und her gelaufen, und die Facultäten mit der Deliberation fertig waren; und gleichwohl hatte man dann nichts weiter, als ein Zwischenurtheil erreicht und mußte vielleicht noch einmal so lange auf das Endurtheil warten.

103) Es war dabei hauptsächlich auf folgende Momente zu achten: 1) ob der Thatbestand bewiesen sei, 2) ob ein crimen atrox et grave vorliege, 3) ob indicia verosimilia, certa et concludentia gegen den Angeklagten sprechen, 4) ob er nicht auf andere Art überwiesen werden könne. Heil, iudex et defensor. p. 199—202.

104) Dieser Schriftsatz wurde defensio pro avertenda tortura genannt. Heil l. c. p. 232.

105) Damhouder, praxis rer. crim. p. 81 u. 91., so wie Engau, ius crim. p. 412., geben bildliche Darstellungen solcher Justizacte, woraus man eine schwache Idee von den fürchterlichen Mißhandlungen schöpfen kann.

106) Carpzov, pract. rer. crim. pars. III. quaest. 125. nr. 51. u. 52.

107) Cf. Heil l. c. p. 204.

108) Wahrscheinlich der römische equuleus. Man nannte diese Marter: auf den Bock spannen.

109) Die p. G. D. verlangte im Art. 59 allerdings: Ob der beklagt geverlich wunden oder ander schaden an seinem leib hett, so soll die peinlich frag dermassen gegen im fürgenommen werden, damit er an solchen wunden oder schaden am meisten verlegt werde, — aber wer kann verbürgen, daß darauf überall gehörig geachtet wurde? Vgl. auch Art. 58.

territio verbalis et realis¹¹⁰), d. h. es wurde zuerst nur bewegliche Vermahnung gethan, unter Hinweisung auf die bereit gelegten Marterinstrumente, und dann erst, wenn dieses nichts half, zu der eben erwähnten Anlegung der Folter geschritten, ohne jedoch fürs erste noch Schmerz zu verursachen.

Zur Ankündigung der Folter wurde gewöhnlich der Ortsgeistliche eingeladen, welcher dann auch im Namen der Kirche zum Geständnisse zusprach¹¹¹). Diese Idee kann an und für sich nicht mißbilligt werden, aber es ist zu bedenken, daß ein Nichtjurist in seinen Admonitionen gar leicht das gehörige Maß überschreitet¹¹²) und innere oder äußere Vorgänge voraussetzen kann, für welche bloß seine Phantasie Bürge ist, wie man dieß täglich bei Privatverhören, die irgend Jemand mit seinen Hausgenossen anstellt, wahrnehmen kann. Die Anwesenheit der Geistlichen mag daher leicht mehr Schaden¹¹³) als Nutzen gestiftet haben, wiewohl derselbe bei der wirklichen Tortur nicht mehr zugegen bleiben durfte.

Die Zeit der eigentlichen Execution wurde gewöhnlich in die Nacht verlegt, einmal damit der Gefolterte keinen überladenen Magen habe¹¹⁴), wahrscheinlich aber auch um bewirken, damit die Nachbarschaft von dem Lustiggräuel nichts erführe. Der Richter und ein beedigter Actuar mußten von Anfang bis zu Ende dabei sein; nicht bloß um den Vollzug actenmäßig machen zu können, sondern hauptsächlich damit der Scharfrichter¹¹⁵) (oarnifex) in der Marter nicht weiter gehe, als das Urtheil besagte.

Hauptgrundsatz war, daß bei der Folterung selbst Inquisit nicht verhört werden durfte (p. G. D. Art. 58). Es ist übrigens nicht wohl einzusehen, auf welche Art die Tortur ein Ende nahm, wenn nicht während derselben Fragen an den Gepeinigten gerichtet wurden¹¹⁶), und sollten

110) Heil l. c. p. 205—209.

111) Man pfleget auch die Prediger zu ihm zu schicken, daß sie ihm Alles wohl zu Gemüthe führen und ihn dahin disponiren, damit es der Schärfe nicht bedürfe. Ludovici, Einleitung zum peinlichen Prozesse Cap. 9, §. 16.

112) Dem Verf. ist ein Inquirent bekannt, der die Schrecken der Religion und des Aberglaubens gegen die Verhörten so zu handhaben wußte, daß dieselben oft aus Furcht vor Teufeln, Gespenstern und Dämonen sich zu Geständnissen bequemen. In ähnlicher Weise mögen wohl die Prediger der früheren Jahrhunderte verfahren sein.

113) Thomasius, diss. de tortura foris christianorum proscribenda (Halae 1705), sagt: Apud pontificios est remedium viros pios et probos sub specie hereseos et magia e medio tollendi.

114) Non tamen statim post prandium, vel coenam, reum torqueri patiatur, sed per sex vel octo, vel plures, horas executionem differat, ne inter torquendum per vomitum, vel alio modo, aut iudici aut tortoribus molestia creetur. Heil l. c. p. 233.

115) Also dieselbe Person, welche auch ein ultimum supplicium zu vollstrecken hatte. Schon dieser Gedanke konnte eine große Seelenangst hervordringen. Bei den Aldern geschah das Torquiren unter der Aufsicht des Commentariensis durch die Hentersknechte. Walter, Geschichte des röm. Rechts S. 877.

116) Das Gesetz gebot nur: soll die sag des gefragten nit angenommen ober auffgeschrieven werden, so er in der martre ist, — deswegen konnten

dieselben auch nur in den Worten bestanden haben: willst Du es bekennen; hast Du es gethan? —

So wie Inquisit den Willen, zu gestehen, ausdrückte, wurde er von der Folter befreit, und er sollte dann, der Ordnung nach, in ein anderes *Gemach*¹¹⁷⁾ geführt werden, um seine Angaben protocollarisch zu machen. Doch war ein solches Bekenntniß nur als provisorisch zu betrachten und nach zwei bis drei Tagen mußte Inquisit vor dem Richter, Actuar und den Schöppen, nach gescheneher Wiedervorlesung des Protocoll's, sein Bekenntniß feierlich bestätigen¹¹⁸⁾ (Urgicht¹¹⁹⁾), und im Falle er dieses verweigerte, konnte zum zweiten, ja nach der Meinung Vieler auch zum dritten Male¹²⁰⁾, die Marter wiederholt werden, und erst wenn alle diese Erforschungsmittel fruchtlos erschöpft waren, hatte der arme Sünder einen Anspruch auf Entlassung aus der Haft und Untersuchung, aber nicht einmal für immer, sondern nur bis auf weiteren Beweis¹²¹⁾, d. h. es trat eine Losprechung, von der Instanz¹²²⁾ ein.

Wer kann sich in unseren aufgeklärten Tagen eines Staunens erwehren, wenn er von einer solchen Procebur hört, welche zwar gegenwärtig nirgends mehr gesetzlich erlaubt ist, aber doch vor einigen Decennien hier und da noch in Uebung war? Trotz der energischen Protestationen eines Matthäus¹²³⁾ und Thomasius¹²⁴⁾ vor mehr als 100 Jahren schleppte sich also dieser Krebschaden an der teutschen Justiz wuchernd fort, bis endlich der herrliche v. Sonnenfels¹²⁵⁾ durch ein

aber doch Worte gewechselt und dann beim Verhöre nach der Folter wieder in Erinnerung gebracht werden.

117) Schwerlich war in allen, damals so dürftigen, Gerichtsgebäuden Raum genug, um diese Vorschrift streng zu befolgen.

118) Soll im sein bekennniß durch den gerichtsschreiber fürgelesen und alsdann anderwerd darauf gefragt werden, ob sein bekennniß wahr sei. G.-D. Art. 56, Abg. 2.

119) Von Sicht — Geständniß und Ur — ursprünglich, aus tiefster Seele stammend. Boehmer ad Carpzov., pract. rer. crim. P. III. quaest. 125. observ. I.

120) Koch, instit. iur. crim. §. 867. Heil, Index et defensor. p. 237. Carpzov., pract. rer. crim. quaest. CXXVI. nr. 54.

121) Carpzov. l. c. P. III. quaest. CXXV. nr. 4—8.

122) Die Bodenlosigkeit und Ungerechtigkeit dieses Institutes, das auch in unserer Zeit noch fortwährt, hat neuerlich Zacharia im Archiv des Criminalrechtes, Jahrg. 1839, S. 371 flg. vollständig nachgewiesen.

123) Derselbe untersuchte bereits im Jahre 1715 (Comment. de crimin. p. 536.) die Frage: An tormenta legitimus indagandae veritatis modus? und sprach sich dahin aus: quod a naturali aequitate abhorreat, cruciari quenquam, antequam constet, nocentem esse. Poena autem esse non debet, ubi peccatum non est, cum peccati sit animadversio.

124) In seiner Dissert. de tortura e foris christianorum proscibenda. Halae 1705. Den Hauptinhalt referirt Meister, Biblioth. iur. nat. et gent. Pars II. p. 269.

125) Ueber die Abschaffung der Tortur (Zürich 1775), S. 22, heißt es: Was durch Zwang geschieht, geschieht durch eine überwältigende Macht, der unmöglich widerstanden werden kann. Wird daher der Untersuchte zum Geständnisse gebracht, so beweist dasselbe keineswegs, daß er ein ihm zur Last

freimüthiges, aber auch schonungsloses Wort das Uebel für immer ausschottete¹²⁶⁾.

Leider hat sich übrigens seither ein Gewaltmittel, zwar von geringerm Belang, aber doch von nicht minder verwerflicher Natur, wie die Folter, in den teutschen Untersuchungsprozeß eingeschlichen, welches sogar heute noch Vertheidiger findet, nämlich die unter dem Namen Ungehorsamsstrafen angewendeten Prügel. Eine Tortur kann man sie freilich nicht nennen, aber doch gewiß ein theilweises Surrogat derselben. Wenn ein jede Antwort verweigernder oder der Lüge förmlich überwiefener Inculpat auf die Prügelbank gelegt und so lange geschlagen wird, bis er Rede stehen oder die Lügen widerrufen will, so ist dieß doch wahrlich nichts Anderes, als eine drastische Nothigung zur Selbstanklage¹²⁷⁾ und eine solche kann ein humanes Gesetz nimmermehr billigen¹²⁸⁾, weil sie dem innersten Wesen des Menschen widerspricht. Man erleichtere dem Richter die rationelle Beweisführung und sanctionire namentlich die Ueberweisung durch Indicien, dann wird man solcher Beihilfe, die das traurige Andenken an das Mittelalter täglich auffrischen, nicht mehr bedürfen.

Ludwig von Sagemann.

Frankfurt am Main. Die Zahl der Bewohner des Gebietes dieser freien Stadt beläuft sich gegenwärtig auf beiläufig 60,000, von denen die Mehrzahl evangelisch-lutherischer Confession ist; man zählt 6000 Katholiken, 2000 Reformirte und über 8000 Juden. Das Gebiet beträgt ungefähr $2\frac{1}{2}$ □Meilen. Frankfurt¹⁾ war ursprünglich ein

gelegtes Verbrechen gewiß begangen habe; das allein beweist es, er habe der Gewalt der Schreckung, der Schraubung, der mannigfaltigen Marterarten nicht widerstehen können. — Aus diesen und vielen anderen Gründen zog v. Sonnenfels den Schluß (S. 50): daß die Folter aus dem Rechtsverfahren gänzlich zu verweisen sei. Vgl. auch die gleichzeitigen Vota gegen die Tortur in Fafellus, die gerichtliche Arzneigelahrtheit, herausgeg. von Langen (Leipzig 1770), S. 118—129, und Bedenken über einige Punkte des Criminalrechtes von A. J. H. R. K. (1773), S. 7—23.

126) Die letzte Stimme, welche die Folter noch in Schutz nahm, sobald wichtige Gründe da sind, anzunehmen, daß der schwer gravirte Inquisit nur darum und so lange mit dem Geständnisse an sich halte, weil und als derselbe nicht gezwungen wird, — ist Werner, in dem Handbuche des peinlichen Rechtes (Padamor 1820), S. 65.

127) S. v. Sagemann, in dem Archive des Criminalrechtes, Jahrgang 1841, S. 263, 268.

128) Wittermaier, das teutsche Strafverfahren Th. 1, S. 401, sagt: Schon das Recht des Staates, eine Antwort zu fordern, ist zweifelhaft, und wenn man es auch zugibt, so würde man doch höchstens nur eine grundlose, mit der Absicht, die Untersuchung zu vereiteln und zu verzögern, verbundene Verweigerung der Antwort als strafbar betrachten können; da es aber in der Regel schwer zu erkennen ist, ob nur diese Absicht zum Grunde lag, so würde häufig nur eine Willkür des Inquirenten über die Strafanwendung entscheiden, und unter dem Deckmantel der Ungehorsamsstrafe Folter angewendet werden können.

1) Ueber das Geschichtliche vgl. Kirchner, Geschichte von Frankfurt (Frankf. a. M. 1807—10), Th. 2. Derselben Ansichten von Frankfurt a. M.

Königshof. Als das älteste geschichtliche Ereigniß von Bedeutung nennt man gewöhnlich eine unter Karl dem Großen gehaltene große Kirchenversammlung. Die Stadt nahm unter Ludwig dem Frommen, namentlich aber unter Ludwig dem Deutschen, an Glanz und Umfang sehr zu. Jener erbaute die Sala. Unter diesem wurde sie zur Hauptstadt des ostfränkischen Reiches. Die Stadt hieß deshalb eine *principalis sedes orientalis regni*. Bald erlangte sie Stadtgerechtigkeit. Man unterschied schon damals die Neubürger von den Altbürgern, den späteren Patriciern. Die Gerichtsbarkeit verwaltete ein Vogt. Gegen Ende des 13. Jahrhunderts trat an dessen Stelle der, vom Kaiser bestellte, Schultheiß, der mit den Schöffen insbesondere der Rechtspflege oblag. Daneben bestand jedoch zur Besorgung der inneren Verwaltung ein besonderer, aus den Altbürgern genomener, Rath mit Bürgermeistern an der Spitze. Die goldene Bulle sicherte der (übrigens nach ausdrücklichen Anerkennnissen reichsunmittelbaren) Stadt das, früher schon durch Gebrauch sanctionirte, Recht einer Wahlstadt des Reiches.

Indessen dauerte der Alleinbesitz der Altbürger in der Ausübung des Regimentes nicht lange. In der Mitte des 13. Jahrhunderts erhielten mehrere Zunftgenossen Sitz im Rathe. Der sogenannte Urstiftelsbrief von 1297 stellte die hergebrachten Gerechtigkeiten der Bürger und des Rathes fest. Auch hiernach kamen immer noch viele Spaltungen zwischen den einzelnen Corporationen vor, denen der, im Jahre 1366 durch kaiserliches Privilegium wieder vernichtete, Vertrag zwischen dem Rathe, den Handwerkern und der Gemeinde vom Jahre 1358, die Rathswahl betreffend, eben so wenig abhelfen konnte, wie ein späterer Vertrag von 1525. Die Kaiser suchten zwar durch allerlei Privilegien nachzuhelfen, die man sich jedoch von Seiten des Rathes so geheim, wie möglich, zu halten bemühte. Als desswegen zu Anfange des 17. Jahrhunderts ernstliche Unruhen ausgebrochen waren, erkannte der Kaiser eine Localcommission auf Chur-Mainz und Hessen-Darmstadt, die im Jahre 1613 den, insgemein Bürgervertrag genannten, Commissionsabschied zu Stande brachte, der, auch später mehrmals noch durch den Kaiser confirmirt, die wichtigsten bisher streitigen Punkte verglich²⁾. Auch hiermit waren indessen die inneren Streitigkeiten noch nicht beendigt, deren Beilegung Zweck vieler folgenden Verfügungen war. Hierhin sind zu zählen die alte Visitationsordnung von 1614, das kaiserliche Commissionsdecret von 1616 (Transfix genannt, weil es dem Bürgervertrage per transfixum annectirt sein sollte), das Project eines neuen Vergleiches von 1714, die kaiserliche Hauptresolution von 1716, die neun kaiserlichen Hauptresolutionen von 1725,

(Frankf. a. M. 1818), Th. 1, S. 133—177. Richard, Entstehung der Reichsstadt Frankfurt. Frankf. a. M. 1819. Lange, Geschichte der freien Stadt Frankfurt am Main. Darmstadt 1837.

²⁾ Vgl. namentlich Morig, Staatsverfassung der Reichsstadt Frankfurt (Frankf. a. M. 1785), Th. 1, S. 118 fig.

endlich die kaiserliche Haupt- und Finalresolution von 1732. Der Rath, dessen innere Verfassung oft wechselte, hatte endlich folgende Rechte³⁾ an sich gebracht: 1) das Recht, Fremde zu Bürgern anzunehmen; 2) das Recht, Gesetze zu geben; 3) das Recht, sowohl in geistlichen als in weltlichen Sachen zu dispensiren; 4) die gerichtliche Gewalt; 5) das oberherrliche Recht in Polizeisachen; 6) die landeshoheitlichen und andere Kirchenrechte (*ius circa sacra et episcopale*); 7) das Recht der Ernennung der Stadtbedienten; 8) das *ius collectanei* — das Recht der Besteuerung — und Verwaltung der Stadtgefälle; 9) das Recht der Bündnisse, des Krieges und Friedens, der Gesandtschaften, der Verträge und was dahin einschlägt. Die Bürgerschaft wurde schon in den ältesten Zeiten von dem Rathe in wichtigen Fällen zu Rathe gezogen; anfänglich wurde sie durch die Zunftmeister vertreten. Der Bürgervertrag verordnete, daß die Bürgerschaft dem Rathe 18 Bürger vorstellen sollte, aus denen der Rath 9 zu erwählen habe, die die jährlichen Stadtrechnungen revidiren sollten. Diese Neuner wurden später durch die Quartiermeister verdrängt; bis endlich durch die kaiserliche Resolution vom 14. März 1732 der sogenannte bürgerliche Ausschuß der Einundfünfziger constituirte wurde, dessen Obliegenheit insbesondere darin bestand, bei wichtigen und neuen Ausgaben dem Magistrate seine Meinung zu eröffnen, wie denn dieser sich jedesmal mit jenem Collegium zu benehmen hatte, so oft er etwas anzuordnen gedachte, wodurch das Aera mit neuen Ausgaben beschwert oder von gemeinem Stadt-fundo etwas veräußert werden sollte; ferner bei sonstigen wichtigen Begebenheiten zum Besten des Publici bei dem Rathe nöthige Erinnerung zu thun, auf die Festhaltung der kaiserlichen Resolutionen zu sehen u. s. w.

Im Jahre 1806 fiel Frankfurt an den Fürsten Primas. Durch Napoleon wurde das Frankfurter Gebiet in ein Großherzogthum verwandelt, welches auf ungefähr 95 □ Meilen 302,000 Einwohner zählte, und in verschiedene Departements (Frankfurt, Aschaffenburg, Fulda und Hanau) zerfiel. Der Fürst Primas, Karl von Dalberg, war Großherzog. — Als die französische Uebermacht wich, sollte nach der Entschließung der verbündeten Mächte Frankfurt sich mit seinem ehemaligen Gebiete von dem Großherzogthume trennen und eine eigene Verfassung erhalten. Der Artikel 46 der Wiener-Congressacte machte die Stadt zu einem freien, selbstständigen Staate. Die Verfassung⁴⁾, wie sie gegenwärtig nach der Constitutionsergänzungsacte vom Jahre 1816 besteht, ist in der Kürze folgende.

Die, der Gesamtheit der christlichen⁵⁾ Bürgerschaft zustehende, Staatshoheit vertheilt sich unter drei Behörden. Die gesetzgebende

3) Moriz a. a. D. S. 294 flg.

4) Pölig, Europ. Verfass. Bd. 1, S. 1125—1180.

5) Die israelitischen Bürger, die unter dem Großherzoge den christlichen Bürgern völlig gleichgestellt worden waren, werden nach einem neueren Gesetze vom Jahre 1824, jedoch mit manchen Modifikationen, der christlichen Bürgerschaft in privatbürgerlicher Beziehung gleichgestellt.

Der *Versammlung* besteht aus 20 Mitgliedern des *Senates*, 20 Mitgliedern des ständigen *Bürgerausschusses* und 45 Mitgliedern, die durch das *Wahlcollegium* der Fünfundsiebentzger ernannt werden. Dieses letztere wird alljährlich durch die *Urwahlen* der gesammten *Bürgerschaft* zusammengesetzt. Das *Stimmrecht* bei diesen *Urwahlen* steht allen christlichen *Bürgern* zu, jedoch so, daß sie in 3 *Abtheilungen* wählen. In der ersten befinden sich die *Adeligen*, *Gelehrten*, *Künstler*, *Staatsdiener*, *Officiere*, *Gutsbesitzer*; in der zweiten die *Kaufleute*, *Krämer* und nicht zünftigen *Wirthe*; in der dritten die *Handwerker* und zünftigen *Künstler*, so wie alle den zwei anderen *Abtheilungen* nicht bereits zugewiesenen *Bürger*.

Der so gebildete *gesetzgebende Körper* ist regelmäßig auf den ersten *November* jedes *Jahres* zusammenzuberufen, wo dann die *ordentliche Sitzungszelt* 6 *Wochen* dauert. Der *Präsident* wird aus den *Mitgliedern* des *Senates* gewählt. Wer in den *gesetzgebenden Körper* gewählt wird, muß die *Wahl* bei *Verlust* seines *Bürgerrechtes* annehmen.

Zur *Competenz* des *gesetzgebenden Körpers* gehört überhaupt die *Erhaltung* der *Stadtvorfassung*, weshalb hier die *Beschwerden* wegen *Vorfassungsverletzung* anzubringen sind; sodann die *Gesetzgebung* insgesammt, insbesondere die *Besteuerung*, die *Genehmigung* des *jährlichen Budgets*, *Sanction* der *Staatsverträge*, *Anordnung* und *Einrichtung* der *bewaffneten Macht*, in gewissen Fällen *Einwilligung* zu der *Veräußerung* städtischer *Gemeindegüter*.

Zunächst steht der, mit der *executiven Gewalt* bekleidete, *Rath* ober *Senat*⁶⁾. Aus 42 *Mitgliedern* zusammengesetzt, theilt er sich in 3 *Bänke*, die der *Schöffen*, *Senatoren* und *Rathsverwandten*. An der Spitze des ganzen *Collegium* stehen die jedesmal auf ein *Jahr* gewählten beiden *Bürgermeister*. Der ältere wird aus der *Schöffenbank* genommen, der jüngere aus der *Senatorenbank*. Von der zweiten (*Senatoren-*) *Bank* auf die erste (*Schöffen-*) *Bank* wird nach der *Anciennität* vorgerückt. Neue *Mitglieder* des *Senates* werden so gewählt, daß die *nichtsenatischen* 65 *Mitglieder* des *gesetzgebenden Körpers* 6 *Wahlherren*, und der gesammte *Senat* eben so viele *Wahlherren* ernennt. Diese 12 haben sich über den *Vorschlag* von 3 *Candidaten* zu vereinigen, unter denen die sogenannte *Kuglung* entscheidet.

Auf der dritten *Bank* müssen sich stets 12 *Mitglieder* aus dem zünftigen *Handwerkerstande* befinden.

Der *Rath* selbst theilt sich wieder in den *großen* und den *engeren Rath*. In diesem letzteren befinden sich die sieben ältesten *Rathsverwandten*, und die mit der *Justizverwaltung* nicht beschäftigten *Mitglieder*. Vor den *großen Rath*, der somit aus sämtlichen 42 *Mitgliedern* des *Senates* besteht, gehören alle *Gnadensachen*, *Aemtervergebungen*, die *Gegenstände*, die zur *Cognition* des *gesetzgebenden Körpers* gehören, namentlich auch *Bestätigung* oder *Milderung* der

6) Vgl. des geistreichen Dr. Reinganum Artikel: Frankfurt am Main in Rottsch's und Welcker's Staatslexikon.

peinlichen Urtheile. Andere Verwaltungsgegenstände gehören vor den engeren Rath.

Neben dem Rathe besteht noch die sogenannte ständige Bürgerrepräsentation oder der ständige Bürgerausschuß. Er zählt 61 Mitglieder. Dieses Collegium hat namentlich auf die Beobachtung der Constitutionsgrundgesetze zu sehen, dem Rathe bei wichtigen neuen Ausgaben, Alienationen und Acquisitionen von Gemeindegütern, Regulirung neuer Steuern, seine Ansichten auf dem Wege schriftlicher oder mündlicher Conferenzen mitzutheilen. Den Vorsitz führt ein von drei zu drei Jahren aus der Mitte des Collegium gewählter Senior. Der Wahlmodus ist derselbe wie beim Senate.

Es sitzen dem Bürgerausschusse verfassungsmäßig sechs Rechtsgelehrte (doctores iuris) und ein eigener rechtsgelehrter Rathgeber oder Consulent bei. Das früher vom dem Bürgerausschusse getrennte Reuenercolleg (Stadtrechnungsrevisionscolleg) ist nunmehr dem Bürgerausschusse incorporirt, welcher zu dem städtischen Rechnungsrevisionsgeschäfte neun seiner Mitglieder zu erwählen hat.

Frankfurt ist nach den Bestimmungen der teutschen Bundesacte zum Sitze des Bundestages bestimmt. Das gegenseitige Verhältniß der Stadt zu demselben und zu den einzelnen Gesandtschaften ist durch besondere Verträge regulirt. In dem Plenum der Bundesversammlung hat die Stadt eine eigene Stimme; im engeren Rathe mit den übrigen freien Städten gemeinschaftlich die 17. Stimme.

Die Justizverwaltung im allgemeinen ist dem Senate anvertraut. Die Justizcollegien sind folgende: 1) das, mit den übrigen freien Städten Deutschlands gemeinschaftliche, Oberappellationsgericht zu Lübeck; 2) das Appellationsgericht, welches zu Frankfurt seinen Sitz hat, und zugleich Criminalgericht ist; 3) das Stadtgericht (die Mitglieder dieser beiden letzteren Tribunale werden aus dem Senate genommen); 4) das Stadtrathamt (dieses letztere, ebenfalls collegialisch, jedoch mit nicht-senatischen Mitgliedern besetzt, ist die erste Civilinstanz für alle Sachen bis zu 300 fl. im Hauptstuhle); 5) das Landjustizamt hat wegen aller solcher Sachen für das städtische Landgebiet ganz dieselbe Competenz, wie das Stadtrathamt für die Stadt. Die zweite Instanz für alle solche Sachen, und zugleich die erste Instanz für Sachen über 300 fl. ist das Stadtgericht. Das Appellationsgericht ist für jene die dritte, für diese die zweite Instanz. Bei dem Appellationsgerichte findet noch die Actenversendung in Civilsachen statt. Dritte Instanz für Stadtgerichtssachen ist das Oberappellationsgericht. Electiv mit der Oberappellation concurrirt transmissio actorum ad impariales alteros in vim revisionis. Dem Revisen steht gegen ein abänderndes Revisionserkenntniß noch die Wahl zwischen der Superrevision und der Oberappellation nach Lübeck zu. Für Polizeivergehen existirt ein besonderes Polizeigericht; für Criminaluntersuchungen ist das sogenannte peinliche Verhöramt die Inquisitionsbehörde. Der Civilprozeß vor obigen Gerichten ist der gemeine, jedoch mit manchen Modificationen. Ueber diese gibt hauptsäch-

lich die sogenannte provisorische Prozeßordnung vom 8. Februar 1820 Aufschluß. Sie enthält manches Eigenthümliche über Arrest- und Wechselprozeß. So verordnet Art. 51 (Erfordernisse zu Personal- und Realarrestgesuchen hiesiger Bürger und dahier Angeessener gegen Fremde): Zur Begründung des Gerichtsstandes oder Sicherung des Streitgegenstandes ist jeder hiesige Bürger, Beisasse und Nachbar der Drtschaften, jeder mit liegenden Gütern dahier angeessene Ausländer und jeder jüdische Schutzgenosse berechtigt, auf seine Gefahr und Kosten gegen seinen dahier befindlichen fremden Schuldner, oder auf dessen dahier befindliche Effecten einen Personal- oder Realarrest nachzusuchen, wenn er sogleich bescheinigen kann, daß die Forderung gegründet und fällig sei. Kann der Impetrant diese Bescheinigung nicht sogleich beibringen, wohin auch der Fall gehört, wenn solche erst durch Zeugen dargethan werden soll, so darf kein Arrest erkannt werden.

Art. 52. (Erfordernisse zu Personal- und Realarrestgesuchen Fremder gegen Fremde): Ein mit liegenden Gütern dahier nicht angeessener Fremder kann gegen einen Fremden gleicher Art nur dann auf seine Gefahr und Kosten einen Real- oder Personalarrest nachsuchen, wenn nachfolgende Erfordernisse in seinem Gesuche sich vereint finden. Es muß nämlich 1) die Forderung selbst entweder in Eigenthumsansprüchen auf dahier befindliche Gegenstände bestehen, oder sie muß aus einer dahier, d. i. in hiesiger Stadt oder deren Gebiet, geführten Verwaltung oder aus einem dahier geschlossenen Contracte entspringen, oder Verbindlichkeiten zum Gegenstande haben, deren Erfüllung dahier geschehen soll, oder deren Erfüllung aller Orten begehrt werden kann. Es muß außerdem 2) die Forderung bereits fällig (erigibel) und dieses entweder durch den Schuldner selbst alsbald vor dem Richter eingestanden oder von dem Impetranten sogleich bescheinigt, auch wenn letzteres durch den Buchauszug eines Handelsmannes geschehen soll, dieser beglaubigt sein, und es muß überdies 3) von dem Impetranten sogleich Caution durch Bürgen oder Pfand für allen, aus dem Arrest erwachsen könnenden Schaden gestellt sein; deren Größe auf impetrantisches Begehren, oder auch ohne dieses, nach richterlichem Ermessen bestimmt werden kann.

Zur Verhandlung summarischer Sachen besteht bei dem Stadtgerichte eine eigene Commission. Dasselbe ist zugleich obervormundschaftliche Behörde für das ganze Gebiet. Für die Stadt ist ihm ein sogenanntes Curatelamt, für das Landgebiet das Landjustizamt zur Besorgung des Vormundschafswesens untergeordnet. Es besteht ferner, unter Leitung des Stadtgerichtes, eine sogenannte Transcriptions- Währschafts- und Hypothekenbehörde⁷⁾ zur Sicherstellung der Verkäufungen, Uebertragungen und insafs- oder restkauffchillingsweise geschehenden Verpfändungen aller in den Städten Frankfurt und Sachsenhausen und deren Gemarkungen gelegenen unbeweglichen Güter,

⁷⁾ Vgl. Franck, Uebersicht des Hypothekenwesens zu Frankfurt am Main. Frankf. a. M. 1837.

so wie der nach statutarrechtlicher Vorschrift denselben gleich geachteten Gerechtigkeiten⁸⁾. Ein eigener Beamter, der *Fiscal* oder *executor in civilibus*, hat die Hilfevollstreckungen im Auftrage der Justiz- und Administrativbehörden vorzunehmen, ferner die Fälle zu erforschen, in denen Vormünder oder Curatoren zu bestellen sind, und deren Vorschlag bei der competenten obervormundschaftlichen Behörde zu bewerkstelligen, die Vergantheungen *sub hasta publica* zu leiten, so wie das Interesse *fisci* in Recursfällen gegen Straf- und Confiscationserkenntnisse der Verwaltungsämter zu wahren. Diesen letzteren Punkt anlangend verordnet der Artikel 27 der Constitutionsergänzungsacte Folgendes: Findet sich ein hiesiger Bürger durch Straf- oder Confiscationsverfügungen eines administrativen Stadtaemtes oder einer sonstigen Erhebungsbehörde beschwert, so steht ihm binnen 10 Tagen die Einlegung der Berufung an das hiesige Appellationsgericht und deren Rechtfertigung innerhalb den auf die Interposition folgenden 14 Tagen, bei Strafe der Erlöschung, offen und darf das Erkenntniß — Accisstraffälle ausgenommen — vor deren Erledigung nicht vollstreckt werden; vermeint der Appellant, daß er sich auch bei der Entscheidung des hiesigen Appellationsgerichtes nicht beuhigen könne, so darf er das Rechtsmittel der Actenversendung in *vim revisionis* einwenden.

Selchow (*elementa iur. German.* S. 108) theilt das Statutarprivatrecht Frankfurts in das ältere, mittlere, und neuere. Die in ältester Zeit geltenden Volksrechte und Capitularien mußten bald dem Gewohnheitsrechte und den Schöffenweisthümern weichen. Sehr wirksam bewährte sich in Ausbildung des Rechtes der berühmte Frankfurter Oberhof. Bald begann man dasselbe urkundlich niederzulegen. Diesem Bedürfnisse verdankt der sogenannte Artikelsbrief von 1297 seine Entstehung, der manches Wichtige auch über das Privatrecht enthält. Hierauf folgte der, im Jahre 1318 bestätigte und 1352 theilweise abgeänderte, sogenannte Stadtfriede, der jedoch nur in criminalistischer Beziehung besonderes Interesse darbietet. Sodann das sogenannte Gesetzbuch von 1352, das im Grunde nichts Anderes ist, als eine Zusammenstellung des damals geltenden öffentlichen Rechtes, wobei das Privatrecht nur wenig berührt wird. Zu dem mittleren Rechte kann man mit Selchow die Reformation von 1509 rechnen. Sie enthält römisches Recht, mit entschiedener Tendenz, die verschiedenen entgegenstehenden *coutumes* zu verdrängen. Zunächst erschienen mehrere Verordnungen, welche die Lücken der nicht alles erschöpfenden Reformation von 1509 ausfüllen sollten, bis endlich am 7. Sept. 1578 die neuere Reformation publicirt wurde. Sie ist ein Werk des Syndicus Johann Richard, des Verfassers des solmscher Landrechtes. Sie enthält sowohl Privat-, als auch Prozeß-, Criminal- und Polizeirecht. Im Jahre 1611 erschien eine nöthig gewordene neue Recension der Reformation, besorgt von dem Syndicus Schacher. Sie enthält einige,

8) Ablerslycht, Privatrecht S. 1360.

jedoch nicht sehr bedeutende, Abänderungen der früheren Reformation. Diese bildet gegenwärtig die Hauptbasis des Rechtszustandes⁹⁾. Später erschienen noch viele Verordnungen, die gesammelt sind in Beyerbach, Sammlung der Verordnungen der Reichsstadt Frankfurt, 11 Th. Frankf. 1796—1818. Die iurisprudence intermédiaire findet sich größtentheils in dem großherzoglich frankfurt'schen Regierungsblatt¹⁰⁾. Für die Gesetze der freien Stadt ist ein Repertorium die seit 1817 erscheinende Gesetz- und Statutensammlung der freien Stadt Frankfurt. Was das jetzt geltende Privatrecht betrifft, so sind als Haupteigentümlichkeiten folgende hervorzuheben: 1) in der Lehre von dem Güterrechte der Ehegatten¹¹⁾. In einer, auch vertragsmäßig nicht abzuwendenden, universellen Gütergemeinschaft stehen, wie die Reformation sagt, Handwerksleute, Weingärtner, Tagelöhner und dergleichen. Ihrem objectiven Umfange nach¹²⁾ umfaßt diese Gütergemeinschaft Alles und Jedes, was die Eheleute in die Ehe bringen und während derselben, auf welche Art es immer sei, erwerben. Alle Schulden, sie mögen vor oder in der Ehe contrahirt sein, auf welchem Titel immer beruhen, werden gleichfalls gemeinschaftlich. Hier ist das, unten zu erwähnende, Renunciations- und Separationsrecht ausgeschlossen. Daneben besteht noch eine particuläre Gütergemeinschaft. Sie tritt nur da ipso iure ein, wo die universelle nicht stattfindet, und besteht darin, daß die Errungenschaft dem Eigenthume nach gemein wird, und die in die Ehe gebrachten Güter dem Gebrauche nach.

Zur Errungenschaft gehört jedoch nicht, was einem Gatten während der Ehe von seinen Eltern oder sonstigen Blutsverwandten durch Testament aufsteht oder sonst gesetzt und geschenkt wird, wie sich die Reformation ausdrückt, oder jetzt vielmehr alle und jede Erbschaften und Geschenke, sodann das nicht, was statt auferstorbener oder eingebrachter und hinterher zu Gelde gemachter Güter angeschafft worden, auch, das nicht, was Mann oder Frau aus einer einseitig betriebenen Handlung oder Handthierung erobert.

2) Außerdem findet ein Statutarerbrecht¹³⁾ der Ehegatten statt. Die Statutgebühr besteht, a) wenn keine rechten Kinder aus der

9) Sie ist commentirt von Ortk, nöthig und nützlich erachtete Anmerkungen über die Reformation. Frankf. a. M. 1731 fig. Compendien sind: Adlerflucht, das Privatrecht der freien Stadt Frankfurt. Frankf. a. M. 1824. Bender, Lehrbuch des Privatrechtes der freien Stadt Frankfurt. a. M. Frankf. a. M. 1835.

10) Die noch geltenden Verordnungen aus der primattischen Zeit sind gesammelt in Bender, Sammlung frankfurter Verordnungen aus den Jahren 1806—1816. Frankf. a. M. 1833.

11) Vgl. Hoffmann, die eheliche Gütergemeinschaft und das Erbrecht der Ehegatten. Frankfurt am Main 1837.

12) Hoffmann a. a. D. S. 35 fig.

13) Adlerflucht, Privatrecht der freien Stadt Frankfurt S. 467.

Ehe, noch Heurathsbriefe¹⁴⁾ da sind, im Eigenthume aller von dem verstorbenen Ehegatten hinterlassenen Mobilien, so wie der dem Verstorbenen zugeständnen Hälfte der Errungenschaft, sodann im lebenslänglichen Nießbrauch aller Immobilien des Verstorbenen; b) wenn rechte Kinder aus der Ehe vorhanden sind, im Eigenthume des halben Theiles der Mobilien, die von dem Verstorbenen herrühren, sodann im Nießbrauch an derjenigen Hälfte der Errungenschaft, die an die Kinder fällt, so wie im Nießbrauch an sämtlichen, an diese Kinder fallenden, Mobilien und Immobilien. Stiefeltern erben nur die Hälfte der Mobilien, und was ihnen in den Ehepacten vermacht worden, was jedoch nicht über einen sogenannten Kindestheil betragen darf.

3) Höchst schwierig und bis jetzt noch keineswegs hinlänglich aufgeklärt ist die Lehre von der Zahlung der Eheschulden¹⁵⁾. Tritt der vom Andern zum Erben instituirte Gatte die Erbschaft unbedingt an, so muß er natürlich für alle Eheschulden stehen. Geschieht die Adition cum beneficio inventarii, so tritt die Haft für die Schulden des Verstorbenen so weit ein, als der Nachlaß reicht. Wird der Ueberlebende auf sein gesetzliches Erbrecht hin Erbe, so muß er nach den bürren Worten der Reformation sämtliche Schulden des Verstorbenen zahlen. Diese exorbitante Vorschrift ist von der Praxis¹⁶⁾ dahin modificirt worden, daß, wie Hoffmann sich ausdrückt, die Reformation einzig und allein über das Subject der Schuld Bestimmungen enthält, ganz unbestimmt dagegen läßt, mit welchen Mitteln dasselbe die Schulden zu berichtigen habe, — mit anderen Worten, es enthält dieselbe zu Gunsten der Gläubiger nur so viel, daß sich dieselben wegen ihrer Bezahlung von dem im Weisheit verbleibenden Statutarerben nicht pro rata an den Eigenthümererben verweisen zu lassen brauchen, sondern jener die Vorlage zu machen und sich dessfalls an diesen, resp. deren Erbschaftsobjecte, die er dann zum Behufe der Schuldentilgung der Substanz nach angeziffen darf, pro rata zu regressiren hat, dergestalt, daß das Rechtsverhältniß der Mobiliterben und Immobiliäreigenthümererben zu der Erbmasse im ganzen, oder zu dem Nutznießer eines erbenschaftlichen immobilis insonderheit durch die Reformation keine Veränderung leidet, und nach den sonst geltenden Rechtsgrundsätzen bemessen werden muß. Die sogenannte Renunciations- und Separationsohlt hat besteht darin, daß, wenn der Ueberlebende auf den Weisheit der liegenden Güter und auf die fahrende Habe in gehöriger Form verzichtet, und um Absonderung seines Vermögens bittet, er an den Schulden weiter nichts, denn die Obligationen und Schuldverschreibungen,

14) Ehegatten sollen sich in den Ehepacten in ihr Vermögen, über Brautschlag und Wiberlage hinaus, nicht zu Erben einsetzen. Geschieht es dennoch, so wird eine derartige Institution durch den Tod gültig, wenn einer der Gatten ohne Kinder oder ohne letzten Willen oder bestimmten Widerruf desselben, stirbt. Bender a. a. D. §. 17.

15) Bender, Privatrecht der freien Stadt Frankfurt §. 95.

16) Hoffmann a. a. D. §. 129.

ihn den Lebenden mitbesagend, zu seinem Theile, aber von des Verstorbenen wegen gar nichts zu bezahlen schuldig sein soll. Verzichtet der superstes nur auf einen Theil des ihm Angefallenen, so braucht er auch nur im Verhältniß zu dem von ihm wirklich Erworbenen die Schulden mitzubezahlen. Diese sogenannte Renunciation und Separation muß binnen 30 Tagen seit dem Ableben des Ehegatten, oder, wenn schon bei dessen Lebzeiten die Gläubiger andringen sollten, von da an in gleicher Frist gerichtlich geschehen. Dieses beneficium tritt da nicht ein, wo univerrsele Gütergemeinschaft stattfindet, also z. B., wie oben angeführt worden, bei Handwerksleuten, Weingärtnern, Tagelöhnern und dergleichen Leuten mehr. Auch findet es bei solchen Eheleuten nicht statt, die einen gemeinsamen Handel, gemeinsame Wirthschaft, Herberge oder Weinschenke u. s. w. haben.

4) Aus dem Erbrechte sind noch folgende Eigenthümlichkeiten hervorzuhoben: Die Testamentsmündigkeit beginnt nach vollendetem 18. Jahre; die Mutter und mütterliche Ascendenten können ihren Kindern oder Enkeln in gewissem Maße pupillariter substituiren. Testamente und Codicille können vor 3 Rathsgliedern errichtet werden; Codicille können sonst vor 3 männlichen Zeugen errichtet werden; sind sie im Testamente bestätigt (Testamentszettel), so bedarf es auch dieser nicht. Schenkungen des ganzen Vermögens auf den Todesfall sind gerichtlich zu confirmiren. Ein späteres Testament soll nur dann ein früheres rumpiren, wenn in jenem das ältere ausdrücklich zurückgenommen wird. Die nachfolgende Ehe des Testators rumpirt in manchen Fällen das vor der Ehe errichtete Testament desselben. Die Zeit zur Anfechtung eines Testamentes ist auf Ein Jahr für Fremde und Abwesende, auf 6 Monate für alle Andere bestimmt.

Im Obligationenrechte ist vorzugsweise das Wechselrecht zu beachten. Die Hauptquelle ist auch hier noch heutzutage die Wechselordnung von 1739. Wechselunfähig sind Frauenspersonen, ausgenommen Handelsfrauen, Minderjährige, in Frankfurt sich aufhaltende Schauspieler. Wie zum Wesen des Wechsels das Vorkommen des Wortes Wechsel¹⁷⁾ nicht gehört, so ist auch die Angabe der Valuta im Wechsel keineswegs erforderlich¹⁸⁾. Zur Indossabilität der Wechsel ist das Dreirestellen erforderlich. Eine besondere Wechselstempelordnung (v. 15. Juli 1817) verordnet bei namentlicher Strafe einen Wechselstempel. Die Präsentationszeit der Ufo- und solcher Wechsel, die auf eine bestimmte Zeit nach Sicht lauten, ist, bei Verlust des Regresses gegen die Indossanten und des Wechselrechtes gegen die Aussteller, wenn sie in Europa und den europäischen Inseln gezogen wurden, auf 1 Jahr, für in Westindien gezogene auf 1½ Jahr, für in anderen außereuropäischen Welt-

17) Der Artikel 78 der provisorischen Prozeßordnung sagt: Eine Wechselklage kann nur durch einen wirklichen Wechsel, welchem jedoch acceptirte oder an Ordre (Verordnung) gestellte Anweisungen und dergleichen Schuldscheine (Billets à Ordre) oder Zahlungsverprechen ... gleichstehen, begründet werden.

18) Vgl. Bender, Privatrecht S. 189 fig.

theilen gezogene auf 2 Jahre, vom Tage der Ausstellung an gerechnet, zum Accept, oder, wenn es Sichtwechsel sind, zur Zahlung festgesetzt, welche Fristen zur Zeit eines Seekrieges sich verdoppeln. Ufowechsel verfallen 14 Tage nach dem Accepte. Bei Wechseln Dato oder nach Dato, Sicht oder nach Sicht, geht der Verfalltag mit dem ersten Tage nach dem Accepte an; jedoch verfallen Wechsel auf Sicht oder 2, 3 bis 4 Tage nach Sicht oder Dato längstens in 24 Stunden nach dem Accepte. Meswechsel, die zu rechter Zeit nicht bezahlt werden, sind am Sonntage der Zahlwoche (d. h. zweiten Meswoche) von 2 Uhr Nachmittags bis zu Sonnenuntergang zu protestiren. Alle Wechsel, mit Ausnahme jedoch der Sichtwechsel, der auf 2, 3 oder 4 Tage Sicht oder Dato lautenden, der in den Messen zahlbar ausgestellten Depositowechsel, und derjenigen, welche keinen Acceptanten haben, oder auf den Aussteller selbst lauten, und nicht mehr in erster Hand sind, ohne daß dieser auf dem Plage ist, oder der Adressat sie in des Ausstellers Namen acceptiren will, haben nach dem Verfalltage noch 4 Respecttage, worunter jedoch Sonn-, hohe Fest-, Buß- und Betttage nicht mitgezählt werden. Verlorene Wechsel, deren der Aussteller oder Acceptant geständig oder überwiesen ist, werden nur auf richterliches Erkenntniß und gegen genügende Sicherstellung vor Doppelzahlung berichtigt. Die deshalb gestellte Caution kann nach 5 Jahren aufgehoben und der verlorene Wechsel amortisirt werden. Will der Inhaber sich seinen Regreß gegen sämtliche Wechselverbundene wahren, so muß er von der Nichtzahlung seinem hiesigen oder auswärtigen Vormann, letzterem spätestens mit zweiter Post, Nachricht geben, auch die Reihe einhalten, gleichwie jeder Vormann zu gleichem Behufe seinem Vormanne dieselbe Nachricht zu geben hat; will er aber nicht alle im Obligo halten, so kann er aus der Reihe einen oder den anderen herausgreifen, verliert aber auch hierdurch den Regreß gegen dessen Nachmänner. Alle gar nicht oder nicht gehörig protestirte, vom Bezahler wegen etwa überhäufeter Geschäfte nicht zurückgeforderte oder vom Inhaber verlegte Tratten werden nach 4 Wochen seit dem Verfalltage für verfallen erachtet, wenn der Acceptant behauptet, sie bezahlt zu haben; es erlischt also gegen diese die Wechselklage. Aus eigenen, protestirten oder unprotestirten Wechseln kann in Jahr und Tag seit Verfall noch nach Wechselrecht geklagt werden; später gelten solche Briefe noch 5 Jahre als Schuldscheine. Nach dem Ablaufe auch dieser Zeit sollen sie als völlig erloschen angesehen werden.

Sonst beachtenswerthe Verordnungen u. s. w. sind, chronologisch geordnet, folgende:

1) Aus dem Privatrechte Rathschluß über Testamente zur Pestzeit (1513), Verbot der Ehe unter Geschwisterkindern und der auswärtigen Trauung Hiesiger (25. Mai 1676), Instruction wegen Veräußerung der Pupillengüter (16. Sept. 1699), Fallitenordnung (1631, 1708), Rathsordnung gegen Privathypothenken über Liegenschaften (22. Oct. 1720), Rathschluß, die subsidiäre Gültigkeit des solmscher Landrechtes auf den Dorfschaften betreffend (20. Aug. 1726), Mandat gegen heimliche Verlöbniße (15. Sept. 1733), Bestimmung der Intestaterebfolge unter Ehe-

gatten (24. Juni 1734), Rathordnung, das Güterrecht der Ehegatten betreffend (6. Jan. 1739), Instructionspunkte der Vormünder (2. Oct. 1749), Militärschuldenmandat (14. Jan. 1755), Bestimmung der Testamentsfolge unter Ehegatten (21. Sept. 1758), Verordnung, inwiefern Vormünder ihrer Curanden Insätze, Gelder und Capitalien einziehen, sich ablegen lassen oder transportiren können (3. Dec. 1776), Rathsverordnung wegen Erbtheilungen auf dem Lande (18. Jan. 1780), Wärschafts- und Restkauffschillingsordnung (28. April 1801), Rathsverordnung gegen den Ankauf der au porteur lautenden Obligationen mit Curatelgeldern (4. Mai 1804), Baustatut (11. Juni 1809), Verordnung über Religionsbestimmung der Kinder aus gemischten Ehen (5. Sept. 1811), Verordnung über das Verbot der Vindication und Amortisation der auf den Inhaber lautenden Schuldverschreibungen (8. Juli 1817), Rathsverordnung über Ausklage der Hypotheken und Restkauffschillingsbriefe (8. Juli 1817), Rathsverordnung über Anfang der Großjährigkeit (8. Juli 1817), Verordnung über die gerichtlichen Transcriptionen, Wärschaften und desfallsige Gebührenentrichtung bei Besitzveränderungen der in der Stadt oder deren Gemarkung gelegenen Immobilien (16. März 1820), Expropriationsgesetz (17. Jan. 1837), Gesetz, die Rangordnung der Gläubiger im Concurs und Abschaffung der Generalhypotheken betreffend (17. Jan. 1837). — 2) Aus dem Prozeßrechte: Die Prozeßordnung (vom 9. Nov. 1676), Fallitenordnung (3. Juli 1708, erneuert am 22. August 1719), die Verordnung über Provocationen, Revisionen, Restitutions- und Nullitätsklagen (22. Juli 1788), Verordnung über Zulässigkeit der Superrevision (18. Juni 1793), Verordnung über Competenz der Civilgerichte, Appellationssumme und Beiziehung der Handelsgerihtsaffessoren in Wechsel- und Handelsfachen (20. Mai 1817), Verordnung über die Oberappellation und Revision (8. Febr. 1820), die Taxrolle für die Gerichtsbehörden, Ordnung des gestempelten Papiere, nebst Taxordnung für die Advocaten (11. April 1822), die definitive Oberappellationsgerichtsordnung (23. Aug. 1823), Verordnung über Beförderung und Vereinfachung des Verfahrens bei Stadt- und Landamt (13. Dec. 1831), endlich das Stempelgesetz vom 9. April 1839. e.

Fremde. Fremdenrecht (Gastrecht). Unter einem Fremden versteht man einen sich im Inlande aufhaltenden Ausländer (*subditus temporarius*), unter Fremdenrecht den Inbegriff der rechtlichen Verhältnisse eines Fremden als solchen.

Um die geschichtlichen Wurzeln des einheimischen Fremdenrechtes¹⁾ aufzusuchen, bedarf es nicht des Eingehens in die Geschichte des Reiches

1) Fremdenrecht der Römer: Mühlenthal, Lehrbuch des Pandektenrechtes, 2. Auflage, Th. 1 (Halle 1837), §. 187, S. 349. Sell, die Resciperatio der Römer. Eine rechtshistorische Abhandlung. Beitrag zum Völkerrechte überhaupt, insbesondere des römischen. Braunschweig 1837. Burcharði, Lehrbuch des römischen Rechtes Th. 1, die Staats- und Rechtsgeschichte der Römer enthaltend (Stuttgart 1841), §. 5, S. 44—46, §. 35, S. 105.

und des Rechtes der Römer; wir finden sie in der Entwicklung des heimischen Rechtes²⁾. Zur Gewinnung eines sicheren Ueberblickes des in Deutschland herrschenden Fremdenrechtes³⁾ müssen wir auf die einzelnen Rechtsgebiete und dabei auf die Gestaltungen in den verschiedenen Staaten niedersehen: Strafrecht — Strafverfahren, — Civilrecht — Civils-prozess — Staats- und Völkerrecht.

So weit möglich, soll das geschriebene Recht zum Anhalte dienen. I. Strafrecht. Es ist allgemeiner Grundsatz: Die Strafgewalt des Staates erstreckt sich nicht nur auf die Bürger desselben, sondern auch auf den Fremden während seines Aufenthaltes in dessen Gebiete⁴⁾. Die neueren Strafgesetzbücher sprechen diesen Grundsatz aus. So heißt es z. B. im preussischen Landrechte Th. 2, Tit. 20, §. 12, 13: Nicht nur Unterthanen, sondern auch Fremde, welche innerhalb der Grenze des Staates sich aufhalten, sind sich um die Gesetze desselben zu erkundigen verpflichtet. Dergleichen Fremde, welche innerhalb Landes Verbrechen begehen, werden daher auch nach inländischen Gesetzen bestraft. Im Art. 4 des württembergischen Strafgesetzbuches heißt es: Ausländer werden nach diesem Gesetzbuche wegen aller innerhalb des Königreiches verschuldeten Verbrechen oder Vergehen gerichtet. Indessen gehen die neueren Criminalgesetzgebungen noch weiter. Die preussische Legislation läßt Fremde wegen im Auslande begangener Verbrechen⁵⁾ bestrafen (Norm ist das

2) Flor, deutsche Rechtsgelehrtheit Th. 3 (Frankfurt 1767), Hauptst. 16: Von den Fremden und der Gastfreiheit der Deutschen. Heineccius, *elementa iuris germ.* Tom. I. (Hall. 1736.) Tit. 18.: De quarta hominum divisione et statu peregrinorum. §. 418—431. Staatslexikon, herausgegeben von Welcker und Rotted Bd. 6, S. 291—317: Gastrecht von Jordan.

3) Pestelin, *dissert. iustitia et benignitas legum germanicarum erga peregrinos examinata.* Rint. 1754.

4) Heffter, Lehrbuch des gemeinen teutschen Criminalrechtes (Halle 1833), §. 25, 26, S. 39, 40. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen preinlichen Rechtes, herausgegeben von Wittermaier, 13. Ausgabe (Stiepen 1840), §. 31, S. 53.

5) Boehmer, *de delictis extra territorium commiss.* Goett. 1748. Rudolph, *dissert. de poena delict. extra territ. admis.* Erl. 1790. Buschleb, *comm. de principiis iur. civ. publ. et gent. circa comprehens. punit. vel remiss. peregr. qui in alieno territ. deliquerunt.* (Goetting. 1800.) Sect. III. Egger, über die Bestrafung der Verbrechen, welche im Auslande begangen werden (in Zeiller's jährlichen Beiträgen zur Gesetzkunde in Oesterreich [Wien 1809], Bd. 4, Nr. 3). Feuerbach a. a. D. Note I. des Herausgebers. Littmann, die Strafrechtspflege in völkerrechtlicher Hinsicht u. s. w. Dresden 1817. Abegg, über Bestrafung der im Auslande begangenen Verbrechen. Landshut 1819. Homann, *de delictis peregrinorum.* Gron. 1823. Wens, *de delictis a civibus extra civit. suam commiss.* Gron. 1824. Heffter a. a. D. §. 26, S. 40, 41. Rolin, *de iurisdictione iudic. nostr. in extran.* Gand. 1827. Siegenbeck, *quid iure crim. praecip. de pun. fact. leg. civit. vetit. extra territ. admis.* Lugd. 1827. v. Asch van Wyk, *de Delictis extra territor admis.* Traiect. 1839. Scholz III.: Darstellung des Strafrechtssalles gegen die Gräfin von Görz-Wrisberg. Lüneb. 1835. Dessen juristisches Magazin, neue Folge (Braunschweig 1836), Heft 2, S. 31 fig.: Wie und unter

Gesetz des Ortes des verübten Vergehens, es sei denn, daß das inländische Gesetz gelinder sei). Das Strafgesetzbuch von Oesterreich zieht den Fremden wegen eines im Auslande begangenen Verbrechens nur dann zur Strafe, wenn es auf die Verfassung, auf die öffentlichen Creditpapiere oder auf das Münzwesen dieses Staates Bezug hat. Die Strafgesetzgebung Frankreichs erstreckt sich auf den Fremden, der im Auslande sich gegen den französischen Staat des Verrathes oder öffentlicher Fälschung schuldig macht. Das bayerische Strafgesetzbuch bestraft den Ausländer wegen im Auslande begangener Verbrechen gegen den bayerischen Staat oder dessen Staatsbürger. Das Gesetzbuch für das Königreich Sachsen zieht allgemein Fremde wegen im Auslande verübter Verbrechen zur Strafe, jedoch nur dann, wenn das Justizministerium in die zu diesem Zwecke einzuleitende Untersuchung eingewilligt hat (s. Mittermaier, im Archive des Criminalrechtes, neue Folge, Jahrgang 1838, S. 5—18). Nach dem württembergischen Criminalcode (Art. 4) sind demselben unterworfen: Ausländer wegen der im Auslande begangenen Verbrechen oder Vergehen an dem Regenten von Württemberg, dem württembergischen Staate oder an den Behörden oder einem der Unterthanen derselben, vorbehaltlich der durch Staatsverträge festgesetzten besonderen Bestimmungen⁶⁾. Das Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Hessen spricht sich

welchen Umständen können Verbrechen, im Auslande begangen, bestraft werden? Erläutert durch die von den herzogl. braunschweigischen Gerichten erfolgte Bestrafung eines in Halberstadt und Oldenburg von dem Barbier Lüders begangenen dreifachen Raubmordes. Demme, Annalen der teutschen und ausländischen Criminalrechtspflege Bd. 13 (Altenburg 1840), S. 372 flg.: Herzogthum Anhalt-Köthen: Das Verbrechen des Ausländers im Auslande. Rechtsausführung eines Erkenntnisses der sächsischen Regierung zu Sonderhausen, in einer Untersuchungssache wegen angeblicher politischer Vergehens. Mitgetheilt vom Cabinetrath Chop.

6) Nach dem Art. 52 dieses Gesetzbuches soll ein Ausländer, welcher eine Ehrenstrafe verwirkt hat, statt des Verlustes der bürgerlichen Ehren- und der Dienstrechte mit Kreisgefängniß, welches von zwei Monaten bis zu einem Jahre zugemessen ist und statt der zeitigen Entziehung derselben mit Kreisgefängniß bis zu sechs Monaten bestraft werden. Nach Art. 45 sollen Ausländer, welche zu einer Zucht- oder Arbeitshausstrafe verurtheilt worden, nach erstandener Strafe auf bestimmte Zeit oder für immer des Landes verwiesen und über die Grenze gebracht werden. Ebenso sollen Ausländer auch wegen Vergehens, welche eine geringere Strafe nach sich ziehen, aus dem Staatsgebiete oder bestimmten Bezirken und Orten desselben zeitig oder für immer fortgewiesen werden, wenn sich aus der Lebensart, dem Charakter und dem Betragen des Verurtheilten ergibt, daß er der öffentlichen Sicherheit oder Sittlichkeit gefährlich ist; das Straf-erkenntniß hat diese Ausweisung und das Nähere derselben auszusprechen. Der Art. 5 des württembergischen Polizeistrafgesetzes bedroht Fremde, die aus dem Staatsgebiete gewiesen worden sind und zurückkehren, oder von der ihnen vorgeschriebenen Begrüßung abweichen, oder welche ihren Wohnsitz an einem Orte nehmen oder fortsetzen, wo ihnen derselbe polizeilich ver sagt ist, mit Geld- oder Arreststrafe, bei Rückfällen mit härterer Arreststrafe (vgl. noch Art. 20 und 90 dieses Gesetzes). Polizeistrafgesetzbuch für das Königreich Württemberg vom 2. October 1839, nebst der k. Verfügung, betreffend die Anwendung des Polizeistrafgesetzes, amtliche Handausgabe (Stuttgart 1839), S. 3, 7, 8, 34.

(Art. 5) dahin aus: Ausländer werden nach den Bestimmungen des im Großherzogthum geltenden Gesetzes gerichtet 1) wegen aller darin mit Strafe bedrohten Handlungen, welche innerhalb des Großherzogthums von ihnen begangen worden sind, 2) wenn sie sich zwar außerhalb des großherzoglichen Gebietes, jedoch in Bezug auf den großherzoglichen Staat der Majestätsbeleidigung, des Hochverrathes, des Landesverrathes, des Aufrehrs, der Ueberschwemmung, der Fälschung von großherzoglichen Stempeln oder Siegeln, von großherzoglichem Stempelpapier oder von im Großherzogthum Cours habenden oder im Handelsverkehre befindlichen Münzen oder Staatspapieren schuldig gemacht haben. Doch findet keine Strafe statt, wenn der Ausländer im Inlande gegen einen auswärtigen Staat oder dessen Behörden ein Verbrechen begangen hat und in diesem Staate bestraft oder freigesprochen worden ist. Vgl. Bericht des zur Begutachtung des Entwurfes eines Strafgesetzbuches für das Großherzogthum Hessen gewählten Ausschusses I. und II. Kammer, erstattet von dem Abgeordneten Hesse (Darmstadt 1840), S. 21, 22. Im Art. 205 des Staatsgrundgesetzes des Herzogthums Braunschweig heißt es: Gegen Fremde, welche im Auslande Vergehen begangen haben, können die hiesigen Gerichte nur verfahren, wenn ein Verbrechen gegen den hiesigen Staat oder gegen Landeseinwohner begangen ist, oder zu Folge einer von der Landesregierung erhaltenen Ermächtigung.

II. Strafverfahren. In dieser Beziehung kommt die Eigenschaft als Fremder besonders wegen Auslieferung zur Sprache⁷⁾. Staatsverträge und Gesetzgebung sind hier Norm. Richtschnur sind dabei die oben unter I. entwickelten Grundsätze. So liefert Bayern Fremde, welche außerhalb dieses Königreichs delinquiren, aus, wenn das Verbrechen nicht an dem bayerischen Staate oder einem Bürger desselben begangen wurde. (Wird die Uebernahme eines solchen Verbrechers verweigert, so wird derselbe über die Grenze gebracht und seine Obrigkeit davon benachrichtigt.) Oesterreich liefert gleichfalls aus, wenn das von dem Fremden im Auslande verübte Verbrechen nicht zu einem der oben bezeichneten gehört⁸⁾. Nach Art. 206 der Verfassungsurkunde des Herzogthums Braunschweig darf die Auslieferung von Fremden an auswärtige Regierungen nicht ohne Genehmigung der Landesregierung geschehen; sie soll nicht versagt werden, wenn sie von einer deutschen Regierung verlangt wird, gegen den Auszuliefernden von der competenten Behörde ein Verhaftsbefehl erlassen und er entweder Unterthan des requirirenden Staates

Mohl, das württembergische Polizeistrafgesetz vom 2. October 1839 (Halle 1840), (Beilageheft zum Jahrgange 1840 des Archivs des Criminalrechtes) S. 49 flg.

7) Heffter a. a. O. §. 27, S. 42. Kluit, de deditione profugorum. Lugd. Batav. 1829. Mittermaier, das deutsche Strafverfahren, 3. Aufl., Th. 1 (Heidelberg 1839), §. 59. Gutjahr, de exhibitione delinquentium. Spec. I. II. Lips. 1795. 1797.

8) Hufnagel und Scheurlen, die Gerichtsverfassungen der deutschen Bundesstaaten Bd. 1 (Tübingen 1829), S. 261, 262.

oder eines in dessen Gebiete begangenen, nach gemeinem teutschen Criminalrechte mit Strafe bedrohten Vergehens beschuldigt ist und dieser Staat Reciprocität gelten läßt. Dieß Alles soll jedoch unbeschadet der Vollziehung der über die Auslieferung der Verbrecher bereits bestehenden oder künftig abzuschließenden Staatsverträge gelten. Das Staatsgrundgesetz von Sachsen-Altenburg spricht sich über Auslieferung von Fremden (§. 91, 95) dahin aus: Die Handlungen der Fremden im Landesbereiche unterlägen der richterlichen Beurtheilung nach den inländischen gesetzlichen Formen und Vorschriften; ihre Beurtheilung ziehe in der Regel die Ausweisung nach sich; eine Auslieferung an die Gerichte ihrer Heimath zum Zwecke der Untersuchung und Bestrafung hier begangener Verbrechen geschehe nur in Folge eines Staatsvertrages, oder der vollkommenen Rechtserwiederung in ähnlichen Fällen; Ausländer würden wegen Verbrechen, welche sie außerhalb des Landes begangen hätten, im Lande zwar verhaftet, aber nur dann zur Untersuchung gezogen, wenn sie sich auch eines Verbrechens im Lande schuldig gemacht hätten; sonst erfolge ihre Auslieferung an den Ort des von ihnen begangenen Verbrechens, oder an den Staat, dem sie als Unterthanen angehörten⁹⁾. Ueber Preußen s. Fürstenthal, Lehrbuch des preußischen Civil- und Criminalprocesses Th. 1 (Königsberg 1827), S. 271, über Hessen (Großherzogthum) Bopp, Nachträge zur hessen-darmstädtischen Civilprozessordnung vom Jahre 1724 u. s. w. (Darmstadt 1839), s. v. Auslieferung und Untersuchung und Bestrafung im Auslande begangener Verbrechen, S. 180. Hesse, Bericht a. a. D. über Mecklenburg-Schwerin, allgemeine juristische Zeitung von 1828, Nr. 69, S. 225.

III. Civilrecht. In dieser Beziehung¹⁰⁾ steht, wenn Retorsion nicht eingreift, der Fremde dem Inländer im allgemeinen gleich. Er theilt mit demselben alle allgemeinen bürgerlichen Rechte, jedoch mit Ausnahme derer, die durch den Genuß des Staatsbürgerrechtes bedingt sind, so wie alle Verbindlichkeiten. So spricht sich z. B. das österreichische Civilgesetzbuch dahin aus, den Fremden kämen überhaupt gleiche bürgerliche Rechte, jedoch mit Ausnahme derer, welche die Eigenschaft als Staatsbürger forderten (eine zweite Ausnahme macht der Grundsatz des Wiedervergeltungsrechtes), und gleiche Verbindlichkeiten mit den Eingebornen zu; sie hätten also die rechtliche Fähigkeit, durch Verträge, Anordnungen des letzten Willens u. s. w. zu erwerben, aber auch gleiche Verbindlichkeiten mit den Staatsbürgern¹¹⁾. Ein teutsches Staatsgrundgesetz, das des Herzogthums Sachsen-Altenburg, hat den Grundsatz ausdrücklich

9) Deutschlands Constitutionen (Minteln 1833), S. 230. v. Jangen, die Verfassungsgesetze deutscher Staaten in systematischer Zusammenstellung Th. 3 (Darmstadt 1836), S. 206, 207.

10) Rittermaier, Grundsätze des gemeinen teutschen Privatrechtes, vierte Ausgabe, §. 98 flg., wo wir zugleich das Geschichtliche und die Literatur finden.

11) S. überhaupt Scheidlein, Handbuch des österreichischen Privatrechtes Th. 1 (Wien und Triest 1814), §. 33—37, S. 24—28.

in seinen Kreis hineingezogen. Denn es heißt im §. 94: Zeitige Unterthanen (Fremde) sind solche, die sich nur vorübergehend im Lande aufhalten, ohne daselbst in den Verband der Landesunterthanen aufgenommen zu werden. Sie stehen auf die Dauer ihres Aufenthaltes unter dem Schutze der Landesgesetze und haben sich derselben Privatrechte zu erfreuen, wie die Landesunterthanen. Sie sind daher (mit Ausnahme fremder Souverains und ihrer Familienglieder, und der fremden vom herzoglichen Hofe beglaubigten Gesandten) den Landesgesetzen unterworfen und dem Staate die Leistungen schuldig, welche nach den Gesetzen und Ortsstatuten von ihnen gefordert werden können¹²⁾. Ueber Württemberg s. Weishaar, Handbuch des württembergischen Privatrechtes, 3. Ausgabe, Th. 1 (Stuttgart 1831), §. 80: Unterschied der Einheimischen und Fremden, §. 80—83: Retorsion. Verordnung der Retorsion in einzelnen Rechtsverhältnissen, S. 89—92, über Bayern dieses Lexikon Bd. 1, S. 720, 721, über Frankfurt a. M. Wender, Lehrbuch des Privatrechtes der freien Stadt Frankfurt (Frankfurt 1835), Register s. v. Fremde.

IV. Civilprozeß. Auch auf diesem Rechtsgebiete steht der Fremde im Ganzen dem Inländer gleich¹³⁾. Nur in einzelnen Beziehungen macht sich eine bald günstige, bald ungünstige Verschiedenheit geltend. So muß z. B. der Fremde, welcher einen Inländer belangt, Caution wegen der Prozeßkosten leisten, wenn er nicht im Inlande mit Immobilien angefaßt ist¹⁴⁾. Bei dem Institute des Arrestprozesses steht der Fremde dem Inländer gegenüber; s. den ersten Band dieses Lexikons s. v. Arrest, Arrestprozesse. Gesetze einzelner Staaten verordnen, daß Reisenden möglichst schnelle Rechtshilfe geleistet werden soll. Dahin geht z. B. eine hessen-kasselsche Verordnung vom Jahre 1767¹⁵⁾. (Schon die Hofgerichtsordnung vom Jahre 1524 verordnet §. 25, daß Fremden

12) Im §. 96 wird der Retorsion gedacht: Sollten in einem andern Staate durch Gesetz oder besondere Verfügungen Fremde im allgemeinen oder Altenburger insbesondere von den Vortheilen gesetzlicher Privatrechte der dortigen Unterthanen ausgeschlossen sein, so kann ein Erwieberungsrecht gegen letztere, wenn sie im Herzogthume Altenburg verweilen, jedoch nur mit Einwilligung des Landesherrn angewendet werden. Deutschlands Constitutionen S. 230. v. Sagen a. a. D. S. 207.

13) Selchow, elementa iur. germ. ed. VI. (Goett. 1779.) §. 548. p. 617. Balthasar, diss. de iure peregrinorum singulari circa procesum germ. vulgo sensu eminentiori Gastrecht appellato 1742. — Ueber den Gerichtsstand der Fremden: Claprot h, Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Prozeß, 3. Ausgabe (Göttingen 1795), Th. 1, §. 32, S. 125.

14) Dieß ist z. B. in Bayern Rechtsens. v. Wendt, Handbuch des bayerischen Civilprozesses Th. 2 (München 1827), §. 215: Cautionen, S. 98, 99. Vgl. im allgemeinen Martin, Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses, 11. Ausgabe (Heidelberg 1834), §. 310.

15) Wagner, Grundzüge der Gerichtsverfassung und des untergerichtlichen Verfahrens, 2. Ausgabe (München 1827), §. 199, S. 184, 185. In Kurhessen haben Fremde, welche nicht von Adel oder Literaten sind, oder sonst er-

in unausschließlichen Sachen auch während der Ferien zu ihrem Rechte verholfen werden solle. Wagner a. a. D. §. 36, Note 8.)

Ueber Preußen s. Fürstenthal a. a. D. §. 12, 214, 245, über Frankfurt Bender, Lehrbuch des Civilprozeßes der freien Stadt Frankfurt (Frankfurt 1837), S. 45, 52, 80.

V. Staats- und Völkerrecht. Der Fremde genießt den Schutz des Staates, in dessen Gebiete er sich aufhält¹⁶⁾, ein Grundsatz, den einige teutsche Staatsgrundgesetze ausdrücklich ausgesprochen haben. So heißt es z. B. im §. 28 der Verfassungsurkunde des Herzogthums Braunschweig: Fremde, während ihres Aufenthaltes im Staatsgebiete, genießen den Schutz der Gesetze und sind zu deren Beobachtung verpflichtet; Die Verwaltungsbehörden entscheiden, ob und wie lange ihnen der Aufenthalt zu gestatten sei; in dem §. 29 der Verfassungsurkunde des Kurfürstenthums Hessen und im §. 24 der des Königreichs Sachsen: Der Aufenthalt innerhalb der Grenzen des Staates verpflichtet zur Beobachtung der Gesetze desselben und begründet dagegen den gesetzlichen Schutz¹⁷⁾. Gleiche Zusage enthält der schon genannte §. 94 der Verfassungsurkunde des Herzogthums Sachsen-Altenburg, die sich im §. 97, 98¹⁸⁾ weiter dahin ausdrückt: Ausländern steht es frei, im Herzogthume Altenburg zu irgend einer Wissenschaft, Kunst oder einem Gewerbe sich auszubilden und sie haben sich dieserhalb des Staatsschutzes zu erfreuen, gewinnen aber dadurch so wenig, als wenn sie sich daselbst in Kost oder Lohn eines Staatsbürgers befinden, ein Recht auf die Aufnahme als Unterthanen. Von selbst versteht es sich, daß sie während ihres Aufenthaltes im Lande genau dessen Gesetze zu befolgen haben. Diejenigen Ausländer, welche sich auf einige Zeit zu Betreibung von Geschäften oder sonst auf selbstständige Weise im Lande aufhalten wollen, müssen dieserhalb die Erlaubniß der Ortsobrigkeit auswirken, welche ihnen dieselbe mittelst einer Aufenthaltskarte erteilt. Unterobrigkeiten haben die Aufenthaltskarten nicht länger als auf sechs Monate auszustellen; doch steht der Landesregierung wegen eines längeren Aufenthaltes der Fremden das Dispensationsrecht zu. Der bloße Aufenthalt ohne förmliche Aufnahme in eine Gemeinde des Landes erwirbt an sich kein Heimathsrecht¹⁹⁾. In-

welklich eine ansehnliche Würde bekleiden, ihren Gerichtsstand vor den Untergerichten, dagegen Fremde, welche außerhalb Landes erweisklich in ansehnlichen Ehrendämtern stehen oder gestanden haben, Adelige und Studenten, ihr Forum bei den Obergerichten. Wagner a. a. D. §. 6, 13, S. 32, 39. Nachträge zu den Grundzügen u. s. w. (Gassel 1833), §. 6 a, S. 6, §. 13 a, S. 15.

16) Saalfeld, Grundriß eines Systems des europäischen Völkerrechtes (Göttingen 1809), S. 32—35.

17) Deutschlands Constitutionen S. 191, 261. v. Zangen a. a. D. S. 117, 162.

18) Deutschlands Constitutionen S. 230. v. Zangen a. a. D. S. 207.

19) Nach dem königlich bayerischen Edicte über das Indigenat, vom Jahre 1818, können Fremde, welche sich in diesem Staate aufhalten, um ihre wissenschaftliche, Kunst- oder industrielle Bildung zu erlangen, oder sich in Geschäften zu üben, oder welche sich in Privatdiensten befinden, ohne sich förmlich ansässig

dessen genießt der Fremde den Schutz des Staates nur unter der Bedingung, daß er den Gesetzen gehorcht, sonst kann er ausgewiesen werden²⁰). Der teutschen Bundesversammlung steht die Befugniß zu, entsprechenden Falles Fremden Schutzbriefe für den Aufenthalt an ihrem Orte, zu Frankfurt, zu ertheilen²¹). Einen ganz besonderen Rechtskreis füllen die Fremden aus, welche, wie Souveraine, Gesandte u. s. w., Extritorialität genießen. Heffter a. a. D. §. 25, S. 39. Feuerbach a. a. D. §. 31, S. 53. — Wünsche, daß Deutsche unter sich, nach der Verschiedenheit des Staates oder des Städtchens, nicht als Fremde angesehen würden, sind schon oft ausgesprochen worden. Jugend, Einsicht, Kenntnisse, Geschicklichkeit, sagt Klüber a. a. D. §. 489, Note e, S. 661, sollten überall wie ein Gemeingut behandelt werden, das jeder anspricht und jedem offen steht. Schon darum sollten in keinem teutschen Staate Deutsche engherzig wie Fremde behandelt werden. Wie viel, fügt dieser Publicist hinzu, haben nicht öft schon die sogenannten Fremden gewirkt und geleistet! Vgl. Welcker, die Vervollkommnung der organischen Entwicklung des teutschen Bundes zur bestmöglichen Förderung teutscher Nationaleinheit und teutscher staatsbürgerlichen Freiheit (Karlsruhe 1831), und Hofmann, über allgemeines teutsches Staatsbürgerrecht, S. 1 ff. des ersten Bandes der Weick'schen Annalen für Geschichte und Politik. Leipzig und Stuttgart 1833.

Boyp.

Frist, der zur Ausführung einer Handlung bestimmte Zeitraum; in rechtlicher Bedeutung: der Zeitraum, binnen dessen Jemand legal thätig werden soll¹). Dieser Zeitraum ist entweder auf Einen Punkt, auf Einen Tag zusammengedrängt — Termin (s. den Art.), Tagesfahrt (terminus²)), oder er begreift eine längere Zeit — Frist im eigentlichen Sinne (terminus intra quem). Im gewöhnlichen Geschäftsleben werden jedoch beide Ausdrücke häufig verwechselt. Eine Frist umfaßt allemal zwei Termine, den Anfangs- und Endpunkt — terminus a quo und ad quem. Im engsten Sinne bedeutet auch Frist s. v. w. Fristverlängerung (dilatio s. w. u.). Bloß von den Fristen im engeren Sinne und bloß von den zu Prozeßhandlungen üblichen Fristen

gemacht oder eine Anstellung erlangt zu haben, auf die Rechte eines Einzelnen keine Ansprüche machen. v. Zangen Th. 1 (Darmstadt 1828), S. 160. Großherzogthum Hessen: Weiß, System des Verfassungsrechtes des Großherzogthums Hessen (Darmstadt 1837), S. 223.

20) Mohl, System der Präventivjustiz oder der Rechtspolizei (Tübingen 1834), S. 95, 96.

21) Klüber, öffentliches Recht des teutschen Bundes und der Bundesstaaten, 3. Auflage (Frankfurt 1831), §. 143, S. 160.

1) So Gensler, im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 4, Hft. 2, Nr. 16, S. 191, und im Commentar zu Martin's Civilprozeßlehrbuch von Morstadt Bd. 1, §. 116, S. 199. Vgl. Glük, im Pandectencommentar Th. 3, §. 265, S. 539.

2) c. 1. de dolo et contumacia in 6to. (2. 6.)

handelt der gegenwärtige Artikel. Die ältere Literatur³⁾ über diese Materie war übrigens fruchtbarer als die spätere⁴⁾.

Die ganze Fristenlehre ist der Rechtsphilosophie unbekannt, ja es scheint deren Grundsätzen zu widersprechen, daß Recht und Gerechtigkeit vom Ablaufe einer Zeit abhängen sollen⁵⁾. Denn die Nichtbenutzung eines Rechtes binnen einer gewissen Zeit spricht nicht dafür, daß der Berechtigte das Recht ganz aufgeben wolle, da er bei der Nichtbenutzung eine Menge anderer Absichten, als diese, gehabt haben kann; sie gibt auch ohne weiteres keinem Andern ein Recht, das Nichtbenutzte nun für sich zu nutzen. Desto mehr spricht die Prozesspolitik für die Fristenlehre. Wenn die vor den Richter gebrachte Sache nicht so ganz klar und erwiesener vorliegt, daß ein Richterspruch ohne weiteres erfolgen kann, so erfordert es die Gleichheit der Parteirechte, daß das Vorbringen des einen Theiles vorher dem Gegentheile zur Beantwortung, beiden Theilen Gelegenheit gegeben werde, ihre gegenseitigen Ansprüche zu entwickeln. Dieß aber nach Willkür hinzuziehen, oder gar zu unterlassen und dadurch die Ertheilung des Richterspruches zu verzögern oder zu hindern, darf, wenn der Zweck der Justizpflege erreicht werden soll, keiner Partei möglich sein⁶⁾. Daher muß eine Zeitbestimmung gegeben werden, binnen welcher die Parteien thätig sein müssen. Es muß zur Rechtswahrung die bestimmte Zeit ausreichend sein, damit schädliche Uebereilung verhütet, sie muß aber auch nicht zu lang sein, damit die Ertheilung des Richterspruches nicht ungebührlich hinausgeschoben werde. Es muß derjenige, der in der bestimmten Zeit gar nicht, oder nicht gehörig das bewirkt, was er zu bewirken hat, mit Nachtheilen dafür bedroht sein, und diese Nachtheile müssen ihn treffen. So wird dadurch die Justizpflege gefördert und so entspricht die Fristenlehre zugleich den Principien des allgemeinen Staats-

3) Sie findet sich in der Epen'schen Bibliothek. Wir erwähnen hier nur: Lanfrancus de Oriano, de ditationibus Tr. III. Schütz, disp. de dilationibus. Giessae. Bastineller, de expensis termini. Halae 1716 (1715). Boehmann, de termino Saxonico. Jenae 1687. Glasser, de circumductione termini. Lips. Naevius, de terminis legalibus. Viteb. 1675. Idem, de terminis fatalibus. Viteb. 1676. Wildvogel, de termino circumducto (Jenae 1709), et de termino Saxonico (Jenae 1710), in eiusd. coll. dissp. nr. 40 et 41. Phil. d'Orville, de term. circumduct. Marb. 1717. Gundling, von der sächsischen Frist, in Gundlingiana, St. 26, Nr. 1, S. 1. Halle 1721. Mencken, Progr. exceptionem angusti termini ex officio attendi debere. Viteb. 1726. Knorr, de recto dilationum usu. Halae 1739.

4) Außer den nachstehend bei besonderen Veranlassungen angezogenen Schriften: a Balthasar, de termin. et fatalib. iudic. eorumque comput. Gryphisw. 1748. Pagemann, über Fristen und Termine nach französ. und westphäl. Rechten. Hannover 1811. Das Ausführlichste darüber findet sich in der vorangezogenen Gensler'schen Abhandlung.

5) Gärtner, Kritik des Untersuchungsprincipes des preussischen Civilprozesses (Berlin 1832), Cap. 4, S. 35—38.

6) Dieß ist auch das Motiv unserer positiven Gesetzgebung rücksichtlich der Fristenlehre. c. 13. pr. C. de iudiciis. (2. 1.)

rechtes 7). Daher finden wir auch, sobald der Prozeß nur einige Ausbildung erhielt, die Fristenlehre. Das römische Recht verordnete für die Dauer jedes Civilprozeßes höchstens eine dreijährige, jedes Criminalprozeßes höchstens eine zweijährige Frist 8), allein die Päbste hoben wenigstens das Erstere auf 9), setzten aber die Bindigkeit präclusiver Fristen für einzelne Handlungen fest 10). So kam erstgedachte Vorschrift außer Gebrauch 11). Dggleich von der jetzigen Fristenlehre schon die älteren fränkischen und anderen germanischen Rechte Spuren enthalten 12), so bildete sie sich doch vorzüglich aus dem canonischen Rechte aus. Doch findet man darin hauptsächlich nur die Frist zum Vortrag aller dilatorischen Einreden und die Beweisfrist erwähnt. Der Gerichtsbrauch blieb dabei nicht stehen und namentlich stritten sich schon früh die Gelehrten darüber, ob und inwiefern nach Ablauf einer Frist Nachholung der versäumten Handlung zu gestatten sei oder nicht 13). Aber auch in den neueren Zeiten erlitten Theorie und Praxis des Fristenwesens vielfache Veränderungen 14).

Dadurch bildete sich auch die Eintheilung der Fristen, je nach Verschiedenheit der Subjecte, von welchen erstere erteilt wurden, in gesetzliche Fristen (Ordnungsfristen 15)), richterliche, gemischte und conventionelle (compromissorische, bedingte, gewillkürte) Fristen. Die gesetzlichen, die vom Gesetze selbst oder von einer unbestrittenen Observanz vorgeschriebenen, sind nämlich entweder ohne weiteres ihren Anfangs- und Endpunkten nach im Gesetze bestimmt, so daß die Parteien sie befolgen müssen, ohne daß dieß erst richterlich anbefohlen zu werden braucht (dilationes legales, absolute tales), oder das Gesetz bestimmt sie nur im allgemeinen, überläßt aber die Bestimmung für jeden einzelnen Fall, namentlich die Wahl unter mehreren vom Gesetze bestimmten Fristen, dem Richter. Dieß sind die oben erwähnten gemischten Fristen (dilationes legales secundum quid tales). Daß die richterlichen Fristen diejenigen sind, welche blos vom Richter mittelst Decretes, ohne gesetzliche Anweisung dazu, vorgeschrieben, die conventionellen hingegen diejenigen,

7) Gensler in der angezogenen Archivstelle §. 9, S. 197, und in dem Commentar §. 117 u. 118, S. 204. Grolman, Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 126.

8) Fr. 13. §. 1. D. de iudiciis. (2. 1.) c. 3. C. ut intra cert. temp. (9. 44.)

9) c. 20. X. de iudiciis. (2. 1.)

10) c. 4. X. de offic. et pot. ind. del. (1. 29.) c. 14. X. de privil. et excessib. privilegiatorum. (5. 33.)

11) Böhmer, ius eccles. prot. tom. I. lib. II. tit. I. §. 14. Martini, Lehrbuch des bürgerlichen Prozeßes §. 116.

12) Gündlingiana l. c.

13) Das Umständlichere über diesen historischen Theil des Fristenwesens, so wie vorzüglich über die damalige Literatur, s. bei Brandis, Abhandl. aus dem Civilprozeße Bb. 1 (Zena 1834), S. 47 fig.

14) Brinkmann, wissenschaftlich-praktische Rechtskunde (Schleswig 1831), Bb. 1, Abh. 60, S. 339.

15) Delle, Anleitung zur gerichtlichen Praxis §. 93, S. 120.

welche durch Compromiß von beiden Parteien festgestellt werden, bedarf kaum einer Erinnerung. Die Anheimgabung der Fristbestimmung im Einzelnen an den Richter ist bei den eigentlichen Terminen (s. o.) unvermeidlich. Da die angeordneten Fristen den Zweck der Förderung der Rechtspflege nur sehr unvollkommen, größtentheils gar nicht erreichen würden, wenn deren Beobachtung der Willkür der Parteien überlassen bliebe, so müssen Nachteile für die Nichtbeobachtung angedroht werden. Von diesen muß wo möglich die Sache selbst getroffen werden, von der die Rede ist, sollen sie volle Wirksamkeit äußern. Sie müssen also in dem Verluste des Rechtes zu derjenigen Handlung bestehen, für welche die Frist angeordnet ist. Da dieß offenbar den Grundsätzen der Rechtsphilosophie zuwider läuft, so kann die durch die Prozesspolitik gebotene Bestimmung jener Präjudize nur durch die Erwägung gerechtfertigt werden, daß der Staat ohnehin nur formelles Recht geben kann und daß dazu diejenigen Mittel gewählt werden müssen, wodurch materielles Recht, dem eigentlich das formelle nur dient, möglichst erreicht wird¹⁶⁾. Jener Verlust ist jedoch nicht wirksam und kann daher nicht angedroht werden da, wo die innerhalb der Frist vorgeschriebene Prozeßhandlung für die ungehorsame Partei ohne Interesse ist. Es muß aber zugleich der durch die Unterlassung der befohlenen Handlung für die Gegenpartei entstehende Schaden nicht dieser, sondern der ungehorsamen Partei zur Last fallen; letztere muß die Prozeßkosten bezahlen. Daher sind die Befehle, seien es gesetzliche oder richterliche, durch welche die Frist festgestellt wird, in Beziehung auf die Wirkung der Versäumniß der Fristen, auf die dafür angedrohten Nachteile, Präjudize, entweder blos *monitorisch*, d. i. wenn darin die bestimmte Handlung nicht zur Zwangspflicht gemacht, wenn die Partei, welcher sie gilt, nur von der Handlung in Kenntniß gesetzt und ihr überlassen wird, dabei nach Belieben oder auch gar nicht thätig zu sein, ohne daß sie im letzteren Falle ein Nachtheil trifft; oder *arctatorisch*, wenn die Unterlassung der anbefohlenen Handlung als Ungehorsam angesehen wird. Dieser Ungehorsam führt entweder, außer der auf den Ungehorsamen fallenden Bezahlung der Kosten für Versäumung der Frist, auch einen Nachtheil für den Ungehorsamen in Bezug auf das Materiale des Prozesses selbst herbei, indem er theils die Befugniß zur Vornahme der in der gebotenen Frist unterlassenen Handlung vernichtet, zerstört, theils eine dem Versäumenden nachtheilige Annahme der Art, wie die vorzunehmen gewesene Handlung von dem Versäumenden würde vorgenommen worden sein, wenn er dieß bewirkt hätte, erzeugt — *peremptorischer Befehl*, oder er hat in dem Prozesse selbst nur gedachte Kostenbezahlung von Seiten des Ungehorsamen zur Folge — *dilatorischer Befehl*. Daher auch die Ausdrücke *monitorische*, *arctatorische*, *peremptorische*, *dilatorische Citation* und *peremptorische* oder *zerstörende Frist*, *Nothfrist* (*fatatale*). Irrig ist es aber, wenn man die Ausdrücke, *peremptorische*, *zerstörende*, *Nothfrist*, für gleichbedeu-

16) Brandis a. a. D. S. 3.

tend mit Präclusivfrist annimmt, d. i. diejenige Frist, binnen welcher eine Handlung vorgenommen werden muß, wenn sie nicht, wie außerdem geschieht, für versäumt geachtet werden soll und daher späterhin gar nicht vorgenommen werden darf. Dieß ist nur eine Art der Nothfristen, die oft vorkommt, bei weitem nicht immer, da z. B. das sächsische Präjudiz des Eingeständnisses und der Ueberführung, das Präjudiz, daß eine Urkunde für anerkannt geachtet werden soll u. s. w., wenn sie für den Fall der Versäumnis einer Frist angedroht sind, auch Nothfristen, aber keine Präclusivfristen begründen. Zu den dilatorischen Befehlen gehört auch, wiewohl nicht ohne Widerspruch, der Pönalbefehl, Strafbefehl, d. i. derjenige, welcher auf Versäumnis der Frist, außer der Kostenbezahlung, auch noch eine Strafe androht. Sehr verschieden ist der Effect der Nothfrist, je nachdem sie vom Gesetz oder vom Richter oder von beiden festgesetzt ist. Die gesetzliche Frist ist in der Regel eine Nothfrist, obgleich ihr Begriff dieß nicht unumgänglich nothwendig erheischt, daher heißt sie auch fatale im speciellen Sinne, unbedingtes fatale, absolute Nothfrist; sie läuft vom Moment einer Prozeßhandlung an ohne weiteres für eine andere und kann daher richterlich nicht verlängert und nicht verkürzt¹⁷⁾ werden (z. B. die für Einwendung eines Rechtsmittels bestimmte zehntägige Nothfrist), wenn nicht dazu im Gesetze ausdrückliche Erlaubnis gegeben ist¹⁸⁾. Denn jede Partei hat ein erworbenes Recht darauf. Die gemischte Nothfrist (fatale secundum quid tale), eine gemischte Frist (s. o.), die der Richter mittelst Decretes ausdrücklich für peremptorisch erklärt hat, darf dieser zwar verlängern¹⁹⁾, aber nicht verkürzen, weil er keiner Partei das durch die Gesetze ihr gegebene Recht verkürzen kann und weil die gemischte Nothfrist so weit unbedingt gesetzliche Frist ist, als den Zeitraum das Gesetz selbst vorschreibt. Die rein richterliche Frist kann der Richter verlängern und verkürzen²⁰⁾. Allein nicht zu übersehen ist, daß in Fällen, wo weder das Gesetz noch richterliches Erkenntniß die Bestimmung präclusiver Fristen vorschreibt, der Richter keine Partei mit dem Verluste wesentlicher Rechte gültig bedrohen kann²¹⁾. Ist endlich eine Nothfrist *conventionell* festgesetzt, so hängen Verlängerung und Verkürzung von der Uebereinkunft beider Parteien ab, da erstere ihre ganze Eigenschaft, als Nothfrist, dem freien Willen, der Willkür der Parteien verdankt. Ist es ungewiß, ob eine conventionelle Frist eine Nothfrist sei oder nicht, so spricht

17) Kammergerichtsordn. von 1555 Th. 2, Tit. 29, §. 2.

18) c. 5. X. de appellationibus, recusat. et relat. (2. 28.)

19) Fr. 4. §. 5. D. de re iudicata. (42. 1.)

20) Fr. 2. D. eod. Gönner, in dem nachstehend angezogenen Handbuche, a. a. D. §. 4, S. 160. Biener, systema proc. §. 59. v. Partisch, am nachstehend a. D. Nr. 189, S. 130.

21) Gönner, Handbuch des deutschen gemeinen Prozeßes Bb. 2, Nr. 31, §. 7, S. 162. Auf ein dieß bestätigendes Erkenntniß des Appellationsgerichtes zu Leipzig beruft sich v. Partisch, Entscheidungen praktischer Rechtsfragen (Leipzig 1840), Nr. 190, S. 180.

für Erfteres nicht die Präfumtion, außer wenn das Compromiß über eine richterlich, gefeslich oder gemischt peremtorische Frift geschlossen wurde. Die Parteien können auch eine absolute, eine gemifchte und eine rein richterliche Nothfrift durch gemeinschaftliche Uebereinkunft zu einer conventionellen Nothfrift machen, und also jene drei Friften verlängern und verkürzen²²⁾, doch darf der Richter, bei vorherzusehendem Nachtheile der Friftverlängerung, der letzteren Schranken fezen²³⁾. Daher fchreibt hierbei das, wenn gleich nicht formell, doch materiell geltende²⁴⁾ Concept der kaiserlichen Kammergerichtsordnung von 1673²⁵⁾ ausdrücklich die jedesmalige Einholung richterlicher Genehmigung vor. In der Regel ift es durch Obferbanz beftimmt, wie oft Friftverlängerungen gefattet und wie die Friften, ob dilatorifch oder arctatorifch, für jede einzelne Prozeßhandlung find. Auch find in der Regel die erften gefeslichen Friften fogleich Nothfriften, von den richterlichen aber gemeinrechtlich erst die dritte²⁶⁾, wenn nicht der Richter es vorzieht²⁷⁾, gleich für die erste Frift einen so langen Zeitraum, als außerdem drei Friften einnehmen würden (unum pro omnibus), zu verwilligen, dagegen aber gleich diese erste Frift für peremtorifch zu erklären²⁸⁾. Die Gefetze des teutschen Reiches beftimmen einen peremtorifchen Termin in dieser Maße von wenigstens 60 Tagen²⁹⁾.

Die römischen Gefetze³⁰⁾ enthalten die, jedoch jetzt nicht mehr beobachtete, Bestimmung, daß keine Frift kürzer als 10 Tage sein³¹⁾, daß jedoch der Schluß der Frift nicht in die Ferien (f. d. Art. Fest) fallen, mindestens, wenn dieß ift, die Unterlassung der Handlung dem Säumigen vor Ende der Ferien nicht als Ungehorsam angerechnet werden³²⁾ und daß den Erben der innerhalb der beftimmten Frift gestorbe-

22) Fr. 14. D. de receptis. (4. 8.) Fr. 5. §. 6. C. de temporibus et reparationib. (7. 63.) c. 28. i. f. X. de off. et pot. iud. del. (1. 29.)

23) Fr. 45. pr. D. de re iud. (42. 1.) c. 4. C. de dilat. (3. 11.) Clem. 4. de appellationibus. (2. 12.) Bülow und Pagemann, praktische Erörterungen Th. 4, Erört. 30.

24) Schmauss, corpus iuris publici. (Lipsiae 1774.) nr. XLVII. not. a, p. 331.

25) Th. III, Tit. X, §. 13. Schmauß a. a. D. S. 610.

26) Fr. 68. 69 u. 70. D. de iudiciis et ubi. (5. 1.)

27) Fr. 72. D. eod. Fr. 53. §. 1. D. de re iudicat. (42. 1.) c. 8 u. 9. C. quomodo et quando. (7. 43.) Delße a. a. D. §. 87, S. 110.

28) Ueber diese ganze Materie bis hierher vgl. Grolman a. a. D.; Glück a. a. D. Th. 3, §. 265, S. 539 fig.; Genßler, im Archiv a. a. D. §. 3 fig., S. 192 fig.; Martin a. a. D. §. 116; Genßler, Morst. ad, im angez. Commentar dazu Th. 1, S. 199 fig.

29) Reichsabschied v. 1654, §. 36, bei Schmauß a. a. D. S. 969. Delße a. a. D.

30) Martin a. a. D.

31) Fr. 69. D. de iud. et ubi quisque. (5. 1.) c. 13. §. 2. C. de iudiciis. (3. 1.) Glück a. a. D. S. 373. Martin a. a. D.

32) Tit. D. C. et X. de feriis. (2. 12. 3. 12. 2. 9.) c. 21. X. de iudic. (2. 1.) Ueber den Fristenlauf während der Ferien f. Schlüter und Wallis, juristische Zeitung, Jahrg. 5, 1830, Hft. 2, S. 14.

nen Partei diese volle Frist, wiewohl mit Ausnahmen³³⁾, wieder von Zeit des Antrittes der Erbschaft an laufen soll³⁴⁾. Kürzere Fristen können nur durch Gefahr auf dem Verzuge gerechtfertigt werden, wenn nicht durch die Natur der Sache nach Particulargesetzen oder Observanz eine geringere Frist eingeführt ist, wie in den mehren summarischen, in Polizei-, Handwerks- und unbedeutenden Sachen. Gemeinrechtlich ist es das richterliche Ermessen, welches in der Regel die Dauer der Fristen bestimmt, und es ist nur noch rücksichtlich der Ferien zu bemerken, daß zur Zeit kirchlicher Ferien nur diejenigen gerichtlichen Handlungen gültig vorgenommen werden können, welche durchaus keinen Verzug leiden, wogegen auf die weltlichen Ferien jede Partei gültig verzichten kann. Dieß Letztere wird präsumirt, wenn die Partei die gerichtlich gebotene Handlung bewirkt, ohne ihre Verbindlichkeit hierzu wegen der eingefallenen Ferien zu verneinen (*exceptio feriarum*)³⁵⁾. Eine der bekanntesten particularrechtlichen Fristbestimmungen ist die sächsische. Die alten Sachsen hatten früher auch drei Fristen, ehe die Frist peremptorisch wurde. Sie rechneten, wie die Altteutschen in der Regel³⁶⁾, nach Nächten und zwar auf eine Frist 14 Nächte. Um sie sogleich in eine peremptorische Frist zu fassen, mußten dreimal 14 Nächte und 3 Terminstage zusammengerechnet werden, und so entstand die bekannte sächsische Frist von 45 Tagen oder 6 Wochen und 3 Tagen³⁷⁾, welche in der Regel (neuerlich sind manche Ausnahmen gemacht worden) für jede arctatorische Ladung in den sächsischen Prozeßordnungen als Frist vorgeschrieben ist³⁸⁾. Dagegen ist die Frist für das in einem Termine zum Protocoll zu bewirkende Verfahren (Verfahren vom Munde aus in die Feder) nach den älteren Prozeßordnungen auf 7 Tage bestimmt, so daß für den Provocationssatz der erste und zweite, für den Exceptionsatz der dritte und vierte, für Replik und Duplik der fünfte und sechste, endlich für Triplik und Quadruplik der letzte Tag, jedem zur Hälfte, gerechnet werden. Da, wo nur in vier Sägen verfahren wird, besteht eine verhältnißmäßige Vertheilung des Ueberschusses darauf³⁹⁾. Hierbei wird der Grundsatz zur Anwendung gebracht, daß bei Terminen, die mehrere Tage begreifen⁴⁰⁾, und bei denjenigen

33) Fr. 29. D. de re iudicat. (42. 1.)

34) c. 6. C. si pend. appell. mors. interv. (7. 66.)

35) Gensler-Norstadt, im Commentar a. a. D. S. 203.

36) L. Longobard. L. 2. 43. 1. Tacitus, de morib. Germanorum c. 11.

37) Gundlingiana a. a. D. Nr. 1, §. 2, S. 2 u. 3. Knorr, Anleitung zum gerichtl. Prozesse Bch. 1, Hauptst. 2, §. 8, S. 48. Haubold, opuscula. Vol. II. (Lipsiae 1829.) p. 101.

38) Delße a. a. D. §. 83, Anm. 1, S. 12. Sie pflegt sogar der sächsischen Verjährungszeit zugesetzt zu werden, so daß das sächsische Jahr und Tag (annus saxonicus) 1 Jahr 6 Wochen und 3 Tage, die gewöhnliche sächsische Verjährungsfrist 31 Jahre 6 Wochen 3 Tage halten.

39) v. Partisch a. a. D. Nr. 192, S. 181 flg.

40) Rori, Theorie des sächsischen bürgerlichen Prozeßes §. 36, S. 67.

Friften, welche nach Stunden zu berechnen find⁴¹⁾, die gefeglichen Feiertage nicht mitgezählt werden. Alles dieß ift jedoch durch die neueren Prozeßgefetze häufig geändert. Im Königreiche Sachfen, befteht die ausdrückliche Vorfchrift, daß alle Prozeßfriften (nicht Termine) bis Nachmittags 5 Uhr, als dem Ende der Gerichtszeit desjenigen Tages laufen, an welchem fie zu Ende gehen⁴²⁾.

In der Regel⁴³⁾ laufen die Friften, ohne durch Feiertage unterbrochen zu werden (*tempus continuum*⁴⁴⁾), nach der natürlichen oder gewöhnlichen juridifchen Zeitrechnung (f. den Art. Zeit)⁴⁵⁾, die gefeglichen Nothfriften vom Augenblicke des Eintrittes bis zum Augenblicke des Schluffes (*a momento ad momentum*)⁴⁶⁾. Wird aber die Frift in einem infinuirtten Decrete feßgefegt, fo beginnt ihr Lauf erft am nächften Tage nach erfolgter Infinnuation⁴⁷⁾, und es werden richterliche Friften als erft durch den Schluß des ganzen letzten Tages beendigt angefehen⁴⁸⁾. Ja foll eine folche Frift einen gewissen Zeitraum nach Gefeg oder Obfervanz beftimmt begreifen, z. B. eine fächfifche Frift, fo wird, der Tag der Infinnuation und des nach diefer Frift anberaumten Termines nicht mit gerechnet⁴⁹⁾. Wenn aber in dem fchriftlichen Decrete ausdrücklich gefagt ift, daß die Frift von Zeit der Faffung des Decretes an laufen foll (*a dato oder a die decreti*), fo läuft fie vom Mittage dieses Tages an⁵⁰⁾. Die Frift, worauf in einem förmlichen Erkenntniße gefprochen ift, beginnt erft mit dem Eintritte der Rechtskraft dieses Erkenntnißes⁵¹⁾ und wird nach, der Stunde, mit Einfluß der Sonn- und Fefttage,

41) Archiv merkwürdiger Rechtsfälle der rheinheffifchen Gerichte Bd. 2 (Mainz 1830), S. 70, gegen Glüdt a. a. D. §. 269b, S. 568.

42) Gefegsammlung von 1822, Nr. 17, §. 25, S. 212, vgl. mit Gefegsammlung von 1824, Nr. 30, S. 186.

43) Die Grundfäge über Friftenberechnung weichen nach den verfchiedenen Particulargefegzen mehr oder minder von den gemeinrechtlichen Grundfägen ab. Vgl. z. B. in Bezug auf die baierfche Gerichtsordnung, VI, 16, Seuffert und Glüdt, gefammelte rechtswiffenfchaftl. Abhandl. Bd. 1 (Ansbach 1836), S. 246. Wegen Hannover f. Wachsmuth, Pantelmann und Ebhardt, Annalen des Advocatenvereins zu Hannover. Hft. 3 (Lüneburg 1833), Misc. 1, S. 82. Wegen Baden f. Hohnhorft, Jahrbücher des Oberhofgerichtes zu Mannheim, neue Folge, Jahrg. 1 (Mannheim 1833), S. 341.

44) Glüdt a. a. D. §. 269a, S. 554.

45) Martin a. a. D. S. 173. Gensler = Morfstadt hierzu S. 202.

46) c. 8. de appellationibus in VIto. (2. 15.)

47) Huxleyfch, Erörterungen u. f. w. (Braunfchweig 1815), Hft. 2, S. 190.

48) L. 1. D. si quis cautionib. (2. 11.) L. 101. D. de div. regul. iur. (50. 17.) c. 24. X. de offic. et pot. iud. del. (1. 29.) Martin und Gensler = Morfstadt a. a. D. Dang, Grundfäge des ordentlichen Prozeßes, 5. Ausg., §. 111, Note *).

49) Berger, oeconomia iuris, lib. IV. tit. 14. th. II. not. 7.

50) v. Kampß, mecklenburgfche Rechtsprüche Bd. 2 (Rostock 1804), Rechtspr. 115, S. 50.

51) Gensler = Morfstadt a. a. D. und Gensler, im Archiv a. a. D. S. 196.

berechnet⁵²⁾. Sind Rechtsmittel gegen solche Punkte des Erkenntnisses eingewendet, welche die Verpflichtung zum Beweise betreffen, so läuft die Frist dazu erst von Zeit eingetretener Rechtskraft des den Beweis rechtskräftig feststellenden Erkenntnisses; betrifft die Appellation andere Punkte, so hemmt sie die Rechtskraft der den Beweis betreffenden Passus dieses Erkenntnisses und also auch den Lauf der Beweisfrist von da an nicht⁵³⁾. Ist von dem Beweisführer selbst das Rechtsmittel eingewendet und von ihm darauf renunciirt, so beginnt die Beweisfrist sofort mit dem Zeitpunkte der Renunciation⁵⁴⁾. Im entgegengesetzten Falle und wenn der, gegen den der Beweis geführt wird, diesem Rechtsmittel renunciirt, so läuft die Beweisfrist von Zeit der Bekanntmachung dieser Renunciation an den Beweisführer, also, war diese schriftlich, von Zeit deren Insinuation an⁵⁵⁾. Da die Dauer der Frist, nach Obigem, von der Bestimmung des Gesetzes, des Richters oder der Parteien abhängt, so ist hier rücksichtlich der Berechnung nur noch zu bemerken, daß eine monatliche Frist stets zu 30 Tagen gerechnet wird⁵⁶⁾. Bei Fristerstreckungen sind die Meinungen darüber getheilt, ob die neu verwilligte Frist von Zeit des Ansuchens oder von Zeit ihrer Ertheilung⁵⁷⁾ oder vom Ablaufe der vorigen Frist an⁵⁸⁾ laufe⁵⁹⁾. Die für Letzteres ausgesprochene, auch bei dem sonstigen kaiserlichen Kammergerichte und in dessen Nachahmung bei mehreren anderen Gerichten angenommene⁶⁰⁾ Meinung hat wohl ziemlich überall in der Praxis den Vorzug erhalten. Die Ungewißheit in dieser Beziehung macht es für den Richter rätlich, jeder Fristerstreckung den terminus a quo derselben beizufügen.

Die Partei nämlich, welche binnen einer gewissen Frist legal thätig sein soll, kann, falls ihr dieß unter einem Präjudiz aufgegeben und ihr doch nicht möglich ist, den Eintritt des letzteren nur dadurch vermeiden, daß sie vor Ablauf der Frist deren Verlängerung zu erhalten sucht, entweder vom Gegentheile vertragsweise, wenn dieß nach Vorstehendem erlaubt ist, oder vom Richter, welcher zur Ertheilung der Dilation sogar verbunden ist, wenn das Hinderniß, warum die Frist nicht eingehalten werden kann, klar vorliegt⁶¹⁾. Ist letztere einmal abgelaufen, so ist sie als nicht

52) Nach einigen anhaltischen Gesetzen werden Sonn- und Festtage von der gesetzlichen, nicht von der verlängerten Beweisfrist abgezogen. Kori, in der nachstehend angezogenen Stelle S. 182.

53) Kori a. a. D. §. 96, S. 184. v. Berg, jurist. Beobachtungen u. f. w. Bd. 1 (Hannover 1802), S. 140.

54) Knorr a. a. D. Hauptst. 9, §. 7.

55) Kind, quaest. forenses. tom. III. cap. 46. Kori a. a. D. Knorr a. a. D.

56) L. 101. D. de div. reg. iur. (50. 17.) Kammergerichtsordn. Th. 2, Tit. 33, §. 3. Schmauß a. a. D. S. 574. Strube, rechtl. Bed. Spangenberg'sche Ausgabe, Bd. 688. (I. 47.)

57) Knorr a. a. D. Hauptst. 3, §. 6, S. 60.

58) Wernher, lect. comm. T. II. P. VIII. obs. 310. Kori a. a. D. §. 36, S. 68.

59) Schlüter und Wallis a. a. D. Jahrg. 7, 1832, S. 13.

60) Knorr a. a. D.

61) C. 1. C. de dilationibus. (3. 11.) Glüch a. a. D. §. 266, S. 544

mehr vorhanden anzusehen, kann also auch nicht verlängert werden und nur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann gegen die nachtheiligen besonderen Folgen der Versäumnis schützen⁶²⁾. Doch ist man der Meinung, daß in Fällen notorischer gänzlicher Unmöglichkeit der Beobachtung der Frist, z. B. wegen Kriegscalamitäten u. s. w., der Richter die Frist als nicht abgelaufen ansehen und sie auch hintennach noch prorogiren soll⁶³⁾. Uebrigens ist es genug, wenn die Verlängerung nur vor dem Ablaufe der Frist gesucht wird, sollte sie auch erst späterhin ertheilt werden⁶⁴⁾. Der Richter soll, wenn gleich rücksichtlich der Frage, wie viele Male eine Frist zu verlängern ist, viel von seiner Willkür abhängt⁶⁵⁾, doch in der Regel nur Eine Frist ertheilen⁶⁶⁾, vor deren Ertheilung eine *causae cognitio* anstellen, namentlich bei der zweiten und dritten Frist, und der Partei wenigstens ein *iuramentum calumniae* auflegen⁶⁷⁾. Bei dem Gesuche der ersten Fristverlängerung ist zwar — so hat sich die Observanz nach Anleitung der Gesetze da, wo nicht Particulargesetze etwas Anderes vorschreiben, gebildet und die mehresten Particulargesetze stimmen damit überein — nicht jede richterliche Sachuntersuchung ausgeschlossen, doch werden leichtere Entschuldigungsurfachen zugelassen und mit deren Bescheinigung wird es nicht so streng genommen⁶⁸⁾; bei der zweiten Dilation hingegen wird nach sächsischen⁶⁹⁾ und mehreren anderen Particulargesetzen die Leistung eines Gefährdeides von Seiten des Suchenden dahin erfordert, daß er die Frist nicht zur Verzögerung, sondern aus wahrer Nothdurft suche und daß die vorgeschützten Ursachen wirklich gegründet seien. Eine dritte Dilation soll unter keiner Bedingung, außer solchen Personen, welche der Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand genießen, ertheilt werden, dieß Letztere aber nur gegen Leistung des erwähnten Eides (wie die Gesetze sagen: nicht *absque solemnitate legali*) und unter Androhung des Verlustes gedachter Rechtswohlthat, zu der alsdann auch kein *Recurs* stattfindet⁷⁰⁾, während Subjecte dieser Art die erste Dilation ohne Bescheinigung und die zweite ohne Eid erhalten⁷¹⁾. Auch die Reichsgesetze haben die früher nach Anleitung des rö-

62) Schmidt's, Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle Bd. 2 (Berlin 1810), Xbh. 36, S. 273.

63) *Mevii decisiones* P. V. decia. 310.

64) *Martini commentarius in processum iuris*. Tit. 20. §. 5. nr. 10.

65) *Glück a. a. D.* §. 268, S. 549.

66) Reichsabschied von 1654, §. 103, bei Schmauß a. a. D. S. 990, nach Anleitung des *Fr. ult. D. de feriis* (2. 12.) und *der. c. 7. C. de dilationibus*. (3. 11.) Knorr a. a. D. Hauptst. 3, §. 7. Strolman a. a. D. Note c, S. 184.

67) Reichsabsch. v. 1654 §. 38 u. 50, bei Schmauß a. a. D. S. 970 u. 974. *Glück a. a. D.* Th. 12, §. 808, S. 360.

68) Barth, *hodegeta forensis* cap. I. §. 29. litt. g.

69) Erneuerte s. sächs. Prozeßordnung ad Tit. XX. §. 8.

70) v. Partsch a. a. D. Nr. 479, S. 482.

71) In Note 69 angez. Prozeßordn. §. 4. Die Abweichungen anderer sächsischer Gesetze von allen diesen Vorschriften s. bei Kori a. a. D. §. 97.

mischen und canonischen Rechtes⁷²⁾ zum Beweise gestatteten vier Fristen (also, außer der gesetzlichen Frist, drei Dilationen) auf drei reducirt⁷³⁾. Sind jedoch ganz unabwendliche, klar vorliegende Hindernisse vorhanden, welche immer fortbauern, so kann dem Richter, ausnahmsweise auch noch weitere Erstreckungen der Frist nach seinem Ermessen⁷⁴⁾ zu gewähren, nicht verwehrt werden⁷⁵⁾. Ja es wird sogar die Meinung aufgestellt, daß, wenn das Hinderniß fortbauere, die Frist ipso iure auch fortbauern müsse, da die Fristerstreckung als auf so lange gegeben angesehen werden müsse, als die Ursache dazu existire. Eadem causa idem effectus⁷⁶⁾. Namentlich kann, bei Vereinigung der Parteien unter einander über Fristverlängerung, der Richter in der Regel dieselbe gestatten⁷⁷⁾, wenn nicht eine der Prozeßpolizei zuwiderlaufende Hinziehung der Sache offenbar beabsichtigt wird, da keine Fristverlängerung ohne Noth ertheilt werden soll⁷⁸⁾. Jene Verziehung geschieht häufiger von Advocaten, daher manche Prozeßgesetze⁷⁹⁾ den Grundsatz, daß in der Regel der Sachwalter die Veranlassung zu Dilationsgesuchen sei, aufstellen, daher ihn zu Tragung aller durch die Dilationsgesuche verursachten Kosten für pflichtig erklären und die Verlängerung einer durch gemeinschaftliches Compromiß festgesetzten Frist nur einmal gestatten, wenn nicht die Einwilligung der Parteien selbst beigebracht wird. Da die ganze, dem formellen Prozesse angehörige Beschränkung gewisser Prozeßhandlungen auf vorgeschriebene Fristen allerdings auch die Rechtsverfolgung beschränkt, so nothwendig erstere durch prozeßpolizeiliche Rücksichten geboten wird, so ist solche in Rechte nicht begünstigt. Daher werden alle Fatalien in der Regel für beobachtet gehalten⁸⁰⁾, es wird Fristversäumniß in der Regel nicht vermuthet⁸¹⁾ und deshalb, wenn ein Richter auf ein Dilationsgesuch gar nichts resolvirt, in der Regel angenommen, daß die Fristverlängerung stillschweigend genehmigt sei⁸²⁾, wenn nämlich der die Fristverlängerung Suchende alle die Erfordernisse, ohne welche der Richter eine Fristverlän-

72) Nov. 90. cap. 4. iunct. cap. 15. 36 u. 55. X. de testibus et attestat. (2. 20.)

73) Reichsabschied von 1654, §. 50, bei Schmauß a. a. D. S. 974.

74) Von der Pflicht des Richters bei Verstattung der Fristen u. s. w. in Klein, Rechtsprache der hällischen Juristenfacultät Bd. 1, S. 163.

75) Glüß a. a. D. §. 268, S. 552.

76) Mevius l. c. P. VIII. dec. 218.

77) Fori a. a. D. S. 67.

78) L. 7. D. de feriis etc. (2. 12.) L. 86. D. de iudiciis et ubi etc. (5. 1.) c. 1 u. 4. C. de dilationibus. (5. 11.) c. 2. C. de temporibus etc. (7. 63.) Reichsabsch. v. 1654 a. a. D. Glüß a. a. D. §. 267, S. 548.

79) S. B. das herzogl. altenburgsche Mandat, Erläuterungen und Zusätze zu der Prozeß- und Advocatenordnung, enthaltend, Gesesamm. v. 1823, §. 12, 48, 51, S. 19 u. 28.

80) Glüß a. a. D. §. 266, S. 547.

81) Doch vgl. Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen Th. 4, Nr. 2, S. 184.

82) Mevius l. c. p. VI. decis. 218. nota 3. Gensler-Morkstadt a. a. D. Th. 2, §. 297 u. 298, S. 221. Gensler, im angez. Archiv §. 9,

gerung nicht gestatten kann⁸³), beigebracht und das Gesuch zeitig genug vor Ablauf der Frift eingereicht hat. Jede gestattete Friftverlängerung, wenn sie nicht aus unrichtigen Gründen gesucht und erlangt und diese Unrichtigkeit entdeckt worden ist, in welchem Falle die Friftverlängerung für nicht zugestanden angesehen wird⁸⁴), schützt gegen die Folgen des Ungehorsams, wird beiden Theilen gemeinschaftlich und, Einem ertheilt, nützt sie in *causa individua* auch dem Anderen⁸⁵). Sie verändert auch im Charakter der Frift selbst nichts, sondern diese bleibt, je nachdem sie es vorher war, Nothfrist oder nicht⁸⁶). Sie bringt aber in demjenigen, was schon in der ersten Frift zu thun war, insofern keine Veränderung hervor, als in der erlangten Dilation gerade dasselbe geschehen muß und geschehen kann, was in der zuerst bestimmten Frift geschehen sollte und konnte. Denn da die Absicht des Friftsuchenden auf etwas Anderes, als auf Verlängerung der Frift eben so wenig geht, als wenig der Richter die Frift in der Voraussetzung einer erfolgten Renunciation (die ausdrücklich nicht geschehen ist und, nach Vorschrift der Gesetze, nicht vermuthet wird) ertheilt; so hat der Friftsuchende durch das Friftgesuch nicht darauf renuncirt, alles das vorzubringen, was er in der ersten Frift hätte vorbringen können, also sogar Einreden gegen den Richter selbst, z. B. *exceptio iudicis suspecti, incompetentis* etc. Eine Ausnahme hiervon macht das vor eingetretener Rechtskraft angebrachte Gesuch um Erstreckung der in einem Erkenntnisse zuerkannten Frift, durch welches⁸⁷) das Erkenntniß selbst stillschweigend anerkannt wird. Denn mit der Anfechtung des Erkenntnisses würde das Gesuch um Erstreckung der Frift zu Befolgung des Erkenntnisses unvereinbar sein und in diesem Falle kann nach den Gesetzen⁸⁸) nicht einmal der Vorbehalt der Anfechtung des Urtheils etwas nützen⁸⁹). Im allgemeinen ist nur noch zu bemerken, daß, wenn weder im Friftverlängerungsgesuche, noch im Decrete darauf die Zeitdauer der Verlängerung ausdrücklich angegeben ist, dann angenommen wird⁹⁰),

§. 197, gegen *Kori a. a. D. §. 36, §. 63*, und gegen die dort angeführten Particulargesetze und Schriftsteller, namentlich die erneuerte l. sächs. Prozeßordn. a. a. D. ad Tit. XX, §. 5, welche verordnet, daß in diesem Falle die Dilation weder *pro concessa*, noch *pro denegata* geachtet werden soll.

83) *Glück a. a. D. §. 267, §. 547* flg. *Ödner a. a. D. Nr. 32, §. 9*.

84) *Arg. L. 5. §. 8. D. de Carboniano edict. (36. 10.) Berger, l. c. lib. 4. tit. 17. th. 1. not. 8*.

85) *Arg. c. 6. C. de temp. in integr. rest. (2. 53.) Berger l. c. not. 89*.

86) Ob die von dem Richter geschehene Erstreckung oder Verlängerung einer Nothfrist (so weit deren Prorogation zulässig ist) selbige in eine bloße Präjudicialfrist verwandeln könne? *Rosenthal, Versuch einer richtigen Beantwortung mehrerer Rechtsfragen (Göttingen 1805), Abth. 2, Abh. 2*.

87) *C. 5. C. de re iudicata. (7. 52.) Danz, Grundsätze des ordentlichen Prozesses, Ödner'sche Ausgabe, §. 417 u. 422*.

88) *C. 54. i. f. X. de appellationibus. (2. 28.)*

89) Ueber die Wirkungen der Friftverlängerungen im allgemeinen vgl. *Ödner a. a. D. Nr. 32*.

90) Vgl. *Kori a. a. D. §. 97, §. 186*.

daß eine Fristdauer von gleicher Länge, wie die vorige war, verwilligt sei⁹¹⁾.

Die Abschlagung eines Fristverlängerungsgesuches setzt die Sache in den Stand, als ob keine Verlängerung gesucht worden wäre, und wird also das zu Berichtende innerhalb der vorgeschriebenen Frist nicht bewirkt, so ist sich an der Frist versäumt, vorausgesetzt, daß der Richter alle bei der Sache vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet hat⁹²⁾. Auch gegen Minderjährige wirkt die Fristversäumniß in dieser Maße, doch steht ihnen die Rechtwohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu⁹³⁾. War die Frist ein absolutes Fatale, so zieht die Versäumniß den Eintritt des Präjudizes nach sich, welches vom Gesetze angedroht ist, ohne daß es einer Ungehorsamsbeschuldigung bedarf⁹⁴⁾. Gleiche Folgen wie die Abschlagung einer Fristverlängerung hat die Entsagung der prozessualischen Fristen, welche jedoch nie ausdehnend zu erklären ist⁹⁵⁾. Bei anderen, als den absoluten Fatalien, entsteht die Frage, inwiefern die Nachholung der anbefohlenen Handlung vor erfolgter Ungehorsamsbeschuldigung und, nach derselben, vor Publication des richterlichen Erkenntnisses noch zulässig sei, oder nicht⁹⁶⁾? Diese Frage aber, so wie die Untersuchung über das Maß der richterlichen Strenge bei Beobachtung der, den Parteien vorgeschriebenen Fristen⁹⁷⁾ und über das Grundprincip der ganzen Lehre vom Ungehorsam, ingleichen über die verschiedenen derselben zum Grunde liegenden Theorien⁹⁸⁾, gehören in die Materie vom Ungehorsam (s. den Art.). Im allgemeinen wird sich auf obige Deduction der Nothwendigkeit gewisser Nachtheile für den, welcher Fristen versäumt (s. S. 365), bezogen, während die einzelnen Prozessfristen mit den für ihre Versäumung eintretenden Präjudizen bei den einzelnen Theilen des Prozesses eben sowohl abgehandelt werden, als die nicht in das Prozessrecht gehörigen Verjährungs- und anderen Fristen.

So viel in Bezug auf die Fristen im Civilprozesse. Anders im Criminalprozesse. Da dem ganzen Geiste des in Teutschland, mit Ausschluß der Rheinprovinzen, eingeführten Untersuchungsprozesses das höchste Streben nach materiellem Rechte eigen ist, das ganze Fristenwesen aber, namentlich so weit es sich um die Hauptart der Fristen, um Nothfristen, handelt, wie schon wiederholt dargethan worden ist, rein dem formellen

91) Ueber die gesammte Lehre von der Fristverlängerung vgl. Martin a. a. D. §. 297, und Gensler-Morstadt a. a. D. §. 116, S. 201.

92) v. Partigsch a. a. D. Nr. 191, S. 181.

93) Glück a. a. D. Th. 6, §. 460, S. 5, Note 24.

94) Glück a. a. D. Th. 3, §. 266, S. 546. Vgl. indes v. Kampff a. a. D. Bd. 1 (Kostock 1800), Rechtspr. 80, S. 171.

95) Rettelblatt, Rechtsprüche des Oberappellationsgerichtes zu Paderborn Bd. 1 (Berlin 1821), Abh. 15.

96) Brandis a. a. D. S. 2 fig. und S. 12 fig.

97) Klein, Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit Th. 23, S. 51.

98) Eine interessante Zusammenstellung des Neueren darüber s. bei Brandis a. a. D. S. VI fig. Vgl. Gensler-Morstadt a. a. D. §. 117 u. 118, S. 204 fig.

Rechte angehört, so ist Solches in der Regel vom teutschen Criminalprozeße ganz ausgeschlossen. Eigentliche Fatalien und richterliche Präklusivfristen gibt es daher im Criminalprozeße im größten Theile Deutschlands nicht⁹⁹). Anders ist es da, wo der peinliche Anklageprozeß in Übung ist, welcher, seiner ganzen Einrichtung nach, in der Regel nur formelles Recht geben kann. Daher schließt selbst die peinliche Gerichtsordnung das Fristenwesen nicht aus, weil bekanntlich zur Zeit ihrer Errichtung der peinliche Anklageprozeß die Regel bildete. So ist der 21. Artikel derselben in den Worten zu erklären: daß er, der ankläger, wo er die peinliche rechtfertigung nit aufführen, oder dem rechten verfolgen würd, vnd die geklagten mißthat, oder aber redlich vnd gnugsam anzeigung vnd vermutung derselben inn zimlicher Zeit, die im der richter setzen würde, nit dermassen bewies, daß der richter vnd gericht oder der mehrertheil auß jnen für gnugsam erkannten, oder sunst imm rechten fellig würde, alßdann den kosten, so darauff gangen ist, auch dem beklagten, vmb sein zugefügte schmach vnd schaden abtrag thun wölle, alles nach burgerlicher rechtlicher erkantnuß. So wenig daher der Criminalbeweis durch Präsumtionen ersetzt werden kann, so wenig kann er von Fristen abhängig gemacht werden, da, wenn auch die bei Verlust des Beweises angeetzte Frist erfolglos verstriche, dadurch keine Gewißheit erlangt werden würde, daß die fragliche Thatsache überhaupt nicht zu erweisen stehe¹⁰⁰). Ebenso ist die Criminalvertheidigung an keine Nothfrist gebunden. Denn obgleich eine Frist dafür anberaumt wird, so treffen doch die für deren Nichtbeobachtung gesetzten Nachteile, Geldstrafe, Bestellung eines anderen Defensors u. s. w., lediglich den Defensor, nicht den Angeschuldigten selbst¹⁰¹). Das Präjudiz des Verlustes der Defension ist ein ungültiges, nicht aber das, daß beim Außenbleiben der Defension dennoch in der Sache werde erkannt werden, vorausgesetzt, daß dieses dem Angeschuldigten selbst gestellt und dieser selbst Ursache des Verzuges ist. Denn er kann sich dann der Vertheidigung noch zu jeder Zeit bedienen, die Endentscheidung kann aber durch willkürlichen Verzug nicht verewigt werden. Endlich ist auch gemeinrechtlich der Gebrauch der Rechtsmittel an keine Frist, namentlich nicht an die zehntägige Nothfrist gebunden, so weit die Rede von einer Präklusion des Angeschuldigten ist, obgleich in anderer Beziehung die Beobachtung derselben bei der Appellation geboten ist¹⁰²).

99) Martln, Lehrbuch des teutschen gemeinen Criminalprozeßes §. 64 (138).

100) Henke, Handbuch des Criminalrechtes und der Criminalpolitik Th. 4 (Berlin und Stettin 1838), S. 402 u. 403. Müller, Lehrbuch des teutschen gemeinen Criminalprozeßes (Braunschweig 1837), §. 93, S. 185 flg. und §. 191, Note 1, S. 467.

101) Müller a. a. D. §. 166, S. 408.

102) Eittmann, Handbuch des Criminalrechtes §. 906, wo in Note n. mehrere particularrechtliche Abweichungen angegeben sind. Zeffter, Lehrbuch des gemeinen teutschen Criminalrechtes §. 679. Müller a. a. D. §. 207, Note 12, §. 214, Note 6 und §. 218.

Von ganz besonderer Art ist das Fristenwesen im Bergrechte¹⁰³). Die Befolgung der Vorschrift des letzteren, daß jede Zeche oder Grube bauhaft erhalten, d. i. mit wenigstens einigen Arbeitern ununterbrochen bearbeitet (belegt) werden muß, wird oft durch physische oder moralische Hindernisse¹⁰⁴) unmöglich. Will daher der Gehinderte nicht als nachlässig erscheinen, weil den nachlässigen Gewerken die Strafe des Verlustes des Bergwerkseigenthums trifft, so muß er um Nachsicht zur Belegung des Gebäudes — Frist im bergmännischen Sinne — bitten. Ohne Vorhandensein der gesetzlich anerkannten Hindernisse¹⁰⁵), darf das Bergamt die Frist nicht verstaten. Ist sie aber verstatet, welches jedesmal nur auf höchstens drei Monate geschehen darf, so werden die gegebenen Fristen in das Fristbuch eingetragen. Die Zeche heißt, so lange die Fristen dauern, eine Fristzeche und es muß der Schichtmeister der Grube alle Quartale einen Zettel einlegen und eine gewisse geringe Abgabe — Fristgeld oder Fristengeld — bezahlen. Es soll die Frist eigentlich nicht öfter als zwei bis drei Male ertheilt werden und die Bergbeamten sollen, wenn eine Gewerkschaft ohne wirkliche Hindernisse, aus Gefährde, den Bau liegen läßt, keine Fristverschreibung annehmen, vielmehr, wenn die Frist zwei bis drei Mal ertheilt ist und sich ein Anderer findet, welcher, der angegebenen Hindernisse ungeachtet, die in Fristen stehende Zeche aufnehmen und belegen will, dem Lehenträger auffündigen und die Grube, nach fruchtloser Bedrohung der Gewerkschaft, in's Freie erklären¹⁰⁶). Abusive werden auch im Bergrechte der Ausdruck Frist für andere Nachsichtsertheilungen und der Ausdruck Fristgelder für Quartbergelder gebraucht¹⁰⁷).

Buddens.

Frohnen und Dienste, Frohnden, Frohndienste¹⁾, Bauerdienste, Scharwerke, Schaarwerke, Nobwold, No-

103) Es wird dieß hier ohne Beschränkung auf den Prozeß abgehandelt, weil das Rechtslexikon keine andere eben so schickliche Stelle dafür haben würde. Vgl. den Art. Bergrecht Bd. 1, S. 959.

104) Sie zählt, so weit sie gesetzlich anerkannt sind, auf: Hake, Commentar über das Bergrecht (Sulzbach 1823), §. 348, S. 253.

105) S. vorstehende Note.

106) Ebendas. §. 347, 349, 350.

107) Ebendas. §. 84.

1) Ueber die Bedeutung des alten Wortes Frohn oder Fron, wovon obiges Wort unstreitig abzuleiten ist, existiren die verschiedensten Nachrichten und Meinungen. Am umständlichsten sind sie abgehandelt in Behr, über das alteutsche Wort Fron und diejenigen Ausdrücke, in welchen man es findet. Gera 1795. Es soll heilig, öffentlich, dienstbar und Herr bedeutet haben. Die beiden letzten Bedeutungen, vorzüglich die vorletzte (Leysner, med. ad r. Vol. VI. spec. 416. coroll.), lassen sich am besten mit dem jetzigen Gebrauche des Wortes in obiger Beziehung und in den noch jetzt gebräuchlichen anderen Ausdrücken: Gerichtsfrohn, Frohnbote u. s. w. vereinigen. Adeltung, Wörterbuch der hochdeutschen Mundart unter den Worten: Frohn, Frohnamt, Frohnbote u. s. w. Hagemann, Handbuch des Landwirthschaftsrechtes §. 232, Note 1. Danz, Handbuch des heutigen teutschen Privatrechtes Bd. 5, §. 491, Note a, S. 187.

bath, Roboth, Robbot, Herrendienste, Hofdienste, Dingnotel (opera, operae, servitia servilia, operae rusticorum²⁾), in der allgemeinsten Bedeutung alle diejenigen Dienstleistungen, welche der Staatsbürger unentgeltlich oder nur gegen eine, in der Regel unverhältnißmäßig geringe Vergütung einer dieselben, vermöge öffentlichen oder Privatrechtes, fordernden Person schuldig ist³⁾. Denn da im weitesten Sinne der Ausdruck Frohnen und Dienste auch die dem Landesherrn, als solchem, und den Gemeinden zu leistenden Dienste unter sich begreift, so langen die Forderungen der Privatpersonen auf Dienste aus Privatrechtsgründen nicht zur Charakterisirung des Begriffes aus. Es werden auch von den durch den gewöhnlichen Dienstvertrag, Dienstverdingungsvertrag, GesindeDienstvertrag (s. den Art.) übernommenen Diensten die hier vorliegenden (die minder charakteristische Unentgeltlichkeit oder geringe Vergütung dafür ungerechnet) vorzüglich dadurch unterschieden, daß sie nicht in jener Maße freiwillig übernommen, sondern entweder unmittelbar aus dem Gesetze oder aus einer staatsbürgerlichen oder gemeindebürgerlichen oder Grundherrlichkeits- oder Leibherrlichkeitsverpflichtung gefordert werden. Denn wenn sie auch mit den aus dem Verdingungsvertrage herrührenden Diensten darin, daß sie gewöhnlich nur operae officiales (s. w. u.) sind, übereinstimmen, und wenn sie auch zum Theile ursprünglich aus einem Dienstvertrage dadurch entstanden sein mögen, daß sie statt Kaufgeldes oder statt eines höheren Kaufgeldes für Ueberlassung des Eigenthums an einem Grundstücke versprochen wurden; so wird diese Art von Frohnen, die auf solche Weise entstand, doch nunmehr nicht aus jenem Dienstver-

2) Die ältere Literatur über diesen Gegenstand findet sich in der Lipen'schen Bibliothek sammt Nachträgen u. d. W. operae. Besonders zu bemerken sind, außer den nachstehend bei einzelnen Materien angeführten Schriften: Ge. Ad. Struve, de operis et servitiis rusticorum. Jenae 1656. Manzj de servitibus personalibus et operis servorum. Ingolst. 1658. Frommann, de subditorum, maxime rusticorum operis. Tabing. 1671. Jo. Franc. Balthasar, de operis subditorum. Salzb. (1656.) 1675. Jo. Volk. Bechmann, de iure operarum. Jen. 1675. Engelbrecht, de operis rusticorum. Helmst. 1675. Franc. Tilem. Nolden, de operis subditorum et maxime rusticorum. Giess. 1691. de Berger, de iure ordinum imperii territoriali circa operas subditorum. Jenae 1724. Reineccius, meditationum legalium in rem rusticam et fabrilem spec. 1744. Pauschild, Weisrifen von Bauern und Frohnen. Dresden 1744 (1771). Lauhn, Abh. von den Frohndiensten der Deutschen (Frankf. 1760), herausg. von Ruhn. Weisensf. u. Leipz. 1785 (1795). Grupen, von Diensten und Wehen, in den observat. p. 1005. v. Beneckendorf, oeconomia forensis Hauptst. 5, Abschn. 8. Deneke, Dorf- und Landrecht Th. 2, S. 120 fig. Struben, de iure villicorum c. V. Fiedler, prakt. Abh. über der Leibeigenen Robottstand. 1781. Kohntrupp, Abh. der Rechtslehre vom Zwangsbd. Dsnab. (Leipz.) Weckherlin, Darstellung der Grundsätze, nach welchen Frohnen und insbesondere Landesfrohn auszutheilen und auszugleichen sind. Frankf. 1798. Kind, quaest. for. T. II. Wigand, die Dienste, ihre Entstehung, Natur, Arten und Schicksale. Hamm 1828.

3) So besimmt, und wie es scheint mit Recht, in der Hauptsache Rottedt im Rottedt-Wecker'schen Staatslexikon Bd. 6, S. 176 u. d. W. Frohnen. Vgl. auch Ritterwäter, nachstehend Note 13 allegirt, S. 191.

trage, sondern als eine, dem Grund und Boden aufliegende Reallast gefordert. Ueberhaupt gehört es wohl zu den schwierigsten Aufgaben dieser Lehre, alle Frohnen und Dienste unter Einen Begriff zu bringen, da sie in Beziehung auf Ursprung, Rechtstitel, Rechtseigenschaft und Gegenstand so sehr verschieden sind. Das übereinstimmende charakteristische Zeichen aber haben sie, daß sie praestationes facti sind, die eine solche dauernde Verpflichtung voraussetzen, welche nicht durch Leistung einer oder mehrerer Handlungen erledigt wird⁴⁾.

Den Ursprung der Dienste und Frohnen⁵⁾ anlangend, so finden wir schon in der fränkischen Monarchie unter Chlodwig und seinen Nachfolgern, daß in den römischen Provinzen dem Könige Kriegs- und zum Weg- und Brückenbau nöthige, den königlichen Beamten aber die zu ihren Reisen in Geschäften erforderlichen Fuhren unter den Namen angariae und parangariae, mindestens die zu königlichen Zwecken erforderliche Vorspanne (veredi und paraveredi) geleistet werden mußten. Späterhin bis in das 9. Jahrhundert wurden diese Naturaldienste schon eine gemeine Last, von der jedoch die zum Kriegsdienste Verpflichteten frei waren und die nur von den zu letzteren nicht verbundenen Freien geleistet wurde. Alle Freien mußten nämlich dem Aufgebote des Königs zum Kriegsdienste, bei Vermeidung des Königsbannes (sexaginta solidi), wenn es die Vertheidigung der eigenen Provinzen galt, folgen, zu Kriegszügen in entferntere Gegenden nur diejenigen, welche reich genug waren, sich selbst dabei zu unterhalten, während mindestens späterhin die ärmeren Freien erwähnte angariae und veredi, auch zur Vertheidigung der königlichen Burgen, Wacht- und andere Dienste leisten mußten. Als sich das Ritterwesen mehr ausbildete, mußte dem Adel mit feiner Dienstleuten und denjenigen Freien, welche von ihrem Eigenthume den Kriegsdienst persönlich zu leisten verbunden waren, den gesammten Reichsdienst von dem ganzen, dem eben in Frage befindlichen Adel zustehenden Sprengel, gegen eine Entschädigung von dem Kriegsdienstpflichtigen Theile des Volkes, übernehmen. Denn in jenes, hauptsächlich im Ritterwesen gegründete Kriegssystem paßte die gemeine Heerfolge nicht mehr, daher die Reichsdienstordnung den gemeinen Landsassen nur eine Weiststeuer auflegt, wogegen den Ständen blos für außerordentliche Fälle das Recht blieb, die frühere gemeine Heerfolge aller Freien zu fordern.

4) H ä n s e l, in dem nachstehend Note 25 angeführten Werke und Theile S. 230.

5) Außer in den nachstehend zu einzelnen Stellen angezogenen und in den P a u s c h i l d' s c h e n vorstehend in Note 2 erwähnten Schriften findet man diesen Gegenstand besonders behandelt in: Abhandlung von den Naturalfrohndiensten. Frankfurt a. M. 1775. Karl Sal. Zacharia, Geist der deutschen Territorialverfass. (Leipzig 1800), S. 238 ff. H ü l l m a n n, historische Untersuchungen über die Naturaldienste der Gutsunterthanen nach fränkisch-teutscher Verfassung. Berlin 1803. H ü l l m a n n, deutsche Finanzgeschichte des Mittelalters (Berlin 1805), unter der Rubrik: Landfrohnen. Sommer, Institut der Reallasten §. 25. E b e l, über den Ursprung der Frohnen und die Aufhebung derselben, besonders im Großherzogthume Hessen. Gießen 1823 (1824). W i g a n d, die Dienste, ihre Entstehung, Natur, Arten und Schicksale. 1828.

Im 12. Jahrhunderte zählte der teutsche König Friedrich I. die angariarum, parangariarum et plaustrorum praestaciones zu den Regalien⁶⁾. Mit der Ausbildung der Landeshoheit für die Reichsstände erhielten diese das Recht, nicht nur von ihren Lehens- und Dienstmännern den Reichsdienst (Raisa, reisa, Landfolge) und den Dienst zu Fehden, sondern auch von ihren Landsassen bei wahrer Landesnoth und zum Reichskriege die gemeinen Landeskriegsfrohnen zu fordern, worunter die Stellung guter beschlagener Heerwagen mit Pferden begriffen war⁷⁾. Seit dem 16. Jahrhunderte wurde den Reichsständen, ungeachtet ihres sehr beschränkten Kriegesrechtes, das Recht, die gemeine Reis und Folge von allen ihren Unterthanen zu fordern, gar nicht mehr bestritten. Wurden nun bald überall Bede, Landfolge und Gerichtsabgaben, vermöge der Landeshoheit, aufgelegt, so wird es erklärlich, wie nach allem diesen mehrseitig⁸⁾ die Meinung aufgestellt werden konnte, die Frohnen im allgemeinen seien ein Surrogat der Kriegsdienste. Wahr ist es indess nach Obigem, daß die ersten Frohnen und Dienste auf dem Boden des öffentlichen Rechtes entstanden. So selbst die Gerichtsfolge, die offenbar ihren Grund in der öffentlichen Verpflichtung, dem Gerüste zu folgen, hat⁹⁾ und so zum Theil vom Landesherrn, durch Belehnung der Privatlehngutbesitzer mit den Gerichten, auf diese activ übergegangen ist. Wenn aber auch die Dienstpflicht der Bauern wohl in mancher Beziehung, nach Vorstehendem, einen ähnlichen Ursprung haben dürfte, wie die Lehnspflicht der Lehnsleute¹⁰⁾; so kann doch dieß keineswegs von allen Diensten behauptet werden, zumal auch darauf die verschiedenen Schicksale des Kriegs- und Steuerwesens unstreitig von wesentlichem Einflusse gewesen sind. Ebenso wenig können Dienste und Frohnen unbedingt aus dem Leibeigenschaftsverhältnisse abgeleitet und kann gegen die Geschichte behauptet werden, daß sonst alle teutsche Bauern leibeigen gewesen wären¹¹⁾, da sogar die eben erwähnten Dienste nur von freien Männern geleistet werden konnten; noch weniger, daß sich alle Frohnen auf den Dienstcontract gründeten¹²⁾. Vielmehr sind es sehr verschiedenartige Verhältnisse, aus denen Frohnen und Dienste hervorgegangen sind¹³⁾. Allerdings waren die ersten Dienste, nach Vorstehendem, unstreitig dem Reiche, Beamten und Territorialherren zu leisten; allein diese Entstehungsart erwirkte direct nur die auch jetzt in

6) II. F. 56.

7) Ueber alles dieß vgl. Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgeschichte §. 88, 166, 171, 223, 294, Note b. 304 und Note dd, §. 362, Anm., §. 487, Note e, §. 448, Note a, §. 551.

8) Neuerlich in der oben Note 5 angezogenen Ebel'schen Schrift.

9) Eichhorn, Einleitung in das teutsche Privatrecht §. 248.

10) Hagemann, Handbuch des Landwirtschaftsrechtes §. 229, Note 1.

11) Wie dieß Estor in seiner Vorrede zu Grolman, de operum debitarum mutatione, Gies. 1734, besonders abgedruckt Jena 1742, thut.

12) Wie Kunde, Grundsätze des gemeinen teutschen Privatrechtes §. 491, und Danz dazu a. a. D. Bd. 5, S. 203, thun.

13) Rittermaier, Grundsätze des gemeinen teutschen Privatrechtes §. 189.

ähnlicher Mafse zu leistenden Landfrohnen (s. w. u.). Wohl aber entstanden manche Privatfrohnen dadurch, daß diejenigen Frohnen, welche, nach Obigem, den Beamten, als solchen, zu leisten waren, von diesen mißbräuchlich ohne Rücksicht auf das öffentliche Amt gefordert und in Rücksicht auf den Haupthof geleistet, daß die Vogteien erblich wurden und daß also, wenn Dienste mehreren Vögten, als solchen, aus einer Familie hinter einander geleistet worden waren, der Grund der Leistung mit der Zeit vergessen und die Dienste so angesehen wurden, als seien sie der Familie, nicht dem Staate zu leisten. Häufig kamen aber auch, wie schon gedacht, die höhere Gerichtsbarkeit und mit ihr die anscheinend in Bezug auf sie zu leistenden Dienste durch Verleihung und sonst in die Hände von Privatpersonen. Wurde früher gesetzlich der landesherrliche und gutherrliche Adel immer geschieden, so suchte doch dieser jene Scheidewand möglichst vergessen zu machen und vortheilte z. B. von den Weisfeuern und Entschädigungen, die, nach Obigem, dem landesherrlichen Adel wegen der Kriegsdienste geleistet werden mußten. Die anfänglich bittweise (auf Bede) geleisteten Dienste wurden Zwangsdienste. Nun traten auch allerdings Dienstcontracte dadurch ein, daß bei dem Mangel an baarem Gelde und bei dem Mangel einer für Geld arbeitenden Classe Verpachtung und eigene Cultur der großen Ländereimassen, welche einzelne Gutsbesitzer inne hatten (curtis, marca, villa), nicht möglich waren und daß daher, zumal wenn der Gutsbesitzer nicht genug Leibeigene hatte, an einzelne Freie kleinere Grundstücke (mansı, bubae), unter Bedingung gewisser Dienste, überlassen wurden¹⁴). Nach allem diesen setzen zwar Frohnen und Dienste häufig einen schutz- und gutherrlichen Verband voraus, aber keineswegs ist dieß, und daß sie namentlich bei Länderverleihungen reservirt worden, immer der Fall. Es läßt sich daher von ihnen auch nicht auf eine weitere dingliche und vogteiliche Abhängigkeit schließen und ebenso wenig darauf, daß die Güter, auf denen sie ruhen, immer Bauergüter wären, wenn gleich dieß der häufigere Fall ist¹⁵). Endlich ist es aber auch gegründet, daß viele Frohnverhältnisse, namentlich die auf der Person ruhenden, aus der ehemaligen Leibeigenschaft sich herschreiben¹⁶). Haben nun der lange bestandene Verfall des Staatslebens in Deutschland, Anmaßungen der Gutsherren, besonders Ausdehnung des Leibeigenschaftsverhältnisses, Ausdehnung des Abgabensystems auch darauf, Ausrottung der Wälder und dadurch Vermehrung der, landwirthschaftlicher Cultur bedürftigen Grundstücke, davon wieder abhängige Vergrößerung der gutherrlichen Wohn- und Wirtschaftsgebäude, überhaupt die Erweiterung der Forst- und Feldcultur, endlich die absichtlich und aus Irrthum bewirkte Vermischung der Grundsätze über Staats-, Gemeinde- und Privatdienste, die letzteren enorm vermehrt¹⁷); so dürfte

14) Runde a. a. D. §. 491. Hagemann a. a. D.

15) Maurenbrecher, Lehrbuch des deutschen Privatrechtes Bd. 1, 2. Aufl., §. 326, 340.

16) Rotteck a. a. D. S. 178.

17) Rittermaier und Hagemann a. a. D.

sich schwerlich allgemein behaupten lassen¹⁸⁾, daß die Privatfrohn „geschichtlich immer auf einer Privatabhängigkeit des Dienstpflichtigen beruhen, die anfänglich meist in Unfreiheit bestanden habe, später aber meist in eine Abhängigkeit mit Freiheit, namentlich in die Guts- oder Schutzherrschaft übergegangen sei, wornach dann die Dienste regelmäßig auch in Ackerwirthschaftsdienste sich verwandelt hätten.“ Es dürfte dieß wenigstens zu einer einseitigen Beurtheilung der Frohnen führen, während aus der Einwirkung aller vorstehend erwähnten Verhältnisse zusammengenommen sich bei den mehresten Diensten eigenthümliche Herkommen gebildet, die sich in Grundbüchern u. s. w. erhalten haben und nach welchen und nach ausdrücklichen Gesetzen die Frohnverhältnisse in der Regel zu beurtheilen sind¹⁹⁾. Darum ist es auch unmöglich, das gesammte Frohnwesen, von einem gemeinschaftlichen Grundsatz ausgehend, systematisch zu behandeln, und es bleibt nichts übrig, als jedes Einzelne, so wie es vorgefunden wird, zu betrachten und das Gleichartige möglichst zusammenzustellen. Aus der Einwirkung der so verschiedenen Entstehungsgründe erklärt sich auch der Umstand von selbst, warum Dienstherr und Grundherr häufig verschieden sind²⁰⁾.

In der Hauptsache sollten allerdings Dienste und Frohnen genau geschieden sein, je nachdem sie zu Bewirthschaftungszwecken gethan werden — landwirthschaftliche, bäuerliche Dienste, Frohnen *κατ' ἐξοχήν*, oder nicht — Dienste *κατ' ἐξοχήν*²¹⁾. Indesß werden beide Ausdrücke vermischt gebraucht und man unterscheidet lieber und mit mehr Einfluß auf die Sache selbst, auch übereinstimmender mit der verschiedenen Entstehungsart der Frohnen,

I. nach Verschiedenheit des Subjectes, dem die Dienste zu leisten sind: Landes-, Gemeindeg- und Herrenfrohne oder Dienste²²⁾. In neuester Zeit hat man besonders die Landesfrohne und Gemeindegdienste, weil sie, ihrem Entstehungsgrunde nach, ganz von den Herrendiensten verschieden sind, gar nicht unter der Frohnkategorie behandeln lassen wollen²³⁾. Weil indesß häufig aus Landesfrohnem z. B. Herrenfrohnem entstanden sind und daher alle drei charakteristische Eigenschaften gemeinschaftlich haben, namentlich in den zu leistenden Geschäften selbst nicht nur ähnlich, sondern zum Theil gleich sind; so müssen sie wohl auch ferner zugleich behandelt werden, sollen nicht Weitläufigkeiten und Wiederholungen entstehen. Die genannten drei verschiedenen Arten (von jeder einzelnen s. w. u.), bei welchen allen der, welchem der Dienst geleistet werden muß, der Berechtigte, Dienstherr, der, welcher ihn leisten

18) Maurenbrecher a. a. D. S. 749.

19) Eichhorn a. a. D.

20) Ebenbas. S. 639. Hohnhorst, Jahrbücher des Oberhofgerichtes zu Mannheim Bd. 4, S. 70.

21) Maurenbrecher a. a. D. S. 747.

22) Mittermaier a. a. D. §. 170. Eichhorn a. a. D. §. 248. Dang a. a. D. §. 491, S. 189 ff.

23) Maurenbrecher a. a. D. S. 749.

muß, der *Verpflichtete*, *Dienstmann* (nicht *Dienet* oder *Dienstbote*) heißt²⁴), haben wieder sehr verschiedene, allen dreien gemeinsame Unterarten. Schon

II. nach Verschiedenheit des rechtlichen Grundes, auf dem die Frohnen beruhen, sind dieselben theils gesetzliche, welche durch die Landesgesetze ausdrücklich festgesetzt sind, wie im Königreiche Sachsen Bau-*frohnen*, *Dienstzwang*, *Wachdienst*, theils nicht gesetzliche, zu denen das Recht auf einem besonderen Rechtstitel, Vertrag, Herkommen, rechtskräftiger Entscheidung beruht²⁵). Sie sind aber in derselben Beziehung theils dingliche oder *Realfrohnen* (*operae reales*), theils persönliche oder *Personalfrohnen* (*operae personales*), je nachdem ihr Fundament Grundpflichtigkeit, ein zur Frohne verpflichtender Grundbesitz ist, oder die Verpflichtung dazu auf der Person ruht²⁶) — ein Unterschied, dessen Ermittlung in einzelnen Fällen höchst schwierig ist²⁷). *Personals*- und *Realfrohnen* sind auch in Bezug auf die Leistung selbst sehr verschieden. Zu *Realfrohnen* müssen immer solche Personen gestellt werden, die zu deren Verrichtung vollkommen tauglich sind, bei *Personalfrohnen* muß sich der Dienstherr mit der persönlichen Qualifikation des Frohnpflichtigen, wie diese gerade ist, begnügen²⁸). Bei *Realfrohnen* befreien nicht Rang, Stand, Geschlecht, Alter, Krankheit von deren Leistung, und mehrere Besitzer eines frohnpflichtigen Gutes concurriren zur Frohne nach Verhältnis ihrer Gutstheile²⁹). Inwiefern *Realdienste* aus *Leibenschaftsverhältnissen* entspringen, insofern müssen alle *Leibdienste* geleistet werden³⁰). Die *Realfrohnen* selbst unterscheiden sich von anderen *Realkasten* darin, daß sie in einer *obligatio faciendi*, nicht *obligatio dandi* bestehen, und daß sie in der Regel nicht auf einzelnen Grundstücken, sondern auf einem Complexe derselben mit Haus und Hofe ruhen. Sie gehen auf jeden Besitzer dieses Complexes über, er sei *Dauer* oder nicht³¹). Da, wo die Theilung der Güter erlaubt ist, muß auch im Falle derselben die Frohne, welche bis zur Theilung auf dem ganzen Gute ruhte, verhältnißmäßig auf die einzelnen Theile desselben repartirt werden. Dann tritt, namentlich wenn die Frohnen sämtlicher Frohnpflichtigen nach dortiger Observanz eigentlich gleich sein sollten, der Unterschied von getheilten und ungetheilten Frohnen ein³²). Daß die

24) *Maurenbrecher* a. a. D. S. 747. *Münchhausen*, über Lehnherrn und Dienstmann. Leipzig 1793.

25) *Hänsel*, Bemerkungen und Excurse über das in dem Königreiche Sachsen gültige Civilrecht, 3. Abth., S. 237.

26) *Mittermaier* a. a. D. §. 190. *Hagemann* a. a. D. §. 235, Nr. 5, und §. 236. *Danz* a. a. D. §. 491, S. 189 fig. *Fischer* a. a. D. §. 1271. *Jo. Matth. le Brun*, de operarum praestandarum tam in genere quam rusticorum in specie fundamentis. Arg. 1747.

27) *Maurenbrecher* a. a. D. S. 749.

28) *Hagemann* a. a. D. §. 235, Nr. 5.

29) *Hagemann* a. a. D. §. 236. *Danz* a. a. D. S. 190.

30) *Fischer* a. a. D. §. 1275.

31) *Hänsel* a. a. D. S. 232.

32) *Fischer* a. a. D. §. 1284.

persönlichen Frohnen allerdings größtentheils aus dem Leibeigenschaftsverhältnisse entsprungen sein dürften, ist schon oben erwähnt³³⁾. Dieselben können, nach obigen Gründen, nicht gefordert werden, wenn der Frohnpflichtige durch Alter, Krankheit, Schwäche dazu unfähig ist³⁴⁾, doch kann die Personalfreiheit von anderen Diensten nicht auf die Frohne ausgedehnt werden³⁵⁾. Wenn gleich die Hausgenossenfrohne die hauptsächlichste Art der Personalfrohnen ist, so können die persönlichen Frohnen doch auch von anderen nicht Angehörigen, z. B. Auszögern, gefordert werden; ob von Hausgenossen, die nicht zum Bauernstande gehören? dieß ist strittig. Kann an dem Orte der strittigen Frohnen nicht nachgewiesen werden, daß sie wirklich aus dem Leibeigenschaftsverhältnisse herrühren, oder kann nicht eine ausdrückliche Ausnahme der nicht zum Bauernstande gehörigen Personen von jenen persönlichen Frohnen bewiesen werden; so kann man auch eine solche unstrittig nicht annehmen.

Hiernächst sind,

III. nach Verschiedenheit der Bestimmung des Wiederantrittes der Frohnleistung, die Frohnen theils ordentliche, gewöhnliche, landübliche (*operae ordinariae*), das sind diejenigen, welche für ein zu bestimmten Zeiten wiederkehrendes Bedürfnis zu leisten sind; theils außerordentliche, ungewöhnliche, Pflichtdienste (*operae extraordinariae*), welche nur auf nicht regelmäßig wiederkehrende Veranlassungen verrichtet werden³⁶⁾. Irrig wird der Charakter der ordentlichen Dienste von einigen Schriftstellern³⁷⁾ in ihrer Verwendung zur Landwirtschaft gesucht, da auch andere zu bestimmten Zeiten wiederkehrende Dienste, z. B. Rehren des Herrenhofes zu bestimmten Tagen, vorkommen, die mit der Landwirtschaft nichts zu thun haben. Zu den außerordentlichen Diensten gehören in der Regel die Landes-³⁸⁾ und viele Gemeindefrohnen³⁹⁾; zu den außerordentlichen Herrendiensten die Bau-, Jagdfrohnen u. s. w.⁴⁰⁾. Oft sind sie ungemessene (s. unter IV.) Frohnen⁴¹⁾ und können, wo sie gefeslich oder hergebracht sind, neben den ordentlichen Frohnen gefordert, können von dem Frohnpflichtigen auf die ordentlichen Dienste nicht angerechnet werden⁴²⁾. Größere Schwierigkeiten bietet

33) Rotteck a. a. D. Hagemann a. a. D.

34) Es ist dieß hier und da darauf ausgehnt worden, daß alle Fröhner bei gewissen, sie oder ihre Familie betreffenden Zufällen temporär oder immer Frohnbefreiung erhalten — Frohnfeverung — Fischer a. a. D. §. 1299.

35) Danz a. a. D. S. 192.

36) Westphal, das teutsche und reichsständische Privatrecht Th. 1, Abh. 33, S. 353. Fischer a. a. D. §. 1285. Glück, Pandectencommentar Th. 2, §. 123, S. 167. Eichhorn a. a. D. §. 249. Mittermaier a. a. D. §. 190. Maurenbrecher a. a. D.

37) J. B. von Curtius, Handbuch des in Chursachsen geltenden Civilrechtes §. 294.

38) Kunde a. a. D. §. 495.

39) Danz a. a. D. §. 495.

40) Hagemann a. a. D. §. 230, Note *).

41) Maurenbrecher a. a. D. Note 9.

42) Hagemann und Danz a. a. D.

IV. die Eintheilung der Frohnen und Dienste nach Verschiedenheit des Umfanges ihrer Leistung in gemessene oder bestimmte⁴³⁾ (*operae determinatae*) und ungemessene oder unbestimmte (*operae indeterminatae*)⁴⁴⁾ dar. Erstere sind solche, bei welchen Gegenstand, Art, Dauer und Wiederholbarkeit der Frohne, also Qualität und Quantität derselben, auch die Person, an welche sie zu leisten⁴⁵⁾, durch Gesetz, Vertrag oder Herkommen festgesetzt sind. Wo alle diese Bestimmungen fehlen, da sind die Leistungen ungemessen, unbestimmt⁴⁶⁾ im weitesten Sinne (*operae absolute indeterminatae*), sind einige, jedoch nicht alle vorhanden, zum Theil ungemessene Dienste (*operae indeterminatae secundum quid tales*)⁴⁷⁾. Beide Fälle können sowohl bei Frohnen einer bestimmten Art, wie Wachtdienst, Ackerfrohne, Eggefrohne, als bei Frohnen, die ihrer Natur nach nicht näher bestimmt sind, vorkommen. Die Herrenfrohnen sind zwar der Zeit nach an den mehresten Orten gemessen, inwiefern jedoch von Haushaltsdiensten (s. w. u.) die Rede ist, ungemessen⁴⁸⁾. Der Regel nach werden auch ungemessene Dienste dem Grundherren nur zum landwirthschaftlichen Gebrauche und eigenen Bedürfnisse geleistet⁴⁹⁾, und zwar alle möglichen Frohnen dieser Art, wenn nicht besondere Ausnahmen in dieser Beziehung festgesetzt sind. Bei Frohnen, die ihrer Quantität nach bestimmt, rücksichtlich der Qualität aber unbestimmt sind, hängt die Art der Dienstleistung von der Willkür des Dienstherrn ab, doch darf er nicht ungewöhnliche und außerordentliche Dienste fordern⁵⁰⁾. Ganz ungemessene Frohnen müssen geleistet werden, so oft sie der Dienstherr erfordert, wenn dies nicht an Sonn- oder Feiertagen geschieht (wären diese letzteren auch gesetzlich aufgehoben)⁵¹⁾. Es darf aber, wenn eine neue Bodencultur die zeitherigen Arbeiten vermehrt, diese vermehrte Arbeit auch bei ungemessener Frohne nicht gefordert werden⁵²⁾, so wie überhaupt vermehrte oder verminderte Bedürfnisse des Dienstherrn keine Veränderung gegen das Herkommen begründen können⁵³⁾. Dagegen müssen die Fröhner die durch

43) Eichhorn a. a. D. §. 249, §. 640, und §. 251, §. 645.

44) Streit, de operis rusticorum determinatis et indeterminatis. Erf. 1709. Pertsch, de divisione operarum in determinatas et indeterminatas earumque exactione. Jenae 1731. 1748. Simon und Strampf, Rechtsprüche der preuß. Gerichtshöfe Bd. 1 (Berlin 1828), Abh. 4, §. 296. Kind, quaestiones forenses tom. II. cap. 7. de obligatione rusticorum ad operas speciatim indeterminatas.

45) Hagemann a. a. D. §. 230. Danz a. a. D. §. 498.

46) Rittermaier a. a. D. §. 190. Runde a. a. D. §. 498.

47) Glück a. a. D. §. 124, §. 170. Curtius a. a. D. §. 300.

48) Strube, rechtl. Bedenten, Web. 247. (IV. 195.)

49) Hagemann a. a. D. §. 243. Hånfel a. a. D. §. 296. Pufendorf, loco infra not. 53. cit. §. 5 u. 6.

50) Rittermaier a. a. D. §. 195.

51) Wernher, observ. p. 8. obs. 333.

52) Kind l. c.: An operae determinatae ad nova oblecta eiusdem speciei invitis rusticis extendi queant? tom. I. p. 315. Hånfel a. a. D. §. 297.

53) Pufendorf, observat. iur. univ. tom. I. obs. 121. §. 7.

üble Witterung oder durch größere Fruchtbarkeit, im Vergleiche mit der sonstigen Arbeit der ungemessenen Frohne, erwirkte vermehrte Arbeit verriethen, da der Grund hierzu nicht von der Willkür des Dienstherrn abhängt. Von ihnen aber kann, wenn der Dienstpflichtige durch eigenen Fleiß sein Gut verbesserte oder vergrößerte, darum nicht mehr Frohne gefordert werden. Ueberhaupt dürfen ungemessene Dienste darum nicht zu unmäßigen (*operae immodicae*) werden, das sind solche, welche dem Frohnpflichtigen über die Gebühr angefallen werden. Gegen diese tritt für den vorliegenden Fall⁵⁴⁾ Ermäßigung durch richterliche Hilfe⁵⁵⁾ ein, welche endlich bei fortgesetzten Verhandlungen die ungemessenen Frohnen in gemessene verwandeln kann⁵⁶⁾. Die Veranlassung zu einer solchen Ermäßigung kann theils in vorübergehenden Verhältnissen, theils in der allgemeinen Unmäßigkeit der Frohnen liegen. Es muß dabei, wenn Herkommen und Gesetze über den streitigen Fall schweigen, die Natur und Beschaffenheit der Frohnen berücksichtigt und die Frohnen müssen so ermäßigt werden, daß einerseits der Frohnpflichtige Zeit genug übrig behalte, seine eigene Wirtschaft zu besorgen und sich seinen Lebensunterhalt zu erwerben, andererseits auch die Gutsherrschaft nicht allzusehr in ihren Rechten geschmälert werde. Das Herkommen in den Umgebungen der Gegend, in welcher der Streit vorkommt, wird hier das richtigste Anhalten und das Bedürfnis des herrschenden, so wie die Beschaffenheit des dienenden Gutes werden die richtigsten Entscheidungsquellen abgeben⁵⁷⁾. Ist bloß die Qualität der Dienste zweifelhaft und die einerseits geforderten Dienste sind nach Zweck und Gegenstand den andererseits zugestandenen gleich, beide geben auch gleich große Beschwerde, so hindert nichts die einen den anderen zu substituiren. Ueber die Qualität außerordentlicher ungemessener Dienste entscheidet die Natur des Bedürfnisses und bei der Herrenfrohne vorzüglich der Grundsatz, daß sie nur zum Vortheile des Landgutes zu leisten ist, und daß sie eine solche sein muß, die jeder Bauer, als solcher, leisten kann. Bei angeblicher Unmäßigkeit rücksichtlich der Quantität der ungemessenen Frohnen dienen Durchschnittszeiten aus den auf die Arbeiten in den vorigen Jahren verwendeten Tagen zum Maßstabe der Beurtheilung. Nie können sie über das natürliche Maß, das sich nach der Beschaffenheit des dienstpflichtigen Gutes ergibt, gefordert werden⁵⁸⁾. Eine noch streitigere Frage als die über

54) Maurenbrecher a. a. D. §. 752 und Note 15.

55) Wiener (praes. Hoeckner), de operarum indeterminatarum determinatione. Lipsiae 1720. Zu Rhein, Beitr. zur Gesetzgeb. u. prakt. Jurispr. (München 1826), Bd. 1, S. 153. Kindl. c. Tom. II. cap. 10. p. 356.

56) Dieß widerspricht nicht der richtigen Behauptung Eichhorn's a. a. D. §. 251, S. 646, daß der Richter nicht die Befugniß habe, ungemessene Frohnen in gemessene zu verwandeln.

57) Maurenbrecher a. a. D. §. 341, S. 751.

58) Ueber diese streitige Materie vgl. *Movii decis.* P. IV. Dec. 132. 333. *Leyser, meditationes ad pandect.* Vol. VI. spec. 418. med. 1 u. 1. *Fischer, Cameral- und Polizeirecht* §. 1278. *Glück a. a. D.* §. 124,

Ermäßigung unmaßiger Dienste ist die, ob im Zweifelsfalle für gemessene oder ungemessene Dienste die Vermuthung spreche? Die älteren und mehrere neuere Rechtslehrer⁵⁹⁾ pflegten, ausgehend von der irrigen Ansicht, daß in früheren Zeiten alle Bauern leibeigen gewesen wären, deshalb eine Präsumtion für die ungemessenen Frohnen anzunehmen. Andere⁶⁰⁾ meinen, daß, weil außerordentliche Frohnen auf keinem allgemeinen Grunde beruhten, sondern immer speciell nachgewiesen werden mußten, bei diesen gegen, bei ordentlichen hingegen für die Ungemessenheit der Frohnen zu präsumiren sei. Die jetzt ziemlich allgemein auch in mehreren Legislationen angenommene richtige Meinung geht dahin, daß, wenn gleich historisch die ungemessenen Frohnen wohl älter als die gemessenen sein dürften, dennoch daraus eine rechtliche Vermuthung für die Ungemessenheit der Frohnen nicht zu folgern, sondern auch diese, so wie jede Eigenschaft der Frohne, von dem, welcher sie behauptet, zu erweisen sei⁶¹⁾. Bei gemessenen Diensten ist die Regel, daß die Dienstpflichtigen durchaus nichts leisten, was nicht bestimmt ist, daher Veränderungen der Qualität und Quantität, Verlegung der Frohne nach Zeit und Ort, Verwandlung derselben in ähnliche, wenn auch nicht lästigere Frohnen keinem Theile einseitig gestattet sind. Wenn nicht bestimmte Tage oder Orte für die Dienste festgesetzt sind, so hängt deren Bestimmung vom Dienstherrn ab. Bei ihnen findet übrigens unter geeigneten Umständen häufig Nachleistung der angesagt gewesen, aber behinderten Frohndienste statt⁶²⁾. Unter den gemessenen Frohnen sind vorzüglich Zeit- und Stückfrohnen zu unterscheiden. Stückfrohnen werden diejenigen genannt, bei denen der Fröhner eine gewisse Arbeit vollenden muß, ohne daß ihn der Ablauf irgend einer Zeit davon befreit. Dieß letztere hindert aber nicht, daß der Dienstherr die Frohne doch zu und binnen einer bestimmten Zeit fordern kann, z. B. die Acker-, Egge-, Ernte-, Heufrohne u. s. w., wo der Fröhner bestimmte Grundstücke in diesen Beziehungen fertig bearbeiten muß, ohne daß ihn die Länge der Arbeitsdauer davon befreit. Häufig sind die Grundstücke durch sogen. Theilsteine in gewisse Frohnthteile⁶³⁾ getheilt, wovon jeder Fröh-

§. 176 flg. Hagemann a. a. D. §. 235 u. 243. Hänfel a. a. D. §. 297, 299. Eichhorn a. a. D. §. 251. Rittermaier a. a. D. §. 195.

59) Mevius l. c. Dec. 131. Leyser l. c. spec. 417. coroll. Buri, Erläuterung des Lehnrrechtes, 4. Fortf., Cap. 3, Nr. V, 4., §. 44. v. Pohnhorst a. a. D. Bd. 4, §. 70. Curtius a. a. D. §. 301. Hänfel a. a. D. §. 297.

60) Glück a. a. D. §. 124, §. 172 flg. Runde a. a. D. §. 499, und Danz dazu a. a. D. §. 220 flg.

61) Eichmann, Erklärungen des bürgerlichen Rechtes Th. 2, §. 123a. §. 387. Rittermaier a. a. D. §. 195. Maurenbrecher a. a. D. §. 340, §. 748.

62) Hagemann a. a. D. §. 238. Hänfel a. a. D. §. 299 flg.

63) Verschieden von dem bergrechtlichen Frohnthteile, d. i. der dritten Schicht der Zeche. Jede Zeche oder Grube, d. i. ein Baulustigen zum Bergbau eingeräumter District, wird in drei Zeitabtheilungen (Schichten), in der Regel jede zu 8 Stunden, binnen 24 Stunden, manche werden jedoch auch nur

ner das seinige bearbeitet, welches häufig auch *Theilfrohne*, verschieden von *getheilter Frohne* (s. o. S. 382) genannt wird. Die *Zeitfrohnen* sind solche, bei welchen der Fröhner binnen einer gewissen Zeit die ihm aufgetragene Arbeit machen muß, so daß durch die Nichtvollendung derselben die Beendigung der Frohne nicht gehindert wird. Dies tritt ein in allen den Fällen, wo dem Fröhner die Anzahl der Tage, welche er arbeiten muß, vorgeschrieben ist. Gewöhnlich haben an diesen Tagen Mittags die *Spannfrohner* zwei, die *Handfrohner* eine Stunde, hier und da alle Fröhner auch zum Frühstück und Vesperbrot eine Viertel- oder halbe Stunde Ruhe. Streitige, nach Gesetz und Observanz zu entscheidende Fragen sind, ob alle Fröhner die Ruhestunde zugleich nehmen müssen, oder ob Jeder sie zu der ihm beliebigen Zeit nehmen könne? und ob, wenn Einer oder der Andere davon gar keinen Gebrauch machen will, er um so viel früher von der Arbeit abgehen kann, als die Ruhestunde beträgt^{63a)}? Das ist aber als ausgemacht anzunehmen, daß der Dienstherr, wenn er nicht dieß Recht besonders hergebracht hat⁶⁴⁾, ganze Arbeitstage nicht in halbe oder gar in einzelne Stunden zerspalten und den Fröhnern ansinnen darf, an verschiedenen Tagen einzelne Stunden zu frohnen und diese zum Betrage von Tagen zusammenrechnen zu lassen⁶⁵⁾, weil dieß die Frohne sehr erschweren würde.

V. Nach Verschiedenheit der Art der Leistung der Frohnen, je nachdem sie bloß durch Menschenkräfte oder auch durch Gebrauch der Thiere dazu geleistet werden, sind sie *Hand-* oder *Spanndienste*⁶⁶⁾. Die gemischten Frohnen (*operae mixtae*) sind nur *Handdienste*, die bei dem *Spanndienste* geleistet werden müssen, wie das *Auf-* und *Abladen*, welches der Fuhrmann oder auch noch ein von dem *Spannfrohner* dazu zuweilen besonders zu bestellender *Aufläder* verrichten muß, und bilden daher keine besondere Frohnenart⁶⁷⁾. Die *Handdienste*, *Handfrohnen* (*operae manuariae*) werden in der Regel nur von denen verrichtet, die keine *Anspanngüter* besitzen, doch nicht ohne Ausnahme; namentlich müssen die *Anspanner* häufig die eben erwähnten gemischten Frohnen leisten. Eigentlich aber liegen erstere nur denjenigen ob, welche nicht so viele *Bauerländerei*, daß darauf ein Pferd gehalten werden kann, be-

zu Ein oder Zwei Dritteln bearbeitet. Das dritte Drittel der Arbeit, es werde die Beche in drei Dritteln bearbeitet oder nicht, gebührt nun ursprünglich unter dem Namen *Frohntheil* dem Landesherrn, als *Reservat*; doch mußte er die Kosten dazu hergeben. Dieß hat sich indeß häufig geändert. *Pate*, *Commentar über das Bergrecht* (Sulzbach 1823), S. 107 u. 237. *Mittermayer a. a. D.* §. 275.

63a) *Hänfel a. a. D.* S. 269 fig.

64) Von diesem Falle ist unstrittig zu verstehen *Hänfel a. a. D.* S. 245.

65) *Strube a. a. D.* *Bed.* 250 (V, 94). *Kindl. c.* Tom. II. cap. 25. p. 32. *Curtius a. a. D.* §. 302. *Hagemann a. a. D.* §. 235, *Tit.* 3 a. C.

66) *Mittermayer a. a. D.* §. 190. *Sichhorn a. a. D.* §. 249. *Maurerbrecher a. a. D.* §. 340. *Hänfel a. a. D.* S. 269.

67) *Danz a. a. D.* §. 492, S. 208.

sigen, sondern nur ein Haus, wenn auch mit einem Garten und etwas Feld, also den Hintersättern, Rühgutsbesitzern (welche ihr Feld mit Röhren bestellen), Röhthern, Brinkfägern, Gärtnern, Häuslern, oft aber auch den Halbmeiern, Groß- und VolkRöhthern, ja sogar den Hausgenossen. Alter, wozu nicht immer 60jähriges hinreicht, und Krankheit befreien davon⁶⁸). Am bemerkenswerthesten sind unter ihnen die Hausgenossenfrohnern (das sind diejenigen, welche der in einem Orte aufgenommene Hausgenosse für seine Duldung daselbst leistet), weil diese Frohnern nicht auf einem Gute, sondern auf der Person ruhen. Dst wird statt ihrer ein sogen. Schutzgeld entrichtet⁶⁹). Die Handdienste im gedachten weitesten Sinne⁷⁰) sind theils Handdienste, Handfrohnern im strengen Sinne (operae manuales), theils Fußdienste, Reisedienste, das Botenlaufen, Botschaftsgehen (operae pedestres), durch den Namen selbst genugsam bezeichnet⁷¹). Diese letzteren muß der Fröhner nicht nur zu kleinen, seinen geistigen Kräften angemessenen mündlichen Bestellungen, sondern auch zum Verschicken von Briefen und mit, wenn er verpflichtet ist, den Weg mit dem Schiebkarren zu machen, in der Regel nicht über 40 Pfund, außerdem in der Regel nicht über 12 Pfund schweren Packeten⁷²) leisten. Gewöhnlich ist der Botenfröhner, d. i. der, welcher die Botenfrohnern verrichtet, nicht zu Staatsdienstangelegenheiten, Handels- und Fabrikgeschäften des Dienstherrn, auch nicht zu einer Reise, welche der Bote nicht in Einem Tage hin und zurück machen kann, gedachte Frohnern zu leisten verbunden. Dagegen braucht sie in der Regel nicht so lange vorher angesagt zu werden, wie andere Frohnern⁷³); es läßt sich jedoch im allgemeinen, ohne in jedem einzelnen Falle die gesetzlichen oder herkömmlichen Bestimmungen zu kennen, nicht angeben, wie viel kürzer vorher der Botengang angesagt werden kann. Eine dritte Art der Handfrohnern im weitesten Sinne ist die Wachtfrohnern, Wachtdienst⁷⁴), d. i. die Bewachung gewisser Gegenstände, z. B. gewisser Gebäude, der Feldfrüchte, Arrestanten, Leichname verunglückter Personen u. s. w., theils an Ort und Stelle — Wachtfrohnern im eigentlichen Sinne, theils auf dem Transporte von einem Orte zum anderen, oder zur Stelle des competenten oder eines Nachbargerichtes — Schubfrohnern. Diese letztere ist nur dem Gerichtsherrn oder der Landespolizei zu leisten und ist theils nach den Grundsätzen der Fußfrohnern, theils der Wachtfrohnern im eigentlichen Sinne, theils der Landfolge (s. w. u.) zu beurtheilen. Die eigentliche Wachtfrohnern hat

68) Hönfel a. a. D. 3. Abth., §. 291—308, S. 261.

69) Hagemann a. a. D. §. 239. Hönfel a. a. D. S. 231 fig.

70) Ebenbas. S. 259.

71) Einige gerichtliche Entscheidungen darüber finden sich in Koch und Baumeister, schlesisches Archiv für die praktische Rechtswissenschaft Bd. 3 (Breslau 1839 u. 40), Nr. 17 u. 41.

72) Kind l. c. Tom. II. cap. 9.

73) Ueber alles dies s. Hönfel a. a. D. S. 282 fig.

74) Hönfel a. a. D. S. 259. Rittermaier a. a. D. §. 191. Maurenbrecher a. a. D. §. 749.

vorzüglich die Bewachung der Ritterfize und der Schlösser des Landesherrn zum Gegenstande und kann in der Regel nur in Zeiten öffentlicher Unsicherheit, bei notorisch in der Gegend sich zeigenden Räuber- oder Nordbrennerhorden, in Kriegs-, Pestzeiten u. s. w. gefordert werden, nicht, wie manchmal verlangt worden ist, bei Krankheiten der Rittergutherrschaft und, selbst wenn dieß letztere im allgemeinen hergebracht wäre, nicht während des Kindbettes der Gerichtsfrau⁷⁵). Schuldig dazu sind in der Regel nur die ansässigen Unterthanen, nicht die Hausgenossen. Eigentlich reicht auch eine Wache am Thore des Ritterfizes oder an den sonst zum Ritterfize zugänglichen Stellen desselben und in der Regel nur Ein Mann hin, wenn nicht der Dienstherr oder die Unterthanen selbst ein Anderes hergebracht haben. Da, wo das Rittergut von den Häusern und Gebäuden der Unterthanen eingeschlossen ist, kann neben einem tüchtigen Dorfwächter nicht noch besondere Bewachung des Ritterfizes verlangt werden. Sehr gebräuchlich ist bei dieser Frohne eine frugale Verköstigung, Brot, Käse u. s. w. Alle anderen eigentlichen Wachdienste, als Arrestantenwache, Feldwache u. s. w., sind zwar nicht durch allgemeine Unsicherheit bedingt, können jedoch streng nur so gefordert werden, wie sie hergebracht sind⁷⁶). Die Wachfrohnen im strengen Sinne unterscheiden sich von der Schubfrohne dadurch, daß die Bewachung nur an Ort und Stelle geschieht, von allen anderen Frohnen dadurch, daß sie Tage- und Nachtfrohnen (s. w. u.) sind. Mit der Wachfrohne im weitesten Sinne hat die Jagdfrohne⁷⁷) Aehnlichkeit, insofern sie in Bewachen des Jagdzeuges besteht, sie auch, wenn ihren Gegenstand Treiben des Wildes, Lerchenstreichen und Tragen der Jagdbriefe ausmachen, eine Art von Fußfrohne ist. Sie ist aber in vielen anderen Beziehungen eine eigentliche Handfrohne, da der Jagdfrohner auch gebraucht wird zum Fahren und Tragen der Jagdgeräthe und des erlegten und gefangenen Wildes, Fortschaffen der Zeug- und Nezwagen, auch des Jagdpersonals und der Hunde, Anfuhrer des Holzes auf die Relais — in diesen Fällen, doch den selteneren, zu den Spanndiensten theilweise gehörig — Umstellen der Wälder und Gehölze, Reparatur der Jagdgeräthschaften, Aufstellen der Lappen, Garne, Tücher u. s. w., Zubereitung des Hundefutters und dessen Verabreichung auf den Jagden, Unterhaltung der Wachtfeuer, Einfangen der Sauen, Einhegen der Hunde, Lieferung der Wolfsangeln und Seile, Führen der Hunde u. s. w.⁷⁸). Sie hat das Besondere,

75) Arg. fr. 14. §. 2. D. de aedilit. edict. (21. 1.) Leyer l. c. Vol. I. spec. 14. med. 1. Berger, oeconom. iuris lib. I. tit. II. th. 8. nr. 9.

76) Ueber diese ganze Materie vgl. Hånsel a. a. D. S. 294. Curtius a. a. D. §. 299. Hagemann a. a. D. §. 244.

77) Reichardt (nicht Reinhardt), de operis venaticis. Jenae 1770. Bülow und Hagemann, praktische Erörterungen Bd. 5, S. 186. Koch und Baumeister a. a. D. Nr. 11.

78) Hagemann a. a. D. Hånsel a. a. D. S. 295. Krug, Verhandlungen des ersten Landtages im Königreiche Sachsen (Leipzig 1833), Nr. VIII, S. 80.

daß, wenn die Jagdgerechtigkeit sich über die Grenzen des jagdberechtigten Gutes erstreckt, sie, ohne Berücksichtigung der übrigen Grenzen, so weit geleistet werden muß, als die Jagdgrenze geht. Uebrigens ist sie mit der Jagdgerechtigkeit nicht nothwendig verbunden, sondern muß jederzeit besonders erwiesen werden⁷⁹⁾, und gehört dann in die Classe der außerordentlichen (s. o. S. 383) gutherrlichen Dienste. Zu diesem Erweise langt aber der Beweis, daß die Frohnpflichtigen zu ungemessenen (s. o. S. 384) Handdiensten verbunden sind, nicht hin, weil die Jagdfrohne darunter nicht begriffen ist⁸⁰⁾. Bürger leisten gewöhnlich keine Jagdfrohnen, weil die Berechtigung dazu gewöhnlich ein gutherrliches Recht ist⁸¹⁾; nur zuweilen in kleinen Städten, namentlich wo der Magistrat oder die Bürgerschaft die Jagd selbst hat, kommt diese Frohne vor. Sie ist auch in der Regel eine gemessene Frohne sowohl rücksichtlich der Zeit, als der Jagdart⁸²⁾. Sie pflegt nicht an Sonn- und Festtagen und nicht des Nachts gefordert werden zu können — von dem letzteren macht das Verchenstreichen mit Nachtgarnen zuweilen eine Ausnahme. Nicht eigentliche Jagdfrohnen, aber damit zusammenhängend, sind folgende zwei Lasten: das Hundefüttern, Hundelager, die Verpflichtung, dem Jagdherrn einen oder mehrere Jagdhunde immerfort zu füttern, häufig eine Last der Mühlen und Meistereien, für welche Last oft ein Aequivalent an Hundelagergeld, Hundehaber, Hundebrot entrichtet werden muß. Ebenso das Jagdlager, Jagdablager, Jägerzehrung, d. i. die, zuweilen sogar Klöstern und adeligen Vasallen obliegende Verbindlichkeit, dem Jagdherrn (häufig auch seinen Jägern, Pferden und Hunden) Nachtlager, Essen, Trinken, Futter zu verabreichen⁸³⁾. Es ist dieß gewöhnlich der Zahl nach auf gewisse Jagden beschränkt, z. B. nach einigen Urkunden: Ein Mal bei Korn und Ein Mal bei Stroh, d. h. im Sommer und Winter, in jedem Ein Mal. Das Jagdlager ist oft in ein sogen. Jägergeld verwandelt. Diese beiden Lasten müssen immer von dem Behauptenden besonders bewiesen werden⁸⁴⁾. Verschieden von den Jagdfrohnen ist die Jagdfolge, d. i. nicht die auch so genannte Racheite oder Wildfolge, Verfolgung angeschossenen Wildes über die Jagdgrenze⁸⁵⁾, sondern Verwendung der Jagdfrohne zur Jagd auf gefährliche und schädliche Raubthiere⁸⁶⁾. Irrthümlich ist dieser Theil der Landesfolge mit der, blos zur Herrenfrohne gehörigen Jagdfrohne oft verwechselt worden⁸⁷⁾. Nur

79) Hānsel a. a. D. S. 296. Mittermaier a. a. D. §. 193.

80) Hagemann a. a. D.

81) Hagemann a. a. D. Note 7.

82) Hagemann und Mittermaier a. a. D.

83) Bülow und Hagemann a. a. D. S. 182.

84) Hagemann und Mittermaier a. a. D. Runbe a. a. D. §. 497.

85) Strube a. a. D. Bed. 200, Note *) (II, 140).

86) Petr. Müller, de persecutione luporum. Jonas 1678.

87) Hagemann a. a. D. §. 233 und Note 1 u. 11. Darg a. a. D. §. 497, Note a und §. 493, Nr. 3, B., S. 211. Glück, Pandektencommen-

die Jagdfolge hat der Landesherr als solcher und zwar von allen Unterthanen, also von sogen. Kammer- und Patrimonialbauern zu fordern, die gewöhnliche Jagdfrohne haben ihm aber bloß die Kammerbauern zu leisten. So wie jedoch überhaupt die Grundsätze über alle Frohnen durch Mißbrauch ausgebehnt wurden, so sind namentlich die Grundsätze rücksichtlich der Landfolge auf die Privatfrohnen nach und nach ausdehnend angewendet worden. Daher findet man öfter, daß die einfache Jagdfrohne dem Landesherrn geleistet werden muß, wenn er auch nicht auf gefährliche Raubthiere jagt⁸⁸). In der Regel aber kann der Landesherr, als solcher, die Jagdfrohne weder zum bloßen Vergnügen, noch zu seinem Privatvortheile fordern, es sei denn vermöge besonderen Erweises des Rechtes dazu⁸⁹). Nicht alle Patrimonialbauern sind ihrem Gutsherrn, nicht alle Kammerbauern ihrem Landesherrn zur Jagdfrohne verbunden⁹⁰). Dester ist die Jagdfolge in Geld verwandelt worden — Wolfsjagdbienste⁹¹ u. d. l. — Die eigentlichen Handfrohnen, Handfrohnen im strengen Sinne, sind solche Frohnen, welche mit der Hand verrichtet werden. Daher kann z. B. den Handfrohnern nicht zugemuthet werden, mit dem Geschirre des Dienstherrn Spannfrohnen zu verrichten⁹²). Die eigentlichen Handfrohnen sind in der Regel Arbeiten zum wirthschaftlichen Gebrauche im weitesten Sinne des Wortes und heißen daher häufig Ackerfrohnen, als Getreide schneiden, hauen, binden, Seile und Schabe machen, aufmandeln, auf- und abladen, banfen, einschauern, Dreschen, wurfen, aufheben, säden, aufschütten, hiernächst graben, hacken, Kraut, Kartoffeln u. s. w. behacken, Heu und Grummet mähen, streuen, wenden, harken, häufeln, dünne machen, auf Schober, Feumel, Böcke, Windhausen, Hocken legen, alle Produkte auf- und abladen, ausmisten, Dünger laden und breiten, hiernächst pflanzen, Holz schlagen, Hertschneiden, Hof und Banfen fegen und reinigen, Gräben ziehen, Wiesen ebenen, harken, Disteln stechen, Schafe waschen und scheeren, Flachs und Hanf gäten, brechen, hecheln, spinnen, Baumaterialien mit herbeiholen, den Maurern und Zimmerleuten zulangen u. s. w.⁹³).

tar Th. 2, §. 123, S. 168. Selbst Eichhorn scheint, a. a. D. §. 248, Note h, in diesen Fehler zu verfallen, wenn er alle Jagddienste aus dem Schußrechte, Vogteirechte, ableitet.

88) J. B. im Fürstenthume Lüneburg, wenn der Landesherr oder eine andere hohe fürstliche Person selbst jagen, oder wenn auch nur mit hohen Lüchern gejagt wird. Corp. const. Cell. c. 9. p. 15.

89) J. M. Seuffert, progr.: Operae venatoriae territoriales quatenus referendae sint? Wirceb. 1790. Kindl. c. Tom. II. cap. 31. Hagemann a. a. D. §. 233.

90) Glück a. a. D. S. 168 u. 169 und die in Note 12 dazu angezeigten Schriftsteller, namentlich: Hauschild praes. Winkler, Superioritas territorialis fons operarum venaticarum. Lipsiae 1786.

91) Krug a. a. D. S. 81, in welcher Schrift, so wie bei Kindl. c., sich das l. sächs. Particularrecht in diesen Beziehungen findet.

92) Leyser l. c. Vol. VI. spec. 416. m. §.

93) Hagemann a. a. D. §. 239. Glück a. a. D. §. 123 a. G., S. 169. Curtius a. a. D. §. 292, Note c.

Diese Handfrohnen sind übrigens theils Männer-, theils Weiberdienste, Männer- und Weibertage, d. h. theils solche, welche von Männern verrichtet werden müssen, theils solche, welche auch von Frauen verrichtet werden können. Zur ersten Classe gehören: Holzfällen, Hertschneiden, Getreide einfahren helfen u. s. w., zur zweiten die zur Zubereitung des Flachses erforderlichen Geschäfte, Garn- und Wollspinnen, Leinwand weben, backen, brauen, mähen, gäten im Garten und Felde u. s. w. Der Unterschied der Kräfte in beiden Geschlechtern macht, daß die Männerfrohne höher als die Weibefrohne angeschlagen wird und daß, da sie lästiger ist, für die Geschäfte ersterer Art der Frohnherr keine Frau oder Kinder, statt des dazu eigentlich verpflichteten Mannes, anzunehmen braucht. Versteht aber der Mann die Geschäfte der zweiten Art, so muß ihn der Frohnherr als Stellvertreter der eigentlich dazu verpflichteten Frau sich gefallen lassen. Nach Verschiedenheit der Orts- und Landesgewohnheit werden manche Arbeiten, z. B. Getreideschneiden, Dreschen u. s. w., bald zu den Männer-, bald zu den Weibefrohnen gerechnet. Uebrigens entscheidet, wenn ein Herkommen nicht erwiesen werden kann, darüber, ob eine Frohne zu der einen oder anderen Art von Diensten gehört, vorzüglich die Beschaffenheit des Dienstes⁹⁴). Eine ganz besondere Art der Handfrohner sind die Erbdrescher, Dreschgütler, Dreschgärtner, Zehenddrescher und Erbmäher, Zehendschneider, das sind diejenigen Fröhner, auf deren Grundstücken das Recht und die Verbindlichkeit ruht, sämmtliches oder gewisses Getreide des Grundherrn, gegen eine bestimmte, gewöhnlich in einer pars quota des bearbeiteten Getreides bestehende Vergütung zu mähen oder zu dreschen oder beides zu verrichten⁹⁵). Diese Frohnen unterscheiden sich wesentlich von gewöhnlichen Dresch- und Mähfrohnen theils durch die größere Vergütung, theils durch die mit dem Besitze des Dreschgutes verbundene Berechtigung des Erbdreschens zu Verrichtung dieser Arbeit. Der Fröhner hat nur dann ein Recht auf Leistung der Frohne, wenn er gegen diese Leistung eine Entschädigung zu fordern berechtigt ist. Seine Verpflichtung dabei wird nach den Grundsätzen über Frohnen im allgemeinen beurtheilt; außer inwiefern die Fröhner häufig zu diesem Geschäfte mittelst Eides verpflichtet werden und inwiefern ihnen häufig die Reparirung der Tenne, auf welcher sie dreschen, obliegt. Der Grundherr kann ihnen den durch ihre Frohne ihnen erwachsenden Vortheil weder durch Annahme anderer Arbeiter statt ihrer⁹⁶), noch durch Einführung einer anderen Wirthschaftsart entziehen. Doch wird im ersten Falle vorausgesetzt, daß sie nicht durch

94) Bülow und Pagemann a. a. D. B. 3, Nr. 58. Eichhorn a. a. D. §. 249, Note a. Kunde a. a. D. §. 492. In gewisser Art gegen obige Grundf. Kind l. c. Tom. II. cap. 11., und Hünfel S. 249. Im Allgem. vgl. Pagemann a. a. D. §. 237, 241 u. 244. Glück a. a. D. S. 167.

95) Gründliche historische Erörterungen darüber s. in Koch, schlesisches Archiv für die praktische Rechtswissenschaft Bd. 1, Hft. 1 (Breslau 1837), Nr. 12.

96) Kind l. c. T. II. p. 367.

Saumseligkeit, Widerspenstigkeit, schlechte Arbeit, Untreue u. s. w. richterlich davon entfernt worden sind (welcher Nachtheil jedoch nur das demalsten dienende Individuum, nicht seine Nachfolger im Dreschergute trifft) und daß der Fröhner entweder selbst oder mittelst Annahme von Hilfs- und Mitarbeitern die fragliche Arbeit innerhalb der gewöhnlichen Zeit, z. B. den Ausbruch bis zu Johannis, vollendet. Die Einführung einer neuen Wirthschaftsart kann aber der Erbdrescher zwar nicht hindern, kann aber Entschädigung für den ihm entgehenden Vortheil verlangen⁹⁷⁾.

Die Spannfröhnen, Spannndienste, Anspanndienste, Fahrdienste, Pferdeshrohnen, Zugshrohnen, Zugdienste (operae vexoriae, iumentariae, armentariae), diejenigen Frohnen, welche mit Zugvieh, Schiff und Geschire verrichtet werden müssen⁹⁸⁾, halten, wenn man dabei auch die Landfolge berücksichtigt, theils auf dem Gute, theils auf dem Zugvieh, und müssen in letzterem Falle nur mit so vielem Viehe geleistet werden, als der Fröhner hat, in ersterem nur mit so vielem, als das Frohngut, als solches, halten muß⁹⁹⁾. So wie man nämlich die Fröhner im allgemeinen in Anspannfröhner, Anspanner, Pferdeshrohner, Pferdner und Handfröhner theilt (s. o. S. 387), so werden die Pferdeshrohner wieder nach der Anzahl der Pferde, mit welchen sie frohnen müssen, in Vierspanner (zuweilen Vollsspanner genannt), Zweispanner (zuweilen Halbspanner genannt), Einspanner¹⁰⁰⁾, hingegen da, wo nicht jeder Anspanner jede Art von Spannfröhnen zu thun verbunden ist, nach Art der Arbeiten, die sie mit ihrem Geschire verrichten müssen, eingetheilt in Fuhrspanner (daher Fuhr- oder Fahrdienste), welche die Wagenfahren thun, Pflugspanner, Ackerfröhner, welche die Ackerarbeit (Ackerfrohne im engeren Sinne) verrichten, Eggespanner (daher Eggefrohne), welche das Feld eggen müssen¹⁰¹⁾. Doch werden die letzten drei Benennungen auch oft für den allgemeinen Ausdruck Anspannfröhner (pars pro toto), ja sogar der Ausdruck Ackerfrohne häufig für alle zur ökonomischen Bearbeitung eines Gutes gehörigen Spann- und Handdienste (s. o. S. 391) gebraucht. Sämmtliche Spannfröhner können vom Gutsherrn nicht gezwungen werden, solche ungewöhnliche Spannfahren zu leisten, wobei sie sich ihrer gewöhnlichen Geschire nicht bedienen können, z. B. Schlittenfahren statt Wagenfahren, Haken statt Ackern

97) Kindl. c. Tom. II. c. XLIII. p. 124. Im allgemeinen über diese Materie s. Hänfel a. a. D. S. 272 fig. Ueber die Ansprüche der schlesischen Hofgärtner auf einen Mandelbelohnungsantheil von Raps und sonstigen Delfrüchten, Wurzelgewächsen u. s. w., dann auf Nachreche und Habe von gedroschenem Getreide und auf dießfalligen Ersatz von durch Lohndrescher gedroschenem Getreide s. Koch und Baumeister a. a. D. Nr. 5, 6, 41.

98) Danz a. a. D. S. 492. Maurenbrecher a. a. D.

99) Fischer a. a. D. Bb. 1, §. 1286. Eichhorn a. a. D. §. 251. Doch vgl. auch ebendas. Note h.

100) Hufeland, Einleitung in die Wissenschaft des deutschen Privatrechts §. 370.

101) Glück a. a. D. S. 166. Hufeland a. a. D.

u. s. w.¹⁰²). In der Regel geschieht die Frohne mit Pferden¹⁰³, doch da, wo die Landesart das Ochsenhalten nöthig macht, z. B. in bergigen Gegenden, mit Ochsen. Im ersteren Falle findet sich häufig die polizeiliche Vorschrift, daß der Bauer, welcher eine gewisse Anzahl Hufen besitzt, Pferde halten muß¹⁰⁴. Auch bei Herrenfrohne schließt die Spannfröhne die Willkür aus, ob der Gutsbesitzer Zugvieh halten will oder nicht. Bei den Herrenfrohnen liegt die Anspannfröhne nur solchen Frohnpflichtigen ob, welche zu Bearbeitung ihrer Güter Zugvieh halten müssen, doch nicht allen, indem z. B. in der Regel die Kühhütler von Spannfröhne befreit sind. Hält sich ein solcher, der keine Spannfröhne zu leisten und also kein Spannvieh zu halten verbunden ist, solches freiwillig, so hat er damit keine Herrenfrohne zu leisten. Dagegen müssen sehr oft Anspanner auch Handfrohne verrichten (s. o. S. 387), daher die Rechtsparomie: Der Bauer muß dienen, wie er bespannt ist, nur auf die Art der Leistung der Spannfröhne zu beziehen ist, keineswegs aber ausdrückt, daß der, welcher bespannt sei, darum keine Handfrohne zu leisten brauche. Kann eine Frohne eben sowohl mit der Hand, als mit Anspannung geleistet werden, z. B. Teichausfahren, Schlamm- und Erdefahren, Schüttfahren u. s. w., so leistet jeder der Fröhner die Art Frohne, zu welcher er, seiner Beszung nach, gehört, der Anspanner Spann-, der Handfröhner Handfrohne, so daß dieser, selbst wenn er Zugvieh hält, doch zur Spannfröhne dabei nicht gezwungen werden kann. Auch kann Spannfröhne nicht einseitig in Handfrohne verwandelt werden¹⁰⁵. Der Spannfröhner liefert zur Arbeit nur solches Werkzeug, wie er es in seiner Wirtschaft braucht, nicht neuerfundene Instrumente statt der gewöhnlichen, doch diese in tüchtigem Stande. Für jedes Geschirr muß er einen tüchtigen Fuhrmann, Treiber¹⁰⁶ stellen, der auf- und abladen mit zu helfen, doch in der Regel dieß nicht allein zu besorgen verbunden ist (s. o. S. 387). Dabei finden Ausnahmen in der Masse statt, daß er dieß zuweilen allein besorgen, sogar das Abgeladene an Ort und Stelle schaffen muß. Die Spannfröhnen sind übrigens entweder auf gewisse Tage festgesetzt, wo unbestimmte Spannfröhnen, oder auch nach den verschiedenen Jahreszeiten Acker-, Egge-, Fuhrfröhnen mit einer bestimmten Anzahl von Zugvieh verrichtet werden müssen, oder die Fröhner haben bei gewissen Grundstücken die nöthigen Arbeiten ohne Berücksichtigung der dazu nöthigen Zeit zu besorgen. Bei Fuhren zum Transporte von Sachen, Fuhrdiensten (s. o. S. 393); ist gewöhnlich ein bestimmtes Gewicht für eine Fuhr, z. B. häufig 10 Centner für eine zweispännige Fuhr, ohne Unterschied der Art des Zugviehes, festgesetzt; außerdem muß das Gutachten Sach-

102) Kälting, 118 Entscheidungen des D. u. A. Gerichtes zu Celle (Celle 1805), Nr. 18.

103) Kindl. c. Tom. II. cap. XII. (IV. 361. 362.)

104) Mittermayer a. a. D. §. 191.

105) Schlüter und Wallis, juristische Zeitung für das Königreich Hannover, Jahrg. 3, Hft. 2, S. 85.

106) Juristische Zeitung für die königl. preussischen Staaten, Berlin, Jahrg. 1832, S. 1230.

verständiger nach Landes- und Ortsgebrauch die Schwere der Last bestimmen. Doch darf die Frohnfuhre mit der vollen Last nur auf dem Hin- oder Rückwege beladen werden; wird ihr auf beiden aufgeladen, so darf die Last beider zusammen nur das Gewicht der vollen Last ausmachen; außerdem muß dem Fröhner die geleistete eine Frohne für zwei gut geschrieben werden. Es muß aber in der Regel der Fröhner die leeren Geräthschaften zum Einpacken und Fortschaffen der zu transportirenden Sachen, also Kisten u. s. w., noch über das Gewicht mit hin- oder zurücknehmen. Diesem nach kann der Fröhner auch nicht gezwungen werden, die Herrenfrohnen mit Wechsellwagen zu verrichten. Bei Reisetfrohn (das sind, wenn die Rede von Spannfuhren ist, solche, bei denen der Fröhner so weit sich vom Gute des Dienstherrn entfernt, daß er unterwegs füttern muß, ehe er zurückkommt [s. o. S. 388]) darf in der Regel die Reise nicht über zwei Tage dauern; an deren jedem der Fröhner nicht über vier Meilen zu fahren, auch, wenn die Frohne dazu verwendet wird, Sachen an einen dritten Ort hinweg und nicht auf den Herrnhof oder dessen Zubehör zu bringen, nur innerhalb der Grenzen des herrschenden Gutes aufzuladen braucht. An einigen Orten werden die Reisetfrohn in weite oder lange, auf 7—12, und kurze oder kleine, nicht über 6 Meilen Weges, eingetheilt. Bei Marktfuhren (das sind solche, durch welche feilgebotene oder feilzubietende Sachen fortgeschafft werden) braucht der Fröhner nicht auf einen so weit entlegenen Marktplatz, daß erster nicht noch an demselben Tage zurückkehren könnte, auch nicht auf einen Marktplatz außer Landes zu fahren, wenn dieser nicht der gewöhnliche Markt zum Absatz der Producte aus der Gegend des herrschenden Gutes ist. Auf dem Marktplatz selbst muß er die verkauften Sachen den Käufern dort, nicht aber über den Markttort hinaus, fahren, und daher auf den Verkauf warten, doch nicht länger als so lange, daß er zur herkömmlichen Zeit wieder zu Hause sein kann. Im allgemeinen gilt die Regel, daß alle Spannfrohnen bei Herrendiensten nur zum Besten der Gutsöconomie und des Haushaltes geleistet werden, daher bestehen sie, die eigentliche Deconomie anlangend, in ackern, pflügen, eggen, Dünger fahren, die Schafhorden auf das Feld und von einem Pferchschlag zum anderen, auch zurück auf das Gut fahren und den neu gemietheten Schäfer und dessen Sachen holen, Holz (worunter man die Surrogate an Torf, Braunkohlen u. s. w. mitbegreift), Heu, Grummet, Gras einfahren¹⁰⁷), dann in Erde-, Lehm-, Stein-, Grand-, überhaupt Baumaterialien-, unter anderen Bret- und Röhrenfuhren (s. w. u. bei Baufrohne). In der Regel aber kann der Grundherr Kutschfuhren (mit Ausnahme in einigen Gegenden Westphalens, wo dann bei Kutschfuhren auf den Tag sechs Meilen Weges gerechnet werden), so wie überhaupt Fuhren zu Herbeiholung und Fortbringung von Gästen, zum Betriebe von Gewerben, selbst zum Holzhandel, inwiefern die Forderung die gewöhnlichen Holzfuhren überschreiten würde, nicht von den

¹⁰⁷) Curtius a. a. D. §. 292, Note a.

Frohnern verlangen; überhaupt nichts, wodurch die Frohnpflichtigkeit, auf das Einschränkteste ausgelegt, überschritten würde, z. B. nicht das Zusammenspannen mehrerer Fröhner, um Lasten fortzubringen, die für das Gespann eines Fröhners zu groß wären; nicht die Verwandlung der zum Ackerbau und Haushalt zu verrichtenden Anspannfrohnen in Reisetfrohn¹⁰⁸); nicht daß die Fröhner das Chausseegeld bei den Fuhrten, mit welchen sie Chausseeeinnahmen berühren, bezahlen¹⁰⁹).

VI. Nach Verschiedenheit der Tageszeit im weitesten Sinne des Wortes sind die Dienste theils Tag-, tägliche, theils Tag- und Nacht-, nächtliche Dienste, je nachdem sie blos bei Tage — dieß die Regel — oder auch bei Nacht (s. o. S. 389 u. 390) gefordert werden können, letzteres häufig bei Land- und Gemeindefrohnen, z. B. Botenlaufen, Feuerreiten, Streifen u. s. w.¹¹⁰). Wird der Dienst in der Nacht geleistet, so wird er in der Regel für einen ganzen Frohntag gerechnet¹¹¹). Endlich findet man auch zuweilen die Eintheilung der Frohnen,

VII. nach der historischen Erfahrung über deren Ausübung und Nichtausübung, in gebräuchliche und nichtgebräuchliche Frohnen¹¹²), unter welchen letzteren man theils solche versteht, die noch gar nicht, theils solche, die zeither nicht mehr ausgeübt wurden. Sie ist ziemlich unpraktisch, da ungebrauchliche Frohnen wenigstens bei der Herrenfrohne nicht neu eingeführt werden können. Rücksichtlich der zeither nicht mehr gebräuchlichen wird es bei Herrenfrohn, wenn der Herr sie fordert, darauf ankommen, ob die Grundsätze der Extinctivverjährung auf sie anwendbar sind (s. w. u.), in welchem Falle nur sie nicht mehr gefordert werden können. Dieß wird auch den Entscheidungsgrund bei der Frage abgeben, ob bei einer Verwandlung der Frohne der Dienstherr eine Vergütung für nicht mehr gebräuchliche Frohnen fordern kann? Ungebrauchliche Landes- und Gemeindefrohnen können, bei entstandenem Bedürfnisse, bezüglich durch Gesetze und gültige Gemeindebeschlüsse aufgelegt werden.

Alle die so eben (von II. S. 382 an) aufgeführten Frohnen können, wie gedacht, bei den drei verschiedenen Hauptfrohnarten (s. o. S. 381 I.) vorkommen, namentlich

1) bei der Land- oder Landesfrohne, Landesfolge, Territorialhoheitsdienst, Landhüde oder Landhude, Landwehre (sequela territorialis, servitia territorialia, auch servitia *κατ' ἐξοχήν*, zum Unterschiede von *operae rusticae*)¹¹³), das sind die ver-

108) Ueber die Lehre von den Spannfuhrten im allgemeinen vgl. Hagemann a. a. D. §. 242. Häffel a. a. D. S. 259 fg., 263 fg., 276 fg.

109) Amelang, neues Archiv der preussischen Gesetzgebung Bd. 8 (Berlin 1805), S. 56.

110) Fischer a. a. D. §. 1283, Pufendorf l. c. Tom. I. obs. 121. §. II. p. 318.

111) Runde a. a. D. §. 492, Note b.

112) Fischer a. a. D. §. 1282.

113) Die Literatur s. besonders in Reiff, Lehrbuch des Staatsrechtes §. 211. Vorzüglich zu bemerken sind: Eckholdt, de iure sequelae. Lips. 1668. Cocceji de iure sequelae. Heidolb. 1672. (1678.) Fritsch,

möge einer Pflicht des öffentlichen Rechtes dem Landesherrn, als solchem, und also vermöge der Landeshoheit zum Besten des Staates, besonders zur öffentlichen Sicherheit, sowohl, so weit es Frohnen auf dem Lande gilt, von Patrimonial- als von Kammerbauern zu leistenden Frohnen und Dienste¹¹⁴). Sie sind ganz klar zum Theil die oben erwähnten alten *angariae* und *veredi*. Die Verbindlichkeit des Staatsbürgers, Staatsdienste als Bürgerpflicht, theils zur Vergeltung der ihm durch den Staatsverband zufließenden Wohlthaten, theils aber auch ohne diese Rücksicht wegen deren hervortretender Nothwendigkeit, behufs der Erhaltung des Staates und im Mangel anderer dazu anzuwendender Mittel, zu leisten, liegt klar vor. Die Naturalleistung war bei dem Beginne des Staates durch sich selbst geboten und der Natur der Sache angemessen wegen ziemlich allgemeiner Gleichheit der Vermögensumstände und Mittel der einzelnen Staatsbürger und wegen der daher vorhandenen ziemlich allgemeinen Gleichheit der Vortheile, welche jeder einzelne Staatsbürger vom Staate zog. Allein mit der Zunahme der Civilisation trat eine größere Ungleichheit aller Verhältnisse ein und somit auch die Nothwendigkeit, die Ungleichheiten, welche durch gleiche Naturalleistungen und den ihnen nun gegenüberstehenden ungleichen Genuß der Staatswohlthaten entstehen mußten, durch ein Ausgleichungsmittel zu heben, an die Stelle der Naturalleistungen Geldleistungen zu stellen. Diese mußten verhältnißmäßig vertheilt und es konnten die nunmehr vor besonders dazu zu bestellenden Personen zu verrichtenden Dienste durch sie bezahlt werden. Dennoch konnte der Staat die Verbindlichkeit zu Leistung dieser Dienste nicht ganz in den freien Willen der Staatsbürger stellen, um nicht durch Mangel an Subjecten dazu in Verlegenheit, ja in Noth und Gefahr zu kommen, und so macht er von diesem Rechte in Bezug auf diejenigen Theile der Landesfolge, welche nach dem jetzigen Culturstande eine besondere Befähigung verlangen, nur einen beschränkten Gebrauch. Sie werden unter dem Namen Staatsdienste im weitern Sinne, begreifend Staatsdienst im engeren Sinne, Kirchen- und

de iure lustrationis et sequelae. Nor. 1676. Textor, de iure sequelae. de Berger, de iure ordin. imper. territor. circa operas subditor. Jenae 1729. Hertius, de superioritate territoriali §. 57 sq. Hahn, de iure sequelae. Mogunt. 1744. (in Hartleben, thesaur. diss. Mog. Vol. I. P. II. p. 55 sq.) Bucher, nonnulla de functionum publicarum s. operarum territorialium indole finibusque eorum regundis. Rint. 1784. (1785.) de Winkler, superioritas territorialis fons operarum principii a subditis debitum. 1786. Hille, de principum Germaniae circa operas rusticorum territoriales iuribus eorumque praescriptione. Marb. 1789. Weckherlin a. a. D. Gumprecht, de sequela territoriali. 1799. Bülow und Hagemann a. a. D. Bd. 1, S. 126. de Cannegiesser, decis. Hasso-Cassel. Tom. IX. dec. 230. p. 3. Strube a. a. D. Bd. 514 (II, 8). Klüber, öffentliches Recht des teutschen Bundes §. 468 flg. Maurenbrecher, Grundsätze des teutschen Staatsrechtes §. 220 flg.

¹¹⁴) Maurenbrecher a. a. D. §. 220. Wittermaier a. a. D. §. 190. Hagemann a. a. D. §. 231. Glück a. a. D. §. 123, S. 165. Berger l. c. lib. I. tit. II. th. 8. not. 1. Curtius a. a. D. §. 293. Hönfel a. a. D. S. 231.

Kriegsdienst, zu den Staatsfrohnen, obschon mit ihnen von gleichem Ursprunge, nicht mehr gerechnet, welche, wie alle Frohnen, nur gemeine Verrichtungen (*operae officiales*) zum Gegenstande haben. Nur diese gehören hierher. Allein aus den angegebenen Gründen nehmen dieselben jetzt den Charakter von Naturalstaatsabgaben an und können, wenn ihre Nothwendigkeit eintritt, eben so gut wie Steuern gefordert werden. Ihre unmittelbare Vertheilung muß aber entweder schon dem Principe der verhältnißmäßigen Gleichheit aller Steuerpflichtigen im Staate entsprechen, oder diese Gleichheit muß durch nachträgliche Vergütung hergestellt werden. Daher ist es unrecht, wenn die Staatsfrohnen nur gewissen Classen von Staatsbürgern und diesen überdieß unentgeltlich und ohne eine Ausgleichung mit den übrigen Staatsbürgern angefohnen werden¹¹⁵). Auch ist deshalb nach manchen Staatsverfassungen die Auflegung neuer Landesfrohnen an die Einwilligung der Landstände gebunden, wogegen die Ausschreibung der, durch Staatsbedürfniß gebotenen und in Verträgen und Herkommen begründeten, besonders wegen nöthiger Eile und bei auf dem Verzuge haftender Gefahr, oft nicht von jener Einwilligung abhängig gemacht werden kann und daher in der Regel nicht davon abhängig ist. Während des Reichsverbandes konnte wegen unrechtmäßig aufgelegter Landesfolge bei den Reichsgerichten Beschwerde geführt werden¹¹⁶). Die Repartition der Landesfolge geschieht gewöhnlich nach dem Steuerfuße; der einzelne Landesfrohnspflichtige aber muß sie (obgedachte Ausgleichung abgerechnet) auf eigene Kosten verrichten, ohne Futter für sein Vieh oder Entschädigung für Schaden an Vieh, Schiff und Geschirre fordern zu können. In manchen Ländern jedoch werden die Landesfrohnen auf die ganzen Gemeinden repartirt, und diese lassen sie, entweder nach einer gewissen Reihenfolge unter den Gemeindegliedern durch diese, oder um Lohn thun, in welchen Fällen die Gemeinden in der Regel den Schaden des Einzelnen aus gemeinsamen Mitteln tragen. Die Landesfrohne besteht größtentheils in ungemessenen Spann- oder Handdiensten. Bei den ersteren gilt der Grundsatz, daß die Frohne so geleistet werden muß, wie der Frohnpflichtige eben bespannt ist¹¹⁷), nicht wie er bespannt sein sollte (s. o. S. 393 u. 394). Ueber den Umfang der Landesfrohne existiren allgemeine Bestimmungen nicht, nur so viel ist gewiß, daß sie allen Staatsunterthanen obliegt¹¹⁸) und zwar so, wie sie in jedem Lande landüblich ist¹¹⁹). Eben deshalb findet eigentlich keine Befreiung davon statt; indefs nimmt man durch Herkommen an, daß die steuerfreien Personen auch von den Landesfrohnen frei sind. So in der Regel Rittergutsbesitzer¹²⁰), Staatsdiener,

115) Kottck a. a. D. S. 177 u. 179 flg.

116) Das Gesuch der Reichsversammlung, dergleichen Beschwerden bei den Reichsgerichten nicht annehmen zu lassen, ist ausdrücklich abgeschlagen in der kaiserlichen Resolution von 1670 in Schmauß, *corp. iur. publ.* S. 1077.

117) Runde a. a. D. §. 493.

118) J. Reichsabsch. v. 1656, §. 180, bei Schmauß a. a. D. S. 1018, und die vorstehend Note 116 angezogene kaiserliche Resolution.

119) Mittermaier a. a. D. §. 190.

120) Leyser l. c. spec. 416. med. 2.

Geistliche; die Befreiung dieser Personen hört auf, so wie successiv die Steuerbefreiungen selbst aufhören. Die Landesfrohnen können aber auch in der Regel nicht weiter gefordert werden, als sie durch Herkommen oder Landesgesetze eingeführt sind, mit Ausnahme der Dienste, welche vermöge der Regierungsgewalt in außerordentlichen Fällen, unter Vorbehalt der Ausgleichung, einzelnen Staatsbürgern aufgelegt werden. Bei Concurrenz der Landesfrohnen mit Gemeinde- oder Herrenfrohnen gehen sie den letzteren beiden vor¹²¹⁾ (s. w. u. in den allgemeinen Grundsätzen Nr. 14); doch darf dabei nicht übersehen werden, daß nicht alle Frohnen, welche der Landesherr fordert, Landesfrohnen sind. Ursprünglich wurden sie theils als Reichsfrohne, theils an Beamte, theils an Territorialherren geleistet¹²²⁾, und so wurden häufiger gewöhnliche, an den Landesherrn und dessen Untergebene geleistete Herrenfrohnen als Landesfrohnen angesehen. Sie sollten eigentlich bloß von den Kammerbauern geleistet werden, die in der Regel in demselben Verhältnisse zu der landesherrlichen Kammer stehen, wie der Patrimonialbauer zu seinem Gutsherrn, und eben deshalb ist, zu Ausgleichung der durch jene Vermischung entstandenen Benachtheiligung, häufig eingeführt, daß der Patrimonialbauer weniger, vielleicht nur halb so viele Landesfrohnen verrichtet als der Kammerbauer¹²³⁾. Die eigentliche Landfrohne, ein Ueberbleibsel der alten reisa (s. o. S. 379), begreift offenbar die Hofdienste oder Hoffolge, zur Fortschaffung des landesherrlichen Hoflagers, der Beamten u. s. w. nicht. Dennoch sind sie hier und da als Landesfrohnen eingeführt, können aber nirgends gefordert werden, als wenn der Beweis des Erwerbes geführt wird¹²⁴⁾. Gewöhnlich werden als Landesfolge die nachverzeichneten Dienste gefordert¹²⁵⁾: a) das Aufgebot, Landwehre u. s. w., d. i. die Landesverteidigung auch ohne regelmäßigen Kriegsdienst bei Anwesenheit des Feindes im Lande und bei Empörung und Tumult. b) Kriegsführen, Kriegerföhren, Kriegerreisen, Vorspanne, das sind Föhren zur Fortschaffung des Militärs und der Militäreffecten und Bedürfnisse, z. B. der Magazine, Hospitäler u. s. w. Sie sind durch das Herkommen auch auf andere Bedürfnisse ausgebehnt worden, z. B. auf die Vorspanne für die Post, wenn die dort verfassungsmäßig zu haltenden Pferde für einen augenblicklichen großen Bedarf nicht auslangen. In der Regel aber müssen die Anspanner in diesem Falle für die Leistungen das volle Postgeld erhalten, welches die Reisenden verfassungsmäßig an die Post erlegen müssen. Vorzüglich wird diese Postvorspanne und Postanspanne bei den

121) Ueber alles dieß vgl. Hagemann a. a. D. §. 231 u. 232. Eichhorn a. a. D. §. 248.

122) Rittermaier a. a. D. §. 189.

123) Curtius a. a. D. §. 293, Note a.

124) Hagemann a. a. D. §. 233, besonders Note 3. Danz a. a. D. §. 493, Nr. 3.

125) Rittermaier a. a. D. §. 190. Hagemann a. a. D. §. 233. Rottsch a. a. D. S. 181. Curtius a. a. D. §. 293. Kunde a. a. D. §. 493. Glück a. a. D. §. 123. Fischer a. a. D. §. 1272. Hufeland a. a. D. §. 374. Eichhorn a. a. D. §. 248, S. 637.

Reisen regierender Herren angewendet. Oft werden nicht die ganzen Geschirre, sondern bloß reitende Boten — Messgeritte, Postritte — oder die Pferde zum Reiten für das Militär requirirt¹²⁶). In diese Kategorie gehört auch das Botschaftlaufen (s. o. S. 388) im Kriege.

c) Die Frohnen zur Erbauung und Unterhaltung der Festungen und festen Burgen — Burgfesten und Schanzarbeiten. Sie sind auf Bau-
frohnen (s. w. u.) zu den fürstlichen Residenzschlössern, Amtshäusern, Vorwerken, Frohvesten¹²⁷) u. s. w. ausgedehnt worden, so wie auf den Bau von Casernen für das Militär, ohnerachtet sie in den schon erwähnten Reichsgesetzen nur auf den notwendigen Festungsbau beschränkt sind. Da also, wo das Recht, sie auch zu anderen Bauten zu brauchen, nicht bewiesen ist, sind sie darauf einzuschränken. Häufig werden auch sogar die an den Gutsherrn zu leistenden Privatbaufrohnen (s. w. u.) Burgfesten genannt¹²⁸). d) Frohnen zur Herstellung der Heerstraßen, ausgedehnt auf Bau-
frohnen zu Chausséen, Dämmen, Deichen — Wege-
frohnen —, Ausschäufelung des Schnees aus hohlen und Gangbar-
machung der von Schnee, Bergstürzen, Wasserfluthen verschütteten Straßen, Wegschaffung des durch Feuersbrünste oder Erdbeben verursachten Schuttes. Dieß letztere kann auch e) zu den Feuersdiensten gerechnet werden, wohin ferner Feuerritte, Spritzenfahren, Bedienung der Spritzen und Hülfe bei entstandenen Feuersbrünsten, namentlich das Umhauen von Bäumen und Grabenziehen im Falle entstandener Waldbrände, gehören.

f) Die Jagdfolge (s. o. S. 390). g) Das Wachen und Cordonziehen in Contagionsfällen zu Abhaltung angesteckter Fremder und zu Absperrung angesteckter Inländer auf bestimmte Punkte. h) Streifen zur Abhaltung oder Vertreibung herumstreifender Räuber- und Diebsbanden, Zigeunerhorden, Bettler und anderer Vagabunden. Damit hängt zusammen i) die Amts- und Gerichtsfolge, Schaarwerke, d. i. die Pflicht, dem Gerichte bei Verfolgung von Verbrechern zu folgen, bei deren Arretirung behülflich zu sein, verdächtige eingezogene Personen zu bewachen und zu transportiren (s. o. S. 388), auch bei Hinrichtung mit dem Tode bestrafter Personen den Kreis zu schließen, in welchem die Execution geschieht. Dieß letztere liegt in den Städten häufig den Pfahlbürgern ob. Oft entspringen die gedachten Dienste aus der in der Landeshoheit enthaltenen Schutzherrschaft (Vogtei), werden dann nicht sowohl für den Landesherren als solchen, als für die Kammer und Kammergüter gefordert und können daher ebenso, wie die mit den Gerichten durch Belehnung u. s. w. auf Privatpersonen übergegangene Gerichtsfolge, nicht über das erweitert werden, was hergebracht ist¹²⁹). Unrechtmäßigerweise

126) Strube a. a. D. *Wob.* 115 (II, 9). *Rüling* a. a. D. *Nr.* 62. *Eichhorn* a. a. D. *S.* 637. *Vgl. auch oben Note 118.*

127) *Rittermaier* a. a. D. *§.* 194.

128) *Strube* a. a. D. *Wob.* 516 (III, 143), *Wob.* 517 (IV, 71). *Can-negiesser* l. c. *Tom.* VII. *dec.* 193. p. 117. et *Tom.* XI. *dec.* 283. p. 34. *Bülow* und *Pagemann* a. a. D. *Wob.* 1, *S.* 215. *Danz* a. a. D. *§.* 493, *S.* 212 u. 218. *Glück* a. a. D. *§.* 123, *S.* 168.

129) *Eichhorn* a. a. D. *S.* 638.

ist auch die Gerichtsfolge öfter auf Frohnen zu Erbauung der Frohnvesten ausgedehnt worden.

2) Die Gemeinde- oder Communfrohnen, Gemeinde- oder Communendienste, Gemeinereihewerke, Riege- oder Reihedienste, Bauereinigungen (Baureinigungen), das sind diejenigen Dienste, welche als Folge des Gemeindeverbandes, zum Besten der Gemeinde von jedem Gemeindegliede geleistet werden müssen¹³⁰). Sie haben zum Grunde der Verpflichtung ziemlich dasselbe Princip, wie die Staatsfrohnen¹³¹) (s. d. S. 397), nämlich die Societätspflicht der gemeinschaftlichen Tragung gemeinschaftlicher Lasten¹³²), jedoch unter Berücksichtigung des Grundsatzes, daß, wer die Vortheile genießt, auch die Nachtheile tragen muß¹³³). Je nachdem die Zwecke verschieden sind, bestehen sie in Boten-, Wacht-, Hand- oder Spanndiensten zum Heben und Räumen der Gräben, Canäle, Höhlen, Brüche, Flüsse u. s. w., Anpflanzung der Bäume, Holzschlagen, Holzhacken, Holzauß- und -abladen, auch -anfahren, in Baufröhnen (s. w. u.) zu Gemeindehäusern, Zäunen, Brücken, Stegen, Wegen (d. h. Communal-, Vicinal-, Communitations- oder Verbindungs-, Neben- oder Richtwegen, nicht Feld- und Holzwegen, welche letztere jeder Eigenthümer selbst zu halten hat [s. d. Art. Wege]), zu Deichen, Dämmen, Ufern, Schleusen, Sielen und allen oekonomischen Arbeiten, so weit deren die Gemeinde bei ihren Grundstücken bedarf, zu Herbeiholung des Gemeindegirten u. s. w.¹³⁴). Wenn gleich nach dem obigen bei Entscheidung der Frage über Verbindlichkeit zu den Gemeindefrohnen leitend der Grundsatz, eine bloß persönliche Verpflichtung zum Grunde zu legen scheint¹³⁵); so wird doch diese da dinglich, wo einzelne Grundstücke den Nutzen von einer oder der anderen Einrichtung haben. Jeder Besitzer des von Letzter vortheilenden Grundstückes muß die nöthigen Frohnen leisten, z. B. häufig bei Deichfrohnen, wo nur die Besitzer derjenigen Grundstücke, welche durch den Deichbau geschützt werden, beim Wegebau, wo häufig die Grundstücksbesitzer, so weit ihre Grundstücke am fraglichen Wege liegen u. s. w., die nöthigen Baufröhnen verrichten müssen¹³⁶). Obiger Grundsatz entscheidet da, wo von einer Einrichtung nicht die ganze Gemeinde Vortheil hat, während

130) Mittermaier a. a. D. §. 190. Fagemann a. a. D. §. 247. Scholz III., Zeitschrift für Landwirtschaftsrecht Bd. 2, Hft. 2, S. 118, Nr. VIII: Ueber Natur und Vertheilung der Gemeinereihewerke, und die hierhergehörig anzustellenden Klagen. Koch und Baumeister a. a. D. Bd. 3, Nr. 17 u. 18.

131) Rotted d. a. D. S. 177, 184.

132) Fagemann a. a. D. Runde a. a. D. §. 493. Rotted a. a. D. S. 184.

133) Danz a. a. D. §. 491, S. 193. Scholz III. a. a. D. S. 120 u. 123. Fagemann a. a. D. §. 249.

134) Scholz III. a. a. D. S. 118. Fagemann a. a. D. §. 248 Mittermaier a. a. D.

135) Danz a. a. D. S. 194. Fagemann a. a. D. §. 247.

136) Scholz III. a. a. D. S. 119, und im a. Baurecht S. 254. Fagemann a. a. D. §. 174.

im entgegengesetzten Falle, oder wenn es die Lösung einer der ganzen Gemeinde obliegenden Verpflichtung gilt, die reinen Societätsgrundsätze eintreten. Man muß deshalb die Stammgemeinde, die Dorfgemeinde im engeren Sinne — in Städten findet man, mit wenigen Ausnahmen (s. o. S. 390), in der Regel keine Gemeindefrohnen, weil sich deren Leistung mit den bürgerlichen Beschäftigungen nicht wohl vereinigt¹³⁷⁾ — von der weiteren Gemeinde unterscheiden, zu welcher alle Einwohner eines Ortes, Schugbauern, Neuhäuser, Hausgenossen u. s. w. gehören. Das Princip, diesen ganzen Inbegriff als Gemeinde anzusehen, gehört erst der neueren Zeit. Früher hatten und noch jetzt haben hier und da bloß die Stammbauern, die Urgrundbesitzer eines Dorfes, eigentliches Gemeindefrohnenrecht, nur sie hielten und halten die Gemeindeberatungen und profitirten eigentlich von den Gemeindegrundstücken. Den später in die Dörfer gezogenen Tagelöhnern und Gewerbetreibenden jeder Art, welche nur von einigen Gemeindevorrichtungen, z. B. den Wegen, Gemeindefontänen, dem eigentlichen Gemeindehause, dem Gemeindebackhause (das Gemeindebrauhaus benutzen gewöhnlich nur die Grundstücksbesitzer) u. s. w. Vortheil zogen, wurden und werden nur zu Frohnen dazu, ebenso in Kriegszeiten nur zu Verpflichtungen der ganzen Gemeinden beigezogen. So hat es sich z. B. dahin gebildet, daß da, wo die Kriegslasten als Sache der ganzen Gemeinde angesehen werden, die Einquartirungen in alle Güter und Häuser vertheilt, die Spannfuhren bloß von den, mit Zugvieh versehenen, die Botengänge, das Herbeiholen und Begleiten des einquartirten Militärs von den nicht bespannten Einwohnern versehen, die Mitglieder der weiteren Gemeinde nur zu den Gemeindeberatungen über Verpflichtungen der weiteren Gemeinde, z. B. über das Armenwesen u. s. w., zugezogen werden¹³⁸⁾. Darnach reguliren sich insonderheit die Gemeindefrohnen. Verbunden ist an sich zu allen solchen allgemeinen Gemeindefrohnen, wer sich unter den Gemeindeverband begibt, also in diesem Falle auch Adelige, freie Gutsbesitzer, Kirchen- und Schuldiener, Handwerker, Pächter u. s. w., zu den besondern nur, inwiefern er den zur besondern Frohnleistung erforderlichen Charakter, er von den besondern Einrichtungen Vortheil hat¹³⁹⁾. Indes sind Rittergutsbesitzer, Kirchen- und Schuldiener durch ein, aber jederzeit streng zu beweisendes, Herkommen¹⁴⁰⁾ häufig von den Gemeindefrohnen befreit. Während nach allem diesen in früheren Zeiten die Vortheile, welche jedes Gemeindeglied von den Gemeindevorrichtungen hatte, ziemlich gleich waren, daher die Gemeindefrohnen, welche sonach nicht nach dem Maße des Vermögens und Einkommens, wie die Staatslasten, gefordert werden können, in der Regel gleichheitlich, nach der Mannzahl oder nach Bargleich¹⁴¹⁾,

137) Scholz III., in der angez. Zeitschrift S. 120.

138) Ueber dieß Alles vgl. Scholz III. a. a. D. S. 122.

139) Leyser l. c. spec. 416. med. 3. Hagemann a. a. D. §. 249. Westphal a. a. D. Bb. 1, Abh. 8, §. 4. Eichhorn a. a. D. §. 248.

140) Hagemann a. a. D. Scholz III. a. a. D. S. 125.

141) Kunde a. a. D. §. 493 a. G.

auch nach der Zahl der Häuser geleistet wurden, je nachdem die Reihe einen Jeden traf, gibt jetzt allerdings in der Regel der größere oder geringere, der allgemeine oder besondere Nutzen, den Jemand aus der Gemeinde zieht, den Repartitionsmaßstab ab¹⁴²⁾. Indes ist auch hier das Herkommen und die individuelle Verfassung einer jeden Gemeinde besonders zu berücksichtigen¹⁴³⁾. Zu den Gemeindefrohnen werden gewöhnlich auch die Parochialfrohnen gerechnet, das sind die Frohnen zum Bau und zur Reparatur sämtlicher geistlicher Gebäude und anderen Grundstücke, Bestellung und Beerntung der Kirchenäcker und -Wiesen, zur Hereinschaffung des geistlichen Holzdeputates und Decem, zur Herbeiholung neuer Kirchen- und Schuldiener, zur Herbei- und Zurückbringung des jene einführenden und beaufsichtigenden Personales u. s. w.¹⁴⁴⁾. Die Verbindlichkeit zu denselben beruht indes nicht sowohl auf dem Gemeindeverbande, als auf der Parochialsocietät, vermöge deren alle diejenigen zu jenen Gegenständen beizutragen haben, welche von den erwähnten geistlichen Instituten profitieren. Daher haben auch zu diesen Frohnen nicht bloß die Mitglieder des Ortes, worin Pfarre und Schule sind, sondern auch die Eingepfarrten und bezüglich die Filialisten beizutragen. Herkommen, Landesgesetze und Verträge entscheiden auch hier. In der Regel werden von den Anspannern die nöthigen Spann-, von den übrigen die Handfrohnen, nach der Größe der verschiedenen Besitzungen, geleistet¹⁴⁵⁾.

3) Die Herrenfrohnen, Frohnen *κατ' ἐξοχήν*, Hofdienste, Gutsfrohnen, Unterthanenfrohnen sind die, in der Regel von dem Besitzer eines Gutscomplexes, selten einzelner Grundstücke, als Reallast, selten von einem Unangesehenen, zum Vortheile eines anderen Gutes um einen geringen oder gar keinen Lohn zu leistenden Dienste¹⁴⁶⁾. Sie sind größtentheils aus der ehemaligen Vogtei herzulei-

142) Scholz III. a. a. D. Rottke a. a. D. S. 184, 185.

143) Glück a. a. D. S. 165 flg.

144) Mittermaier a. a. D. §. 194.

145) Hagemann a. a. D. §. 250. Hänfel a. a. D. S. 231. Scholz III. a. a. D. S. 127. Ueber geistliche Baue und Reparaturen vgl. besonders Schreckenberger, de onere reficiendi templa et domicilia ministror. ecclesiastic. Lips. 1812., und die gesammte Literatur bei Gründler, über die Verbindlichkeit zur Erhaltung und Wiederherstellung der Cultusgebäude (Nürnberg 1839), §. 7, S. 13 flg. Ueber braunschweig'sches Particularrecht s. Insonderheit Scholz III. a. a. D. S. 128 flg.

146) Danz a. a. D. §. 491. Hagemann a. a. D. §. 234. Eichhorn a. a. D. §. 248. Meyer, über Herrendienste und deren Aufhebung. Gelle 1803. Außer den bei einigen Gegenständen bereits bemerkten particularrechtlichen Bestimmungen finden sich dergleichen in nachfolgenden Schriften: wegen Lüneburg: Wallis u. Schläter a. a. D. Jahrg. 3, Hft. 2, S. 53; wegen der göttingen'schen Dtschaften: Elvers, allgem. jurist. Btg. Jahrg. 3, 1830, S. 411; wegen des Königreichs Sachsen: Emminghaus, über das sächsische Mandat v. 13. August 1830, die Bekanntmachung allgemeiner Rechtsgrundsätze über Frohn- und Dienstsachen betr., in Martin's w. u. Note 243 angezogenen Jahrb. Bd. 3, Hft. 2, S. 156, auch in den sämtlichen angezogenen Stellen der angeführten beiden Werke von Kind und Hänfel; wegen Baden in den mehrfach in diesem Artikel erwähnten Ho-

ten, aber auch öfter aus Vertrag¹⁴⁷⁾. Sie werden besonders den Rittergütern, aber auch den Gütern der Geistlichkeit und anderer Privatbesitzer, nicht minder den landesherrlichen Aemtern, Domänen, Chatoull- und Kammergütern geleistet. Sie sind Reallasten, so weit sie nicht aus dem alten Hörigkeitsverhältnisse herrühren¹⁴⁸⁾ und, nach Beschaffenheit des Frohnberechtigten, Guts- oder Familienfrohnem, auch, je nachdem sie auf einem gewissen Grundstücke haften, oder als Folge der Ansässigkeit an einem gewissen Orte entstehen, walzende oder sässige¹⁴⁹⁾. Zu ihnen werden, obgleich dem Systeme nach unrichtig (s. o. S. 400)¹⁵⁰⁾, die dem Gerichtsherrn zu leistenden Gerichtsfrohnen in der Regel gerechnet. Doch da die Herrenfrohnem zum Theil aus den Vogteiverhältnissen herrühren, so entsteht, wenn dieß nachgewiesen wird, im Falle des Streites darüber, wenn diese Frohnem zu leisten sind, eine Präsomption für den Gerichtsherrn¹⁵¹⁾, außerdem für den Gutsherrn¹⁵²⁾, zuweilen muß Beiden Frohne geleistet werden¹⁵³⁾. Außer den Rittergütern können Frohnem auch anderen Grundstücken activ zustehen¹⁵⁴⁾; keinen Falls erhält der Dienstherr durch dieses Verhältniß die Gutsherrschaft über das dienende Gut¹⁵⁵⁾. Der Umstand, daß ein Gut frohnpflichtig ist, beweist nichts dafür, daß der Frohnberechtigte Guts- oder Leibherr des Frohnpflichtigen sei¹⁵⁶⁾, und die Frohnpflicht kommt weder bei allen Bauerngütern, noch bloß bei ihnen, vielmehr auch in kleinen Städten vor, als Folge der ehemaligen Vogtei¹⁵⁷⁾. Das Recht Frohnem zu fordern ist aber auch nicht als Theil der Substanz des berechtigten Hauptgutes, sondern als bloße Perimenz desselben zu betrachten¹⁵⁸⁾. Mit Ausschluß der zur Gerichtsfolge gehörigen Frohnem und der Reisedienste (s. o. S. 388 u. 395),

henhorst'schen Jahrbüchern; wegen Bayern: in Heller v. Hellersberg, über d. Verhältn. zwischen Gerichtsbarkeit und Schaarwerken in Bayern, Nürnberg 1798, Beiträge zur Geschichte der Frohne oder Schaarwerk in Bayern, Frankf. a. M. 1798, Bemerkungen über das Schaarwerkswesen in den oberpfälz'schen Fürstenthümern, Meissen 1800; wegen des Großherzogthums Hessen: bei Ebel a. a. D.; wegen Weimar: bei Emminghaus, in der nachsteh. angez. Schrift über den Gefindezwangdienst; wegen Pommern: de Balthasar, de servitiis et operis rusticorum in Pomerania. Gryph. 1740.

147) Rotted a. a. D. S. 177.

148) Maurenbrecher a. a. D. §. 341. Danz a. a. D. S. 190.

149) Mittermaier a. a. D. §. 190. Rotted a. a. D. S. 178 u. 186.

150) Mittermaier a. a. D.

151) Eichhorn a. a. D. §. 250.

152) Curtius a. a. D. §. 303. Richter, Aufsätze über verschiedene Rechtsfragen (Tübingen 1824), Nr. 37, S. 126.

153) Fischer a. a. D. §. 1275.

154) Hänfel a. a. D. S. 231.

155) Strube a. a. D. Bd. 241 (V, 4).

156) Maurenbrecher a. a. D. §. 340, S. 747. v. Pohnhorst, Jahrbücher des Oberhofgerichtes zu Mannheim, Bd. 4, S. 70.

157) Mittermaier a. a. D. §. 191. Hänfel a. a. D. S. 235.

158) Simon und Hinschius, Entscheidungen des Geheimen Ober-Tribunals (zu Berlin), Bd. 5 (Berlin 1841), S. 1.

von denen hier nur zu bemerken ist, daß der Fröhner, wenn er auf eigene Kosten frohnen muß, nichts als die gewöhnliche Zehrung und Futter zu bestreiten braucht, und daß sie eigentlich zu den Stückfrohnen gehören¹⁵⁹), sind die dem Frohnherrn zu leistenden Dienste Haushalts- und Wirtschaftsdienste im weitesten Sinne des Wortes¹⁶⁰), das sind alle zur Bewirtschaftung eines Gutes, einschließlich Feld-, Wiesen-, Teich-, Holz-, Viehwirtschaft, Jagd- und Hauswesen, erforderlichen Hand- und Spanndienste (s. o. S. 387), mit den oben (S. 385) angegebenen Beschränkungen. Zu den Haushaltungsdiensten insbesondere werden Kehren, Reinigen, Scheuern, Hof- und Bansefegen, Ausmisten¹⁶¹), Holzhacken, Hereschneiden, das Backen, Brauen, Nähen u. s. w., insonderheit aber der Dienstzwang¹⁶²) oder richtiger Zwangdienst, Gesindedienstzwang, Kinderdienstzwang gerechnet, d. i. das dem Gerichtsherrn zustehende Recht, die Kinder der Landleute, welche sich als Dienstboten vermieten wollen, zu zwingen, daß sie ihm in dieser Eigenschaft um den geselligen oder hergebrachten Lohn (gewöhnlich einen geringern, als bei freiwilligem Gesinde — Zwanglohn), eine Zeit lang dienen¹⁶³). Die Zeit des Dienstes ist verschieden, zwei auch drei Jahre. Nur sogen. diensttaugliche Kinder, das sind solche, welche ländliche Arbeit machen können und damit ihr Brot durch Dienen erwerben wollen, nicht die, welche, ehe sie zum Zwangsdienst aufgefordert wurden¹⁶⁴), einen anderen Lebensberuf wählten, sich verheurathet oder sonst abgeforderten Haushalt angestellt, namentlich das elterliche Gut übernommen haben, oder bei ihren Eltern (selbst Stiefeltern¹⁶⁵)) Gesindedienst verrichten, sind dazu verbunden; auch die nicht, welche nach dem Tode ihrer Eltern aus dem Jurisdictionbezirke des Dienstherrn weggezogen sind oder, vor dem Einzuge ihrer Eltern in deren gegenwärtigen Wohnort, dem Dienstherrn des vorigen Wohnortes die verfassungsmäßige Zeit hindurch zum Zwange gedient haben. Ob nun gleich alle diese Grundsätze eigentlich nur auf Landleute passen, so sind doch zuweilen auch die Kinder der Einwohner der Mediastädte zwangspflichtig¹⁶⁶), eben wegen des dort häufiger die Hauptnahrung ausmachenden Landbaues. Bei der Gesindeschau, der Auswahlung des Dienstgesindes (Zwangsgesinde, gassindi necessarij) unter den dienstpflichtigen Kindern der Unterthanen, darf der Herr sich nicht mit Geld oder durch andere Vortheile zur Freilassung der Einen oder Anderen abfinden lassen und nicht

159) Hänfel a. a. D. S. 275 fig.

160) Hagemann a. a. D. §. 239.

161) Ueber alles dies s. o. S. 391. Vgl. auch Hänfel a. a. D. S. 272.

162) Ueber dieses Wort in seiner eigentlichen Bedeutung s. w. u.

163) Kind l. c. Tom. II, cap. 18. Berger l. c. lib. I. tit. H. th. 8, nr. 11. Emminghaus, vom Gesindezwangsdienste und dessen Abschaffung, besonders im Großherzogthume Sachsen-Weimar. Jena 1826.

164) Berger l. c.

165) Ibid.

166) Engel's nachstehend Note 228 angez. Beiträge Bd. 15, S. 48.

mehr Gesinde als er eben braucht, namentlich kein Reservegesinde, d. i. Stellvertreter für den Fall der Behinderung des Einen oder Andern während der Dienstzeit, auswählen. Auch darf er das Gesinde nur zu ländlichen Arbeiten, nicht z. B. zur Aufwartung als Bedienter, oder zu Kutscher- oder Kunstgärtnerdiensten brauchen¹⁶⁷). Der Dienstzwang folgt nie aus der allgemeinen Frohnverbindlichkeit, und in der Regel hat der Herr weder das Recht, das Zwangsgesinde, das in anderem freiwilligen Dienste ist, daraus wegzunehmen (ius avocandi), noch solche, die überhaupt nicht dienen wollen, zum Zwangdienste zu nöthigen. Die Einwilligung eines Erlasses von Seiten des Zwangsherrn geschieht häufiger durch einen förmlichen Erlaßbrief. Zu den Haushaltungsfrohnen rechnet man auch die Spinnfrohne (s. o. S. 392), d. i. die Verbindlichkeit, aus dem von der Herrschaft dazu zu gebenden Flachs oder Wolle Gespinnst zu liefern¹⁶⁸). Sie unterscheidet sich dadurch von anderen Frohnarbeiten, daß sie allerdings eine Art von Kunst voraussetzt, die erst erlernt werden muß, die übrigens durch ihre allgemeine Ueblichkeit den Charakter der Kunst verloren hat. Die Spinnfrohne kann Stück- und Zeitfrohne (s. o. S. 386) sein. Aehnlich der Spinnfrohne ist die Mahlfrohne (verschieden von Mühlensfrohne, s. w. u.), Mahl- und Schneidfrohne, inwiefern auch diese eine gewisse Kunst voraussetzt. Sie besteht in dem Mahlen des herrschaftlichen Getreides, auch Schneiden der herrschaftlichen Bloche zu Bretern, umsonst oder für geringe Vergütung — Beides Frohnen, die häufig den Müllern obliegen¹⁶⁹). Doch die hauptsächlichsten Herrenfrohnen sind die eigentlichen Wirtschaftsfrohnen zur öconomischen Bewirthschaftung des herrschenden Gutes. Dahin gehören die sämmtlichen unter den Hand- und Spanndiensten oben (S. 391 u. 393) in dieser Beziehung aufgezählten Arbeiten¹⁷⁰). Rückfichtlich der Erntefrohnen ist noch im allgemeinen¹⁷¹) zu bemerken, daß da in der Regel die Nachmittagsfrohne auch erst Vormittags angesagt werden kann, und daß, wenn dieß nicht besonders hergebracht ist, die Heufrohner nicht zur Bearbeitung der Futterkräuter verwendet werden dürfen¹⁷²). Da die Gärten offenbar zu den zu bewirthschaftenden Gutsgrundstücken mit gehören, so unterliegt es keinem Zweifel, daß die Fröhner auch in den Gärten zu den gewöhnlichen öconomischen Arbeiten mit zu verwenden sind, — Gartenfrohne —, nicht zu den künstlichen, daß sie auch die gewöhnlichen landwirthschaftlichen Geräthe dazu, z. B. Spaten, Hacken, Rechen mitbringen müssen, nicht künstlichere, z. B. Gartenmesser, Raupenscheeren u. s. w.¹⁷³), so wie, obgleich der Gutsherr die verschiedenen Fröhner nach ihrer verschiedenen Brauchbarkeit anzustellen berechtigt ist, er

167) Kindl. c. cap. 19 u. 20.

168) Hünfel a. a. D. S. 269.

169) Ebenbaselbst.

170) Vgl. auch Fischer a. a. D. §. 1276 und Curtius a. a. D. §. 292.

171) Bülow u. Pagemann a. a. D. Bd. 5, S. 210.

172) Hünfel a. a. D. S. 271, 272.

173) Scholz III., angeführte Zeitschrift Bd. 1, Hft. 1, S. 78 fig.

doch von ihnen, wenn sie auch zufällig in einer Kunst erfahren sind, nicht die Ausübung ihrer Kunst bei seiner Frohne verlangen kann¹⁷⁴). So wie die Gärten, so gehören auch Forst und Waldung zu den zu bewirthschaftenden Gutsgrundstücken, daher die Walddienste, Forstdienste, Wald- oder Forstfrohnen¹⁷⁵). Sie sind diejenigen Hand- und Spannfrohnen, welche zur Cultur und Benugung der zum herrschenden Gute gehörenden Waldungen durch Fuhren, Pflügen, Holzpflanzen, Besamen, Grabenziehen, Rojolen, Holzschlagen, Holzhacken, Reißbündelmachen¹⁷⁶) u. s. w. geleistet werden. Sie haben dieselbe Entstehung wie andere Herrenfrohnen, sind kein Ausfluß der Forsthoheit¹⁷⁷) und können nicht willkürlich verändert oder erweitert werden, auch wenn der Forstgrund durch natürliche oder künstliche Besamung erweitert würde¹⁷⁸). — Die Erhaltung der vorhandenen Gutsgebäude und die Erbauung neuer, so weit es nöthig, sind ein Haupttheil pfleglicher Gutsbewirthschaftung, und so sind häufig die dazu nöthigen Frohnen gesetzlich ausdrücklich angeordnet. Die Bau frohnen, Baudienste¹⁷⁹), mißbräuchlich auf manchen Gütern Burgfesten und Burgdienste (s. o. S. 400) genannt¹⁸⁰), welcher Ausdruck auch zuweilen von dem äußeren Bauwesen gebraucht wird, im Gegensatz von den inneren Baureparaturen¹⁸¹), Baudiensten im strengen Sinne, sind diejenigen außerordentlichen¹⁸²) Frohnen, welche zu den nöthigen Bauen des Gutes, dem die Frohnpflichtigen unterworfen sind, von ihnen geleistet werden müssen¹⁸³). Als außerordentliche Frohnen müssen sie, rücksichtlich ihrer Anwendung, beschränkend erklärt¹⁸⁴), doch darf dieß nicht so übertrieben werden¹⁸⁵), daß die Erreichung ihres

174) Hagemann a. a. D. §. 235. Runde a. a. D. §. 492 gegen Scholz III. a. a. D.

175) Dufsing, neue Annalen der Gesetzgebung und Rechtspflege in den kurf. hessischen Ländern (Hinteln 1815—17), S. 81. Pfeiffer, neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des D.-A.-Gerichtes zu Cassel Bd. 4 (Hannover 1820), S. 159. Canngiesser l. c. Tom. XVII. dec. 139. p. 19.

176) Hagemann a. a. D. §. 238 u. Hånsel a. a. D. S. 272.

177) Hagemann a. a. D.

178) Hagemann a. a. D. u. Mittermaier a. a. D. §. 193 a. G.

179) v. Kampß, Jahrbücher für die preussische Gesetzgebung Bd. 1, S. 134. Bülow u. Hagemann a. a. D. Th. 1, S. 215. Die ältere Literatur s. bei Runde a. a. D. §. 496, Note a.

180) Hagemann a. a. D. §. 237. Glück a. a. D. §. 123, S. 168.

181) Fischer a. a. D. §. 1276.

182) Eichhorn a. a. D. §. 249. Maurenbrecher a. a. D. §. 340, S. 749. Mittermaier a. a. D. §. 194. Hagemann a. a. D. §. 237. Daher können sie auch nur gefordert werden, wenn Gesetz oder Herkommen sie vorschreibt.

183) Glück a. a. D. S. 168. Das äußerliche Abputzen, sei es bei alten oder bei neuen Gebäuden, wird immer zu den Arbeiten gerechnet, bei welchen die Frohnpflicht eintritt, nicht so das Ausweisen einzelner Behältnisse des Hauses.

184) Kindl. c. Tom. II. cap. 26.

185) Dahin ist unstreitig zu rechnen, wenn man nicht einmal die Beihilfe zum Gebäuderichten als eigentlichen Baudienst ansehen will; Simon und v. Strampf a. a. D. Bd. 1 (Berlin 1828), Nr. 39, S. 151.

Zweckes dadurch vereitelt wird. Unstreitig bezwecken die Baufrohn in der Hauptsache die Erhaltung des status quo der Gutsgebäude und daher liegt in der Baufrohnpflicht die Verbindlichkeit zur Beihilfe bei Wiederherstellung und Ausbesserung¹⁸⁶⁾ alter eigentlicher Gebäude, auf Rittergutes Grund und Boden¹⁸⁷⁾ — gleichviel, ob innerhalb oder außerhalb des Gutsgehöftes — also der herrschaftlichen Wohn- und Landwirthschafts-, nicht der Luxusgebäude (z. B. warmer Treib- und Drangeriehäuser, Fasanerien u. s. w., im Felde und Holze errichteter Wildställe, Försterwohnungen u. s. w.), nicht der Gewerb- und Fabrikgebäude (z. B. Ziegel- und Kalköfen, Schenken, Mühlen¹⁸⁸⁾, Torfscheuern u. s. w.), nicht anderer, namentlich unbedachter Anlagen, z. B. Düngestätten, Teichen, Gräben u. s. w., vorausgesetzt, daß diese nicht Nebensache eines Hauptbaues sind. Daher können Hand- und Spannfrohn zur Herstellung von Säunen, Planken, Brücken u. s. w. nicht gefordert werden. Da die Baufrohn eigentlich nur in solchen Diensten bestehen, die unmittelbar zur Errichtung der Gebäude zu leisten sind, so ist es streitig, ob sich die Baufröhner auch zum Niederreißen alter Gebäude und zum Wegfahren des Schuttes gebrauchen lassen müssen. Weil jedoch das neue Gebäude nicht ohne Wegräumung des alten gebaut werden kann, so scheint die Verwendung der Baufröhner auch dazu in der Natur der Sache zu liegen¹⁸⁹⁾. Dennoch nehmen die mehresten angeführten Rechtslehrer das Grundgraben, Keller-ausräumen und Wegfahren vorhandenen Schuttes von der Verbindlichkeit der Baufröhner aus, obgleich der eben angegebene Grund auch darauf paßt. Aber nur dieser Grund ist es, aus dem man allgemein die Verbindlichkeit der Fröhner zur Herbeiholung der zum wirklichen Bau erforderlichen Materialien an Holz, Sand, Wasser, Kalk, Steinen, Ziegeln u. s. w. anerkennt; doch müssen die Baustämme bewaldrechtet und abgewirpelt sein¹⁹⁰⁾, es wäre denn, daß man zu gewissen Bauen die Stämme unbewaldrechtet brauchte¹⁹¹⁾. Die Geräthschaften der Handwerker, namentlich die Richtbäume u. s. w., haben die Fröhner nicht anzufahren. Auch darf der Bauherr nicht die Materialien weiter herholen lassen, wenn sie näher, namentlich auf dem

186) Leyser l. c. spec. 417. med. 5.

187) Klein, Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den preussischen Staaten Bd. 1 (1788), S. 173.

188) Zuweilen müssen dazu auch, dem Herkommen nach, Baufrohn geleistet werden. Dann sind die Fröhner zur Herbeiholung des sogen. umgehenden Mühlenzeuges nicht verbunden. Die Mühlenfrohn, welche in der Regel in diesen Baufrohn zu den Gebäuden und Grundwerk, in Reinigen und Schlämmen des Mühlgrabens oder Mühlteiches u. s. w. bestehen, liegen in der Regel nur bei Bannmühlen und nur den, dem Mühlzwange unterworfenen Frohnpflichtigen ob. Hagemann a. a. D. §. 241.

189) Außer den nachstehend im allgemeinen über diese Materien angeführten Schriftstellern s. Runde a. a. D. §. 496. Dazü dazu a. a. D. §. 219. Dagegen Berger l. c. not. 4., auch der nachher genannte Curtius a. a. D. §. 297, der wohl nicht so zu erklären ist, wie Hagemann a. a. D. §. 237, Note 9, thut.

190) Berger l. c.

191) Leyser l. c. Vol. X. spec. 665. med. 22.

Gute selbst eben so gut und um nicht höheren Preis zu erlangen sind¹⁹²⁾, so wie überhaupt die Entfernung zu Herbeiholung der Materialien in der Regel für Hin- und Zurückfuhr nicht mehr als Einen Tag fordern darf. Bei der, auf den unmittelbaren Gebrauch zum Bau der Gebäude beschränkten Verbindlichkeit zur Materialienansfuhr sind die Fröhner blos Bau-, nicht Pflastersteine (außer inwiefern diese zum Pflaster der Wohn- und Wirtschaftsgebäude, Vieh- und Düngestätte gebraucht werden); auch sind sie die Bloche, damit daraus Breter und Pfosten geschnitten werden, in die Mühle zu fahren¹⁹³⁾ nicht verbunden. Da der Röhrenbau nicht zu den bedachten und überhaupt nicht zu den Wohn- und Wirtschaftsgebäuden gehört, so sind sie Röhrenfuhrer, d. i. Herbeiholung der zu Röhren zu verwendenden, oder schon dazu hergerichteten Bäume, oder deren Fahren zum Röhrbohren, zu thun nicht verbunden. Wo aber dieß einmal hergebracht ist, können sie sich nicht weigern, die, statt der sonstigen hölzernen Röhren, eingeführten neueren Arten derselben herbeizuholen, wenn dadurch die zeitherige Frohne nicht erschwert wird. Bei allen Baufrohnern haben die Fröhner nur dasjenige Arbeitszeug mitzubringen, das sie in ihrer eigenen Wirthschaft gewöhnlich führen, nicht ungewöhnliches, z. B. Blochwagen, wo ihre gewöhnlichen Wagen nicht hinreichen¹⁹⁴⁾. Bei neuen Gebäuden, welche den vorigen abgetragenen ganz gleich sind, ist die Frohnverbindlichkeit unzweifelhaft, auch gibt die Veränderung des Platzes, auf welchem das neue Haus stehen soll, keinen Grund zur Frohnverweigerung; allein wenn es größer als das vorige werden soll, muß den Fröhnern eine verhältnißmäßige Erleichterung der Frohne zu Theil werden¹⁹⁵⁾, ob sie gleich deshalb der Frohne sich nicht ganz entbrechen können¹⁹⁶⁾. Die Frage, ob die Fröhner die Baufrohnern zu Aufsetzung eines Gewitterableiters auf die Gebäude leisten müssen? wird, da dieß nicht ein Luxusgegenstand, sondern eine nützliche Schutzwehr für das Gebäude darunter ist, bejaht¹⁹⁷⁾, so wie überhaupt dauerhaftere Herrichtung der Gebäude, massiver Bau statt Holzbau, Ziegel- und Schieferdächer statt Stroh- und Schindeldächer, keinen Grund zur Frohnverweigerung abgibt. Schließlich ist noch zu bemerken, daß die Baufrohnern in der Regel nicht während der Ernte- und Saatzeit¹⁹⁸⁾, auch daß nur die gewöhnlichen Tagelöhnerarbeiten von den Handfröhnern gefordert werden können, nicht solche, wozu eine besondere Befähigung gehört; doch ist auch hier sehr streitig, zu welcher Classe das Eine oder das Andere zu rechnen sei, z. B. Schobemachen und Decken, Kleiben u. s. w.¹⁹⁹⁾.

192) Leyser l. c. Vol. VI. spec. 417. med. 2.

193) Kindl. c. Tom. II. cap. 27.

194) Kindl. c. c. 13.

195) Pfeiffer a. a. D. Bd. 4, S. 153.

196) Gegen Pagemann a. a. D. §. 237, Note 10.

197) Kindl. c. c. 28. Hänfel. a. a. D. S. 288.

198) Kindl. c. c. 29.

199) Ueber die ganze Lehre von den Baufrohnern und die ganze obige Darstellung vgl. Curtius a. a. D. §. 295—298. Pagemann a. a. D. §. 237,

Im allgemeinen — Ausnahmen sind im Vorstehenden bei den einzelnen Frohnarbeiten angegeben — haben sich rücksichtlich der Herrenfrohne durch Hofrecht und anerkanntes Herkommen folgende Grundsätze gebildet, welche auch in der Regel durch die Landesgesetze, so weit diese disponiren, bestätigt sind ²⁰⁰):

1) Alle Frohnen sind nur nach den vorhandenen Gesetzen, Verträgen und, in deren Ermangelung, nach dem Herkommen zu leisten, und alle diese Normen sind streng zu erklären ²⁰¹).

2) Die Frohnen werden nur auf vorgängiges Ansagen, Anheissen geleistet, welches an vielen Orten von einem besonderen Frohnboten, oder einem dazu bestimmten Fröhner, Sahnmeister, durch ausdrückliche, wörtliche Bekanntmachung des Befehles, oder durch gewisse dafür bestimmte Worte oder Töne eines Instrumentes, z. B. Hornes, geschieht und selbst dann geschehen muß, wenn die Frohnen zu den ordentlichen (s. o. S. 383) gehören ²⁰²). Wichtig ist dies in Bezug auf Verjährung, auch auf die Frage über Nachforderung nicht geleisteter Frohne. Das Ansagen muß gewöhnlich Tages vorher, bei Nachmittagsfrohnen hier und da am Vormittage desselben Tages längstens geschehen. Oft sind dazu gewisse Stunden bestimmt. Ob es früher erfolgen darf, ist häufig streitig; jeden Falles darf es nicht so früh geschehen, daß die Fröhner in die Gefahr kommen, es zu vergessen.

3) Die Frohnen werden, auf des Fröhners Gefahr und Kosten, geleistet mit den eigenen, von den Fröhnern mitzubringenden Geschirr und Werkzeugen, so weit es solche sind, die der Fröhner selbst gewöhnlich zur Landwirthschaftsbetreibung braucht; ungewöhnliche muß der Frohnherr geben. Den in der Natur der Arbeiten liegenden Schaden an Werkzeug, Vieh, Schiff und Geschirr trägt der Herr desselben; den ungewöhnlichen, durch Bosheit oder Schuld verursachten, der Beschädigende. So wie der Fröhner mit anderen, als mit seinen eigenen Werkzeugen, wenn dadurch die Frohne nicht erschwert wird, solche zu leisten verbunden ist; so kann er auch, wenn sie mindestens eben so gut und so schnell, als mit gewöhnlichen Werkzeugen von ihm verrichtet wird, nicht an deren Leistung mit ungewöhnlichen gehindert werden ²⁰³).

4) Nur an Werktagen mit den jeden Ortes gewöhnlichen Ruhestunden (s. o. S. 387) werden die Frohnen, und zwar von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang, in der Regel nicht während der Nacht (vgl. oben S.

S. 442 fig. Mittermaier a. a. D. §. 194. Hänfel a. a. D. S. 279 fig., 284 fig., 298.

200) Mittermaier a. a. D. §. 192. Eichhorn a. a. D. §. 251. Hagemann a. a. D. §. 235. Danz a. a. D. §. 492.

201) Leyser l. c. spec. 417. med. 1. Hagemann a. a. D. §. 235, S. 438.

202) Kind l. c. Tom. II. cap. 25. Curtius a. a. D. §. 302. Raurenbrecher a. a. D. §. 341, S. 750. Hänfel a. a. D. S. 244 fig.

203) Kind l. c. cap. 13. Fischer a. a. D. §. 1297. Runbe a. a. D. §. 492. Curtius a. a. D. §. 303. Hänfel a. a. D. S. 247 fig. u. 263. Raurenbrecher a. a. D.

389, 390 und 396), verrichtet, mit Ausschluß der nicht öconomischen (z. B. Wachtfrohnen), bisweilen auch öconomischen Diensten, bei welchen Gefahr auf dem Verzuge ruht. In die zur Arbeit bestimmte Zeit wird diejenige mit eingerechnet, welche der Frohnpflichtige zu dem Wege von seiner Wohnung bis zur Arbeitsstätte braucht²⁰⁴), wenn nicht durch Gesetz, Vertrag oder Herkommen ein bestimmter Stockenschlag festgesetzt ist, an welchem der Fröhner auf der Arbeitsstätte erscheinen muß. Auch in Saat- und Erntezeit²⁰⁵) können, außer den Saats- und Erntefrohnen, die anderen, besonders Haushaltungsdienste, mit Ausschluß der Baufröhnen (s. o. S. 409), gefordert werden, wenn der Frohnpflichtige so viele Zeit übrig behält, um seine Grundstücke zu bestellen²⁰⁶).

5) Zum Nachdienen, d. h. zu späterer Verrichtung derjenigen Frohnen, deren Verrichtung zu gehöriger Zeit wegen einer Hinderung nicht geschehen konnte, ist der Frohnpflichtige nicht verpflichtet, wenn er bei gemessenen Zeitfrohnen²⁰⁷) auf Anheißern erschienen war, aber die Leistung durch einen Zufall, z. B. üble Witterung, Krankheit des Fröhners u. s. w. oder durch eine Handlung des Frohnherrn verhindert wurde. Außerdem muß er nachdienen²⁰⁸). Hier und da, nach einiger Rechtslehrer²⁰⁹) Meinung fast überall, ist herkömmlich oder gesetzlich, daß die bis zum Ablaufe des laufenden Jahres nicht geleisteten Frohnen nicht nachgeleistet zu werden brauchen²¹⁰).

6) Nur solche und zwar gefahrlose Dienste können gefordert werden, welche sich von dem kunstlosen Fleiße der Landleute erwarten lassen (operae officiales)²¹¹), nicht die, welche eine gewisse Kunstfertigkeit voraussetzen (operae artificiales, s. o. S. 377, 398 u. 409). Sie auf solche beschränken zu wollen, welche zum landwirtschaftlichen Gebrauche nützlich sind, auf öconomische, würde der täglichen Erfahrung widersprechen²¹²).

7) Bei Leistung der Frohne müssen die Fröhner denjenigen Fleiß betheiligen, den sie in ihrer eigenen Wirthschaft anwenden und der nach

204) Gegen Leyser l. c. spec. 417. med. 4. Vgl. Bälou u. Sagemann a. a. D. Th. 5, S. 210.

205) Strube a. a. D. Bed. 250 (V, 94). Sagemann (außer der oben in Note 200 für diese ganze Materie angezogenen Stelle) S. 449.

206) Kindl. c. cap. 9. nr. IV. Pufendorf l. c. §. 2. Sänfel a. a. D. S. 243 fg.

207) Strube a. a. D. Bed. 248 (V, 78).

208) Gegen Rittermaier a. a. D. §. 192.

209) Kindl. c. cap. 16. l. f.

210) Ueber diese sehr strittige Materie s., außer den oben Note 200 im allgemeinen angeführten Schriftstellern, besonders Sänfel a. a. D. S. 306, hiernächst Curtius a. a. D. §. 302. Maurenbrecher a. a. D. §. 751.

211) Danz a. a. D. §. 492, S. 207. Sagemann a. a. D. §. 286, S. 437. Maurenbrecher a. a. D. §. 340, Note 6.

212) Außer den oben Note 200 angeführten vgl. besonders Rittermaier a. a. D. §. 191. Maurenbrecher a. a. D. §. 340, S. 747. Sänfel a. a. D. S. 265 fg.

landwirthschaftlichen Ermessen bei solchen Arbeiten jederzeit angewendet werden muß²¹³).

8) Ob ihnen daher gleich gestattet ist, die Arbeit durch Stellvertreter machen zu lassen, und sie nicht schlechthin verbunden sind, dieselbe in eigener Person zu verrichten, so müssen jene doch taugliche Stellvertreter sein, namentlich dürfen zu Männerarbeiten nicht Frauen und zu Frauendiensten nicht solche Männer, die derselben unkundig sind, gestellt werden (s. o. S. 392)²¹⁴).

9) Der Frohnpflichtige ist die Frohne nur dem herrschenden Gute, nicht anderen Grundstücken, die der Frohnherr zufällig noch besitzt, nicht den Accessionen des Hauptgutes und auch nur, so weit nicht die Natur der Frohnen, z. B. Reisefrohnen, ein Anderes erheischt, innerhalb der Grenzen des Gutes zu leisten schuldig²¹⁵). Dagegen darf

10) der Gutsherr die Frohnen nicht ohne das herrschende Gut veräußern, auch nicht verpachten, weil dadurch der Frohndienst sich ändern würde, aber mit dem Gute kann er sie verpachten. Dagegen ist eine Veräußerung in der Maße, daß dadurch die Frohnverbindlichkeit selbst aufhört, Ablösung der Frohnen, nach den neuesten Landesgesetzen fast überall und außerdem, der Natur der Sache nach, so weit es die lehnsherrlichen, agnatischen und mitbelehnspflichtigen Verhältnisse gestatten, erlaubt²¹⁶).

11) Den Fröhnern, welche übrigens die Frohnen auf ihre Kosten und Gefahr zu leisten haben (s. vorsteh. Nr. 3 S. 410), wird zwar darnach der gewöhnliche, durch die Frohne entstehende Aufwand nicht ersetzt, wohl aber alle außerordentlichen Kosten, außer ihrer Zehrung und ihrem Futter, namentlich Zoll-, Wege-, Chaussées-, Brücken-, Fähr-, Schlaf- und Stallgeld, Mauth, Gleite u. s. w.²¹⁷). Der Frohnherr hat ihnen aber keine weitere Vergütung, namentlich auch keine Kost zu verabreichen, wo solche nicht hergebracht worden. Wo aber dieß der Fall ist, muß sie — Lieferung — dem Herkommen gemäß geleistet werden. Sie besteht dann manchmal in Geld, Brot (häufig Fröhnersemmel genannt), Bier, Wein, Futter (wofür zuweilen ein jährliches Quantum Haber — Frohnhaber — verabreicht werden muß). In der Neumark besteht sie sogar in vollständiger Verköstigung, welche in Niedersachsen unter dem Namen *Pröven* vorkommt. Diese darf den Fröhnern nicht durch Theilung der Tage verkürzt, sondern es muß die Mittagsmahlzeit für den halben Tag, binnen dessen die Arbeit verrichtet wird, oder wenigstens für zwei halbe Tage zusammen verabreicht werden (s. o. S. 387). Zuweilen ist es eingeführt,

213) Hånfel a. a. D. S. 246 flg.

214) Kind l. c. cap. 11. Kunde a. a. D. §. 492. Bülow und Pagemann a. a. D. Th. 3, S. 322.

215) Pufendorf l. c. §. 7. Kind l. c. cap. 9. nr. II et IH. Hånfel a. a. D. S. 249 u. 269.

216) Fischer a. a. D. §. 1307. Zacharias *liber quaestionum*. (Viteb. 1805.) qu. 20. p. 133. Hånfel a. a. D. S. 235 flg. Eichhorn a. a. D. §. 250.

217) Kind l. c. cap. 14. Hånfel a. a. D. S. 248.

daß die Fröhner im ganzen Jahre Ein Mal eine Portion für die ganze Frohne zusammen erhalten — Fröhneremahlzeit, wobei gewöhnlich die Gerichte genau bestimmt sind, Fröhnerbier, bestehend in einem auf Ein Mal zu verabreichender bestimmten Quantität Bier, womit gewöhnlich ein Fröhnerkranz verbunden ist²¹⁸⁾.

12) Die Fröhner müssen an der Erwerbung ihrer Substanzmittel nicht gänzlich gehindert werden, es muß ihnen, namentlich bei ungenügsamen Frohnen, die dazu nöthige Zeit bleiben; weder sie noch ihr Zugvieh dürfen so angestrengt werden, daß es ihnen schadet. Daher wenn mehrere Fröhner eine und dieselbe Art von Frohnen zu verrichten haben und der Frohnherr sie nicht sämmtlich braucht, muß unter ihnen Rache und Ordnung beobachtet werden²¹⁹⁾.

13) Der Herr ist nicht befugt, irgend eine Ver wandlung der Frohne einseitig vorzunehmen, z. B. von den Fröhnern eine Vergütung in Geld für die Frohnen (insonderheit nicht für die, welche ihm nichts nützen²²⁰⁾) zu fordern — Dienstgeld²²¹⁾. Eben so wenig können ihm die Fröhner solches, statt Naturalleistung, aufdringen²²²⁾; sollte dieß auch für Weibe noch so nützlich sein²²³⁾. Da wo das Dienstgeld zum Theil eingeführt ist, theilt man die Frohnen und Dienste in wirkliche und versilberte²²⁴⁾. Es kann der Dienstherr auch, wenn er in mehreren Dörfern einzelne Unterthanen hat, welche gewisse unbestimmte Dienste leisten müssen, nicht von einigen derselben, zum Nachtheile der übrigen, Dienstgeld annehmen, weil sie alle zusammen in Ansehung der unbestimmten Dienste eine Communität ausmachen²²⁵⁾. Selbst wenn schon seit langer Zeit, statt der Naturaldienste, ein Dienstgeld entrichtet worden ist²²⁶⁾, können jene, weil früher alle Naturaldienste in Natur geleistet

218) Pufendorf l. c. §. 15. Fischer a. a. D. §. 1298. Curtius a. a. D. §. 308. Hänsel a. a. D. S. 248 flg. Wittermaier a. a. D. §. 191 u. 192. Eichhorn a. a. D. §. 251 a. E. Maurerbrecher a. a. D. §. 341.

219) Kind l. c. cap. 23.

220) Kind l. c. cap. 18. Pfeiffer a. a. D. Wb. 1, S. 121.

221) Gebrüder Dverbeck, Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien Wb. 3, S. 124. Eichhorn a. a. D. §. 250. Curtius a. a. D. §. 306. Fischer a. a. D. §. 1288. Schlüter und Wallis, juristische Zeitung Jahrg. 7, Hft. 2, S. 144. Glück a. a. D. S. 178. Schmalz, neue Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle Wb. 2, Abh. 38, S. 298. Leyser l. c. spec. 419, med. 1. Hänsel a. a. D. S. 268.

222) Curtius und Glück a. a. D. Leyser l. c.

223) Wie früh schon im vorigen Jahrhunderte dieser Vortheil erkannt worden ist, zeigen: Westfeld, über die Abstellung des Herrendienstes. Lemgo 1773. Paulus und Wagner, vom Surrogat der Hand- und Spanndienste. Cassel 1775. Vgl. übrigens Weckerlin in der Note 2 angezogenen Schrift.

224) Fischer a. a. D. §. 1287.

225) Stengel in den nachstehend Note 228 angez. Beiträgen Wb. 11, S. 302.

226) Wegen Donabrück vgl. Wallis und Schlüter a. a. D. Jahrg. 7, Hft. 2, S. 136 u. 147.

wurden und die Vermuthung für eine wirkliche Veräußerung geringer als die für eine Verpachtung ist, dennoch wieder statt des Dienstgeldes geordert werden; es wäre denn, daß ein gültiger Vertrag, wodurch die Abschaffung der Naturaldienste, oder wenigstens die alternative Verbindlichkeit, und daß die Wahl in die Hände der Dienstpflichtigen gelegt worden sei, oder extinctive qualifizierte Verjährung durch Widerspruch und Beruhigung während der Verjährungszeit, oder nach Einigen²²⁷⁾ Inmemorialverjährung nachgewiesen wäre²²⁸⁾. Wird aber nachgewiesen, daß die den Fröhnern obliegende Verbindlichkeit alternativ auf Geld oder Naturalfrohnleistung gerichtet ist, so wird, nach allgemeinen Rechtsprincipien, in der Regel angenommen, daß die Wahl den Frohnpflichtigen zustehet²²⁹⁾. Daß ein beiderseits bedungenes Dienstgeld dasselbe dingliche Recht am dienenden Gute wie die Frohnen habe, kann ohne bestimmten Vertrag hierüber nicht behauptet werden²³⁰⁾. Eben so wenig kann der Gutsherr willkürlich, selbst nicht der Richter, eine Frohnart in eine andere verwandeln²³¹⁾. Schwerlich möchten die von einigen Rechtslehrern²³²⁾ angenommenen Ausnahmen, wenn beide Frohnen einerlei Zweck und Gegenstand haben, zu einer und derselben Gattung von Diensten gehören, dem Frohnpflichtigen aus der Verwandlung keine oder wenigstens keine bedeutende Beschwerde erwächst, oder eine für den Augenblick eintretende Beschwerde in der Zukunft ausgeglichen wird, sich rechtlich durchführen lassen.

14) Bei Collisionen der Herrenfrohnen mit landesherrlichen (vgl. S. 399) stehen erstere in der Masse nach, daß die gemessenen Frohnen, deren Leistung durch Landesfrohnen gehindert wurde, noch in demselben Jahre vom Gutsherrn nachgefordert werden können, wenn der Frohnpflichtige dadurch nicht außer Stand gesetzt wird, seine eigene Wirthschaft zu besorgen, und daß von der Herrenfrohne nur diejenigen Landesfröhner frei werden, welche wirklich die Landesfrohne an jenen Tagen verrichten, aber nicht die Anspanner, welche von der Landesfolge so viel Zugvieh zu Hause behalten, um die Herrenfrohne damit verrichten zu können²³³⁾.

227) J. B. Hagemann a. a. D. §. 245 a. G. Leyser l. c. mod. 5. Dagegen Strube a. a. D. Rälting, 118 Entscheidungen des D.-L.-Gerichtes zu Celle, Nr. 19. Beide Letztere setzen aber voraus, daß die frühere Naturalprästation außer Zweifel sei.

228) Glöck a. a. D. §. 180. Pufendorf l. c. Tom. I. obs. 224. Tom. II. obs. 71. Strube a. a. D. Beh. 251 (IV, 17). Gebrüder Overbeck a. a. D. §. 119. Stengel, Beiträge zur Kenntniß der Justizverf. in den preuß. Staaten Bd. 14, S. 82. Hagemann a. a. D. §. 461 fig. Leyser l. c. mod. 4. Eichhorn a. a. D. §. 250. Curtius a. a. D. §. 307.

229) Leyser l. c. mod. 3. Hönfel a. a. D. §. 250, gegen Hommel, rhapsod. quaest. obs. 575. Curtius a. a. D. §. 306.

230) F. A. Weiske, quaestiones iuris civilis. (Zwickau 1831.) quaest. 5. p. 76.

231) Maurenbrecher a. a. D. §. 341, §. 752.

232) Curtius a. a. D. §. 302. Hagemann a. a. D. §. 243. Hönfel a. a. D. §. 268.

233) Kind l. c. cap. 16. Hönfel a. a. D. §. 251 fig. Eichhorn a. a. D. §. 46.

Uebrigens derselben, wegen des vorwaltenden öffentlichen Interesses, die Parochialfrohnen (s. S. 403) und die Gerichtsfrohnen, selbst, wenn Gefahr auf dem Verzuge ruht, die Gemeindefrohnen im allgemeinen den Herrschaftsfrohnen vorgehen²³⁴).

16) Gegen Widergesüchtheit der Frohner stand dem Frohnherren der Dienstzwang (ins coercendi)^{234a} sonst ziemlich allgemein zu und erstreckte sich, namentlich bei den Leibeigenen, bis auf Gefängniß und körperliche Züchtigung²³⁵. Späterhin wurden Letztere und Selbststrafen ausgeschlossen, und der Dienstzwang war auf Anschließen an den Dienstpfahl, Gefängniß und Auspfändung beschränkt²³⁶. Bei der, dem jetzigen Standpunkte der Rechtspflege angemessenen möglichsten Beschränkung der Selbsthilfe und bei der beinahe überall erfolgten Aufhebung der Hörigkeit findet auch dieses Recht gemeinrechtlich nicht mehr statt²³⁷. Da, wo es, in Folge besonderer Titel²³⁸, noch eintritt, ist es auf diejenigen Mittel beschränkt, die der Familienvater etwa in seinem Hause anwenden darf, ist bloß gegen die Person zu richten und muß sich aller der Mittel enthalten, die rein den Gerichten zukommen²³⁸. Höchstens wird Pfändung zugelassen²⁴⁰.

Der Dienstherr hat vielmehr gegen Verweigerung gehöriger Frohnleistung gerichtliche Hilfsanträge, welche sogar bei streitigen Landesfrohnen in mehreren Fällen competent ist²⁴¹. Gemeinrechtlich ist der gewöhnliche Richter des Frohnpflichtigen auch in Frohnfachen competent, doch haben die Landesgesetze häufig, um ungewisse Justiz zu vermeiden, da, wo der Frohnherr auch Gerichtsherr ist, diese Angelegenheiten dem Patrimonialgerichte ganz oder zum Theil²⁴² (z. B. rücksichtlich der zu ertheilenden Erkenntnisse) entzogen²⁴³. In der Regel betreffen die Frohndifferenzen nicht das Frohnrecht selbst, sondern Nachlässigkeiten oder Widergesüchtheiten der Frohner beim Dienste, verursachte kleine Schäden

234) Hünfel a. a. D. S. 252.

234a) Hurlerhusch, Exörterungen aus dem Civil- und Criminalrechte (Braunschweig 1815), Hft. 1, S. 385 (98).

235) Westphal a. a. D. Th. 1, Abh. 6, insonderheit §. 1.

236) Fischer a. a. D. §. 1295. Selbst den Dienstpfahl gesteht Leyser, l. c. spec. 416. med. 7., nicht zu.

237) Rittermaier a. a. D. §. 192. Maurenbrecher a. a. D. §. 341, S. 751.

238) Strube a. a. D. Bed. 245 (II, 30).

239) Runds a. a. D. §. 503.

240) Danz a. a. D. §. 503. Sagemann a. a. D. §. 222 u. 235.

241) v. Pohnhorst a. a. D. Jahrg. 3 (Mannheim 1826), S. 139.

242) Krig, Sammlung von Rechtsfällen und Entscheidungen (Leipzig 1833), Bd. 1, S. 230.

243) Ueber die bei den höchsten Behörden im Königreiche Sachsen beobachteten Grundsätze in Ansehung der über Frohndienste zwischen den Herrschaften und Unterthanen entstandenen Differenzen s. die Abhandlung von v. Salza und Lichtenau in Martin, Jahrbücher der Gesetzgebung und Rechtspflege in Sachsen Jahrg. 2, Hft. 1, S. 63 ff. Auch diese Grundsätze haben übrigens bis in der Natur der Sache liegenden Modifikationen durch die neuere Behördenveränderung erlitten.

u. f. w. Diese werden dann in der Regel im Denunciations- oder unbestimmten summarischen Civilprozeße, je nachdem sich die Sache gestaltet, abgemacht. Wird aber das Frohnrecht selbst in Zweifel gezogen, dann geht die Sache in den feierlichen Prozeß über, oder ist gleich vom Anfange an darin einzuleiten. Die Klage ist vor allen Dingen gehörig zu begründen²⁴⁴). Sie ist entweder petitiorisch, oder possessorisch. Im ersten Falle werden die bei Servituten gebräuchlichen confessorischen und negatorischen Klagen utiliter angewendet, weniger die letzteren, weil der Frohnpflichtige es in der Regel abwarten kann, bis der Frohnherr gegen ihn klagt. Dester könnte jener noch diesen zur Klage provociren. Auch in dem Falle, wenn bloß aus Saumseligkeit, ohne Bestreitung des Frohnrechtes selbst, die Frohne nicht oder nicht richtig geleistet wird, kann der Frohnherr sofort sich der Confessorienklage bedienen und hat dann den Vortheil, bei wieder vorkommenden ähnlichen Fällen sofort ex iudicato executiv klagen zu können. Gegen erstgedachte Klage findet auch in diesem Falle die exceptio plus petitionis, weil der Beklagte das Frohnrecht selbst nicht bestreite, nicht statt, da diese bloße Erklärung, wenn ihr die nicht gehörig bewirkte Frohnleistung factisch widerspricht, nicht gegen die Klage schützen kann²⁴⁵). Hauptsächlich kommt es in diesem Prozesse auf den Beweis an, der über Gewohnheit, Verjährung (wobei praescriptio definita auslangt²⁴⁶), vgl. o. S. 414), als die üblichsten Gründe der Frohnen, zuweilen auch über einen die Frohne begründenden Vertrag²⁴⁷), von dem Frohnherren²⁴⁸) geführt werden muß, wodurch dann die Frohne selbst und deren Qualität erwiesen wird. Denn ohne auf die häufig dafür angeführte²⁴⁹) Vermuthung der natürlichen Freiheit, der Freiheit der Personen im Einzelnen und im Ganzen, zurückzugehen, gegen welche Vermuthung kein, dem bäuerlichen Wesen in Deutschland eigenthümlicher historischer Grund vorhanden ist²⁵⁰), liegt der Grund für die Beweispflicht des Frohnherren schon darin, daß die angebliche Frohnpflichtigkeit eine Thatsache ist, die also von dem bewiesen werden muß, der sie behauptet. Die öfter aufgestellten Präsumtionen für oder gegen die Frohnpflichtigen sind die Folge irriger historischer Voraussetzungen²⁵¹). Eben deshalb erledigt sich großentheils (vgl. übrigens o. S. 404) der Streit, ob die Präsumtion für den Gerichts-

244) Was zur Begründung einer Klage auf Schutz von Frohnden gesetzlich erfordert wird? in v. Pohnhorst a. a. D. Jahrg. 4, S. 85.

245) Alles dies s. bei Puchta, über die gerichtlichen Klagen besonders in Streitigkeiten der Landeigentümer (Gießen 1833), S. 116.

246) Eichhorn a. a. D. §. 250, S. 642.

247) Eichhorn a. a. D. §. 250.

248) Ebenbas. S. 644. Mittermaier a. a. D. §. 191.

249) Vgl. Hauschild in der oben Note 2 angezogenen Schrift.

250) Maurenbrecher a. a. D. §. 341, S. 752.

251) Mittermaier a. a. D. gegen Leyser l. c. spec. 416. med. 1. u. 5.

oder Gutsherrn²⁵²), für gemessene oder ungemessene Frohnen²⁵³) streite, von selbst, da nur der, welcher die Frohnberechtigung erweist, und so, wie er sie erweist, solche in Anspruch zu nehmen befugt ist. Handelt es sich aber um eine Ausnahme von einer einmal anerkannten Dienstpflicht, so muß der Frohnpflichtige diese Ausnahme ebenfalls wegen ihrer factischen Eigenschaft erweisen²⁵⁴). Ihm liegt auch der Beweis des Aufhörens der Frohnpflichtigkeit ob, welches sowohl durch ausdrückliche Remission, als durch qualifizierte Verjährung, *usucapio libertatis*, geschehen kann²⁵⁵). Die Hauptbeweismittel sind die Dienstverträge zwischen dem Frohnherrn und den Dienstpflichtigen, die Hof- und Annehmungsbriefe, Bauerbriefe, Kauf- und Lehenscheine der Unterthanen, worin häufig die Lasten der Unterthanen aufgeführt sind, die Hofrechte, Lagerbücher, Erb-, Frohn-, Dienstregister²⁵⁶) oder Diensturbarien, Dienstrecessen, worin sowohl die Leistungen der Frohnpflichtigen eines Gutes, als die dagegen hergebrachten Lieferungen, auf gemeinschaftliches Eingeständniß der Dienstherren und Dienstleute, unter öffentlicher Unterschrift und Siegel (häufig von Notar und Zeugen) niedergeschrieben sind. Diese haben daher auch mehr Glauben, als die bloß einseitig gefertigten Frohnbücher, Heischbücher, Heberegister. Entscheidungsquellen aber sind Dienstordnungen, Eigenthumsordnungen, Landtagsrecessen, förmliche Gesetze, Herkommen, und bei ungemessenen Frohnen das Bedürfniß des herrschenden Gutes zur Zeit der Frohnbegründung, so wie die jetzige Beschaffenheit des dienenden Gutes²⁵⁷).

Fällt die Entscheidung gegen den Fröhner bei einer Frohnverweigerung aus, unterläßt er überhaupt die Leistung einer wirklich schuldigen Frohne; so wird er zum Nachdienen, auch, wenn Schade durch seinen Ungehorsam entstanden ist, zu dessen Ersatz, und nach vielen Landesgesetzen in eine Geldstrafe condemnirt, die bei öfterer Halsstarrigkeit erhöht wird²⁵⁸). Daß übrigens die gesesslichen Ehehaften auch für einen Fröhner einen hinreichenden Entschuldigungsgrund abgeben, weshalb weder er noch ein Stellvertreter für ihn erscheint, daß er jedoch die Ehehaften

252) Mittermaier a. a. D. §. 191 a. E. Doch gibt es particularrechtliche Abweichungen, z. B. im Fürstenthume Calenberg, wo der Gerichtsherr gemeinlich vorgeht. Strube a. a. D. Bed. 249 (I, 117), entgegengesetzt rücksichtlich der Baufrohne im Königreiche Sachsen, Hänfel a. a. D. S. 288.

253) Eichhorn a. a. D. S. 645.

254) Bülow und Hagemann a. a. D. Th. 7, S. 208.

255) Fischer a. a. D. §. 1292. Leyser l. c. spec. 420. med. 2. Glück a. a. D. S. 172. Danz a. a. D. §. 502. Hänfel a. a. D. S. 255 flg., gegen Schlüter und Wallis a. a. D. Jahrg. 2, Hft. 1, S. 94 u. 109. Ueber die Extinctivverjährung der Frohnen nach sächsischem Rechte s. bei Gottschalk, *disceptationes forenses* Tom. II. nr. 29. Kindl. c. Tom. II. cap. 8.

256) Ueber Dienstregister und Lagerbücher s. bei Bülow und Hagemann a. a. D. Bd. 5, S. 193.

257) Fischer a. a. D. §. 1277. Danz a. a. D. §. 497. Glück a. a. D. §. 124, S. 171. Mittermaier a. a. D. §. 191 u. 194. Maurenbrecher a. a. D. §. 341, S. 751.

258) Fischer a. a. D. §. 1296. Strube a. a. D. Bed. 246 (V, 135).

erweisen muß, versteht sich von selbst²⁵⁹). Dagegen steht aber auch dem Frohner, wenn ihn der Herr übernimmt, die sogen. Unmöglichkeitsklage, namentlich bei ungemessenen Diensten, zu, wodurch er nachzuweisen sucht, daß er bei den bisher geleisteten Diensten nicht bestehen könne²⁶⁰), und es tritt dann die obrigkeitliche Ermäßigung (s. o. S. 385) ein. Gegen einen Frohnherren, der mittelst Dienstzwanges und sonst seine Unterthanen übernimmt, kann, nicht nur auf ihre eigene Beschwerde, sondern auch nach Befinden auf Denunciation des Fiscals, mit Strafe verfahren werden. Daß dieß aber bis zur Entziehung der Frohne führen könne²⁶¹), möchte zu bezweifeln sein. Dagegen sind in den neuesten Zeiten die mehrsten Frohnen in vielen teutschen Ländern durch Particulargesetze²⁶²) für ablösbar erklärt, es ist sogar deren Ablösung auf einseitiges Verlangen des Dienstherrn oder Dienstmannes gesetzlich zur Pflicht gemacht und so auf Aufhebung dieses, den jetzigen staatswirthschaftlichen Grundsätzen, der jetzigen Cultur im allgemeinen und dem jetzigen Zeitgeiste ganz widersprechenden Institutes dergestalt hingearbeitet worden, daß, da unstreitig die Staaten jenem Beispiele bald folgen werden, wo dieß noch nicht geschehen ist, in wenigen Jahrzehenten das Frohnwesen zu den Antiquitäten gehören dürfte. Budeus.

Früchte, *fructus*, sind im eigentlichen Sinne die natürlichen Erzeugnisse einer anderen Sache, wie die Wolle, Milch oder die Jungen der Thiere, oder die aus dem Boden gewonnenen Producte¹). Diese Früchte werden Naturalfrüchte genannt, weil sie nach Naturgesetzen aus einer anderen Sache entstehen²). In einem weiteren Sinne werden auch die Einkünfte, welche für den von einem Anderen bezogenen Gebrauch oder Genuß einer Sache entrichtet werden müssen, unter der Benennung Civilfrüchte zu den Früchten gerechnet, weil auf sie im wesentlichen dieselben Grundsätze als auf die Naturalfrüchte in Anwendung kommen³). Dagegen kann das, was weder den physischen noch den juristischen Grund seiner Existenz in einer anderen Sache hat, sondern aus einem anderen Grunde bloß äußerlich zu derselben hinzugetreten ist, nicht zu den Früch-

259) Curtius a. a. D. §. 303, Nr. 3. Hånsel a. a. D. S. 250. Pagemann a. a. D. §. 245.

260) Simon und Strampf a. a. D. Bd. 1, S. 55. Leysor l. c. spec. 418. med. 4.

261) Fischer a. a. D. §. 1304.

262) Die Literatur hierüber s. bei Eichhorn a. a. D. §. 250, Note g.

1) L. 77. D. de V. S. (L. 16.) In Folge singularer Bestimmung wurde jedoch im römischen Rechte der *partus ancillae* nicht zu den Früchten gerechnet. L. 28. §. 1. D. de usur. et fruct. (22. 1.)

2) Die Naturalfrüchte pflegt man wieder zu unterscheiden in Naturalfrüchte im engeren Sinne und in Industrialfrüchte, je nachdem zu ihrer Erzeugung die Anwendung von Fleiß und Mühe erforderlich ist oder nicht. L. 45. D. de usuris et fructibus. (22. 1.) L. 48. pr. D. de acquir. rer. domin. (41. 1.)

3) L. 34. D. de usur. et fruct. (22. 1.) verglichen mit L. 121. D. de V. S. (L. 16.)

ten gerechnet werden⁴⁾. Auch ist von den Früchten einer Sache der etwaige andere Gebrauch zu unterscheiden, der von derselben gemacht werden kann⁵⁾. Wer das Recht habe, die Früchte einer Sache zu beziehen und Eigenthum an denselben zu erwerben, das muß zunächst davon abhängen, in wessen Eigenthume sich die erzeugende Hauptsache befindet. Denn die Früchte, als Erzeugniß der Hauptsache, gehören der Natur der Sache nach zu derselben, so daß das Eigenthum der Hauptsache auch das Eigenthum der Früchte nothwendig in sich begreift. Daher gehören die Früchte einer Sache dem Eigenthümer derselben, so wie sie nur existent geworden sind, ipso iure, ohne daß es zu ihrem Erwerbe weiterer Acquisitionshandlungen bedürfte⁶⁾. Für einen Anderen, als den Eigenthümer der Hauptsache, kann das Recht, Eigenthum an den Früchten derselben zu erwerben, nur dadurch entstehen, daß entweder gar kein Eigenthümer da ist, welcher vor ihm das Recht des Fruchterwerbs haben könnte, oder daß er das Recht dazu von dem Eigenthümer herleitete. Das Erstere ist der Fall bei dem bonae fidei possessor und bei dem emphyteuta. Denn der bonae fidei possessor der Hauptsache kann zwar an den Früchten derselben, so lange sie von dieser selbst noch getrennt sind⁷⁾, und also einen unmittelbaren Bestandtheil derselben ausmachen, kein anderes Recht haben, als er an der Hauptsache selbst hat, so daß er also, da diese sich nicht in seinem Eigenthume befindet, auch kein Eigenthum an den ungetrennten Früchten haben kann; allein jeden Falles ist er der muthmaßliche Eigenthümer der Sache, so daß kein anderer als er berechtigt sein kann, die Früchte derselben zu beziehen. Der bonae fidei possessor erwirbt deshalb Eigenthum an den Früchten, so wie dieselben von der Hauptsache separirt sind⁸⁾, ohne daß etwas darauf ankommt, ob er selbst oder ein Anderer die Separation vorgenommen habe, oder ob dieselbe von der Natur erfolgt sei⁹⁾. Einige Rechtsgelehrte sind zwar der Meinung, daß der bonae fidei possessor die Früchte usucapiren müsse, um Eigenthum an denselben zu erwerben¹⁰⁾; allein es ist in mehreren Stellen ganz unzweifelhaft ausgesprochen, daß sie ohne Weiteres durch die Separation zu seinem Eigenthume werden¹¹⁾. Dagegen ist sein

4) J. B. der Schaf, der auf einem Grundstücke gefunden wird, oder die Thiere, die auf demselben gefangen werden. Vgl. Glücl, Erläuterung der Pandekten Bd. 8, S. 256.

5) §. 4. J. de usu. (2. 5.)

6) Mühlensbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes Th. 2, S. 250.

7) In dieser Beziehung unterscheidet man zwischen fructus separati und fructus pendentes, je nachdem sie schon von der Hauptsache getrennt sind oder noch mit derselben zusammenhängen. Vgl. Glücl Bd. 8, S. 260.

8) L. 25. §. 1. i. f. L. 28. pr. D. de usu. et fruct. (22. 1.) L. 48. D. de acquir. rer. domin. (41. 1.)

9) Indessen hört das Recht auf den Fruchterwerb von dem Augenblicke an auf, da der Besizer von dem fremden Eigenthume Kenntniß erhält.

10) Savigny, das Recht des Besizes, 6. Auflage, S. 314 flg.

11) L. 25. D. de usuris et fruct. (22. 1.) L. 21. D. eod.: agnos et hoedos et vitulos statim pleno iure esse bonae fidei possessoris et fructuarii. L. 48. pr. D. de acquir. rer. dom. (41. 1.) L. 48. §. 6. D. de

Eigenthum insofern ein widerrufliches oder interimistisches, als ihm der wirkliche Eigenthümer der Hauptsache mit derselben auch die noch vorhandenen Früchte, fructus exstantes, abvindiciren kann¹²⁾. Nimmt man aber einmal an, daß der bonae fidei possessor nicht erst der Usucapion bedürfe, um Eigenthum an den Früchten zu erwerben, so muß man das vindicationsrecht des wahren Eigenthümers sich auf alle Früchte erstrecken lassen, die noch wirklich vorhanden sind, auch auf diejenigen, welche der bonae fidei possessor die Usucapionszeit hindurch besessen hatte. Denn es ist ein arger Widerspruch, wenn einige Rechtslehrer zwar die Usucapion zum Eigenthumserwerbe an den Früchten für unnöthig erklären und daneben behaupten, daß dem bonae fidei possessor diejenigen Früchte, die er usucapirt habe, nicht abvindicirt werden können¹³⁾. Denn er kann die Früchte gar nicht usucapiren, wenn er der Usucapion nicht bedarf, um Eigenthum an denselben zu erwerben. Wie das Recht des bonae fidei possessor, so begreift auch das Recht des emphyteuta die Befugniß in sich, Eigenthum an den Früchten der Hauptsache zu erwerben. Aber auch hier ist ein Eigenthumserwerb nur an den separirten Früchten denkbar, weil die noch ungetrennten Früchte einen unmittelbaren Bestandtheil des Grundstücks selbst ausmachen, welches sich nicht in seinem vollen Eigenthume befindet¹⁴⁾. Dagegen kann auch bei dem Emphyteuta zum Früchterwerbe nichts darauf ankommen, ob die Separation von ihm selbst vorgenommen war oder auf andere Weise stattgefunden hatte. Wenn aber die Hauptsache einen Eigenthümer hat, so kann, da diesem das Recht des Früchterwerbes eigentlich zusteht, ein Anderer das Recht dazu nur von ihm herleiten. Daraus folgt, daß in diesem Falle zum Früchterwerbe für den Anderen im wesentlichen dasselbe erforderlich ist, was dazu gehört, daß Jemand von dem Eigenthümer Eigenthum erwerbe. Daraus erklärt sich die Bestimmung des römischen Rechtes, daß der Usufructuar und der Pächter nicht schon durch die bloße Separation der Früchte, sondern erst durch die Perception derselben Eigenthum daran erwerben¹⁵⁾. Denn die Perception der Früchte ist nichts Anderes, als die von dem Usufructuar oder Pächter entweder selbst oder in ihrem Auftrage vorgenommene Separation derselben¹⁶⁾, und vertritt deswegen die

furtis. (47. 2.): ex furtivis equis nati statim ad bonae fidei emtorem pertinebunt; merito, quia in fructu numerantur.

12) L. 48. pr. D. de acquir. rer. dom. (41. 1.): bonae fidei emtor fructus etiam ex aliena re suos interim facit. L. 40. D. eod. L. 23. C. de rei vind. (3. 32.)

13) Wie z. B. Glück, Erläuterung der Pandekten Bd. 8, S. 277, und Maceldel, Lehrbuch des heutigen römischen Rechtes §. 266, behaupten.

14) L. 25. §. 1. D. de usur. et fruct. (22. 1.) Es versteht sich von selbst, daß der Emphyteuta sogleich volles und unwiderrufliches Eigenthum an den Früchten erwirbt, weil der dominus emphyteuseos, so lange das Verhältniß dauert, gar kein Recht hat, dieselben zu erwerben.

15) §. 36. J. de rer. divisione. (2. 1.) L. 12. §. 5. D. de usufr. (7. 1.) L. 13. D. quib. mod. usufr. (7. 4.)

16) Vgl. Mühlentbruch, Lehrbuch Th. 2, §. 249.

Tradition von Seiten des Eigenthümers und die Apprehension von Seiten des Erwerbers. Wenn daher der Usfructuar stirbt, so gehören die noch nicht percipirten Früchte, wenn sie auch schon reif sein sollten, nicht seinen Erben, weil er noch kein Eigenthum daran erworben hatte, sondern dem Eigenthümer der Hauptsache. Nur in Ansehung der Thierjungen und Eier erfordern die Gesetze zum Eigenthumserwerbe keine besonderen Perceptionshandlungen, welche auch in der That nicht leicht dabei vorkommen werden¹⁷⁾.

Die Früchte sind Accession der sie erzeugenden Hauptsache. Deswegen geht die Klage, mit welcher die Hauptsache gefordert werden kann, auch auf Restitution der von derselben bezogenen oder zu beziehenden Früchte¹⁸⁾. Die Verbindlichkeit, die percipirten Früchte zu restituiren, gründet sich darauf, daß der Beklagte kein Recht haben kann, dieselben zu behalten, wenn er kein Recht hatte, Eigenthum daran zu erwerben. Daher bezieht sich jede Klage, durch welche auf Zurückgabe oder Uebergabe einer Sache geklagt wird, auch auf Restitution der von derselben bezogenen Früchte¹⁹⁾. Auch der bonae fidei possessor muß die percipirten Früchte restituiren, da das Eigenthum, welches er an denselben erwerben kann, nur ein interimistisches ist²⁰⁾. Aber er braucht die percipirten Früchte nicht unbefchränkt, sondern bloß insofern zu restituiren, als sie zur Zeit des entstandenen Processes noch in seinem Besitze sind²¹⁾. Soweit er dieselben dagegen bereits vor entstandenem Prozesse consumirt hatte, braucht er nicht dafür zu haften, selbst nicht einmal, wenn er reicher dadurch geworden sein sollte²²⁾. Wenn er aber auf Herabgabe

17) Es folgt dieses aus L. 28. pr. D. de usur. (22. 1.), wo der Fructuar in Ansehung des Eigenthumserwerbes an den Thierjungen dem bonae fidei possessor gleichgestellt wird, der das Eigenthum an den Früchten schon durch die bloße Separation erhält.

18) Man unterscheidet zwischen fructus percepti und percipiendi, je nachdem sie wirklich bezogen worden sind oder hätten bezogen werden können. Fructus percipiendi können in zweifacher Beziehung gedacht werden: erstens insofern der Eigenthümer dieselben hätte beziehen können, wenn ihm die Sache nicht wäre vorenthalten worden; zweitens insofern der Besizer dieselben hätte beziehen können, wenn er den Fleiß eines guten Hauswirthes angewendet hätte. Vgl. Glück, Erläuterung der Pandekten Bd. 8, S. 262.

19) Müllersbruch, Lehrbuch Th. 2, §. 372.

20) S. oben Note 12.

21) Diese Früchte werden vorhandene Früchte genannt, fructus exstantes, im Gegensatz der nicht mehr vorhandenen oder im Besitze des Percipienten befindlichen. Diese letzteren theilt man wieder ein in fructus deperditi, wenn sie durch einen Zufall verloren gegangen sind, und in fructus consumti, wenn sie verbraucht sind entweder durch natürliche Aufzehrung, naturaliter consumti, oder durch Veräußerung, civiliter consumti. Vgl. Glück a. a. D. S. 263.

22) L. 4. §. 2. D. fin. regund. (10. 1.) §. 2. J. de officio indic. (4. 17.) §. 35. J. de rer. divisione. (2. 1.) Die römischen Juristen waren jedoch selbst nicht ganz einig darüber, ob der bonae fidei possessor hinsichtlich sämmtlicher fructus consumti von der Restitutionspflicht frei sei, oder ob er nicht wenigstens die fructus naturales zu restituiren habe, da für deren Gewinnung weder Mühe noch Geld von ihm aufgewendet worden sei. Denn Pomponius unterscheidet in L. 45. D. de usuris (22. 1.) zwischen Naturalfrüch-

einer Erbschaft belangt wird, muß der *bonae fidei possessor* nach ausdrücklicher Bestimmung der Gesetze für die consumirten Früchte soweit haften, als er dadurch reicher geworden ist²³). Die Verbindlichkeit, nicht allein die wirklich bezogenen, sondern auch diejenigen Früchte zu restituiren, welche von einer Sache hätten bezogen werden können, gründet sich darauf, daß Jeder den vollen Schaden ersetzen muß, den er dem Berechtigten durch widerrechtliche Vorenthaltung der Sache zufügt. Daher hat eine *mora* von Seiten dessen, der die Sache herausgeben muß, die Wirkung, daß er nicht allein die *fructus percepti*, sondern auch die *fructus percipiendi* restituiren muß²⁴). Dieselbe Wirkung hat für den Beklagten die *litiscontestatio*²⁵), welche auch den *bonae fidei possessor* dem *malae fidei possessor* gleichsetzt und ihn deswegen von diesem Zeitpunkt an auch in Ansehung der von der Sache zu beziehenden Früchte verpflichtet. Denn der *malae fidei possessor* muß natürlich, da er zur vollen Entschädigung verpflichtet ist, sämtliche Früchte ersetzen, welche von dem Augenblicke an, da er sich in Besitz der Sache gesetzt hatte, von derselben bezogen worden sind oder hätten bezogen werden können²⁶). Wenn es sich übrigens um Restitution von Früchten handelt, so können von dem Beklagten immer die Kosten in Gegenrechnung gebracht werden, die er für die Gewinnung derselben hatte aufwenden müssen²⁷). Das gilt jedoch bei der *rei vindicatio* nur in Ansehung derjenigen Kosten, die sich auf solche Früchte beziehen, welche wirklich restituirt oder vergütet werden, indem dabei auch nicht einmal der *bonae fidei possessor* solche Kosten anrechnen kann, die auf verunglückte Früchte verwendet worden

ten und zwischen Industrialfrüchten, und auch in §. 31. J. cit. wird als Grund, warum er die consumirten Früchte nicht zu restituiren brauche, die darauf verwendete Cultur angegeben. Indessen ist es in anderen Stellen zu klar ausgesprochen, daß er nur die *fructus exstantes* zu restituiren habe, als daß man in Ansehung der consumirten Früchte einen solchen Unterschied machen könnte. S. auch noch L. 22. C. de *rei vindic.* (3. 32.) Vgl. überhaupt darüber Glü c Bd. 8, S. 288 fig.

23) L. 40. §. 1. D. de *hered. petit.* (5. 3.)

24) Denn der säumige Schuldner muß das gesammte Interesse, die *omnis causa* prästiren. L. 114. D. de *verb. oblig.* (45. 1.) L. 19. D. de *peric. et commodo rei vendit.* (18. 6.) L. 68. D. de *rei vindic.* (6. 1.) L. 2. §. ult. D. de *eo quod certo loco.* (13. 4.)

25) L. 20. D. de *rei vindic.* (6. 1.) L. 31. pr. D. de *reb. credit.* (12. 1.) L. 2. L. 3. §. 1. L. 10. D. de *usur.* (22. 1.)

26) Indessen ist der Umfang, in welchem der *bonae fidei possessor* von der *litiscontestatio* an und der *malae fidei possessor* vom Momente des Besitzes an für Restitution der *fructus percipiendi* haften, nicht der nämliche. Der *bonae fidei possessor* braucht bloß diejenigen Früchte zu restituiren, welche er durch eigene Schuld vernachlässigte, ohne Rücksicht darauf, ob der Eigenthümer im Stande gewesen wäre, dieselben zu beziehen, während der *malae fidei possessor* auch diejenigen Früchte restituiren muß, welche der Eigenthümer hätte gewinnen können, wenn ihm die Sache nicht wäre vorenthalten worden. §. 2. J. de *officio iudic.* (4. 17.) L. 2. C. de *fructibus.* (7. 51.) L. 33. L. 62. §. 1. D. de *usuris.* (22. 1.)

27) L. 1. C. de *fructibus*: *Hoc enim fructuum nomine continetur, quod iustis sumtibus deductis superest.*

waren²⁰). Bei der *hereditatis petitio* kann aber der Beklagte, wenn er sich in *bona fide* befindet, auch die für diejenigen Früchte, aus welchen ohne sein Verschulden Nichts geworden war, aufgewendeten Kosten in Anrechnung bringen²¹).
Euden.

Fuhrleute¹⁾, Frachtfuhrleute (aurigae²⁾, plaustrarii. sind diejenigen, welche die Verbindlichkeit übernehmen, gewisse Gegenstände, gegen Bezahlung entweder in Bausch und Bogen, oder nach dem Gewicht und nach der Entfernung des Ortes³⁾, von einem Orte zu einem anderen ihnen bestimmten, mit ihrem Geschiere auf der Achse⁴⁾ fortzuschaffen und abzuliefern⁵⁾. Sie sind theils öffentlich angestellt, wohin vorzüglich die Post-, Land- und öffentlich eingerichteten Miethkutschen gehören, theils Privatfuhrleute⁶⁾. Nur die Letzteren sind in der Hauptsache Gegenstand dieses Artikels, während die ersteren nur, inwiefern für sie nicht besondere Rechtsgrundsätze gelten, analog nach den Grundsätzen über die letzteren zu beurtheilen sind. Der Frachtfuhrmann geht in der Hauptsache einen Miethcontract (*locatio conductio operarum*) ein⁷⁾. Danach ist daher im wesentlichen sein Verhältniß zu den übrigen concurrirenden Personen zu beurtheilen, jedoch mit denjenigen Modificationen, welche teutschrechtlich durch die Beziehung zum Frachtgeschäfte⁸⁾ eintreten, und

28) L. 46. D. de usuris. (22. 1.) Vgl. Glück Bd. 8, S. 301.

29) L. 37. D. de heredit. petit. (5. 3.) Glück Bd. 7, S. 572.

1) Außer den nachstehend auf einzelne Veranlassungen angeführten Schriften vgl. Kühr, Haushaltungsrecht §. 1585 flg. W. Pöhl's Darstellung des gemeinen teutschen Handelsrechtes Bd. 1, §. 68—70. Bender, Grundsätze des teutschen Handlungsrechtes Bd. 1, §. 66—73. Ueber die frühere Literatur s. auch v. Zangen in der nachstehend Note 33. angeführten Schrift S. 19—33.

2) Ueber die Etymologie dieses Wortes s. Harprecht, disp. inaug. de iure aurigarum circa contractus etc. in eiusd. diss. academicarum Vol. I. nr. XII. §. 3.

3) Darüber, inwiefern sich das ganze Verhältniß des Frachtfuhrmanns ändert, wenn er Sachen umsonst fortzuschaffen übernimmt, und daß daher nie dafür präsumirt werden kann, s. das Hauptwerk in dieser ganzen Materie: Münter, das Frachtfuhrrecht (Hannover [1798—1801] 1810), Abschn. 1, St. 4, §. 2, 4, 6, 7.

4) Schröder, vermischte juristische Abhandlungen Bd. 1 (Haße 1785), S. 279. Daß ihnen die Schiffer nicht in jeder Beziehung gleich gestellt werden können, wie sonst häufig geschah, darüber s. Rittermaier, Grundsätze des teutschen Privatrechtes, Ausgabe von 1838, §. 540, Note 2.

5) Pagemann, Handbuch des Landwirthschaftsrechtes §. 66. Curtius, Handbuch des im Königreiche Sachsen geltenden Civilrechtes Bd. 4, §. 1478.

6) Pagemann a. a. D.

7) Harprecht l. c. §. 26. Glück, Pandektencommentar Th. 6, §. 493, S. 133. Vgl. Rittermaier a. a. D. in der Ausg. von 1830, §. 486.

8) Rotted und Belcker, Staatslexikon Bd. 5 u. d. W. Fracht, S. 701. Mehrere Fälle in Bezug auf das Frachtgeschäft s. Rechtsfälle aus dem Gebiete des Handelsrechtes u. s. w., aus Acher's Monatschrift für Politik und Handel besonders abgedruckt (Hamburg 1836), Th. 1, S. 37, 128, 184,

namentlich durch die große Eigenthümlichkeit, daß der zwischen dem Fuhrmanne und demjenigen, welcher ihm den Transport der Waaren verbindet, geschlossene Vertrag eine dritte, anscheinend bei der Abschließung desselben nicht concurrirende Person, den Empfänger der Waaren, verbindet⁹⁾. Anscheinend, denn der Empfänger concurrirt entweder durch einen ausdrücklichen Auftrag, den er dem Absender zum Abschlusse des Frachtcontractes gegeben hat, oder durch einen stillschweigenden, indem er die Waaren zugeseudet verlangt, worin offenbar der Auftrag zu Schließung des Vertrages liegt, oder durch einen vermutheten Vertrag, wenn er z. B. schon längere Zeit hindurch die von dem Absender ihm durch Fracht zugeseudeten Waaren angenommen und die darüber abgeschlossenen Frachtverträge jedesmal genehmigt hat¹⁰⁾, oder endlich durch nachfolgende entweder ausdrückliche, oder mittels Annahme der Ladung stillschweigende Genehmigung des von dem Absender geschlossenen Frachtvertrages¹¹⁾. Tritt aber nicht einer von allen diesen Fällen ein, der Absender schickt z. B. ganz unbestellte Waaren, so ist auch der Empfänger durch den Frachtvertrag nicht gebunden¹²⁾.

Die gesammten Verbindlichkeiten der Interessenten beruhen auf dem Frachtbriefe, als der eigentlichen Urkunde über den, zwischen dem Absender und dem Fuhrmanne geschlossenen Vertrag¹³⁾. Derselbe, auch Frachtzettel¹⁴⁾, Factur, Connoissement¹⁵⁾ genannt, ist eigentlich eine dem Fuhrmanne mit der Fracht mitgegebene¹⁶⁾, offene, an den Waarenempfänger gerichtete Legitimation des Fuhrmannes über Quantität, äußere Qualität und Bestimmung des Frachtgutes und über den Betrag des Frachtlohnes. Er enthält, außer anderen minder wesentlichen, vorzüglich aber auch den durch die Zollgesetzgebung gebotenen Notizen¹⁷⁾, den Namen des Fuhrmannes, den Ort der Bestimmung, den Namen des Empfängers (oft bloß auf der Adresse ausgedrückt), die Zeit der der einstigen Ablieferung, die Beschreibung und Zahl der einzelnen Packete, Fässer, Colli u. s. w., besonders nach ihren Zeichen¹⁸⁾, den Betrag der bedungenen Fracht sammt den dießfalligen Münzforten (wenn die Landesmünze verschieden ist) und der etwa gezahlten Abschlagszahlung. Die Verpflichtungen des Fuhrmannes, rücksichtlich deren Erfüllung er für seine

bann über die Frage, was zum Begriffe der Frachtsachen gehört: Archiv für das Handelsrecht Bd. 2, Abh. V (vorzüglich für Hamburg interessant).

9) Münster a. a. D. Abschn. 1, St. 5, §. 1.

10) Münster a. a. D.

11) Münster a. a. D. §. 4.

12) Alteri stipulari nemo potest, §. 19. J. de inutilib. stipulat. (3. 20.) Fr. 38. pr. et §. 2. π . de verbor. oblig. (45. 1.)

13) Mittermaier a. a. D. Ausg. v. 1838, §. 540 (486).

14) Schröder a. a. D. S. 303.

15) Glück a. a. D. Th. 21, §. 1140, S. 185.

16) Curtius a. a. D.

17) Rottsch und Welcker a. a. D. Schröder a. a. D. S. 303.

18) Beyerbach, vom Beweise der Frachtgüter. Frankfurt 1801.

Leute, namentlich seine Knechte zu haften hat¹⁹⁾, bestehen im allgemeinen darin, die Fracht — hier in der Bedeutung von: Frachtgütern²⁰⁾ — gehörig aufzunehmen, den Transport auf seine Kosten und mit seinem Geschirre zu bewirken, während der Reise für die Frachtgüter Sorge zu tragen und sie an den bestimmten Ort und an die dort bestimmte Person gehörig abzuliefern²¹⁾. Diese Verbindlichkeiten pflegen im Frachtbriefe durch die Formel ausgedrückt zu werden, daß der Empfänger, „nach guter und richtiger Lieferung der Fracht“ den bedungenen Lohn zu bezahlen habe. In der Handelsprache versteht man unter guter Lieferung: Ablieferung unbeschädigter Fracht; unter richtiger²²⁾: Ablieferung zur bestimmten Zeit²³⁾. Häufig wird in den Frachtbriefen noch ausdrücklich der Verlust des Lohnes für den Fall der Verspätung der übernommenen Lieferung angedroht²⁴⁾.

Der Fuhrmann steht in einem doppelten Verhältnisse, nämlich zum Absender der Waaren und zu deren Empfänger — das Verhältniß des Empfängers und Absenders gegen einander gehört nicht hierher. Er hat nämlich gegen den Absender das Recht²⁵⁾, und zwar, da der Frachtcontract weder durch den Tod des Absenders, noch durch von dessen Seite unerwartet erfolgte Niederlegung des Expeditionsgeschäftes aufgehoben wird, auch gegen dessen Erben und Nachfolger, auf einen sichern Aufstapplatz, auch häufig auf Verabreichung hinlänglich starken Ladungszeuges an Binden, Bindeseilen, Hebebäumen, Waggleitern u. s. w., auf Entschädigung, wenn wegen Mangelhaftigkeit dieser Gegenstände der Fuhrmann, sein Geschirre oder seine Leute, sei es beim Aufpacken oder unterwegs, Schaden nehmen, wenn ihm absichtlich oder culpos schwerere Fracht, als bedungen war, aufgegeben worden ist und er dadurch Schaden gelitten hat; ist dieß aber auch nicht geschehen, in dieser letzten Beziehung auf eine, nach dem Mehrgewichte zu normirende Erhöhung des Fuhrlohnes. Er hat, wenn er bemerkt, daß ihm verbotene Waare aufgeladen ist, da kein Fuhrmann solche führen darf und sich daher, wenn er doch dergleichen hat, von den Behörden an ihn gehalten zu werden pflegt²⁶⁾, das Recht, dieselbe an einem sichereren Orte niederzulegen und sowohl mindestens das Frachtlohn bis dahin, ja nach der richtigeren Meinung das

19) Münter a. a. D. Abschn. 1, St. 3, §. 5 u. 8. Rittermaier a. a. D. Nr. VIII.

20) Schröder a. a. D. S. 297.

21) Rittermaier, Curtius und Kottek a. a. D.

22) Gebrüder Overbeck, Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien Bb. 8, S. 1.

23) Münter a. a. D. Abschn. 1, St. 5, §. 5 u. 6.

24) Wagner, Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit Jahrg. 1834, Bb. 2, S. 237 (X, 2, 277).

25) Münter a. a. D. Abschn. 1, St. 12, §. 3, 4, 5, 6, 9, 10.

26) Hagemann a. a. D. Archiv für das Civil- und Criminalrecht der preuß. Rheinprovinzen Bb. 8, S. 219.

ganze Frachtlohn bis an den Ort der Bestimmung der Fracht²⁷⁾, als, wenn der Fuhrmann deshalb bestraft oder aufgehalten werden sollte und von der verbotenen Fracht nichts wußte, oder nicht ihm, sondern dem Absender die Nichtkenntniß des Verbotes zuzurechnen ist, Entschädigung vom Absender zu fordern. Diesen muß er übrigens, wenn sich bei Bereitschaft des Fuhrmannes zu guter und richtiger Ablieferung der Adressat der Annahme weigert und der Fuhrmann sich an die Waare zu halten genöthigt ist, sofort davon benachrichtigen²⁸⁾. Ebenso hat er gegen den Absender die Verbindlichkeit, sich zu rechter Zeit zu Aufnahme der Ladung einzufinden, und es kann ihn davon selbst der Umstand nicht befreien, daß er von der Fracht offenbaren Schaden habe, wohl aber eine sich für die Reise zeigende gegründete Gefahr, oder ein solches Unglück, welches den Fuhrmann wenigstens momentan außer Stand setzt, seiner Verpflichtung zu genügen²⁹⁾.

Gegen den Empfänger hat der Fuhrmann, nach Obigem, die Verbindlichkeit³⁰⁾, die Ladung unverfehrt zu rechter Zeit abzuliefern, sie daher gehörig einzupacken, auf der Reise zu verwahren und Alles zu vermeiden, wodurch die Waaren Schaden leiden könnten³¹⁾. Er haftet daher für den Verlust der transportirten Ladung und für deren Beschädigung, falls letztere nicht durch die Waaren selbst entstand, auch für den Schaden aus zu später Ablieferung, und ist nur von dieser Verbindlichkeit befreit, wenn der Schaden durch ein Ereigniß herbeigeführt wurde, das der Fuhrmann bei Uebernahme der Fracht nicht vorhersehen und dann nicht vermeiden konnte (*vis maior*), also durch einen reinen Zufall³²⁾. Darnach läßt sich die Frage entscheiden, ob Diebstahl³³⁾ auch als Zufall anzusehen sei, während im allgemeinen beim Raube dieß minder zweifelhaft ist³⁴⁾, falls der Fuhrmann nicht durch das Fahren ungewöhnlicher Wege, oder sonst Veranlassung dazu gegeben, oder die nöthige Hülfe versäumt hat. Dem Fuhrmanne stehen insonderheit bei einem in einem Wirthshause erlittenen Diebstahle die Bestimmungen zu, welche die de

27) Fr. 19. §. 9. Fr. 38. pr. D. *Locati conducti*. (19.2.) Lanterbach, colleg. theoret. practicum lib. XIX. tit. II. §. 108. Harprecht l. c. §. 14. nr. 58.

28) Rotted und Welcker a. a. D.

29) Münter a. a. D. Abschn. 1, St. 11, §. 1, 2, 3.

30) Münter a. a. D. Abschn. 1, St. 7, §. 1. Rittermaier a. a. D.

31) Wie weit gebungene Fuhrleute für die ihnen anvertrauten Waaren haften s. Klein, Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelchrsamkeit in den preussischen Staaten Th. 1, S. 76.

32) Münter a. a. D. Abschn. 1, St. 10, auch St. 5, §. 7. Rittermaier a. a. D. Rotted a. a. D. S. 702. Schröder a. a. D. S. 283. Harprecht l. c. §. 14 u. 28.

33) Münter a. a. D. St. 10, §. 5. v. Zangen, was für eine Klage wider einen Fuhrmann stattfinden, welchem die zum Transport bedungenen Sachen weggenommen? Gießen 1798.

34) Münter a. a. D. §. 6. Rotted a. a. D. S. 702.

recepto handelnden Gesetze gewähren³⁵). Dagegen kann er für den Schaden durch Naturereignisse, Hagelschlag, Entzündung durch Blitz, Ueberschwemmung u. s. w. natürlicherweise nicht haften³⁶). Ihm liegt die Haftungsverbindlichkeit für allen durch seine und der Seinigen Schuld, Nachlässigkeit und böse Absicht (dolus) an den Waaren selbst oder mittelst Verspätung entstandenen Schaden ob³⁷), und zwar gewährt er, nach der Natur des Miethcontractes, in der Regel den mittlern Grad des Fleißes und bezüglich der Schuld (diligentia media, culpa levis)³⁸). Nur dann muß er den höchsten Fleiß gewähren, wenn der Schade durch Handlungen geschah oder nicht vermieden wurde, bei denen der Fuhrmann, als Sachverständiger, concurrirte, z. B. durch Ueberlassung seines Fuhrwesens an einen noch nicht bewährten Knecht³⁹), durch Umwerfen, unrichtiges Packen u. s. w.⁴⁰), wenn er Waaren wohlwissend übernahm, zu deren Erhaltung und Transportirung die höchste Aufmerksamkeit erforderlich ist, z. B. kostbare, zerbrechliche Waaren u. s. w.⁴¹), wenn er die strengste Aufmerksamkeit zugesagt, sogar vielleicht für die größere Aufsicht die Versprechung einer besonderen Belohnung angenommen⁴²), oder sich dem Kaufmanne angeboten, gleichsam aufgedrungen hat (sese obtulit)⁴³). Offenbar muß auch der Fuhrmann, welcher aus dem Frachtcontracte auf gute und richtige Ablieferung der Waare belangt, oder dem wegen Nichterfüllung dieser Contractbedingung ein Abzug vom Frachtlöhne gemacht wird, wenn er dagegen ercipirt, daß er an der Contractserfüllung, trotz angewendeten gehörigen Fleißes, gehindert worden sei, diesen beweisen⁴⁴); es wäre denn, daß der Gegentheil eine besondere Art der culpa zum Grunde seiner Ansprüche legte, die letzterer dann beweisen müßte⁴⁵). Uebrigens wird dem Empfänger, wenn er den Frachtlohn ohne Rüge zu Schulden gebrachter Verspätung der Ablieferung auszahlt, dennoch, falls er erst hinterher den ihm durch die Verspätung entstandenen Schaden und die Verspätung entdeckt, noch eine Klage gegen den Fuhrmann zustehen, da, wenn auch die Entdeckung der Verzögerung aus dem Frachtbrieife in der Regel sogleich erhellen muß, dennoch der Empfänger den ihm daraus erwachsenen Schaden vielleicht nicht sogleich

- 35) Fr. 1. §. 5. D. nautae, cauponae, stabularii, ut recepta restituant.
 (4. 9.) Münter a. a. D. Abschn. 2, §. 11.
 36) Münter a. a. D. §. 7. Harprecht l. c. §. 21. nr. 94.
 37) Hagemann a. a. D. Münter a. a. D. Abschn. 1, St. 5, §. 8.
 38) Harprecht l. c. §. 21. nr. 88. u. §. 22. Strube, rechtliche Gedanken, Weh. 459 (I, 71). Schröder a. a. D. S. 282.
 39) Harprecht l. c. §. 25. nr. 119 u. 120.
 40) Fr. 25. §. 7. D. locati conducti. (19. 2.) Harprecht l. c. §. 21. nr. 95. Glück a. a. D. Th. 10, §. 700, S. 321.
 41) Schröder a. a. D. S. 283.
 42) Fr. 40. D. loc. cond. (19. 2.) Harprecht l. c. §. 24.
 43) Fr. 1. §. 35. D. depositi v. c. (16. 3.) Fr. 53. §. 3. D. de furtis. (47. 2.)
 44) Curtius a. a. D. gegen Harprecht l. c. §. 26. nr. 121., welcher Nr. 126 ein gegen seine Meinung erteiltes Erkenntniß referirt.
 45) Curtius a. a. D. Note b.

erkennt, und kein Gesetz ein solches Versehen mit dem Verluste des ganzen Klagrechtes bedroht⁴⁶⁾.

Um nicht an der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten durch Ereignisse gehindert zu werden, deren Abwendung nicht in seiner Gewalt steht und die ihm doch darum zur Schuld gerechnet werden, weil er sie veranlaßt hat, sind von ihm vorzüglich folgende Handlungen zu vermeiden. Er darf nicht verbotene Wege, überhaupt auch keine Nebenwege, fahren, sondern muß die offenen Wege und Straßen halten⁴⁷⁾, weil davon, bei Entdeckung des Vergehens, nicht nur Aufenthalt und daher Versäumniß der Ablieferungszeit, sondern sogar Beschlagnahme der Waaren, auf selbst nicht verbotenen Nebenwegen größere Unsicherheit, die Folge sein kann. Es liegt nämlich nicht immer klar vor, ob nicht der Absender mit dem Fuhrmanne über das Befahren verbotener Wege, z. B. zur Defraudation des Zolles, um mit geringerer Fracht davon zu kommen, zur Abkürzung der Fahrt, weil der Absender die Waaren zu spät abgeseudet hat, u. s. w., im Einverständniß ist; und daß in einem solchen Falle mit Beschlagnahme der Waaren verfahren werden kann, ist unbezweifelt⁴⁸⁾. Aus gleichem Grunde darf der Fuhrmann Zoll, Mauth, Gleite, Chauffeegeud u. s. w. nicht umfahren, muß diese Abgaben vielmehr pünktlich entrichten⁴⁹⁾. Er darf nicht das Postregal beeinträchtigen, z. B. durch Mitnehmen solcher Gegenstände, Briefe u. s. w., deren Transport die Post als ausschließendes Recht anspricht, durch Unterlegen von Relaispferden und Formirung eines förmlichen Postcurses u. s. w. Namentlich müssen diejenigen Lohnfuhrleute, welche sich hauptsächlich mit dem Personentransporte beschäftigen, den zu Beförderung des Postregales landesgesetzlich eingeführten Beschränkungen sich genau unterwerfen, z. B. durch Lösung eines sogen. Post Scheines, d. i. eines für eine gewisse Abgabe zu erlangenden Erlaubnißscheines zu Verrichtung einer Lohnfuhr, durch Nichtweiterbeförderung solcher Personen⁵¹⁾, welche unmittelbar vorher mit der gewöhnlichen Post angekommen sind, durch Ausweichung bei Begegnung mit Posten u. Ueberhaupt muß der Fuhrmann, zu Verhütung schädlichen Aufens, die Regeln des Ausweichungsrechtes genau beobachten⁵²⁾. Chauffeen muß gewöhnlich jedes Fuhrwerk, mithin auch das Postfuhrwerk, ohne Unterschied der Ladung und Bespannung, auf, bezüglich durch das Horn oder durch Knallen mit der Peitsche, gegebenes Zeichen dem entgegenkommenden auf die Hälfte des Gleises zur rechten, dem hinter ihm kommenden auf die Hälfte des Gleises zur linken Hand ausweichen. Auf nicht chauffirten

46) Gegen Münter a. a. D. St. 5, §. 9 und Wittermaier a. a. D.

47) Münter a. a. D. Abschn. 3. Schröder a. a. D. S. 284. Pagemann a. a. D.

48) Münter a. a. D. Abschn. 1, St. 2, §. 6.

49) Harprecht l. c. §. 35. Schröder a. a. D. S. 286.

50) Schröder a. a. D. S. 288 fig.

51) Ueber die Beschränkung der natürlichen Freiheit in Ansehung des Gebrauches der Miethkutschen auf Reisen, in Hurlebusch, Beiträge zur u. s. w. Jurisprudenz Hft. 2, S. 172.

52) Pagemann a. a. D. Münter a. a. D. Abschn. 4, §. 2.

Straßen weicht in der Regel der leere Wagen dem beladenen, die Extra-post der ordinären Post, Weiden alles andere Geschirr aus, gleich schweres Fuhrwerk läßt einander die halbe Spur, und der Fuhrmann, der in einem zum Ausweichen zu engen Hohlwege bergauf fährt, muß, wenn ein anderer berglein ihm entgegen kommt, zurückfahren⁵³). Nur an wenigen Orten ist ein Unterschied zwischen dem in die Stadt und aus der Stadt kommenden Fuhrwerke⁵⁴).

Noch unstreitiger als bei dem durch culpa verursachten Schäden muß der Fuhrmann für den durch seinen und der Seinigen dolus, namentlich durch Verbrechen⁵⁵) veranlaßten haften. Eine vorzüglich streitige Frage ist die, ob die Entfremdung der dem Fuhrmanne übergebenen Effecten durch ihn selbst, z. B. Entwendung der in den Kisten befindlichen Sachen und Anfüllung derselben mit werthlosen Gegenständen, Abzapfung des Weines und Anfüllung der Fässer mit Wasser u. s. w., Diebstahl oder Unterschlagung sei⁵⁶)? Es ist jedoch diese Frage in abstracto nicht zu beantworten, sondern es entscheiden die einzelnen in concreto vorwaltenden Umstände. Nur so viel möchte unbestreitbar sein, daß eine solche Handlung wegen des darin liegenden Mißbrauches des öffentlichen Glaubens und wegen der für Handel und Wandel daraus entspringenden Gefahr schon gemeinrechtlich strafbar erscheint, so wie dieß auch in mehreren Particulargesetzen ausdrücklich vorgeschrieben ist⁵⁷).

Sowohl unter den älteren als neueren Rechtslehrern ist nun die Frage sehr erörtert worden, mit welcher Klage der Fuhrmann wegen unterlassener oder verzögerter Erfüllung des Contractes, namentlich wegen nicht gehörig bewirkter Ablieferung der ihm anvertrauten und ihm weggenommenen Waare zu belangen sei⁵⁸). Bis auf die neuesten Zeiten waren viele Rechtslehrer der Meinung, daß, weil der Frachtfuhrmann in derselben Lage sei, wie der Schiffer, die römisch-rechtliche *actio de recepto* ihre Anwendung auf ihn finde⁵⁹). Die Mehrzahl der Schriftsteller über

53) In der Hauptsache stimmen damit die Königl. preussischen und Königl. sächsischen Gesetze überein. Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten Th. 2, Abt. 2, Tit. 15, §. 25 ff. Richter, Repertorium der Gesetzgebung des Königreichs Sachsen Bd. 1, u. b. B. Ausweichen, u. l. sch. Oberpostamtsverordn. vom 5. März 1835.

54) Ueber diesen letzten Umstand geben die vorstehend zuletzt angezogenen Schriftsteller einander gerade entgegengesetzte Regeln.

55) Harprecht, *disp. de iure aurigarum circa delicta*, in *dissertat. academ.* Vol. I. disp. 15.

56) Münzer a. a. D. Abschn. 1, St. 8, besonders §. 12, 13, 14. Schröder a. a. D. S. 292 ff.

57) Hagemann a. a. D.

58) Heise und Cropp, juristische Abhandlungen Th. 2, S. 615.

59) Richter, *decis.* P. III. *decis.* 141. nr. 15 u. 16. Gebr. Oberbeck a. a. D. B. 2, S. 215. Mackeldoy, *diss. quatenus actio de recepto contra aurigas et curatores mercium seu speditores competat*, Helmstadt. 1806 (auch in Barth, Sammlung ausriefener Dissertationen Bd. 1, Nr. VIII, übersezt) und derselbe, im Lehrbuch des heutigen römischen Rechtes §. 440 (650). Fünkhänel, über die Anwendbarkeit der prätorischen *de recepto actio* auf die Ersatzverbindlichkeit der heutigen Postanstalten, Fuhr-

diesen Gegenstand findet jedoch die Lage des Schiffers, der in der Hauptsache seine Aufsicht in diesen Beziehungen bloß auf das Innere des Schiffes zu erstrecken hat, aus welchem weder Sache noch Person ohne seine Zustimmung entkommen kann, ganz anders und zu einer weit größeren Zurechnung geeignet, als die des Landfuhrmannes, der sein Geschirr und seine Ladung auf den Landstraßen und in den Gasthöfen so vielen öffentlichen und geheimen Angriffen Preis geben muß⁶⁰). Daher hat die Meinung die Oberhand gefunden, daß die *actio de recepto* auf den Landfuhrmann nicht anwendbar, vielmehr derselbe durch die Klage aus dem Frachtcontracte und bezüglich in geeigneten Fällen durch die *actio legis aquiliae* zu seiner Schuldigkeit anzuhalten sei.

Dem Fuhrmanne steht gegen den Empfänger das Recht zu⁶¹), einen sichern Ausladungsort, das nöthige Hebezeug zur Entfrachtung und, bei guter und richtiger Lieferung, Bezahlung des Lohnes, Frachtlohnes, auch Fracht vorzugsweise⁶²) genannt, zu fordern, in welcher letzten Hinsicht demselben ein Retentionsrecht⁶³), nicht ein Pfandrecht⁶⁴), an den Waaren zusteht. Er braucht sich wegen des Frachtlohnes nicht an den Befrachter verweisen zu lassen⁶⁵). Es entsteht aber die Frage, ob der Fuhrmann, welchem bei Schließung des Frachtcontractes der Auftrag geschehen war, die vom Spediteur ausgelegten Spesen beim Empfänger einzucassiren, zur eigenen Zahlung dieser Spesen verpflichtet sei, wenn er, ohne sie erhalten zu haben, die Frachtware an den bestimmten Empfänger abgeliefert hat⁶⁶)? Sie hängt unstreitig von der Vorfrage ab, ob dem Fuhrmanne, der seine Waare ohne Empfang des Frachtlohnes dem Empfänger übergeben hat, ein Klagrecht gegen diesen auf das Frachtlohn zustehe? eine Frage, die, für den Fall der Annahme der Fracht, nach den oben (S. 424) herausgesetzten Grundsätzen nothwendig bejaht werden muß⁶⁷), und dennoch oft verneint

leute u. s. w., Glauchau 1836 (vgl. darüber Gersdorf, Repertorium der Literatur Bd. 7, Nr. 8, S. 12). Krig, das Pandektenrecht aus den Rechtsbüchern Justinians Th. 1, Bd. 2, S. 308 flg.

60) Schröder a. a. D. S. 283 flg. Strube a. a. D. Glück a. a. D. Th. 6, §. 493, S. 133. Hagemann a. a. D. Note **). Curtius a. a. D. Note b. Schweppe, das römische Privatrecht Bd. 3, §. 601. Mühlenbruch, *doctrina pandectarum* §. 458. v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes §. 343 (339). Müller, über die *de recepto actio*. Leipzig 1835. (Vgl. Gersdorf, Repertorium der Literatur Bd. 4, Nr. 29, S. 26 flg.)

61) Münster a. a. D. Abschn. 1, St. 5, §. 10, 11, 12.

62) Schröder a. a. D. S. 299.

63) Harprecht, *de iur. aurig. c. contr.* §. 32. Mittermaier a. a. D. Rotted a. a. D. (Vgl. a. o. S. 426.)

64) Harprecht l. c. §. 31. Glück a. a. D. Th. 11, §. 743, S. 217, Th. 19, §. 1087b, S. 58.

65) Schlüter und Wallis, juristische Zeitung Jahrg. 8, H. 1, S. 66.

66) Göß, Entscheidungen der juristischen Facultät zu Altorf. Nürnberg 1808, Abh. 5, S. 64.

67) Münster a. a. D. Abschn. 1, St. 12, §. 8. Curtius a. a. D. Mittermaier a. a. D., besonders Note 16.

wird⁶⁸⁾. Keinen Falls hat aber der Fuhrmann, wenn er die Spesen dem Spediteur restituirte und dann die Waare dem Empfänger ohne Zahlung auslieferte, ein Regressrecht gegen den Spediteur⁶⁹⁾.

Eine stillschweigende Societät wird übrigens unter den Frachtfahrern in mehreren Ländern dann angenommen und sie werden dann nach den Principien über Societätscontracte behandelt, wenn mehrere Frachtfahrer bei demselben Absender aufladen und sich nur einen einzigen Frachtbrief geben, sich sämmtlich entweder namentlich, oder nur mit ihrer Ladung ohne Angabe der Namen aller, in demselben aufführen lassen⁷⁰⁾.

Buddeus.

Fund und Schatz. Im allgemeineren Sinne ist Finden das Anfinden von Sachen, welche sich in Niemandes Besitz oder Detention befinden¹⁾. Welche rechtliche Bedeutung und Wirkung diese Handlung habe, hängt zunächst davon ab, ob anderen Personen Rechte an der gefundenen Sache zustehen. War dieselbe eine verlorene Sache, an welcher das Eigenthum nicht aufgegeben war, so ist es zwar an sich nicht unrecht, dieselbe an sich zu nehmen; aber da das Eigenthum durch das bloße factische Verlieren der Sache nicht aufgehoben werden kann, so kann auch der Finder durch das bloße Anfinden kein Eigenthum an derselben erwerben. Daher hat er die Pflicht, von seinem Funde öffentliche Anzeige zu machen²⁾, und er begeht, wenn auch keinen eigentlichen Diebstahl, doch eine straffbare Unterschlagung, wenn er außerdem die gefundene Sache an sich behält³⁾. Bei anderen Sachen, welche sich in

68) Noch neuerlich ist sie in einem, bis jetzt nur in Localblättern (vgl. Leipz. Tageblatt, 1842, Nr. 26, S. 189 und Nr. 44, S. 310) abgedruckten Erkenntnisse des k. preuß. Oberlandesgerichtes zu Paderborn verneint worden.

69) Mittermaier a. a. D.

70) Münter a. a. D. Abschn. 1, Stck 3, §. 13.

1) Ueber den Begriff des Fundes vgl. vorzüglich Schenk, über Begriff und Wesen des Funddiebstahles, im Archiv des Criminalrechtes, neue Folge, Bd. 1, S. 234 flg.

2) Im römischen Rechte läßt sich kein unbedingtes Verbot nachweisen, nach welchem man verpflichtet gewesen wäre, Anzeige zu machen, wenn man eine verlorene Sache gefunden; aber schon der Sachsenspiegel, II, Art. 29 und 37, schreibt dem Finder öffentliche Anzeige vor und in vielen neueren Particularrechten findet sich diese Vorschrift wieder. Auch liegt diese Anzeigepflicht in der Natur der Sache, da das Anfinden einer verlorenen Sache, ohne daß man von dem Funde Anzeige macht, in sich selbst den Beweis trägt, daß man die Absicht gehabt habe, die Sache zu behalten. Ulpian erzählt in L. 44. §. 8. D. de furtis (47. 2.), daß es gewöhnlich sei, daß der Finder einen schriftlichen Schein producire des Inhaltes, daß er die Sache gefunden habe und ihrem Herrn zurückgeben wolle. Da Ulpian dabei behauptet, ein solcher Schein liefere den Beweis für die redliche Absicht des Finders, und da Urkunden doch nicht für Den beweisen können, der sie selbst ausgestellt hat, so läßt sich daraus wenigstens der Schluß ziehen, daß der Finder, um sich gegen die actio furti sicher zu stellen, sich von anderen Personen einen Schein über seine Bereitwilligkeit zur Zurückgabe ausstellen lassen mußte.

3) Nach römischem Rechte ein furtum, aber nach einheimischem Rechte nur eine Unterschlagung. Vgl. darüber Bächter, im Rechtslexikon Bd. 3, S. 360 und 390.

Niemandes Eigenthum befinden, entscheiden zunächst die Grundsätze vom Bergregal, von der Forstinutzung und den Rechten der Jagd und Fischerei, ob und inwieweit es erlaubt sei, dieselben an sich zu nehmen und zu behalten⁴⁾. Soweit aber derartige Rechte nicht entgegenstehen, ist das Anfsichnehmen und Behalten herrenloser Sachen, wenn es in der Absicht geschieht, Eigenthum daran zu erwerben, eine natürliche Erwerbungsart des Eigenthums, welche von den Römern *Occupation*, von den Neueren *Finden* genannt wird⁵⁾. Hierin liegt der Begriff des Findens im engeren, technischen Sinne, nach welchem man unter Finden das Anfsichnehmen und Behalten solcher in Niemandes Besitz oder Detention befindlicher Sachen versteht, in Ansehung deren Niemand ein Recht hat, welches durch die *Occupation* gekränkt würde. Eben darin liegt der Grund, aus welchem durch das Finden Eigenthum erworben wird, wenn der Finder die darauf bezügliche Absicht hatte. Unter die herrenlosen Sachen gehört auch der Schatz im eigentlichen Sinne, nach welchem eine werthvolle Sache darunter verstanden wird, die seit so langer Zeit vergraben oder in anderer Weise verborgen war, daß über den Herrn derselben keine Kunde mehr vorhanden ist⁶⁾. Der Natur der Sache nach gehört ein solcher Schatz demjenigen, der ihn findet, weil es eben im Begriffe des Schatzes liegt, daß Niemand bekannt ist, der von dem ursprünglichen Eigenthümer her ein Recht auf denselben herleiten könnte. Aber auf der anderen Seite läßt sich ein Schatz auch als *Accession* des Bodens ansehen, in welchem er verborgen ist, so daß nach den Rechtsgrundsätzen von der *Accession* auch der Eigenthümer des Bodens denselben in Anspruch nehmen könnte⁷⁾. Nach diesen Gesichtspunkten stellt das römische Recht für die verschiedenen möglichen Fälle der Schatzfindung folgende Grundsätze auf: 1) Wenn Jemand einen Schatz findet auf seinem eigenen Boden oder auf einem Grundstücke, das sich in Niemandes Eigenthum befindet, so gehört er ihm gänzlich, weil alsdann kein Anderer vorhanden ist, der noch Anspruch darauf machen könnte⁸⁾. Eine Ausnahme tritt

4) Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 286.

5) Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes Th. 2, §. 247.

6) L. 31. §. 1. D. de acquir. rer. dominio. (41. 1.) Das Wort *thesaurus* kommt her von dem alten griechischen *αὐρόν*, d. i. aurum und von *τίθημι*. Vgl. Orloff, *commentatio de thesauris* (1818), p. 2. In einem weiteren Sinne wird *thesaurus* auch für vergrabene werthvolle Gegenstände gebraucht, deren Eigenthümer bekannt ist. L. 15. D. ad exhibendum. (10. 4.) L. 22. pr. D. famil. hercisc. (10. 2.)

7) Vgl. Mühlenbruch a. a. D. §. 254.

8) Die drei entscheidenden Stellen des römischen Rechtes, aus welchen sämtliche im Texte angegebene Bestimmungen hervorgehen, sind: §. 39. J. de rerum divisione. (2. 1.) L. 3. §. 10. D. de iure fisci. (49. 14.) L. 4. C. de thesauris. (10. 15.) Zwischen §. 39. cit. und L. 3. §. 10. cit. findet der scheinbare Widerspruch statt, daß in der ersteren Stelle der in loco sacro aut religioso gefundene Schatz dem Finder ganz zugesprochen wird, während in der zweiten Stelle die Hälfte desselben für den Fiskus in Anspruch genommen wird. Ältere Rechtsgelehrte haben sich viele Mühe gegeben, diesen Widerspruch zu lösen. Vgl. darüber Orloff l. c. p. 25 sq. Derselbe findet jetzt seine

nur ein in dem Falle, da sich der Finder zauberischer Künste bedient haben sollte, indem der Schatz alsdann dem Fiscus anheimfällt. 2) Wenn Jemand einen Schatz findet auf einem Grundstücke, welches ihm nicht eigen gehört, so kommt es darauf an, ob er denselben zufällig oder nach vorgängigem Suchen gefunden hatte. Im ersteren Falle gehört die eine Hälfte dem Finder, die andere dem Eigenthümer des Grundstückes. Denn es trifft hier das Occupationsrecht des Finders und das Accessionsrecht des Eigenthümers zusammen und dieses Zusammentreffen scheint in der That nicht besser als dadurch gelöst werden zu können, daß der Schatz zwischen beiden getheilt wird. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Boden, in welchem der Schatz gefunden wird, im Eigenthum einer Privatperson, oder einer Gemeinde, oder des Regenten oder Staates sich befindet, indem in jedem Falle die eine Hälfte demjenigen zufließt, der das Eigenthum an dem Grundstücke hat. Im anderen Falle dagegen, wenn der Finder nach dem Schätze gesucht hatte, ist wiederum zu unterscheiden, ob er es mit oder ohne Wissen und Willen des Grundeigenthümers gethan hatte. War es ohne Wissen und Willen desselben geschehen, so fällt der ganze Schatz dem Grundeigenthümer zu, ohne Unterschied, ob sich der Finder unerlaubter Künste bedient hatte oder nicht. Hatte dagegen der Eigenthümer seine Einwilligung zum Suchen gegeben, so muß zunächst entscheiden, was zwischen ihm und dem Finder über die Vertheilung des Schatzes verabredet war; in Ermangelung einer Verabredung aber muß der Schatz dem Eigenthümer zufallen, da im Zweifel nicht angenommen werden kann, daß derselbe den Fund ganz oder zur Hälfte dem Finder habe überlassen wollen. Wenn aber der Finder mit Wissen des Eigenthümers zauberische Künste gebraucht hatte, muß wegen Gleichheit des Grundes dasselbe gelten, was für das Finden auf eigenem Boden vorgeschrieben ist, daß der Schatz dem Fiscus anheimfällt⁹⁾. Diese Vorschriften des römischen Rechtes sind auch gegenwärtig die gemeinrechtlichen über die Findung von Schätzen¹⁰⁾. Denn der Meinung früherer Rechtsgelahrten, daß alle herrenlosen Sachen Regalien seien und daher ausschließlich von dem Landesherrn occupirt werden können, fehlt es an jeder rechtlichen Begründung. Zwar kann der Sachsenspiegel nicht wohl anders ausgelegt werden, als daß die Schätze Regalien seien, allein dieser Grundsatz ist durch die entgegenstehenden Principien des römischen Rechtes entschieden verdrängt worden¹¹⁾. Jedes Falles bedarf es einer

Erlebigung in Caius II. §. 7., woraus hervorgeht, daß die auf *solus provincialis* gelegenen *loci religiosi* nur uneigentlich *religiosi* seien, indem der *solus provincialis* nicht herrenlos sei, sondern im Eigenthume des Volkes oder des Kaisers stehe. Daraus erklärt sich, warum in der Pandektenstelle die Hälfte des daselbst gefundenen Schatzes dem Fiscus zugesprochen wird.

9) Vgl. auch *Ortloff a. a. D. S. 75 u. 76.*

10) In Ansehung der in *loco sacro vel religioso* gefundenen Schätze wird indessen für das heutige Recht eine Modification dadurch herbeigeführt, daß diese Dörter weder herrenlos sind, noch auch dem Staate gehören, sondern im Eigenthume der Kirchen oder Gemeinden sich befinden.

11) *Sachsenspiegel Buch 1, Art. 35: Al schat under der erbe begraven beper den ein pflich ga, die hort to der koninglifen gewalt. Silver ne mut of*

besonderen gesetzlichen Begründung, wo Regalität des Schatzes in größerem oder geringerem Umfange in Anspruch genommen wird¹²⁾.

Euben.

Gabella emigrationis (Abzugs-, Abfahrtsgebt, Weglosung, Nachsteuer) ist der Theil des Vermögens eines mit demselben Wegziehenden, welchen er zurücklassen muß¹⁾. Die Wurzel der Geschichte dieser

neman breken up eues anderen mannes gude ane des willen, des de stat is; gift he's aver orlof, de vogedie is sie dar over. Eichhorn a. a. D. §. 273, Rittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts §. 162, Drlloff, Grundzüge eines Systems des deutschen Privatrechts S. 306, und viele Andere verstehen zwar den ersten Satz der angeführten Stelle nicht von dem thesaurus, sondern von Erzen, so daß deren Regalität darin ausgesprochen wäre; allein diese Auslegung wird widerlegt theils durch das entsprechende Cap. 222 des Schwabenspiegels, wo ausdrücklich von demjenigen die Rede ist, der Schätze unter die Erde begraben, theils durch den zweiten Satz des angeführten Art. 35, der gerade davon ansieht, daß das Silber nicht zu den Regalien gehöre. Vgl. darüber C. A. Weiske, im Rechtslexikon Bd. 1, S. 937. Schon die Glossen zu dem angeführten Artikel bezieht freilich denselben nicht auf Schätze, sondern auf Erze, wie denn auch derselbe durch die sächsische const. 53. p. II. in diesem Sinne authentisch interpretirt worden ist.

12) So fallen z. B. nach dem bayerischen Landrechte Th. 2, Cap. 3, §. 4, wenigstens zwei Drittheile und nach dem österreichischen Gesetzbuche §. 399 wenigstens ein Drittheil von jedem gefundenen Schätze dem Fiscus zu. Aus der Anzeigepflicht, welche in mehreren Particularrechten, z. B. preussisches Landrecht Th. 1, Tit. 9, §. 74, dem Finder auferlegt ist, darf aber nicht auf Regalität des Schatzes geschlossen werden. Vgl. Rittermaier a. a. D. §. 162, Note 14.

1) Die ältere Literatur über Nachsteuer und Abschoss finden wir bei Sclchow, *elementa iuris germanici*. edit. VI. (Goett. 1779.) §. 103. not. 1. und bei Müller, *promtuarium iuris novum*. Tom. V. (Lipsiae 1786.) s. v. *gabella detractus et emigrationis* p. 9636—9652. Weiter: Balthier, *System der Abzugsgerechtigkeit*. Bern 1775. Westphal, *das deutsche und reichsständische Privatrecht* Th. 1 (Leipzig 1783), vierte Abhandlung: *Lehre vom Abzugsrechte*, S. 35—64. Bodmann, *inneres Territorialverhältniß des Abzugs- und Nachsteuerrechtes in Deutschland*. Mainz 1791. Derselbe, *pragmatische Geschichte, Grund und inneres Territorialverhältniß des Abzugs- und Nachsteuerrechtes in Deutschland überhaupt und im Erstfiste Mainz inebsondere*. Mainz 1791. Derselbe, *äußeres oder nachbarliches Territorialverhältniß des Abzugs- und Nachsteuerrechtes*. Mainz 1795. Weidner, *Versuch einer ausführlichen Abhandlung vom Abzugsgebt sowohl, wenn solches schlechthin, als wenn es bloß erwidierungsweise erhoben wird*. Leipzig 1791. Danz, *Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts* Bd. 3 (Stuttgart 1797), S. 140—194. Reitemeyer, *das allgemeine Abschossrecht in Deutschland*. Frankfurt a. d. D. 1800 (der Verfasser stellt den Zoll dem Abschoss an die Seite, indem er [Vorrede] sagt: *Recht dem Zolle ist der Abschoss die älteste, zugleich aber auch mit demselben die drückendste und verhaßteste Abgabe in Deutschland*). Kuhnle, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*, 6. Auflage (Göttingen 1821), §. 322—326, S. 300—305. Eichhorn, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, 3. Ausgabe (Göttingen 1829), §. 77, 78; S. 228—235. *Staatslexikon*, herausgegeben von Rotteck und Welcker, Bd. 1 (Alt. 1834), S. 58—66: *Abfahrt u. s. w.* (v. Welcker.) v. Eöw, *germanistische Rechtsfälle und Abhandlungen* (Heidelberg 1836), S. 68 fig. Rittermaier, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*, 5. Auflage, Abth. 1 (Regens-

Abgabe geht bis zu den letzten Jahrhunderten des Mittelalters hinab und wurde von den Zuständen desselben genährt. Wir finden, daß schon im dreizehnten Jahrhunderte Städte von dem Vermögen der aus ihnen damit Wegziehenden Nachsteuer erhoben, wobei besonders der Gesichtspunkt vorherrschte, daß dasselbe den Schutz der Stadtgemeinde genossen habe, deren Herr die Kosten der Vertheilung gegen den kriegführenden Feind zu tragen hatte, ein Schutz, der eine Abgabe von dem gesicherten Vermögen anzusprechen habe²⁾. Außerhalb der Städte erzeugte die Hörigkeit und das Feudalsystem die gleiche Erscheinung³⁾; der Schützling mußte die Trennung seines Verhältnisses als solcher, welches mit Leistung von Diensten verbunden war, aus diesem Grunde durch Hingabe einer Entschädigung erkaufen⁴⁾. Je mehr sich die Vogtei ausbreitete und zur Landesvogtei ward, desto mehr bürgerte sich die Nachsteuer ein, die nun als Regal erscheint. Als solches wird sie, als im Herkommen begründet, von den Reichsgesetzen, obwohl nur gelegentlich, anerkannt. Es heißt im §. 24 des Reichsabschiedes vom Jahre 1555: „Wo — Unterthanen der alten Religion, oder außburgischen Confession anhängig, von solcher ihrer Religion wegen, aus unseren, auch der Kurfürsten, Fürsten und Ständen — Fürstenthümern, Städten oder Flecken mit ihren Weib und Kindern an anderen Ort ziehen und sich nieder thun wollen, dann soll solcher Ab- und Zuzug auch Verkaufung ihrer Haab und Güter gegen ziemlich billigen Abtrag der Leibeigenschaft und Nachsteuer, wie es jeden Orts von alters anher üblichen, hergebracht und gehalten worden ist — zugelassen sein⁵⁾.“ Diesem Boden entwuchs die Lehre vom der Nachsteuer. Als Regel betrachtet und gelbt⁶⁾ wurde dieses Institut, das sich indessen

burg 1837), §. 111—114, S. 185—290. Siebel, Repertorium über die in den Jahren 1802 bis 1834 erschienenen Sammlungen juristischer Aufsätze und rechtlicher Entscheidungen Bd. 1 (Leipzig 1835), s. v. Abzugsgeld, S. 5—7. Kappler, juristisches Promtuarium (Stuttgart 1837), s. v. Abzug, Abschloß, Nachsteuer, S. 48, 49, 675, s. auch noch den ersten Theil dieses Werkes s. v. Auswanderung.

2) Bodmann a. a. D. (pragmatische Geschichte u. s. w.) §. 5, S. 24—28. Kröll, Prüfung einzelner Theile des bürgerlichen Rechtes (Landsh. 1802), Nr. 2, S. 73 fig.: Hat das innere Nachsteuer- oder Abschloßrecht, wie es Städte, Märkte, Gemeinheiten und Gutsbesitzer ausüben, einen rechtlichen Grund? u. s. w., S. 81 fig. Eichhorn a. a. D.

3) Welcker a. a. D. S. 58, 59.

4) Eichhorn a. a. D. Derselbe, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, 4. Ausgabe, Th. 2 (Göttingen 1835), §. 368, Th. 3 (1836), §. 448. Klein, merkwürdige Rechtsprüche der halle'schen Juristenfacultät Bd. 3 (Berlin 1798), S. 243—271. Wittermaier a. a. D. §. 111.

5) Senkenberg, Sammlung der Reichsabschiede Th. 3, S. 435. Dertel, die Staatsgrundgesetze des deutschen Reiches (Leipzig 1841), S. 225, 226. S. noch Reichsabschied vom Jahre 1594, §. 82: gewöhnlicher hergebrachter Nachsteuer, §. 84: der Nachsteuer halben. Senkenberg a. a. D. S. 435.

6) Faust, Beweis, daß das Recht der Nachsteuer ein regale sei. Frankfurt 1756. Bonnhofer, diss. qua ius detractas superioritati territoriali vindicatur, eiusque vera indoles ostenditur. Erford. 1784. Pfeffinger, corpus iur. publ. Tom. III. p. 148. Repertorium iuris publici et feudalis tom. I. (Jen. 1751.) s. v. Abzug, S. 12—14. Pütter, institutiones

als solches nicht über ganz Deutschland ausbreitete⁷⁾, indem es hier und dort nur in der Gestalt der Retorsion gekannt ward, nun auch von der Gesetzgebung ergriffen und geformt. So bestimmt z. B. das preussische Landrecht Th. 2, Tit. 17⁸⁾, §. 141, 142: „Wer von seiner Freiheit oder erhaltenen Erlaubniß zum Auswandern Gebrauch machen will, muß von seinem inländischen Vermögen dem Staate in der Regel Zehn vom Hundert als ein Abfahrtsgeld entrichten. Wo mit auswärtigen Staaten dieserhalb besondere Verträge und Observanzen bestehen, hat es bei selbigen noch ferner sein Bewenden“; während es in den folgenden Paragraphen die Regel des §. 141 näher normirt, namentlich dahin, daß Einkünfte liegender Güter, Zinsen, Alimentgeber und andere jährliche Leistungen, gemeines Hausgeräthe, Kleider, Wäsche, Bibliotheken, Kunst- und Naturaliensammlungen u. s. w. dem Abzuge nicht unterworfen seien, respective bei Berechnung desselben nicht in Anschlag kämen, daß dagegen alles das, was ein Inländer mit inländischem Vermögen im Auslande erworben habe, wozu namentlich der Ertrag auswärtiger, mit solchem Vermögen begründeter Handelsetablissemments gehöre, dem Abzuge unterworfen sei (die Angabe, inländisches Vermögen sei dazu nicht angewendet worden, müsse dargethan werden). Weiter wird festgesetzt, daß der Auswandernde sein Vermögen treu, etwa eidlich angeben müsse, der Fiscus befugt sei, gerichtliche Abschätzung zu erwirken, Schulden in Abrechnung kämen, das Abfahrtsgeld zu entrichten sei, sobald der Auswandernde für seine Person das Land verlasse, indessen nach Gutbefinden die Erlegung desselben so lange, bis auch der Rest des Vermögens ausgeführt werde, gegen hinlängliche Sicherheit gestundet werden könne; der Versuch, das dem Staate schuldige Abfahrtsgeld zu entziehen, habe die Strafe des Vierfachen zu Folge u. s. w.⁹⁾ Um einen Blick auf einen kleinen deutschen Staat zu werfen, so sind nach der Gesetzgebung der freien Stadt Frankfurt¹⁰⁾ zur Nachsteuer verbunden alle Bürger, welche ihr Bürgerrecht aufgeben und wegziehen, alle Weisassen, die Kinder von Einwohnern, welche wegziehen und ihr Vermögen mitnehmen, alle Be-

iuris publici germanici ed. VI. (Goett. 1802.) §. 368. p. 429. Meyer, *deutsches weltliches Staatsrecht* Bd. 3 (Leipzig 1776), §. 55, S. 144, 145. Sdäner, *deutsches Staatsrecht* (Landshut 1804), §. 369: Abzugsgeld, Nachsteuer, S. 613—615. Häberlin, *Handbuch des deutschen Staatsrechtes* Bd. 3 (Berlin 1797), §. 368, S. 160—166. Saalfeld, *System des europäischen Völkerechtes* (Göttingen 1809), §. 20, S. 32.

7) Die Geschichte von Württemberg zeigt der tübinger Vertrag vom Jahre 1514, der das Recht des Auswanderns von der Verbindlichkeit der Entrichtung der Nachsteuer (gleich der Magna Charta Englands) befreite. Spittler, *Geschichte Württembergs* (Göttingen 1783), S. 101.

8) *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten, neue Ausgabe*, Th. 2, Bd. 2 (Berlin 1817), Tit. 17, Abschn. 2: Von Auswanderungen, Abfahrts- und Abschossgebern, S. 330—334, 336—338.

9) Klein, *System des preussischen Civilrechtes* (Halle 1801), §. 967, 969, 970, S. 563—565. S. noch unten unter *gabella hereditaria*.

10) Wendet, *Lehrbuch des Privatrechtes der freien Stadt Frankfurt* (Frankfurt 1835), §. 55: Nachsteuer, S. 143, 145.

dienstete, Lehrer u. s. w. Die Nachsteuer (zehn Procent) begreift jede Art von Vermögen, auch ausstehende Capitalien, selbst auswärts angelegte, und auswärtige Güter, soweit solche der Entrichtung der eingeführten Einkommensteuer unterworfen sind¹¹⁾.

Die teutsche Bundesacte bestimmte im Art. 18: Daß den Unterthanen der teutschen Bundesstaaten zustehen solle, namentlich die Freiheit von aller Nachsteuer (ius detractus, gabella emigrationis), insofern das Vermögen in einen anderen teutschen Bundesstaat übergeht, und mit diesem nicht besondere Verhältnisse durch Freizügigkeitsverträge bestehen, und ein Bundestagsbeschluß vom 23. Juni 1817 hebt hervor, daß unter dieser Befreiung begriffen sei namentlich das Vermögen, welches durch Auswanderung exportirt werde, daß sie statfinde, ohne Unterschied, ob die Erhebung dieser Abgabe bisher dem landesherrlichen Fiscus, den Standesherrn, den Privatberechtigten, Communen oder Patrimonialgerichten zugestanden, die Aufhebung aller Nachsteuer keinen Grund zu einer Entschädigungsforderung an den Landesherrn für die dem Berechtigten entgehenden Einnahme abgeben könne, die Art der Verwendung nichts erhebe, und die Particulargesetzgebungen und selbst die im Art. 18 der Bundesacte ausdrücklich vorbehaltenen besonderen Freizügigkeitsverträge nur insoweit gälten, als sie diesen Kreis nicht verengten, vielmehr gültig seien, insoweit sie denselben erweiterten¹²⁾. In einzelnen teutschen Staaten ist die Nachsteuer überhaupt aufgehoben worden, so, daß der, welcher aus einem solchen Staate in einen nicht zum teutschen Bunde gehörigen Staat innerhalb oder außerhalb Europas auswandert, von deren Entrichtung befreit ist. So wurde z. B. für das Großherzogthum Hessen¹³⁾, wo bisher die Nachsteuer, insofern sie nicht durch Freizügigkeitsverträge¹⁴⁾ beseitigt erschien, erhoben wurde, durch den §. 7 des Finanzgesetzes vom 26. Juni 1836 bestimmt: Die Nachsteuer bei Auswanderungen (und Vermögensexportationen) ist vom 1. Juli 1836 an aufgehoben¹⁵⁾. Das

11) Gleiches gilt von dem Abschöß (gabella hereditaria): Bender a. a. D.

12) v. Jangen, die Verfassungsgesetze teutscher Staaten in systematischer Zusammenstellung u. s. w. Th. 1 (Darmstadt 1828), S. 143—145. Böpfel, Grundsätze des allgemeinen und des constitutionell-monarchischen Staatsrechtes, mit Rücksicht auf das gemeingiltige Recht in Deutschland, nebst einem kurzen Abrisse des teutschen Bundesrechtes u. s. w. (Heidelberg 1841), S. 352, 359. Welcker a. a. D. S. 64, 65. Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgeschichte, 4. Ausgabe, Bd. 4 (Göttingen 1836), S. 612, S. 698, 699.

13) Weiß, System des Verfassungsrechtes des Großherzogthums Hessen (Darmstadt 1837), S. 240.

14) Mit Dänemark (1822, 1823), Frankreich (1780 und 1806), Neapel und Sicilien (1819, 1820), Niederlande (1829), Polen (1827), Preussen (1828), Rußland (1827), Schweden und Norwegen (1829), Schweiz (1823). Bei dem hessischen Staatsrecht Buch 2, Hft. 1, 2 (Darmstadt 1832), S. 408, 409. Wopp, der hessische Rechtsfreund (Darmstadt 1837), s. v. Nachsteuer, S. 436, 437.

15) Großherzoglich hessisches Regierungsblatt vom Jahre 1836, S. 330 (in dem Edicte vom 17. Februar 1820, über die staatsrechtlichen Verhältnisse der Standesherrn §. 57, war den Standesherrn zugestanden, namentlich die

Staatsgrundgesetz des Königreichs Sachsen spricht §. 29 aus: Jedem Unterthan steht der Wegzug aus dem Lande ohne Erlegung der Nachsteuer frei u. s. w.¹⁶⁾, und ebenso heißt es in der Verfassungsurkunde des Herzogthums Braunschweig: Jeder Landeseinwohner hat das Recht der Auswanderung ohne Erlegung einer Abzugssteuer¹⁷⁾, so wie in der des Fürstenthums Hohenzollern-Sigmaringen: Jedem Landeseingebornen steht das Recht der freien Auswanderung ohne Bezahlung einer Nachsteuer — zu.¹⁸⁾ Wenn es also im Eingange der Westphal'schen Abhandlung heißt: Nichts ist häufiger, als die Materie des Abzuges, so gilt dieß nicht mehr von der Gegenwart.

In den deutschen Staaten, deren Gesetzgebung die Nachsteuer nicht ganz verboten hat, ist der, welcher in einen Staat außerhalb Deutschlands auswandern will, nur dann von deren Entrichtung frei, wenn mit demselben ein Freizügigkeitsvertrag abgeschlossen ist. So schloß z. B. im Jahre 1839 Kurhessen mit dem Königreiche Sardinien einen Staatsvertrag ab, in dessen Gemäßheit Abzugsgeld oder Nachsteuer von dem aus dem Kurfürstenthume Hessen in das königlich sardinische Gebiet oder aus diesem in die kurfürstlich hessischen Staaten übergehenden Vermögen nicht mehr erhoben werden sollte. U. Müller, der allgemeine Telegraph für die deutsche Gesetzkunde Bd. 1 (Heilbronn 1840), S. 802.

Als Bedingung der Verbindlichkeit zur Entrichtung der Nachsteuer¹⁹⁾ gilt die Eigenschaft als Unterthan und Eigenthümer des reinen Vermögens (denn Schulden werden in Abzug gebracht), das derselben unterworfen werden soll, und das Aufgeben des Domicils. Der Forense ist von dieser Verbindlichkeit nicht ergriffen; ebenso wenig wird der Theil des

Nachsteuer von dem Vermögen der auswandernden Unterthanen, insofern solche nach den bestehenden oder künftigen Gesetzen und Freizügigkeitsverträgen noch statthaft ist und sein wird).

16) Deutschlands Constitutionen (Minteln 1833), S. 261. v. Zangen a. a. D. Th. 3 (Darmstadt 1836), S. 118.

17) v. Zangen a. a. D. S. 176.

18) v. Zangen a. a. D. S. 210. Andere deutsche Staatsgrundgesetze erlauben die Befugniß, auszuwandern, ein, ohne jedoch der Nachsteuer ausdrücklich oder stillschweigend zu erwähnen, z. B. die Verfassungsurkunde des Königreichs Hannover vom Jahre 1833 (v. Zangen a. a. D. S. 130), und die des Herzogthums Sachsen-Weiningen und Hilburghausen (v. Zangen a. a. D. S. 185, 186). Die Verfassungsurkunde von Kurhessen macht die Beobachtung der gesetzlichen Bestimmungen zur Bedingung des Rechtes, auszuwandern (v. Zangen a. a. D. Th. 3, S. 168), und die Verfassungsurkunde des Herzogthums Sachsen-Altenburg sagt: Abzugsgeld findet bei Auswanderungen in einen anderen deutschen Bundesstaat niemals statt und in einen außerhalb des deutschen Bundes getragenen Staat nur in den Grenzen billiger Rücksichtswiederung. v. Zangen a. a. D. S. 200.

19) Als noch das deutsche Reich bestand, gab es Personalbefreiungen. So waren z. B. die Mitglieder der Reichsgerichte von der Entrichtung der Nachsteuer frei. Brand, rechtliches Bedenken über die allgemeine Befreiung der reichsgerichtlichen Personen in Ansehung der Nachsteuer. Weßlar 1764. Westphal a. a. D. S. 43. S. überhaupt Pfeffinger l. c. p. 1490—1493. Stör, deutsche Rechtsgelehrtheit Th. 2 (Marburg 1758), §. 8464. Gdanner a. a. D. Selchow l. c. p. 804.

Vermögens, welcher im Auslande befindlich oder nicht exportirt wird, davon berührt, es sei denn, daß er in, im Auslande angelegten, Capitalien bestünde, die dort erworben wurden und blieben²⁰). Nicht fällige und nicht beitreibliche Forderungen kommen nicht in Anschlag. Gewöhnlich besteht die Quote des Vermögens, welches der Nachsteuer unterliegt, im zehnten Theile — zehnte Pfennig²¹). Erhebt sich darüber Zweifel, so muß der Berechtigte das Quantum nachzeigen. —

Gabella hereditaria (Erbchaftsgeld, Abschopf, census hereditarius, detractus realis) ist der Theil des einem Ausländer als Erben oder Legatar zufallenden Vermögens eines Inländers, welchen Ersterer im Inlande zurücklassen muß. Die Lehre vom Abschopf²²) entwickelte sich aus den im feudalen Mittelalter herrschenden Ansichten, daß Ausländer nicht erben könnten²³), und betrachtet die Befugniß zur Beziehung dieses Erbchaftsgeldes als ein Regal²⁴). Wir finden das Institut in einzelnen Gesetzgebungen ausgeprägt. Von diesen zeichnet sich besonders das preussische Landrecht aus, welches, während es hervorhebt, daß das, was von der Erwerbung und dem Gebrauche der niederen Regalien durch Privatpersonen überhaupt gesetzlich sei, auch von dem Abschopf (und der Abfahrt) gelte, hierüber Näheres normirt und darauf hindeutet, daß herrschende Staatsverträge und Observanzen Norm seien, Th. 2, Tit. 17, §. 161, 162, bestimmt: „Erbchaften eines Landeseinwohners, welche einem auswärtigen Unterthan zufallen, sind, wenn sie aus dem Lande gehen, dem Abschopfe unterworfen. Ein Gleiches gilt von Brautschätzen, Vermächtnissen und Schenkungen aller Art, die aus dem Vermögen eines Inländers einem Ausländer zugewendet werden“, in dem folgenden Paragraphen aber im wesentlichen sich dahin ausspricht, in einem solchen Falle finde der Abschopf nur insofern statt, als der Erblasser selbst in gleichem Falle denselben hätte zurücklassen müssen; er betrage zehn vom Hundert, der Ertrag eines liegenden Gutes, Zinsen, Alimente und jährliche Hebungen seien frei, nicht aber das, was ein Inländer mit inländischem Vermögen außerhalb des Landes erworben habe, wohin namentlich der Gewinn von auswärtigen, mit inländischem Vermögen errichteten Handelsniederlassungen gehöre, auch nicht, im Gegensatz zu dem, was wegen der Abfahrt (s. oben unter *gabella emigrationis*) verordnet ist, der Regel nach gemeines Geräthe, Kleider, Wäsche, Bücher, Kunst- und Naturaliensammlungen u. s. w. der Abschopf müsse entrichtet werden, sobald der ausländische Erbe seinen Willen, sich nicht im Inlande niederzulassen, erklärt habe²⁵).

20) *Wohmann a. a. D.* (inneres Territorialverhältniß u. s. w.) §. 43: Was der gemeine Landesbrauch abzugsfrei lasse? S. 236.

21) Sie erreichte zuweilen sogar den dritten Theil.

22) Die Literatur ist oben bei *gabella emigrationis* aufgeführt.

23) *Mittermaier a. a. D.* §. 111.

24) *Häberlin a. a. D.* S. 166—168. *Pütter l. c.* §. 369. p. 430.

25) *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten, neue Ausgabe, Th. 2, Bd. 2 (Berlin 1817), Tit. 17, Abschn. 2: Von Auswanderungen,*

Was die Bundesgesetzgebung zur Beschränkung der Nachsteuer verordnet hat, gilt auch von dem Abschosse. In einzelnen teutschen Staaten (s. oben unter *gabella emigrationis*) ist derselbe ganz aufgehoben worden. Da, wo er noch besteht, pflegt er so normirt zu sein, wie die Nachsteuer — Befreiung des im Auslande befindlichen Theiles des Nachlasses — Abzug der Schulden u. s. w. Vgl. besonders *Danz a. a. D. §. 173* fig.

Bopp.

Gastwirth, Gastgeber, Gasthalter (*caupo*)¹⁾ ist der, welcher Reisende, gegen Bezahlung, in seinem Hause — **Gasthof** (*caupona*)²⁾ — gewerbmäßig aufzunehmen und zu beherbergen pflegt, und zwar der dieses Recht — die **Gastgerechtigkeit, Gastnahrung** — selbst ausübende Herr³⁾, verschieden von dem eigenthümlichen Besitzer des Gasthofes — **Gasthofbesitzer** —, welches er jedoch eben so gut, als Pächter oder Administrator des Gasthofes sein kann. Die Römer unterschieden davon die **Stallhalter** (*stabularii*), diejenigen, welche auf gleiche Art Pferde in ihre Ställe aufnahmen⁴⁾ — ein Gewerbe, welches, wenigstens in Deutschland, jetzt, abgesondert von der Gastnahrung, mindestens Schenknahrung, nicht mehr vorkommt. Verschieden von der Gastnahrung ist nämlich die **Schenknahrung, Schenkwirtschaft, Krugrecht**⁵⁾, d. i. das Recht, Zechgäste zu setzen, Personen, welche blos auf kürzere Zeit und nicht um zu übernachten, in das Haus — **Schenke, Krug** — kommen, mit Getränken, höchstens mit den einfachsten kalten Speisen gegen Bezahlung zu versehen. Nur selten ist solchen Schenk- oder Krugwirthen, unter welche Kategorie

Abfahrts- und Abschosselbfern, S. 334—338. Klein, System des preussischen Civilrechtes (Halle 1801), §. 968—970, S. 564, 565. Reitemeyer, das Abschossrecht in den preussischen Staaten. Frankfurt a. d. D. 1800. Kornemann, Handbuch des Abschossrechtes für preussische Geschäftsmänner. Halle 1803. Stengel, Beiträge zur Kenntniß der Justizverfassung und der juristischen Literatur in den preussischen Staaten Bd. 14 (Halle 1802), S. 183 fig., Bd. 15, S. 163 fig. (1803), S. 160 fig., Bd. 18 (1804), S. 151 fig.

1) Außer den nachher auf einzelne Veranlassungen anzuziehenden Schriften ist hier in Bezug auf das gemeine Recht zu erwähnen: *Lauterbach*, *diss. de nautis, cauponis et stabularis*, in *diss. acad. T. III. nr. 105*. *Bioner*, *de iure hospitii et cauponae in observ. iur. publ. et feud. quaest. II. 27. p. 156*. Die neueste particularrechtliche Schrift ist: *Kuhn*, *der Gast- und Schenkwirtschaftsverkehr in den preussischen Staaten*. Queblinburg 1841.

2) Von den Juristen (z. B. von *Hufeland* in der Einleitung in das teutsche Privatrecht §. 575) wird zuweilen das Wort *diversorium* für *Wirthshaus, caupona* für *Schenke* gebraucht. Unsere Gesetze gebrauchen nur die letztere für *Gasthof*, *diversorium* für ein *Waarenbehältniß*. *Fr. 8. D. in quib. caus. pignor. (20. 2.)* *Calvini lexicon. iurid. s. v. diversorium*.

3) *Fr. 1. §. 5. D. nautae, cauponae etc. (4. 9.)* *Glück*, *Pandektencommentar Th. 6, §. 485, S. 107*. *Schweppe*, *das römische Privatrecht §. 601. v. Wening = Ingenheim*, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes §. 343 (339)*.

4) *Fr. 1. §. 5. cit. Glück a. a. D. S. 108*. *Schweppe a. a. D.*

5) *Rittermaier*, *Grundsätze des teutschen Privatrechtes §. 527 (475)*.

auch die Reiheschenkwirthe gehören, d. h. diejenigen, welche das den Mitgliedern einer Gemeinde zustehende Recht, nach der Reihe Bier zu verzapfen — Reiheschenkrecht, Reiheschank — ausüben⁶⁾, gestattet, auch warme Speisen ihren Gästen gegen Bezahlung verabfolgen zu lassen. Diejenigen, welche auch dieses, aber nicht das Beherbergungsrecht haben, sind unter dem Namen Traiteurs, Speisewirthe, Gartböche (deren Geschäft: Speise- oder Traiteurwirthschaft, Gartböche) bekannt, während die Billardwirthe, Billardeurs, welche zum Vergnügen ihrer Gäste ein Billard unterhalten, ebenso die Kaffeeschenken (deren Wirthschaft: Kaffeehaus) zu den Schenkwirthen gewöhnlich gehören⁷⁾. Alle diese genannten Gewerbe sind durch diejenigen besonderen Rechte nicht ausgezeichnet, welche rücksichtlich der Gastwirthschaft stattfinden. Das Gewerbe dieser umfaßt alle die Rechte zusammen, welche Einzelnen der vorstehend genannten Gewerbe einzeln zustehen, insonderheit aber das Recht der Ausspanne und nächtlichen Beherbergung⁸⁾.

Vermöge der Pflicht des Staates, die Gewerbe zweckmäßig zu leiten, daher zu beaufsichtigen, somit auch die Betreibung solcher, welche der Gewerbepolizei unterliegen, nur nach ertheilter ausdrücklicher Concession dazu zu gestatten, ist auch die Ausübung des Gastrechtes der Ausbringung einer ausdrücklichen Concession von Seiten der Regierung unterworfen. Dieß um so mehr, wenn die Fremde sonst ganz in die Willkür ihm unbekannter Personen gegeben sein würde, und Handel und Wandel dem Staate die Sorge für Fremde zur besonderen Pflicht machen. Darum ist aber diese Concessionsertheilung kein Regal⁹⁾. Oft hat die Regierung das Concessionsrecht, besonders rücksichtlich der Schenkwirthschaft, theils den Rittergütern, theils den niederen Gerichten, welche die volle niedere Gerichtsbarkeit und die damit verbundene Polizeiaufsicht haben, ausdrücklich verliehen, oft haben dieselben es hergebracht¹⁰⁾, oft ist aber auch die Concession mit dem Besitze eines bestimmten Hauses, auf dem Lande häufig unter besonderen Bevorrechtungen mit dem Besitze eines Gutes — Erbkreßschmar (in Schlesien: Erbkretscham, im nördlichen Deutschland: Erbkrug, lat.: *caupona hereditaria*) — verbunden. Weder der Besiß eines solchen Gasthofes oder Erbkreßschmars, noch überhaupt die von der Regierung ertheilte Gastirungsconcession hindern erstere, auch andere gleiche Concessionen an den Orten oder in dem Umkreise solcher Gasthöfe und Kreßschmars zu ertheilen, wenn ihnen nicht

6) Rittermaier a. a. D.

7) Vgl. hierüber Glück und v. Bening-Jungenheim a. a. D.

8) Hommel, rhapsod. quaest. obs. 97.

9) Pütter, auserl. Rechtsfälle Bd. 2, Resp. 238, Nr. 231. v. Berg, Handbuch des teutschen Polizeirechtes Th. 3, S. 437. Hagemann, Handbuch des Landwirthschaftsrechtes S. 67. Klüber, öffentliches Recht des teutschen Bundes, 3. Ausg., S. 462 (376). X. R. ist Schöpffer, Tractat vom Bierbraurechte (Frankf. u. Leipzig 1783), S. 353.

10) Hagemann a. a. D.

ein ausdrückliches Bannrecht verwilligt ist¹¹⁾. Ein solcher Bann- oder Zwangsgasthof (bezüglich eine Zwangsschenke) hat entweder das Recht, zu verlangen, daß im ganzen Umkreise kein gleiches Gewerbe, außer dem berechtigten, stattfinde, oder das Recht, daß Niemand im Umkreise irgend wo anders gewisse Getränke, namentlich Bier, holen darf, außer in dem fraglichen Wirthshause, oder auch beide Rechte zugleich¹²⁾. Sowohl Zwangs- als andere Gasthofsbesitzer haben, da sie von jeher Gegenstand besonderer polizeilicher Berücksichtigung gewesen sind, sowohl nach den römischen, als nach den Reichsgesetzen, als nach dem Herkommen, manche besondere Rechte, vorzüglich aber Verpflichtungen.

Zu den Rechten derselben rechnet man:

a) das Retentionsrecht an den vom Fremden in das Wirthshaus, mit Einschluß der Ställe, gebrachten Effecten (*invecta et illata*)¹³⁾. In der Regel wird hiernächst

b) den Büchern des Wirthes gleiche Beweiskraft mit den Handelsbüchern der Kaufleute zugeschrieben, wenn sie die gehörigen Erfordernisse haben¹⁴⁾ (s. u. Handelsbücher). Vorausgesetzt wird aber dabei stets, schon nach den Reichsgesetzen¹⁵⁾, daß der Wirth seine Rechnung gehörig specificirt habe, ohne welches der Gast nicht zu bezahlen braucht. Im allgemeinen sind übrigens die Wirthsschulden, besonders die eigentlichen Zechschulden in bloßen Schenken, rechtlich nicht begünstigt. Häufig gestatten die Particulargesetze die Einklagung nur einer gewissen kleinen Summe, setzen eine kürzere Verjährungszeit fest¹⁶⁾, und das Sprüchwort: Wer die Zechschulden schuldig bleibt, darf solche nicht verzinsen, ist ziemlich allgemein angenommen¹⁷⁾, obgleich da, wo die Gültigkeit desselben durch Gesetz oder Herkommen nicht erwiesen worden, kein gesetzlicher Grund vorhanden ist, den Gastwirth mit seiner Verzugszinsforderung unter sonst geeigneten Umständen zurückzuweisen.

Wiel merkwürdiger als die Rechte sind die Verbindlichkeiten der Wirthes. Biemlich allgemein ist:

11) Berger, *oeconomia iuris* lib. I. tit. II. th. 11. not. 4 u. 5. Laysner, *meditationes ad π.* Vol. I. spec. 10. med. 4 u. 5.

12) Stryk, *usus modernus π.* lib. VIII. tit. 1. §. 6. Runde, *Grundsätze des deutschen Privatrechtes* §. 280. Danz, *Handbuch des deutschen Privatrechtes* Bd. 2, §. 277. Pagemann a. a. D. Rittermaier a. a. D. §. 528 (475a) fig.

13) Ad anal. fr. 2. pr. D. de leg. Rhod. de iact. (14. 2.) Berger l. c. lib. III. tit. 6. th. 8. not. 9. Berlich, *conclusiones practicae* p. I. concl. 73. nr. 102 sq. Pagemann a. a. D. §. 68. Wernher, *lect. comm. ad D.* lib. IV. tit. 9. §. 7.

14) Berger, *consil. cons.* 1209. v. Fohnhorst, *Jahrbücher des Oberhofgerichts zu Mannheim* Bd. 5, S. 104 u. 341.

15) Reichspolizeiordn. v. 1530, Tit. 25, §. 1—5. Reichschluß vom 1. Aug. und 10. Oct. 1668. v. Berg a. a. D. Th. 1, S. 850. Pagemann a. a. D.

16) v. Fohnhorst in der Note 14 angezogenen Stelle.

17) Müller ad Struv, *sect. IC.* th. 111. litt. f. nr. 4. T. *nant. caup.* etc. Wernher l. c. §. 7.

a) die Meinung, daß ein Gastwirth, so lange er noch Platz in seinem Gasthose habe, jeden aufnehmen müsse, der bei ihm für Geld beherbergt sein wolle, er möge ihm anstehen oder nicht¹⁸⁾. Abgesehen davon, daß bei Annahme dieses Grundsatzes, als eines Rechtsatzes, — vorausgesetzt, daß dieß nicht als Bedingung bei der Gastirungsconcession oder durch ein Particulargesetz vorgeschrieben ist — das Recht mit den polizeilichen Vorschriften in Conflict kommt, welche die Beherbergung verbotlicher, namentlich unlegitimierter Personen, die bei allgemeiner Gültigkeit jenes Grundsatzes auch nicht ausgenommen sein würden, geradezu verbieten; so hat der, welcher erklärt, für Geld beherbergen zu wollen, dadurch sich nirgends des Rechtes begeben, sich, wie es bei jedem anderen Contracte den Contrahenten frei steht, diejenigen auszusuchen, mit denen er contrahiren will. Wird nun eine Renunciation, also auch diese, rechtlich nicht veranmuthet, hängt es von jedem Wirthe ab, sein Geschäft, wenn er Gelegenheit dazu hat, stark oder schwach zu betreiben, schließt selbst die Aushängung eines Schildes die, mehr als jede andere, in der Natur der Sache liegende Auslegung nicht aus, daß der Wirth, wenn er auch Alle auffordere, mit ihm den Herbergungscontract abzuschließen, sich doch nicht jeder einem Anderen beliebigen Bedingung unterwerfe¹⁹⁾, und daß die eigene Stellung bestimmter Bedingungen, sonach auch die Bedingung der Auswahl ihm beliebiger Personen dabei vorbehalten wird²⁰⁾; so kann die Willkür des Wirthes in dieser Hinsicht selbst auf den Fall des Eigensinnes und unerheblicher Ursachen nicht beschränkt werden²¹⁾. Der angebliche Widerspruch der Gesetze, welcher zu den verschiedenen Meinungen Veranlassung gegeben hat und welcher zwischen dem einen Gesetze²²⁾, worin es heißt: *est in ipsorum (der Wirthe) arbitrio, ne quem recipiant*, und den Worten des anderen Gesetzes²³⁾: *nec repellere potest iter agentes*, obwaltet, löst sich leicht durch Vergleichung mit einem dritten Gesetze²⁴⁾. Darin wird die Verbindlichkeit des Wirthes zur Gewährung der von ihm aufgenommenen Sachen (von welcher Verbindlichkeit weiter unten die Rede sein wird) ganz bestimmt nur auf die beschränkt, *qui habitandi causa in caupona sunt*, welche also da logiren. Nur von ihnen, von denen, gegen welche der Wirth eine solche Verbindlichkeit hat, redet die erste Gesetzstelle, die dem Wirthe die Wahl läßt, während das dritte Gesetz demjenigen, *qui repentino hospitio recipitur, veluti viator*, das Recht versagt, von jener Verbindlichkeit des Wirthes

18) *Wernher l. c. §. 1 u. 2. Mevius in decis. p. III. decis. 63. nr. 1.*

19) *Supet, die Verpflichtung des Gastwirthes zur Aufnahme der Reisenden Nr. II. seiner Bemerkungen aus dem römischen Deconomierichte, im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 17, Hft. 1, Nr. II, S. 47.*

20) *Gegen Lauterbach colleg. theor. practic. lib. IV. tit. 9. §. 7. und Schöpffer a. a. D. 56.*

21) *Wie Hegemar u. D. thut.*

22) *Fr. 1. §. 1. D. de, cauponas etc. (4. 9.)*

23) *Fr. un. §. 6. D. rti adversus nautas. (47. 5.)*

24) *Fr. 6. §. 3. D. nautae etc. cit.*

zu vorthellen. Daher macht das Gesetz den Wirth auch für der viatores Handlungen nicht verbindlich, weil er nec repellere potest iter agentes. Danach kann also der Wirth in seinem Gasthose logiren und nicht logiren wen er will, aber den nur auf kurze Zeit bei ihm verweilenden, nicht bei ihm logirenden Fremden kann er keinen Falles den kurzen Aufenthalt versagen²⁶⁾, braucht aber auch nicht für ihre Handlungen einzustehen. Und dafür sprechen alle Gründe der Billigkeit, zumal der Wirth mit solchen bloß zehrenden, nicht auch im Gasthose wohnenden Reisenden in gar kein weiteres Verhältniß tritt, als daß sie ihm einige Erfrischungen abkaufen, welches selbst kein Polizeigesetz irgendwo verbietet.

Die Ansicht, daß der Wirth jeden Fremden beherbergen müsse, führte auch

b) zu der Meinung, daß der Gastwirth vorzugsweise Militärquartirung übernehmen müsse und deshalb keinen Regreß an die Commun habe. Ist aber eine solche Verpflichtung dem Gastwirth nicht in seiner Concessionsurkunde zur Pflicht gemacht, oder hat er sich derselben nicht sonst freiwillig unterworfen, so liegt in seinem Geschäft selbst kein Grund zu einer solchen Last; er kann zu eigener Tragung der Einquartirungslast nur nach den Grundsätzen angelegt werden, welche darüber im allgemeinen in seinem Wohnorte stattfinden, und hat, wegen des Aufwandes für solche Bequartirung, die er außerdem von Seiten der Behörde zugeheilt erhalten hat, an die Commun, für solche, die er für andere Einwohner mit deren Zustimmung eingenommen, an die eigentlichen Quartierwirthe den Regreß²⁶⁾.

c) Die bei weitem schwierigste und wichtigste Verpflichtung des Gastwirthes ist, daß er für allen durch ihn selbst, seine Leute, die in seinem Hause wohnenden Fremden verursachten Schaden und jeden Verlust an den von ihm oder seinen Leuten in seine Herberge aufgenommenen Sachen der bei ihm vermöge seines Gewerbes logirenden Personen haften muß, wenn Schaden oder Verlust nicht durch eine unabwendbare Gewalt, oder durch eigene Schuld des Reisenden geschehen sind²⁷⁾. Zwar würde das

25) So beseitigt jenen anscheinenden Widerspruch Guyet a. a. D. S. 47 fig. Weniger glücklich sind wohl die dießfälligen Bemühungen, Anderer ausgefallen, die übrigens dieser Ansicht in dem Hauptresultate beitreten, z. B. Stryk l. c. lib. IV. tit. 9. §. 2. Glück a. a. D. Th. 6, §. 486, 487, S. 112, Note 22. Kämmerer, observationes iuris civilis. (Rostock. 1827.) cap. II. de necessitate, ut putant, cautionibus, viatores recipiendi imposita, wo das mecklenburg'sche Recht erwähnt wird, welches in Uebereinstimmung mit anderen Particularrechten eine solche Zwangspflicht festsetzt. Ueber die Kämmerer'sche Abhandlung vgl. die halle'sche allgemeine Literaturzeitung von 1830, Nr. 2, S. 14 und Mühlenbruch, welcher übrigens eine Zwangsverbindlichkeit leugnet, in doctrina pandectarum §. 453. not. 5., ingleichen Puschke in der tübinger kritischen Zeitschrift Bd. 3, S. 22 fig., Schröder in Schunk's Jahrbüchern der jurist. Literat. Bd. 11, S. 3 fig. und v. Wening-Ingenheim a. a. D. S. 343 (340), besonders Note un.

26) Mevius l. c. p. III. dec. 63. Schöpffer a. a. D. S. 358.

27) v. Pohnhorst a. a. D. Jahrg. 5, S. 101.

römische Recht, je nachdem dem Verhältnisse des Reisenden zum Gastwirth ein Mieth- oder Hinterlegungscontract, oder eine von dem Wirth selbst zu Schulden gebrachte Beschädigung oder Entwendung zum Grunde liegt, durch die Mieth- oder Depositenklage und die Klage aus dem aquilischen Gesetze oder aus dem Diebstahle dem Reisenden zu seinem Rechte zu verhelfen suchen. Allein die bei den Römern vorgekommenen häufigen Betrügereien der Schiffer, Gast- und Stallwirth, die Hilflosigkeit des Reisenden, der seine Effecten diesen Personen ohne deren persönliche Bekanntschaft anvertrauen muß, und doch weit weniger als sie im Stande ist, darüber Aufsicht zu führen und den Thäter einer Beschädigung zu entdecken, und die Nothwendigkeit eiliger Hilfe für den schon durch den Verzug leidenden Reisenden haben die römischen Prätores zur Annahme des Grundsatzes bewogen, daß jene Personen in der Regel für allen an den von ihnen aufgenommenen Sachen auch ohne alle ihre Verschuldung entstandenen Schaden haften müssen²⁸⁾. Um an dieser Stelle bloß von den Gastwirthen zu reden, unter denen jetzt die Stallhalter zugleich mit zu verstehen sind, so hat sich rücksichtlich der fraglichen Verbindlichkeit der obige Grundsatz folgendergestalt näher ausgebildet. Demselben unterliegen

a) nur Gastwirth²⁹⁾ in obiger Bedeutung (*exercentes negotium suum*³⁰⁾), nicht der, welcher Fremde und deren Effecten nur aussergewöhnlich für eine Vergütung aufgenommen hat³¹⁾, z. B. der nicht, ohne von der Gastirung Gewerbe zu machen, während der Messe, wie solches auf größeren Messplätzen häufig geschieht, Fremde für Geld aufnimmt³²⁾. Auch der Gastwirth nicht, der aus freundschaftlichen oder sonstigen Rücksichten einen Fremden umsonst beherbergt, weil da der Gastwirth die Beherbergung nicht als Gewerbe treibt. Das Gesetz gibt einem so Beherbergten nur wegen *damnum iniuria datum* eine Klage³³⁾. Dahin gehört der Fall nicht, wenn der Gastwirth hinterher die Zeche erläßt. Mehrere Gastwirth³⁴⁾ haften übrigens nur *pro rata*, außer wenn

28) Fr. 1. pr. et §. 1. Fr. 3. §. 1. D. nautae, caup. etc. cit. Glück a. a. D. S. 108 flg. Schweppe a. a. D. S. 522. Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht Bd. 2, Abth. 2, §. 650, S. 687.

29) Hagemann und Bülow, praktische Erörterungen Bd. 5, S. 214.

30) Fr. 3. §. 2. D. eod.

31) Eisenhart, Erzählung von besonderen Rechtshändeln Th. 9, Nr. 5, S. 122 flg. Berger, oecon. iur. lib. III. tit. 6. th. 8. not. 3. Glück a. a. D. §. 492, S. 124. Mühlenbruch l. c. §. 453. Schweppe a. a. D. S. 523. Göschen a. a. D. S. 688.

32) Glück a. a. D. S. 125. So entschied die Appellationscommission in Braunschweig, bei Furlibusch, Erörterungen aus dem Civil- und Criminalrechte S. 186.

33) Fr. 6. pr. D. eod. Krig, das Pandektenrecht aus den Rechtsbüchern Justinians Th. 1, Bd. 2, S. 307, Nr. 13 und S. 321, gegen v. Wening-Jungenheim a. a. D. §. 343 (340) und Mühlenbruch l. c.

sie einen gemeinschaftlichen Stellvertreter bestellt haben, statt dessen sie in solidum haften³⁴).

f) Aus dem Grunde, daß der Wirth der schweren gesetzlichen Haftung nur insofern unterworfen ist, als er sein Geschäft ausübt, nicht *si extra negotium receperit*³⁵), folgt, daß z. B. seine Miethleute auf keine gesetzliche Haftung, als Gastwirth, keinen Anspruch haben³⁶). Wohl aber hat der reisende Gastwirth selbst diesen Anspruch gegen den ihn beherbergenden Gastwirth³⁷), da er ihn nicht als Gastwirth, sondern als Reisender macht, mithin das: *Privilegiatus contra aequè privilegiatum iure suo non utitur*, ihm nicht entgegensteht.

g) Der Grund der gesammten Verbindlichkeit des Gastwirthes ist allein die Aufnahme der Sache, das *recipere*³⁸), nichts Anderes. Diese Reception ist unerlässlich. Der Reisende, welcher den Anspruch auf die besondere Gastwirthsverbindlichkeit gründen will, muß allein die Reception; er braucht aber keine *culpa* oder *dolum* des Wirthes zu beweisen³⁹). Ganz gleichgiltig ist es dabei, ob die Sache dem Inferenten eigenthümlich gehört oder nicht, und welche Beschaffenheit sie sonst hat. Ist die Reception geschehen, so hat der Inferent, nicht der Eigenthümer, die Klage *ex recepto*⁴⁰).

Die Aufnahme geschieht giltig⁴¹) vom Wirth selbst, oder seinen dazu ungestellten Leuten⁴²), seiner Familie u. s. w., oder stillschweigend durch Einbringung der Effecten mit seinem besonderen oder auf alle Fälle sich erstreckenden Wissen. Ist dem Reisenden bekannt, daß einem oder dem anderen der Leute des Wirthes die Befugniß zu Annahme der

34) Fr. 7. §. 5. eod. Fr. 4. pr. et §. 1. D. de exercit. act. (14. 1.) Glük a. a. D. §. 494, S. 135 fig. v. Wening-Jungenheim a. a. D. §. 343 (341), gegen Buchholz, juristische Abhandlungen, Misc. 20.

35) Fr. 3. §. 2. D. nautae etc. cit.

36) Glük a. a. §. 492, S. 125. Schweppe a. a. D. S. 523. v. Wening-Jungenheim a. a. D. §. 343 (340).

37) Fr. 4. §. 1. eod.

38) *Recipere* wirkt hier gleichsam in zwei Bedeutungen, in der älteren, geschäftlichen, wo es heißt: durch bloßen Vertrag ohne Stipulation versprechen (*recipiunt saluum fore* fr. 1. §. 8. D. eod., Glük a. a. D. §. 485, S. 106) und in der Bedeutung des gemeinen Lebens: aufnehmen.

39) Fr. 1. §. 1—6. u. fr. 3. §. 1. D. eod. Glük a. a. D. §. 490, S. 119, §. 494, S. 139. Mühlenbruch l. c. Schweppe a. a. D. S. 522, 523, 525. v. Wening-Jungenheim a. a. D. §. 343 (339). Göschen a. a. D. S. 688. Vgl. Gebrüder Dverbeck, Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien Bb. 8, S. 90.

40) Fr. 1. §. 6 u. 7. Fr. 4. §. 2. eod. v. Wening-Jungenheim a. a. D. §. 343 (340). Schweppe a. a. D. §. 602, S. 525.

41) Fr. 1. §. 2. 3. 5. 8. D. eod. Schweppe a. a. D. S. 523 u. 524. v. Wening-Jungenheim, Mühlenbruch u. Göschen a. a. D.

42) Daß dazu Kellner und Hausknechte gehören, muß allgemein angenommen werden, und wenn einige Rechtslehrer, z. B. Lauterbach l. c. lib. IV. tit. 9. §. 12., letztere davon ausnehmen, so geschieht dieß aus irriger Uebertragung des Begriffes eines römischen *medicinus* auf die jetzigen Hausknechte. Berger, *oeconomia iuris* lib. III. tit. 6. th. 8. not. 4 u. 5. Glük a. a. D. §. 488, S. 114.

Sachen der Reisenden nicht zustehen, und er übergibt sie ihm doch, so thut er dieß auf seine Gefahr⁴³⁾. Daß aber die Sachen speciell, namentlich nach einem Verzeichnisse übergeben werden, ist nicht erforderlich; eine allgemeine Uebergabe, Ueberweisung oder Illation genügt, um den Ersatz aller Effecten zu verlangen⁴⁴⁾, doch muß der Beschädigte den Inhalt der Kisten u. s. w. beweisen, wenn er ihn ersetzt verlangt⁴⁵⁾.

e) Von dem Moment der Uebergabe oder Illation an haftet der Gastwirth, Ersteres wenn die Sachen dem Wirthe oder den Seinigen übergeben, falls sie auch noch nicht in den Gasthof gebracht sind. Hier tritt der Unterschied zwischen Uebergabe an ein zur Uebernahme berechtigtes Subject und an ein nicht berechtigtes klar hervor. Denn im letzten Falle trägt der Wirth bis zu der mit seiner Zustimmung erfolgten Einbringung in den Gasthof keine Gefahr, im Ersteren trägt er sie, wie gedacht, vom Augenblicke der Uebergabe an⁴⁶⁾.

f) Dieß vorausgesetzt, haftet der Gastwirth für jede Entwendung, Vernichtung oder Beschädigung der übergebenen oder in den Gasthof eingebrachten Sachen, sie geschehe vom Wirthe selbst oder, bei gänzlicher Unschuld des Wirthes, von seinen Leuten oder anderen Reisenden⁴⁷⁾, jedoch nach der Einbringung nur wenn sie im Gasthose verübt wird⁴⁸⁾. Selbst für die Beschädigungen durch die eigenen Leute des beschädigten Reisenden haftet der Gastwirth, wenn dieser sich ihrer zu seinen Geschäften bedient hat⁴⁹⁾, außerdem nicht⁵⁰⁾.

g) Den Gastwirth schützt es nicht, wenn er dem Reisenden die Schlüssel zu dessen Zimmern und sonstigen Behältnissen gibt⁵¹⁾, es schützt ihn nicht eine von dem Reisenden selbst zu seinen Sachen gestellte Wache, wohl aber eine Protestation des Wirthes, daß er für die eingebrachten Sachen nicht haften wolle und der Reisende sie selbst bewachen müsse, wenn der Wirth diese Protestation noch vor Aufnahme des Reisenden bewirkt und dieser dennoch den Gasthof bezogen, also dadurch stillschweigend sich den Folgen derselben unterworfen, oder wenn der Wirth zwar die Protestation erst nach der Aufnahme eingelegt, der Fremde aber sich dieß gefallen lassen zu wollen ausdrücklich erklärt, nicht wenn letzter diese

43) Wernher l. c. lib. IV. tit. 9. §. 5.

44) Berger l. c. not. 4. Glück a. a. D. §. 491, C. 121. Götschen a. a. D.

45) Fr. 2. D. de probationib. (22. 3.) Glück a. a. D. C. 122.

46) v. Wening-Ingenheim a. a. D. Schweppe a. a. D. C. 524.

47) Fr. 1. §. 8. Fr. 2. 3. pr. et §. 1 u. 3. Fr. 5. §. 1. D. nautae, caupones etc. (4. 9.) Berger l. c. not. 6. Eisenhart a. a. D. C. 146. Schweppe a. a. D. §. 602, C. 524. Götschen a. a. D. §. 661, C. 710.

48) Götschen a. a. D. §. 650, C. 688.

49) Fr. 6. §. 1. D. eod.

50) Fr. 5. §. 13. D. commodati v. cont. (13. 6.) Glück a. a. D. §. 494, C. 135.

51) Berger l. c. not. 10. Glück a. a. D. §. 489, C. 115. Hagemann a. a. D. §. 68, C. 108. v. Wening-Ingenheim a. a. D. §. 343 (342).

mündlich oder schriftlich, z. B. durch Anschlag, gemachte Protestation zwar vernommen, aber nichts darauf gesagt hat. Denn Niemand kann den Andern eigenmächtig zu einer Erklärung zwingen⁵²⁾.

D) Jeden Falles wird der Wirth von seiner Verbindlichkeit befreit, wenn die eigene Schuld des beschädigten Reisenden bei dem Schaden mitgewirkt hat⁵³⁾. Die Casuistik der Juristen hat hier über mehrere einzelne Fälle Streit veranlaßt. So über den Fall, ob der Wirth für die Handlungen eines Lohnbedienten haften müsse, den er dem Reisenden empfohlen hat. Unstreitig ist⁵⁴⁾ diese Frage in jedem einzelnen Falle nach den Grundsätzen über die Folgen der Empfehlung (s. den Art.) im allgemeinen zu beurtheilen. Wenn freilich, wie dieß in neueren Zeiten häufig in größeren Städten üblich ist, der Wirth einen Lohnlakai für alle Fremden angenommen hat, der sich gewöhnlich im Gasthose aufhält, wenn auch nicht da wohnt, so muß der Wirth unstreitig für ihn stehen. Ist der Fremde rücksichtlich seiner Sachen in mora accipiendi oder läßt er sie bei seiner Abreise, ohne dem Wirthe sie ausdrücklich zur Aufbewahrung zu übergeben, liegen, so hebt sich des Wirthes Verbindlichkeit auf. Bewirkt er aber diese Uebergabe, so bleibt der Gastwirth, als solcher, nicht bloß als depositarius, verbunden⁵⁵⁾. Nach klaren Gesetzesworten schützt aber den Gastwirth immer

a) die Verursachung der Beschädigung durch einen solchen Zufall⁵⁶⁾, den er mit den ihm zu Gebote stehenden Mitteln nicht abwenden konnte (vis maior), z. B. eine unabwendbare Naturbegebenheit, ein innerer Verderb der Sache, eine nicht zu besiegende Gewalt⁵⁷⁾. Dieser allgemeine Grundsatz hat gleichfalls viele casuistische Streitigkeiten hervorge-

52) Fr. 7. pr. D. nautae etc. cit. Stryk l. c. Hb. IV. tit. 9. §. 3. Berger l. c. th. 8. Pagemann a. a. D. S. 108. Gluck a. a. D. §. 489, S. 115. Mühlenbruch l. c. Schweppe a. a. D. §. 602, S. 527. v. Wening-Ingenheim a. a. D. §. 343 (342). Göltschen a. a. D. S. 689.

53) Arg. fr. 203. D. de reg. iur. (50. 17.) et fr. 11. D. ad leg. aquil. (9. 2.) Gluck a. a. D. §. 486 u. 487, S. 109. v. Wening-Ingenheim a. a. D. §. 343 (340). Göltschen a. a. D. §. 661, S. 711.

54) Vgl. Stryk l. c. lib. XVII. tit. I. §. 10. gegen Leyser l. c. Vol. I. spec. 67. coroll. 2., der sich wohl mit Unrecht auf Fr. 1. §. 1. D. naut. caupon., etc. cit. beruft und den Wirth im allgemeinen für verhaftet hält.

55) Nach Fr. 3. D. eod. Gluck a. a. D. §. 492, S. 125. Schweppe a. a. D. §. 602, S. 526. v. Wening-Ingenheim a. a. D. §. 343 (342).

56) Krause, de actione de recepto, casum fortuitum non persequente. Viteb. 1750.

57) Fr. 3. §. 1. Fr. 4. pr. Fr. 5. §. 1. D. eod. Berger l. c. not. 7. v. Dufstorp, rechtliche Bemerkungen Th. 1, Nr. 100. Strube, rechtliche Bedenken, Spangenberg'sche Ausg., Bed. 460 (IV, 176). Gluck a. a. D. §. 486 u. 487, S. 109 und §. 490, S. 120. Schweppe a. a. D. §. 602, S. 524. Mühlenbruch l. c. v. Wening-Ingenheim a. a. D. §. 343 (340). Göltschen a. a. D. S. 710.

rufen, indeß erscheint so viel gewiß, daß, außer den unabwendbaren Naturereignissen, Raub, nicht aber Diebstahl, den Wirth von der fraglichen Verbindlichkeit befreit, da der höchste Grad von Aufmerksamkeit den letzteren immer verhüten kann⁵⁸).

Um den Wirth zu den angegebenen Verbindlichkeiten, die er auch gegen Militärs (vgl. o. S. 444) hat, welche ihm, nicht als Einquartierung, sondern von ihren Quartierswirthen oder dem Magistrate für Bezahlung zugesendet worden sind⁵⁹), anzuhalten, stehen dem Reisenden gesetzlich zwei Klagen, actiones in factum, zu, welche beide zu ihrer Begründung den Eintritt derjenigen Verhältnisse voraussetzen, die vorstehend angegeben sind⁶⁰). Beide sind auch actiones perpetuae⁶¹) (vgl. den Art. Actio Bd. 1, S. 46). Die vorzüglichste und umfanglichste derselben ist die actio de recepto⁶²). Sie ist eine prätorische Personalklage, eine actio rei persecutoria, geht auf den einfachen aber gesammten Schadenersatz, das id quod interest, gegen den Wirth und seine Erben⁶³). Die zweite Klage, die actio furti adversus caupones, ist, wenn der Wirth selbst den Reisenden bestohlen hat, eine actio ex delicto, wird der Wirth damit für seine Leute oder für bei ihm logirende Fremde⁶⁴) belangt, actio quasi ex delicto. Sie ist eine Pönalklage, denn sie geht auf die Bezahlung des Doppelten des Werthes⁶⁵), wird gegen den Wirth, gegen seine Erben aber nur, wenn sie durch die unerlaubte Handlung reicher geworden sind, gerichtet und setzt voraus, daß die Beschädigung im Wirthshause selbst, oder im Stalle geschehen sei⁶⁶). Diese Klage, wenn gleich den Gesetzen nach lucrativer, ist schwieriger als die vorige, weil ihr die, der praktischen Anwendung aller römischen Pönalklagen entgegenstehenden Gründe gleichfalls entgegenstehen, sie eine speciellere Beweisführung, da sie sich auf eine specielle Thatsache gründet, als die vorige erheischt und, wie eben erwähnt, nicht unbedingt

58) Glück a. a. D. §. 494, S. 138 fig. Schweppe a. a. D. S. 525.

59) Ruling, 118 Entscheidungen des D.-A.-Gerichtes zu Celle, Nr. 25.

60) Götschen a. a. D. S. 688.

61) L. 3. §. 4. u. L. 7. §. 6. D. eod. Schweppe a. a. D. S. 522, 525 u. 526. v. Wening-Ingenheim a. a. D.

62) L. 1. §. 3. in fine u. L. 5. D. eod., nicht actio de receptis, wie irrig Leyser l. c. spec. 66. med. 4., Schweppe a. a. D. und noch einige Andere schreiben. Vgl. Götschen a. a. D. S. 710.

63) Glück a. a. D. §. 488, S. 113, §. 494, S. 134 u. 140. Schweppe a. a. D. §. 601, S. 522, §. 602, S. 525. v. Wening-Ingenheim a. a. D. §. 343 (339, 340). Götschen a. a. D. S. 688 u. 710. Vgl. Bülow u. Hagemann a. a. D. Th. 5, S. 214. Siewert, Materialien zur Erklärung der preussischen Landesgesetze Hft. 5, S. 145.

64) L. ult. pr. u. L. 6. §. 3. D. eod., gegen Glück a. a. D. S. 141.

65) L. ult. §. 1. D. eod. L. un. §. 2. D. furti adversus nautas etc. (46. 5.)

66) L. un. D. furti adversus nautas, caupones, stabularios. (47. 5.) Glück a. a. D. §. 494, S. 140 fig. Schweppe a. a. D. §. 601, S. 522, 525, 526. Mühlenbruch l. c. v. Wening-Ingenheim a. a. D. §. 343 (339, 341). Götschen a. a. D. §. 650, S. 688 fig.

gegen die Erben zutrifft⁶⁷). Bei der actio de recepto hat der Kläger, wie oben (S. 446) gedacht, keine culpa, sondern blos die Uebergabe an den Wirth oder die Seinigen, oder die Einbringung in den Gasthof mit des Wirthes allgemeinem oder besonderem Wissen, den Schaden und die Größe desselben zu beweisen⁶⁸). Der Wirth muß dagegen die eigene Schuld des Reisenden, oder die oben (S. 448) erwähnte vis maior beweisen⁶⁹). Er bedient sich dazu der gewöhnlichen Beweismittel, weil irgend ein Grund zu einer Abweichung davon in den Gesetzen nicht vorliegt, daher der Reisende auch zum Erfüllungsseide nur unter den allgemeinen gesetzlichen Bedingungen gelassen wird⁷⁰). An einigen Orten finden ein besonders abgekürztes Verfahren und deshalb besondere Gerichte für die Klagen der Fremden und Reisenden — Gastrecht, Gastgericht⁷¹) — statt.

Subbens.

Gebäude ist im allgemeinen Alles, was nach den Regeln der Baukunst aufgeführt ist. Dieser viel umfassende Begriff gehört jedoch nicht für den gegenwärtigen Artikel, indem Berg-, Wege-, Wasserbau u. s. w. unter den treffenden Artikeln Bergrecht, Wegebaurecht, Wasserrecht u. s. w. ihre Berücksichtigung finden. Hier gilt es nur den engeren Begriff: ein nach Bauregeln in der Absicht errichtetes Werk, um dadurch einen hohlen Raum, Behufs der Bewohnung, Aufbewahrung oder zweckmäßiger Betreibung gewisser Geschäfte darin, einzuschließen¹). Je nachdem die Gebäude zu Privat- oder öffentlichen Zwecken verwendet werden, sind sie Privat- oder öffentliche Gebäude, unter welche Kategorien sich die einzelnen zur Sprache kommenden Gebäude von selbst ordnen, ohne daß es einer besonderen Benennung derselben bedürfte. Die Befugniß, solche Gebäude auf eigenem, fremdem oder gemeinschaftlichem Grund und Boden bauen, verbessern und überhaupt verändern zu dürfen, bildet das Baurecht einer Person. Der Inbegriff aller Rechte und Verbindlichkeiten in Bauangelegenheiten bildet das Baurecht²), als Wissenschaft be-

67) Kriß a. a. D. S. 313.

68) Berger l. c. not. 8. Pagemann a. a. D. §. 68. v. Wening- Ingenheim a. a. D. §. 343 (340). Götschen a. a. D. §. 661, S. 710.

69) Schweppe a. a. D. §. 602, S. 525.

70) Glüct a. a. D. §. 491, S. 122 flg. Schweppe a. a. D. §. 602, S. 525.

71) Fischer, Lehrbegriff sämmtlicher Cameral- und Polizeirechte §. 548 flg. Glüct a. a. D. Th. 3, §. 201, S. 191. Rittermayer a. a. D. §. 105 (98).

1) Auf diese Definition deutet schon Polact in der mathesis forensis, Abth. 3, §. 2, und sie ist seitdem ziemlich allgemein geworden, wenn sie auch nicht ganz tabellos sein dürfte.

2) Pagemann, Landwirthschaftsrecht §. 421. Scholz III., das Baurecht und die Rechte in Beziehung auf Gebäude (Braunschweig 1839), §. 8, S. 17. Hier befindet sich auch S. 15 eine ziemlich vollständige Literatur des Baurechtes, welcher hier nur aus den älteren Zeiten ergänzend beigefügt werden: Riese, de restricta aedificandi libertate. Giessae 1734. J. P. Michaelis, zusammengesehene allgemeine Baurechte, nebst einem Anhang von der Baupolizei. Braunschweig 1781. Hellfeld, repertorium iur. priv.

trachtet, dessen Quellen Verträge, Observanzen und Gesetze sind³⁾. Unter diesen letzteren nehmen die Bauordnungen⁴⁾, Baureglements der verschiedenen deutschen Staaten und sogar einzelner Städte einen bedeutenden Platz ein, welche jedoch vorzüglich polizeilichen Rücksichten gewidmet und insofern hier ausgeschlossen sind, wenn gleich die Polizeiverordnungen hier und da selbst auf den Rechtszustand einen bedeutenden Einfluß äußern⁵⁾. Namentlich finden auch die in unseren deutsch-gemeinen Rechtsquellen aufgenommenen Polizeigesetze der Römer, mit wenigen Ausnahmen, keine Anwendung mehr. So die Verbote gegen Verunzierung der Städte und der einzelnen Gebäuder z. B. das Verbot gegen Trennung der Zierathen vom Hause, Niederreißung der Häuser, um das Material zu verkaufen, der Entfernung neuer Privatgebäude von öffentlichen Gebäuden u. s. w., deren Anwendung schon durch die Ungewißheit mancher darin vorkommender Gebäudbenennungen (z. B. des Wortes: insula) gehindert wird⁶⁾. Nämlich allgemein besteht die Einrichtung, daß, besonders in Städten, Niemand selbst auf seinem eigenen Grund und Boden eher bauen darf, als bis der Riß bei der betreffenden Landesstelle eingereicht und genehmigt ist⁷⁾. Ueberhaupt pflegt durch die baupolizeilichen Gesetze

Art. Baurecht. Schaffer, über Baurecht, Verbleibungsrecht, den Gebrauch und Mißgebrauch der Dienstbarkeiten nach dem römischen und österr. Rechte. Prag 1819.

3) Hagemann a. a. D. §. 422 und Note 1.

4) Ueber die Baugesetze einzelner deutscher Staaten sind neuerlich folgende Schriften herausgekommen: Richter, die k. pr. preussischen Gesetze und Verordnungen über das Bauwesen, in alphabetischer Ordnung (Leipzig 1836), sehr vollständig, zugleich als 6. Band des Repertoriums der k. pr. Landesgesetze. Jäsche, die preussischen Baupolizeigesetze und Verordnungen, ein Handbuch. Berlin 1840 (ohne ein Register). Schön, das preussische Baurecht, nach den besten Hülfquellen u. s. w. Cüchlinburg 1841. (Vgl. darüber Gersdorf, Repertorium der gesammten deutschen Literatur Bd. 28, St. 6, Nr. 895, S. 510.) Poppe, die Baugesetze des Königreichs Sachsen, vollständiges Repertorium aller älteren und neueren Gesetze u. s. w. in Bezug auf das Bauwesen in Sachsen. Leipzig 1841. J. A. Seuffert, das Baurecht, die Reallasten und das Nöherrecht, nach den bayer'schen Gesetzen u. s. w. Würzburg 1816. Nilson, Baurechtslehre, in vorzüglichem Bezug auf die u. s. w. im Königreich Bayern geltenden Baupolizeigesetze. Augsburg 1828. v. Freyberg, pragmatische Geschichte der bayer'schen Gesetzgebung u. s. w. in polizeilichen u. s. w. Gegenständen (Augsburg 1836), auch als 2. Band der pragmatischen Geschichte der bayer'schen Gesetzgebung und Staatsverwaltung. Richter, die württemberg'sche Baupolizei. Tübingen 1834. In Württemberg existirt schon seit 1568 eine eigene Bauordnung, 1654 revidirt, anderweit erschiehen 1655 und so noch geltend. Mehrere Baugesetze, besonders auch in Beziehung auf Verhütung von Feuergefährlichkeit s. bei v. Berg in dem nachstehend angez. Werke Th. 3, S. 26 ff.

5) v. Berg, Handbuch des deutschen Polizeirechts Th. 1, S. 324. Scholz III. a. a. D. §. 9, S. 20.

6) Glück, Pandektencommentar Th. 19, §. 1087b, S. 10 u. 20 ff. Schön, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, herausgegeben von Ersleben, Bd. 2, Buch 2, §. 226, S. 26 u. 27.

7) J. B. preuss. Landrecht Th. 1, Tit. 8, §. 67. Bayer'sches Regierungsblatt von 1805 S. 320.

die natürliche Freiheit in mehrfacher Art beschränkt zu werden, mit welchen Gesetzen aber der Gebäudebesitzer und Bauende eben deshalb sich um so mehr bekannt machen muß.

Die Gebäude, rücksichtlich ihrer Entstehung betrachtet, ist es allerdings in der Hauptsache das Eigenthum, aus welchem das Recht zu bauen und die vollen Rechte an dem Gebäude sich anzueignen entspringt⁸⁾. Nach gemeinem Rechte — die Einrichtung wegen Einreichung der Baurisse ist, nach Obigem, bloß Sache des Particularrechtes — kann der Eigenthümer in innerer und äußerer Einrichtung des Gebäudes bloß seiner Willkür folgen⁹⁾. Auch gestattet das römische Recht sogar den Bau im Meere und an dessen Ufern ohne Voraussetzung eines, wenigstens in der letzteren Hinsicht möglichen Eigenthums¹⁰⁾. Indes zeigen sich erhebliche Ausnahmen von der unbedingten Befugniß zum Bauen auf dem Eigenthume besonders in dem Falle, wenn solches beschränkt ist. Schon auf gemeinschaftlichem Grund und Boden ist der Miteigenthümer im Baurechte nicht ganz uneingeschränkt. Nur mit ausdrücklicher oder stillschweigender, bei ganz unschädlichen, wenn gleich nicht nothwendigen Gebäuden nicht zu versagender Genehmigung seiner Miteigenthümer kann er bauen; zu nothwendigen Bauen und zu nöthigen Reparaturen gemeinschaftlicher Gebäude müssen die Miteigenthümer, nach Verhältniß ihrer Antheile, die Kosten bezahlen¹¹⁾, ja wer dieß nicht innerhalb vier Monate mit 12 pCt. Zinsen bewirkt, verliert dadurch seinen Hausantheil an den, der das Geld vorgeschossen hat¹²⁾. Aber auch selbst bei ausschließlichem Eigenthume kann das Baurecht beschränkt sein theils durch Polizeigesetze, welche unter gewissen Umständen das Bauen unterfagen oder modificiren, theils durch die ein solches feststellenden Verträge, theils durch Verjährung. Der Natur der Verjährung gemäß, begründet aber der Umstand, daß an einer Stelle während der Verjährungszeit gar kein, oder nur ein Gebäude gewisser Art gestanden hat, nicht die Folgerung, daß der Eigenthümer entweder gar nicht oder nur in der zeitherigen Mafse bauen dürfe, sondern dazu berechtigen nur eine von dem Eigenthümer versuchte Veränderung des zeitherigen Bauzustandes, Widerspruch dessen, der dieß nicht leiden will, und Beruhigung des Eigenthümers hierbei während der Verjährungszeit¹³⁾. Verbaut ferner der Eigenthümer eines Grundstückes in seine Gebäude Baumaterialien (tigna¹⁴⁾), die

8) Polack a. a. D. Cap. 2, §. 216. Pagemann a. a. D. §. 423.

Schol. III. a. a. D. §. 21 u. 24.

9) Pagemann a. a. D. §. 421.

10) Gdschen a. a. D. Bd. 1, Buch 1, §. 71, §. 224.

11) Pagemann a. a. D. §. 423. Schol. III. a. a. D. §. 159 und in dessen Gartenrechte, als Bd. 1, Hft. 1 der Zeitschrift für Landwirthschaftsrecht (Braunschweig 1837), §. 28.

12) L. 4. C. de aedific. priv. (8. 10.) L. 52. §. 10. D. pro socio. (17. 2.) Gdschen a. a. D. Bd. 2, Cap. 2, §. 280.

13) Schol. III., im angez. Baurechte §. 10, §. 25.

14) §. 29. J. de rer. div. (2. 1.) L. 1. §. 1. D. de tigno iuncto. L. 7. pr. D. ad exhibendum. (10. 14.)

einem Dritten gehören, so darf dieser, nach dem Grundsatz des römischen Rechtes: *solo cedit quod solo inaedificatur*, sie zwar allerdings so lange nicht vindiciren, als das Gebäude steht; er kann auch nicht mit der *actio ad exhibendum* auf Niederreißung des Gebäudes klagen, er kann aber durch die *actio de tigno iuncto* den Bauherrn auf Gewährung des Doppelten des Werthes belangen. Ja sein Vindicationsrecht lebt, sobald die Materialien, z. B. nach Einreißung des Gebäudes, wieder davon separirt sind, auch wieder auf, und zwar wider den Besitzer in bösem Glauben sogar wenn das *duplum* schon gezahlt ist. Gegen diese Nachtheile kann sich der Bauherr nur dadurch sichern, daß er das eingebaute Material aus dem Gebäude herausnimmt und zurückgibt¹⁵). Wenn hiernächst gleich eine Verbindlichkeit zum Bauen gemeinrechtlich für den Eigenthümer nicht vorhanden ist, außer da, wo es das allgemeine Staatswohl, namentlich in Cultus- und öffentlichen Schulangelegenheiten (s. den Art. Kirchen- und Schulbau), in Angelegenheiten, die Ausübung der Justiz und Administration und überhaupt die verschiedenen Arten der Polizei betreffend¹⁶), besonders nach Particulargesetzen fordert¹⁷), so ist es doch ebenfalls das öffentliche Wohl, das gemeine Wesen, dem entgegen nichts gebaut werden darf¹⁸). Eben so wenig dürfen die Rechte Anderer durch den Bau des Eigenthümers leiden, z. B. dadurch, daß der Gebrauch gemeinschaftlichen Wassers verkümmert, das Wasser auf eines Anderen Grundstück geleitet, ein nothwendiger Weg auf eines Anderen Grundstück getrieben wird u. s. w.¹⁹). Woße Unannehmlichkeiten, Unbequemlichkeiten und Nachtheile können für den Eigenthümer keinen rechtlichen Hinderungsgrund gegen das Bauen abgeben. Wohl aber besteht der Grundsatz, daß Niemand auf seinem Grund und Boden blos darum bauen soll, um dem Anderen Nachtheil und Unannehmlichkeiten zuzuziehen²⁰). Ganz besonders ist, wie sich schon hieraus ergibt, das Nachbarrecht²¹) (Fürnosserecht, *ius vicinitatis*²²) beim Bauen zu berücksichtigen. Schon nach den Zwölftafelgesetzen der Römer bestanden gewisse Vorschriften über die Entfernung, in welcher jeder Bauende beim Bauen von den Grundstücken seines Nachbarn bleiben soll; sie sind aber theils nicht in das Justinianische Recht übergegangen, theils sind auch die dießfalligen neueren römischen Gesetze, als Polizeigesetze, nicht mehr

15) §. 29. J. cit. Tot. tit. D. de tigno iuncto. (47. 3.) L. 23. §. 6. D. de rei vind. (6. 1.) L. 6 u. 7. D. ad exhib. (10. 4.) L. 7. §. 10. D. de acquir. rer. dominio. (41. 1.) L. D. de tigno iuncto. (47. 3.) Gluck a. a. D. Th. 8, §. 577, S. 74. Schweppe, das römische Privatrecht Bb. 2, §. 263.

16) Scholz III. a. a. D. §. 16a flg., S. 41 flg.

17) Hagemann a. a. D. §. 421, Pufendorf, *observationes iuris universi* Tom. III. obs. 233. §. 2. Scholz III. a. a. D. §. 62, S. 158.

18) Hagemann a. a. D. §. 422.

19) Ebendaf. Nr. 2.

20) Ebendaf. Nr. 3. Pufendorf l. c. Tom. IV. obs. 263.

21) Verschieden von der auch so benannten Art des Retractrechts; vgl. Walch, Nachbarrecht, 3. Aufl., S. 470 flg.

22) Scholz III. a. a. D. S. 20.

anwendbar²³). Zu letzteren gehören die Vorschriften, auf seinem Grundstücke nicht so zu bauen, daß der Dreschtemne des Nachbarn der zur Reinigung des Getreides erforderliche Luftzug entzogen werde²⁴), den Nachbar weder des Lichtes noch der Aussicht zu berauben, nach seinem Grundstücke zu aber nicht unbeschränkt Fenster anzulegen²⁵) u. s. w. Auf allgemeineren Rechtsgrundsätzen beruht das Verbot solcher Bauanstalten, welche das Gebäude des Nachbarn in Gefahr setzen, z. B. die Anlage einer Düngergrube an der Wand des Nachbarn²⁶). Das teutsche Privatrecht und namentlich die Particulargesetze einzelner Lande sind großentheils von ähnlichen Grundsätzen ausgegangen, und das römische Recht muß dabei, so weit es allgemein gültige Grundsätze ausspricht, selbst rücksichtlich der demselben unbekanntem teutschen Servituten und sonstigen Rechte, angewendet werden²⁷). So ist es rücksichtlich des im teutschen Rechte gegründeten Fenster- und Lichtrechtes, vermöge dessen particularrechtlich und bezüglich statutarisch die Anlage von Fenstern nach den Nachbargrundstücken und das Verbauen vorhandener Fenster des Nachbarn untersagt, oder modificirt ist²⁸). Das Fensterrecht beschränkt häufig die Befugniß zur Anlegung der Fenster in einer an das Nachbargrundstück angrenzenden Mauer auf bloß erhellende, nicht Aussichtsfenster²⁹); und oft bloß auf Fenster in einer gewissen Höhe vom Boden an. So ist es ferner rücksichtlich der Führung sogenannter Brandmauern zwischen den Häusern, das sind aus Bruchsteinen, hier und da auch aus Mauerziegeln, aufgerichtete Mauern, die der Verbreitung des Feuers aus einem Hause in das andere Einhalt thun sollen, rücksichtlich des Höherbauens (der römischen *servitus altius tollendi et non tollendi*), des Winkelrechtes, des Rechtes zu fordern, daß die durch ihren üblen Geruch dem Nachbar lästigen Theile eines Gebäudes in bestimmter Entfernung von dem Gebäude des Nachbarn angelegt werden (s. o.), daß Zäune, es seien denn gemeinschaftliche, in einer gewissen Entfernung von der Grenze des Nachbarn gehalten werden. So ist es rücksichtlich des sogen. Hammerschlagrechtes (*tour d'échelle*), d. i. des in der Regel in ganz Deutschland bestehenden Rechtes eines Eigenthümers, seine baufällige Mauer, überhaupt sein so nahe, daß er dieß nicht von seinem Grundstücke aus möglich machen kann, an dem Grundstücke des Nachbarn stehendes Gebäude vom Grund und Bo-

23) L. ult. D. *finium regundorum*. (10. 1.) Obſſen a. a. D. Bb. 2, Buch 2, §. 226, C. 25 flg.

24) L. ult. §. 1. C. *de servitutib.* (8. 34.)

25) L. 12 u. 13. C. *de aedificiis privat.* (8. 10.)

26) L. 17. §. 2. D. *si servit. vindicoet.* (8. 5.) L. 24. §. ult. D. *de damno infect.* (39. 2.)

27) Rittermaier, Grundsätze des teutschen Privatrechtes §. 167 (149).

28) Vgl. Scholz III. a. a. D. C. 166.

29) Man vgl. über alles Vorstehende Obſſen a. a. D.

30) Vgl. Scholz III. a. a. D. C. 168.

den seines Nachbarn aus wiederherstellen zu dürfen³¹⁾. Der Nachbar muß³²⁾ hiernächst häufig zur Anlegung der Gerüste und Leitern auf seinem Grundstücke Raum (nach manchen Particularrechten: 1½ Fuß) lassen — Leiterrecht —, doch darf der Bauherr sich dieses Rechtes (eines ius in re) bloß dazu und zu keinem anderen Gebrauche bedienen, da er dadurch kein Eigenthum erhält³³⁾. Im allgemeinen und da, wo nicht besondere Baugesetze, Observanzen oder Verträge ein Anderes bestimmt haben, kann, den Bauherrn in Bezug auf das Nachbarrecht betrachtet, Jeder auf dem Grundstücke, auf dem ihm das Baurecht zusteht und innerhalb der Grenzen desselben so hoch und dem Nachbar so nahe, also so hart auf die Grenze³⁴⁾ bauen, auch so viele Oeffnungen und Fenster in seinem Gebäude anlegen, als er will. Doch darf er dabei, wenn ihm nicht dießfallige Landesgesetze oder besonders erworbene Rechte zur Seite stehen, nicht außer Augen lassen, daß dem Nachbar weder die Luftsäule über dessen Grund und Boden (z. B. durch überragende Simse, Erker u. s. w.), noch der Raum unter dessen Grund und Boden (z. B. durch Kellergraben) entzogen oder geschmälert werden darf, und daß Niemand verbunden ist, des Anderen Traufsenfall — es habe denn dieser das Recht dazu (Traufrecht) bestimmt erworben —, Ausgüsse, künstlichen Wasser- oder Unrathsabfluß aufzunehmen. Daher darf der Eigenthümer keine Kanäle, Ausgüsse, Abzugsrinnen, genug! keine künstlichen Ableitungen so führen, daß dadurch Wasser oder gar Unrath auf das Grundstück des Nachbarn geleitet wird; wohl aber muß dieser, wenn sein Grundstück niedriger liegt, den natürlichen Wasserabfluß des höher liegenden Grundstückes aufnehmen³⁵⁾. Diese allgemeinen Grundsätze finden auch bei den mit eigentlichen Gebäuden gewöhnlich mehr oder minder noch zusammenhängenden Bauwerken statt, als Planken, wobei jedoch mit der gewöhnlich weiter vortretenden Grundmauer und den etwaigen Strebepfeilern oder Anschlagern die Grenze gehalten werden muß³⁶⁾, Staketten³⁷⁾, Mauern³⁸⁾. Bei allen diesen wird der

31) Hagemann a. a. D. §. 166, S. 295. Scholz III. a. a. D. S. 159 flg. Maurerbrecher, Lehrbuch des deutschen Privatrechtes Bd. 1, §. 263.

32) Prosch, die Rechte der Nachbarn (Schwerin 1826), S. 76 flg.

33) Ueber alle diese rein deutsch-rechtlichen Institute vgl. Rittermaier a. a. D.

34) Doch sollen, nach dem sächsischen Landrechte lib. II., Art. 41 und sächs. Reichs. Art. 121, Defen, Heimlichkeiten und Sprachkammern drei Fuß vom Zaune stehen. Scholz III. a. a. D. S. 164. Auch wird die Ansicht von vielen Rechtslehrern verteidigt, daß, da deutsche und römische Gesetze eine gewisse Entfernung benachbarter Gebäude von einander fordern, ein Neubauer über- all wenigstens so viel Platz lassen müsse, daß der Nachbar sein Gebäude repariren könne. Bülow und Hagemann, praktische Erörterungen Bd. 1, S. 186 flg. Scholz III. a. a. D. S. 165 flg.

35) Rückfichtlich dieser allgemeinen Grundsätze vgl. Scholz III. a. a. D. §. 62, S. 158 flg.

36) Scholz III. a. a. D. §. 65, S. 171.

37) Ebendas. §. 66, S. 173.

38) Ebendas. §. 67, S. 174.

Wasserabfluß, die Abdachung auch, inwiefern Nägel darin, die Spitzen der letzteren (mit wenigen Ausnahmen, namentlich bei den Anstragen) nach der Seite des Eigenthümers, die sogen. Buntseite, die behauene Seite der Steine nach dem Nachbar zu gerichtet und es nimmt der Eigenthümer, wenn die Anstragen nicht abwechselnd auf beiden Seiten sind, dieselben gewöhnlich auf seine Seite — Alles Kennzeichen des Eigenthums dieser Bauwerke, wenn darüber Streit entsteht.

Den eben erwähnten allgemeinen Principien unterliegen auch Kanäle, Brunnen, Keller, Backöfen, Bade-, Garten- und Lusthäuser, selbst Laubengänge³⁹⁾.

Allein außer den gewöhnlichen Nachbarrechtsgrundsätzen sind gewisse Bauwerke und Gebäude im engeren Sinne, weil sie dem Leben und der Gesundheit der Nachbarn gefährlich sind, rücksichtlich ihrer Anlage, noch besonderen Beschränkungen, namentlich der Vorschrift einer noch weiteren Entfernung von Nachbargebäuden, als das gewöhnliche Nachbarrecht erfordert, unterworfen. Dahin gehören Gottesäcker (Kirchhöfe, Friedhöfe, s. den Art. Kirchen- und Schulbau), Gasbeleuchtungsanstalten, Magazine für feuergefährliche Gegenstände (z. B. Pulvermagazine), Abdeckereien u. s. w. Sie alle, obgleich eine specielle gemeinrechtliche Vorschrift darüber nicht existirt, müssen — das Recht dieß zu verlangen, steht nach allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen jedem Nachbar zu — so weit vom Nachbargebäude entfernt bleiben, daß der durch sie mögliche Schade das Nachbargebäude, dem gewöhnlichen Gange der Sache nach, nicht treffen kann⁴⁰⁾. Inwiefern Dampfmaschinen⁴¹⁾ durch den Nachtheil, den sie durch ihren Dampf den Nachbargebäuden bringen, mindestens den Grundsätzen über vorstehende Gebäude analog, in der Anlage zu behandeln sind, darüber haben sich bestimmte Principien noch nicht festgestellt. Vorzügliche Schwierigkeiten aber bietet die Anlage von Mühlen jeder Art, namentlich der Wasser-, auch der Schiffsmühlen dar (s. den Art. Mühlenrecht).

Die vorstehenden Grundsätze erleiden übrigens wesentliche Modificationen, sowohl durch die deutsch-rechtlichen, als römisch-rechtlichen Servituten und zwar die der praediorum urbanorum⁴²⁾. Im allgemeinen auf den Artikel Servituten verweisend, mögen nachfolgende Andeutungen, mit Angabe einiger literarischer Hilfsmittel, einstweilen bis zum Erscheinen jenes Artikels ausreichen. Schon wird das Bauen auf dem Eigenthume dann in mancher Hinsicht beschränkt, wenn der Eigenthümer auf dem zu bebauenden Areal das Recht der Baufröhne⁴³⁾ hat (s. d.

39) Scholz III. a. a. D. §. 68 fig., S. 177 fig.

40) Scholz III. a. a. D. §. 69a, S. 180 fig.

41) Ebendas. §. 69b, S. 186.

42) Glücl. a. a. D. §. 622, S. 25.

43) Obgleich, quia nulla servitus consistit in faciendo, der Ansicht nicht hulbigend, welche die Fröhnen als servitates iuris germanici ansieht, gebeten wir doch der Baufröhnen hier wegen der nicht zu leugnenden Aehnlichkeit mit gewissen (wenn gleich ländlichen) Servituten.

Art. Frohnen und Dienste S. 407 flg.). Indes werden die Nachtheile dieser Beschränkungen durch die Vortheile der Baufrohen weit überwogen. Nicht so ist es bei den eigentlichen Servituten⁴⁴⁾, inwiefern der Bauherr nicht Eigenthümer des herrschenden Grundstückes ist; und selbst in diesem Falle ist die Servitut in der Regel Folge eines beschränkten Raumes und daher nur ein Nothbehelf zur Verbesserung vorhandener Mängel. Zunächst erinnernd an diejenigen Servituten, auf welche bereits in Vorstehendem gedeutet worden ist, das Hammerschlags- und Leiterrecht, inwiefern es als Servitut erscheint (f. o. S. 454 u. 455), das Fenster- und Lichtrecht⁴⁵⁾ (servitus luminum s. fenestrarum et ne luminibus officiat⁴⁶⁾, f. o. S. 454 u. 455), womit das Ausichtsrecht⁴⁷⁾ (servitus prospectus et ne prospectui officiat⁴⁸⁾) zusammenhängt, das Höherecht⁴⁹⁾ (servitus altius tollendi v. non tollendi⁵⁰⁾, f. o. S. 454), das Ueberbaurecht⁵¹⁾ (servitus proiciendi et protegendi⁵²⁾, f. o. S. 455), das Traufrecht, Traufensfall⁵³⁾ (servitus stillicidii⁵⁴⁾, f. o. S. 455), sind hier auch das Rauchfangrecht und das Abzuchtsrecht⁵⁵⁾ (servitus fumi immittendi, cloacae et latrinae⁵⁶⁾, f. o. S. 455) zu erwähnen. Schon bei der letztgedachten Servitut ist die Frage, wer die Vorrichtungen zu Ausübung derselben zu bauen und im baulichen Wesen zu erhalten habe, öfter aufgeworfen worden. Doch ist wohl darüber jetzt kein Streit mehr, daß diese Verpflichtung dem Eigenthümer des herrschenden Grundstückes obliegt, zu dessen Nutzen die Vorrichtung angelegt ist, so wie dieser auch das jener Verpflichtung entsprechende Recht hat, daher ihn der Eigenthümer des dienenden Grundstückes nicht an dergleichen Bauen hindern darf⁵⁷⁾. So wird auch die Streitfrage bei allen übrigen behufs der Ausübung einer Servitut nöthigen Bauwerken zu beantworten sein, mit Ausschluß des Tragrechtes⁵⁸⁾ (servitus oneris ferendi⁵⁹⁾). — hier insbesondere nicht zu verwechseln mit dem Träger-, Tram- oder Balkenrechte⁶⁰⁾ (servitus tigni immitt-

44) Scholz III. a. a. D. S. 187. Maurenbrecher a. a. D.

45) Scholz III. a. a. D. §. 76, S. 201. Maurenbrecher a. a. D.

46) Glücl a. a. D. Th. 10, §. 670, S. 93 flg. Pfeiffer, praktische Ausführungen Bd. 4, Nr. I, S. 3 flg. Gebrüder Overbeck, Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien Bd. 9, Mebit. 480, S. 275 flg.

47) Scholz III. a. a. D. §. 77, S. 203.

48) Glücl a. a. D. §. 672, S. 127.

49) Scholz III. a. a. D. §. 75, S. 200. Maurenbrecher a. a. D.

50) Glücl a. a. D. §. 669, S. 77 flg.

51) Scholz III. a. a. D. §. 73, S. 193.

52) Glücl a. a. D. §. 668, S. 74 flg.

53) Scholz III. a. a. D. §. 74, S. 197 flg.

54) Glücl a. a. D. §. 671, S. 123 flg.

55) Scholz III. a. a. D. §. 78, S. 204.

56) Glücl a. a. D. §. 673, S. 130 flg.

57) Glücl a. a. D. §. 661, S. 14 flg. u. §. 666, S. 64 flg.

58) Scholz III. a. a. D. §. 71, S. 190.

59) Glücl a. a. D. §. 661, S. 13 flg. Polack a. a. D. S. 217.

60) Scholz III. a. a. D. §. 72, S. 191. Polack a. a. D. S. 116.

tendi⁶¹⁾). Bei ersteren ist die Frage, ob der Eigenthümer des herrschenden oder dienenden Grundstückes die Mauer in baulichem Stande zu halten habe, von welcher die Last getragen werden muß, Gegenstand vieler Streitigkeiten gewesen. Doch haben sie endlich zu dem jetzt wohl ziemlich unbestrittenen Resultate geführt, daß auch hier dem Herrn des herrschenden Grundstückes die Verbindlichkeit zur Reparatur der fraglichen Mauer obliege, daß aber, wenn bei Errichtung dieser Servitut der Herr des dienenden Grundstückes die Verpflichtung zur Erhaltung der Mauer übernommen hat, dann auch jeder Nachfolger im Eigenthume des dienenden Grundstückes sich dieser Verpflichtung nicht entbrechen kann⁶²⁾, wenn er nicht Letzteres ins Freie geben will⁶³⁾. Die dießfalls anzustellende *actio confessoria* kann jedoch nicht wider jeden Besitzer, sondern nur wider den Eigenthümer des dienenden Grundstückes mit Effect angewendet werden⁶⁴⁾.

Wenn der Nichteigenthümer auf fremdem Boden baut, so muß er, falls ihm das Recht dazu zusteht, das Alles auch berücksichtigen, was nach Vorstehendem der Eigenthümer dabei zu berücksichtigen hat. In der Regel ist jedoch der Nichteigenthümer zum Bauen gar nicht berechtigt, vielmehr ist er, wenn er dieß öffentlich thut, seines Materials verlustig⁶⁵⁾, es wäre denn, daß der Eigenthümer das Bauen zeitig genug erfahren und dazu stille geschwiegen hätte⁶⁶⁾. Ist der Bauende hingegen in *bona fide* und im Besitze des Gebäudes⁶⁷⁾, so kann er dieses so lange (*iure retentionis*) behalten und sich gegen die Klage des Eigenthümers durch die *exceptio doli mali* schützen, bis ihm die Baukosten ersetzt sind⁶⁸⁾. Auf diese hat er jedoch keine Klage; es möchte sich auch schwerlich behaupten lassen, daß er, bis zur Bezahlung der Ersteren, eine Klage auf den Besitz des Gebäudes hätte, wenn der Eigenthümer sich in den Besitz des Gebäudes gesetzt haben sollte⁶⁹⁾. Bei der künftigen Lostrennung des eingebauten Materials aus dem Gebäude aber wacht das *Vindicationrecht* des Materialieneigenthümers wieder auf⁷⁰⁾; auch hat es, so weit es ohne Nachtheil des Grundeigenthümers geschehen kann, das Recht, sein Material wegzunehmen (*ius tollendi*⁷¹⁾). Außerdem

61) Glüc a. a. D. §. 667, §. 73.

62) L. 6. §. 2. D. si servit. vindicator. (8. 5.)

63) L. 6. §. 2. in fine D. eod.

64) L. 6. §. 3. eod. u. L. 1. §. 1. D. de servitutib. praed. urb. (8.

2.) Glüc a. a. D. §. 661, §. 26 flg., §. 687, §. 71 flg. Polac a. a. D. §. 223 flg.

65) §. 30. J. de rerum divis. (2. 1.) L. 7. §. 12. D. de acquir. rer. dominio. (41. 1.)

66) L. 43. de reg. iur. in 6to.

67) L. 14. D. de doli mali except. (44. 4.)

68) L. 7. §. 12. cit.

69) Gegen Scholz III. a. a. D. §. 14, Nr. 2, §. 30.

70) L. 7. §. 12. cit.

71) L. 37. D. de rei vindicatione. (6. 1.) Hierüber sowohl, als über diese Materie im allgemeinen vgl. Schweppe a. a. D. §. 263, §. 118. Scholz III. a. a. D. §. 8, Note 1, §. 17; §. 14, §. 14 flg.

aber wird der Eigenthümer des Grundstückes durch das Einbauen fremder Materialien dergestalt Eigenthümer dieser letzteren, auch des dadurch erbauten Gebäudes, daß, bevor das Gebäude wieder eingerissen wird, diese Gegenstände ihm ohne seine Zustimmung nicht wieder genommen werden können⁷²⁾. Doch versteht sich dieß nur von unbeweglichen Gebäuden, nicht aber von beweglichen, wie sie das römische Recht bezeichnet⁷³⁾, obgleich die Anwendung der römischen Vorschriften über bewegliche Gebäude in Deutschland manchem Zweifel unterlegen hat⁷⁴⁾. Ein gewisses Baurecht haben aber auch einige Nichteigenthümer, namentlich der Nutznießer, worunter hier nicht bloß der Usufructuar im eigentlichen Sinne, sondern auch der verstanden wird, dem *usus aedium* und *habitatio* (s. den Art. *Servituten*) zusteht, da die dießfalligen Rechtsgrundsätze in Beziehung auf Gebäude beinahe ganz gleich sind. Der einzige Unterschied besteht rücksichtlich der Reparaturkosten, welche beim *usus aedium* der Eigenthümer ganz tragen muß, wenn er den *fructus* hat und der Usuar nur dann, wenn für den Eigenthümer gar kein Nutzen übrig bleibt⁷⁵⁾. Baut der Nutznießer, so kann er dadurch an den Gebäuden keine anderen Rechte erlangen, als ihm an dem Grundstücke überhaupt zustehen, auf welchem er baut. Und da einerseits die Gebäude zu dem Boden gehören, auf dem sie erbaut sind, sie aber andererseits für den Nutznießer Mittel zur Benutzung des Grundstückes sind; so erlangt zwar der bauende Nutznießer durch den Bau kein Eigenthum an den Gebäuden, kann sie nicht für sich behalten und nach Gefallen darüber disponiren, z. B. bloß zum Vergnügen ihm eingeräumte Gebäude (*aedificia voluptaria*) in nutzbare (*aedificia fructuosa*), z. B. Magazine in Wohnzimmer, verwandeln und umgekehrt; vielmehr kann nur angenommen werden, der Nutznießer baue für den Eigenthümer. Dieser darf ihm jedoch nicht wehren, die zur Erlangung der Nutznießung nöthigen Gebäude, als Mittel zum Zwecke, z. B. Scheunen, Ställe, Einzäunungen u. s. w. zu errichten, auch solche, wenn sie während der Nutzungszeit untergegangen sind, wieder herzustellen, sie mindestens, welches sogar seine Obliegenheit ist, in baulichem Stande zu erhalten. In der Regel beschränkt sich das Baurecht des Nutznießers bloß auf das Erhalten der Gebäude (*tueri*). Gestattet ist ihm geseßlich auch, solche leicht hinwegzunehmende fliegende Gebäude, gebäudeähnliche Vorrichtungen (*Voluptuosos*), welche der Römer nach Obigem zu den Mobilien gerechnet haben würde, zu bauen⁷⁶⁾, auch leicht zu entfernende Zierrathen an den wirklichen Gebäuden anzu-

72) L. 59. D. de rei vind. (6. 1.) L. 2. C. eod. (29. 32.) Glük a. a. D. Th. 8, §. 589, S. 249 flg. Mackelden, Lehrbuch des heutigen römischen Rechtes §. 249. v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civiltrechtes Buch 2, Cap. 2, §. 139 (56). Bösch a. a. D. Bd. 2, Buch 2, §. 271, S. 151. Scholz III. a. a. D. §. 10, S. 23.

73) L. 60. D. de acquir. rer. domin. (41. 1.) Glük a. a. D. S. 250.

74) v. Schönhorst, Jahrbücher des Oberhofgerichtes zu Mannheim, Jahrg. 2, S. 292.

75) L. 18. D. de usu et habitatione. (7. 8.)

76) Scholz III. a. a. D. §. 10, S. 22.

bringen und wieder wegzunehmen. Aber er darf durchaus nichts vornehmen⁷⁷⁾, wodurch die ihm zur Benutzung gegebene Superficies geändert wird, daher nicht einmal ein angefangenes Gebäude vollenden⁷⁸⁾. Uebrigens und zum Theil gleich sind die Verhältnisse der Zeit- und Erbpächter, Miethleute, Zins- und Meiergutsbesitzer rücksichtlich des Baurechtes, da ihr Recht überall in der Hauptsache auf eine für Bezahlung ihnen zugestandene zeitige oder immerwährende Nutznießung sich reducirt. Namentlich dürfen auch der Pächter und Miethmann zur bessern Benutzung der ihnen überlassenen Grundstücke obenerwähnte gebäudeähnliche Vorrichtungen machen, die sie am Ende ihrer Pachtzeit wieder wegnehmen, so wie sie überhaupt auf die ihnen verpachteten oder vermieteten Grundstücke keine über ihre Pacht- oder Miethzeit hinausgehenden Verbindlichkeiten übernehmen dürfen. Ausgedehnter ist das Baurecht der Erbpächter, Colonen, Zins- und Meiergutsbesitzer, da die ihnen zustehende Gutsbenutzung nicht bloß auf ihre Person und auf einige Zeit beschränkt ist, sondern bei ihren Familien bleibt. Sie sind daher häufig in ihren Baudispositionen beinahe gar nicht beschränkt, außer daß sie in der Regel bei Uebnahme ihrer Güter sich noch besonders verpflichten, sie in gutem baulichen Stande zu erhalten und daß häufig der Grundherr in den Colonats-, Meierbriefen u. s. w. sich vorbehalten hat, daß bei Bauen seine Genehmigung eingeholt werden muß⁷⁹⁾. Am schwierigsten ist die Sache bei Lehengütern. Abgesehen von dem Obereigentumsrechte des Lehenherrn, treten auch noch die Rechte der Landerben gegen die aus der Mitbelehnung, ex pacto et providentia maiorum succedirenden Lehen-erben hier in die Mitte. Im allgemeinen hat dieß Verhältniß Uebrigens mit dem bei Meier- und Zinsgütern, inwiefern nutzbares und Obereigenthum getrennt sind; indeß wird diese Uebrigensheit durch die besondern lehenrechtlichen Verhältnisse, namentlich durch die Lebenssuccession sehr gemindert. Der Vasall hat in der Regel nur die Verpflichtung, die zum Lehen gehörigen Gebäude in bezüglich anständig wohnbarem und wirtschaftlich nutzbarem Stande zu erhalten; Verbesserungen liegen nicht in seiner Verpflichtung. Von diesen muß in der Regel der Lebensnachfolger das, was wirklich zur Verbesserung des wirtschaftlichen Gebrauches und zur anständigeren Bewohnung dient, inwiefern es nicht rein Gegenstand des Luxus ist, um den Lärwerth annehmen; rücksichtlich des Uebrigens haben die Allodialerben das ius tollendi (s. o. S. 458)⁸⁰⁾. Die Hauptschwierigkeit ist aber dabei stets⁸¹⁾, ob ein Gebäude zum Lehen oder Erbe

77) L. 61. D. de usufructu etc. (7. 1.)

78) Ueber Alles dieß vgl. Glück a. a. D. Th. 9, §. 635, S. 234, 246, 250, §. 635b, S. 254, §. 650, S. 453, §. 652, S. 459. Schölz III. a. a. D. §. 13, S. 27, §. 20, S. 55 flg.

79) Schölz III. a. a. D. §. 13, S. 27; §. 23, S. 64, §. 32, S. 87, §. 33, S. 88, §. 34, S. 91, §. 36a, S. 94.

80) Nach II. Feud. 28. §. 2. Schölz III. a. a. D. §. 39, S. 110 flg., §. 40, S. 114.

81) Hagemann und Günther, Archiv für die Rechtsgelehrsamkeit Th. 3, S. 104, Th. 4, S. 58.

gehöre. Auf die Gebäude des Lehens kann übrigens der Lehensmann keine künftigen Servituten übernehmen, wohl aber kann er dasselbe von solchen frei machen, oder vortheilhafte dafür erwerben. Am strengsten sind alle diese, den Lehengütern eigenen Grundsätze bei Fideicommissgütern zu beobachten⁸²⁾.

Die Eigenthümer der bereits stehenden Gebäude sind in Bezug auf dieselben mehrfachen Verpflichtungen unterworfen. Vor allen Dingen dürfen die Gebäude, wenn auch der Eigenthümer das volle Eigenthumsrecht daran hat, doch nicht dem Einfallen Preis gegeben werden, wenn dadurch dem Dritten ein Schade geschehen kann. Schon das römische Recht gab demjenigen, dessen Grundstücken durch ein ruinoses Gebäude eines Dritten Schade drohte, eine *actio in factum* auf Bestellung einer *cautio de damno infecto* dafür, daß demselben der drohende Schade, im Falle er wirklich einträte, ersetzt werden solle. Gegen den Eigenthümer der ruinosen Sache, der sich der Caution weigerte, wurde mit *immissio* des Klägers und endlich mit gänzlicher Ausweisung des Beklagten verfahren. Jetzt ist das kürzere, leichtere und daher allgemein übliche Mittel eine Imploration an die Polizeibehörde, welche durch Strafsprüche den Eigenthümer der ruinosen Sache zu deren Reparatur, mindestens bis zur Verhütung eines Schadens, anhält und, ist dadurch nicht zum Zwecke zu kommen, jene Reparatur auf seine Kosten vornehmen läßt⁸³⁾. Besonders sind in den Gesetzen die von einem Brandschaden betroffenen Gebäude berücksichtigt und deren Wiederherstellung begünstigt. Wird ein Gebäude, ohne vom Feuer noch ergriffen zu sein, niedgerissen, um dem Feuer Einhalt zu thun, so sind die, welche dies bewirken, zum Erfasse des Gebäudewerthes nicht verbunden⁸⁴⁾. Dagegen muß, wenn ein Dritter das Wiederkaufrecht um einen gleich anfangs bestimmten oder um den zuletzt dafür bezahlten Preis an einem Gebäude ausübt, dem Wiederverkäufer der Kostenaufwand vergütet werden, den er wegen Wiederherstellung des Gebäudes gehabt hat, wenn es während der Dauer seines Eigenthumsrechtes abgebrannt war. Endlich dauert bei verpfändeten Gebäuden das Pfandrecht an der Brandstätte in der Masse fort, daß es auch an dem neu darauf aufgerichteten Gebäude wieder auflebt⁸⁵⁾. Diese, so wie alle auf andere Art vernichtet gewesenen Gebäude sind rücksichtlich des zu ihrer Wiederherstellung nöthigen Aufwandes mehrfach begünstigt. Die nach römischem Rechte sonst in der Regel ungiltigen Schenkungen unter Eheleuten sind giltig, wenn das Geschenk zur Wiederherstellung eines solchen Gebäudes gegeben, so weit es nämlich darauf wirklich ver-

82) Scholz III. a. a. D. §. 45a, S. 129, §. 46, S. 131.

83) Lauterbach, collegium theoret. pract. lib. XXXIX. tit. II. §. 26. v. Berg a. a. D. Th. 1, Buch 3, Abschn. 1, Hauptst. 4, S. 323, Thibaut, System des Pandektenrechtes §. 585. Fagemann a. a. D. §. 428. Glück a. a. D. Th. 8, §. 577, S. 74 und Th. 18, §. 1080 S. 264 fig. Scholz III. a. a. D. §. 62, S. 161.

84) L. 49. §. 1. D. ad Leg. Aquil. (9. 2.)

85) Glück a. a. D. Th. 10, §. 700, S. 328, Th. 16, §. 999, S. 222, Th. 19, §. 1105, S. 436. Scholz III. a. a. D. §. 135, S. 372.

wendet wurde⁸⁶). Ein solches Geschenk bedarf auch, wenn es gleich die gesetzliche Insinuationssumme (über 500 solidi) erreicht, doch der gerichtlichen Insinuation nicht⁸⁷). In ein zur Wiederaufbauung vernichteter Gebäude gegebenes Darlehen genießt einer gesetzlichen Specialhypothek, wenn es in baarem Gelde besteht, dem Bauherrn selbst, nicht etwa dem Accordmeister, und zwar ausdrücklich zum Zwecke der Wiederaufbauung dargeliehen, dazu verwendet — doch braucht nicht über das ganze Detail der Verwendung ein strenger Beweis geführt zu werden⁸⁸) — und zur Zeit der Rückforderung des Anlehens das Gebäude noch vorhanden ist⁸⁹). Während übrigens den Besitzern der Brandstätten durch freiwillige und gezwungene Feuerasscuranzanstalten (s. den Art. Versicherungsanstalten) zu Hilfe gekommen wird, enthalten die mehresten Landesgesetze über die Wiederaufbauung der eingedäscherten Gebäude, zu Verhütung einer künftigen Feuersbrunst und zu Erlangung regelmäßiger, besonders auch breiterer Straßen namentlich in den Städten, solche Polizeigesetze, durch welche häufig der Brandbeschädigte genöthigt ist, durch Abbauen von den Gebäuden des Nachbarn, Vor- oder Zurückrücken seiner Gebäude, Einnahme einer ganz anderen Brandstelle u. s. w. entweder mittelst Tausches, oder gar gegen Vergütung sich seines zeitherigen Grundeigenthums ganz zu entäußern⁹⁰). Für die Reparatur ruinöser Gebäude ist auch durch die Verordnung in den Gesetzen gesorgt, daß der Miethmann ausziehen muß, wenn der Eigenthümer eine außerdem nicht thunliche Reparatur in dem vermieteten Gebäude vornehmen will⁹¹) — eine Ausnahme von den übrigen Vorschriften über die Heiligkeit der Verträge, die nur in dem Falle bei Gebäudevermietung noch vorkommt, wenn der Vermiether sein Grundstück unerwarteter Weise zum eigenen Gebrauche nicht mehr entbehren kann. Ueberhaupt sind die Gesetze über Gebäudevermietung für deren Erhaltung gut berechnet. Nicht nur muß der Vermiether das Gebäude in brauchbarem Zustande überliefern und darin während der Miethzeit, neben der ihm obliegenden Tragung aller auf dem Gebäude ruhenden Lasten, so, daß der Abmiether den bezweckten Gebrauch davon machen kann, erhalten, sondern er muß auch, wenn nicht An Anderes contractlich bedungen ist, dem Abmiether die auf nützliche, dem Vermiether bleibende, oder mit dessen Einwilligung gemachte Reparaturen verwendeten Kosten ersetzen. Dieser hingegen hat weder die ohne seine Schuld das vermietete Gebäude treffenden Unglücksfälle zu tragen — *casum sentit dominus* — noch die durch den bloßen Gebrauch

86) L. 14. D. de donationibus inter virum et uxorem. (24. 6.) Glüd a. a. D. Th. 26, §. 1253b, S. 32.

87) Glüd a. a. D. §. 1257a, S. 210.

88) Pagemann und Bülow, praktische Erörterungen Bb. 4, S. 455.

89) L. 1. D. in quib. causis pignus v. hyp. tacite contrah. (20. 2.) Glüd a. a. D. Th. 19, §. 1087b, S. 1. fig. und §. 1094, S. 288.

90) Scholz III. a. a. D. §. 142, S. 892.

91) L. 3. C. de locato conducto. (4. 62.) Glüd a. a. D. Th. 4, §. 316, S. 309.

entstandene Abnutzung der Gebäude zu vergüten. Der Letztere darf aber auch den Vermiether an keiner nothwendigen Reparatur hindern⁹²⁾.

Das Gebäuderecht gibt, wie bei einem so vieler Benutzung und so vielartigen Rechtsvorschriften unterworfenen Gegenstand in der Natur der Sache liegt, zu mancherlei Streitigkeiten Veranlassung, bei denen Selbsthilfe um so weniger rathsam ist, als nicht nur durch das Recht, sondern auch durch die Polizei auf viele Art den Bedrängten zu Hilfe gekommen wird⁹³⁾. Die Streitigkeiten haben zum Gegenstande entweder die Zulässigkeit eines beabsichtigten oder angefangenen, die Rechtmäßigkeit eines schon gemachten Baues — in diesem Falle mit anderen Privatpersonen oder mit der Polizeibehörde — oder die Frage über einen auszuführenden oder ausgeführten Bau in technischer Hinsicht — hier mit den Bauge werken und sonstigen Arbeitern⁹⁴⁾. Entsteht bei einem Gebäude Streit über die Grenzen, noch ehe der Bau vollendet ist, so gibt zum dießfalligen Schutze das römische Recht die *novi operis nunciatio*, welche bei den Römern außergerichtlich geschah, jetzt hingegen nur als *n. o. n. iudicialis* bekannt ist. Sie gehört zu den Interdicten, steht jedem zu, der die Errichtung oder Aenderung eines Bauwerkes für unbefugt und seinen dinglichen Rechten nachtheilig anspricht, und geht darauf, dem Imploraten das Fortbauen bei Strafe auf so lange zu untersagen, bis er seine Befugniß dazu rechtlich nachgewiesen hat⁹⁵⁾. Späterhin werden die Klagen, nach den Umständen, *Reivindicatio*, *Confessorien-* oder *Negatorienklage*, *iudicium finium regundorum* (dessen man sich jedoch nur utiliter bedienen kann), *interdictum quod vi aut clam u. s. w.* sein⁹⁶⁾. Ja wenn bei der Grenzregulirung von dem Feldmesser Fehler zu Schulden gebracht sein sollten, würde die *actio in factum contra mensorem* nach dem prätorischen Edicte⁹⁷⁾ utiliter gebraucht werden können⁹⁸⁾. Bei allen Streitigkeiten mit Bauenden geht die Tendenz dessen, der gegen das Gebäude ankämpft, in der Hauptsache dahin, daß das Gebäude bis zur Unschädlichkeit abgeändert oder auf Kosten des Bauenden ganz abgetragen werde⁹⁹⁾. Indes wird es größtentheils der Anstellung rechtlicher Klagen nicht bedürfen, da Gesuche bei der Polizeibehörde diese zu den nöthigen Schritten aus polizeilichem Interesse veranlassen werden. Allein es können Streitigkeiten mit der Polizeibehörde selbst entstehen,

92) Glück a. a. D. Th. 17, §. 1052, S. 374 flg., 380, §. 1053, S. 393 flg. Scholz III. a. a. D. §. 31, S. 83 flg.

93) Pagemann a. a. D. §. 428.

94) Pagemann a. a. D. §. 424.

95) Böhmer, de actionibus sect. II. cap. IV. §. 42. Schmidt, Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden Th. 2, §. 180 flg. Glück a. a. D. Th. 10, §. 685, S. 218 flg., §. 718, S. 450. Pagemann a. a. D. Puchta, die gerichtlichen Klagen der Landeigenthümer Abschn. 2, Cap. 2, §. 54, S. 129, Abschn. 3, Cap. 6, S. 321, Abschn. 4, Cap. 1, §. 155, S. 485 flg.

96) Glück a. a. D. S. 450, 451.

97) L. 5. §. 2. D. si mensor falsum modum dixerit. (11. 6.)

98) Glück a. a. D. Th. 11, §. 764, S. 384.

99) Pagemann a. a. D. §. 426.

namentlich darüber, ob dieselbe das Baurecht in der von ihr beabsichtigten Maße beschränken könne; ja es können durch Verfügungen der Polizeibehörde dem Gebäudebesitzer Schäden entstehen, deren Ersatz er von der Polizeibehörde zu verlangen befugt ist. In allen diesen Fällen wird, inwiefern von der Verletzung wirklicher Rechte noch nicht die Rede ist, zuvörderst die obere Regierungsbehörde anzugehen, ja selbst in Fällen gekränkter Rechte wird dieß häufig räthlich sein. Allein es unterliegt in diesem letzteren Falle auch keinem Zweifel, daß, wenn dieß nicht zum Zwecke führt, der Rechtsweg gegen die Polizeibehörde eingeschlagen werden kann¹⁰⁰). Ein sehr reichhaltiges Feld für prozessualische Streitigkeiten gewähren die bei Gelegenheit der Baue mit den Handwerkern und anderen Arbeitsleuten entstehenden Differenzen. Die Hauptentscheidungsquellen sind hier die Baucontracte, Bauverträge, Verdingungsverträge¹⁰¹), ingleichen die Risse und Bauanschläge¹⁰²), welche jenen oder überhaupt dem Baue zum Grunde gelegt worden sind. Geben diese keine klare Maße, so stehen an der Spitze der Entscheidungsnormen die Grundsätze, daß der Baumeister und Gewerke für den geringsten Fehler in seiner Kunst, auch, wenn er die Materialien liefert, für deren Güte haftet, hiernächst den Schaden trägt, wenn das Werk vor der Uebergabe durch Einsturz leidet, falls er nicht auf ausdrückliches Verlangen des Bauherrn, gegen seine Remonstration, diesem hat nachgeben müssen¹⁰³). Die Bau Streitigkeiten werden, besonders inwiefern es sich um einen noch nicht vollendeten Bau handelt, wo sonach oft Gefahr auf dem Verzuge haftet, in der Regel summarisch behandelt¹⁰⁴), vorzüglich pflegt bei ihnen oft provisorischen Verfügungen Raum gegeben zu werden¹⁰⁵), wenn der Richter durch Localbesichtigungen und das Urtheil Sachverständiger¹⁰⁶) sich überzeugt, daß in dem vorliegenden Falle solche Interimistica, ohne der Hauptsache zu schaden, angewendet werden können. *Suddeus.*

Geburt¹). In rechtlicher Hinsicht kommt bei der Geburt zunächst die äußere Bildung der gebornen Leibesfrucht, sodann die Reife und Zeitigkeit derselben in Betracht. Was das römische Recht in Betreff der

100) *Strube, rechtl. Bedenken, Spangenberg'sche Ausg.,* Bd. 664, §. 26. v. *Berg a. a. D. Th. 1,* S. 151. *Hagemann a. a. D. §. 426.* *Göbner, Handb. des Proz. Bd. 2, Nr. 26, §. 20.* *Pfeiffer a. a. D. Th. 3, Nr. X, §. 7, S. 298* flg. *Scholz III. a. a. D. §. 17, S. 46* flg.

101) *Glück a. a. D. Th. 17, §. 1044, S. 267* flg. *Scholz III. a. a. D. §. 148* flg., S. 413 flg.

102) *Scholz III. a. a. D. §. 151, S. 424, §. 154, S. 432.*

103) *Hagemann a. a. D. §. 425.*

104) *Archiv für die civilistische Praxis Bd. 8, Hft. 1, Nr. IV, S. 128* flg.

105) *Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 5, Hft. 1, Nr. VII, S. 107.*

106) *Hagemann a. a. D. §. 427.*

1) *Vgl. Gl. Eus. Oeltze, comm. de partu vivo vitali aut non vitali praec. ratione transmissionis hereditatis. Jen. 1768, 4. B. G. Ploucquet, über die physischen Erfordernisse der Erbsfähigkeit der Kinder. Tübingen 1779. 8.*

ersteren ausspricht: *non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur*²⁾, kann wohl als allgemein gültiger Grundsatz angesehen werden. Von solchen Mißgeburten (*monstra, prodigia*) werden die ostenta unterschieden als unförmliche oder verstümmelte Geburten, bei denen beträchtliche, jedoch zum Leben nicht unentbehrliche Theile fehlen, oder bedeutende Mißbildungen vorhanden sind, die jedoch die Menschheit als damit Behaftete nicht zweifelhaft machen³⁾. — Für reif und zeitig (gliedmäßig) wird ein Kind erachtet, das nach Ablauf von 10 Mondenmonaten oder 280 Tagen, vom Tage der Empfängniß an, geboren wird. Nicht so genau, als diesen regelmäßigen Verlauf der Schwangerschaft vermag die ärztliche Wissenschaft den Termin zu bestimmen, von welchem an eine Frühgeburt (*partus praecox*) und bis zu welchem eine Spätgeburt (*partus serotinus*) eintreten kann; die Gesetzgebung hat aber gewisse Normaltermine in Bezug auf die Frage über Rechtmäßigkeit einer Leibesfrucht aufgestellt. Eine Frühgeburt von 182 Tagen gilt nach gemeinem Rechte⁴⁾, eine von 180 Tagen nach französischem Rechte⁵⁾ für rechtmäßig; ebenso eine Spätgeburt von 10 Monaten nach gemeinem und österreichischem Rechte⁶⁾, von 300 Tagen nach französischem⁷⁾, von 302 Tagen nach preussischem Rechte⁸⁾. Hieraus ergibt sich über die Präsomption der Rechtmäßigkeit, im besonderen Falle der Ehelichkeit des Kindes, daß, wenn eine Frau im 11. Monate (oder bezüglich nach dem 300., 302. Tage) nach Trennung der Ehe gebärt, das Kind eben so wenig für ein aus der Ehe stammendes gilt, als wenn sie vor dem 182. (bezüglich 180. Tage), von Abschluß der Ehe an gerechnet, ein reifes Kind zur Welt bringt. Die Reife der Geburt kommt hier insofern in Betracht, als eine vor dem Ablaufe des 7. Monats, also vor dem 210. Tage geborne Leibesfrucht nach Grundsätzen der ärztlichen Wissenschaft zum fortgesetzten Leben unfähig ist, wenn sie gleich vielleicht lebend zur Welt kommt und eine kurze Zeit fortlebt (*partus virus, sed non vitalis*), ein Termin, der in *favorem partus* oder *matrimonii* noch nach dem oben Gesagten durch die Gesetze verkürzt worden ist. Der Beweis, daß das Kind wirklich gelebt habe, sollte nach dem sächs. Landrechte⁹⁾ dadurch geführt werden, daß es die vier Wände beschrieben habe; allein nach heutigem gemeinen Rechte¹⁰⁾ genügen auch andere Lebenszeichen. — Die obigen Präsomtionen, die natürlich nur unter gewissen factischen Voraussetzungen eintreten, und daher einen auf

2) L. 14. D. de statu hom. (1. 5.)

3) Hankel, Lehrbuch der ger. Medicin §. 73.

4) L. 12. D. de statu hom. (1. 5.) L. 3. §. 12. D. de suis et legit. hered. (38. 16.)

5) Code Nap. livre I. tit. VII. art. 314.

6) Nov. 39. c. 2. Allg. bürg. Gesetzbuch für die österr. Staaten Cap. 3, §. 138.

7) Code Nap. livre I. tit. VII. art. 315.

8) Allg. Gesetzbuch für die preuß. Staaten Bd. 3, S. 143, §. 19.

9) Buch 1, Art. 33.

10) Wie schon nach Const. 3. C. de post. hered. (6. 29.)

den Mangel der letzteren (Ingenz, Abwesenheit u. s. w.) gestützten Gegenbeweis zulassen, leiden auch bei Erörterung der Alimentationspflicht unehelicher Kinder analoge Anwendung, insofern dieselben termini nati-
vitatatis nach gemeinem Rechte auch hier festgehalten zu werden pflegen und daher die Verbindlichkeit des Stuprators zur Verpflegung des Kindes wegfällt, wenn bewiesen wird, daß er vom Anfange des 10. bis Ende des 7. Monats vor der Niederkunft mit der Mutter des Kindes nicht concumbirt habe. Doch ist letzteres, so wie die Frage, ob nicht auch ein am 1. oder 2. Tage des 11. Monats nach getrennter Ehe gebornes Kind für ehelich zu halten sei, nicht ganz unbestritten¹¹⁾. —r.

Geistliche. (Allgemeine Rechte und Pflichten der Geistlichen.)

Nach einer Grundanschauung der katholischen Kirche ist von Christus ein besonderer Stand eingesetzt, welchem die Kirchengewalt nach ihren verschiedenen Richtungen anvertraut ist. Dieser Stand, dem in heiligem Gehorsam das Volk der Gläubigen unterthan sein muß, weil die Schlüssel des Himmelreichs in seine Hand gelegt sind, ist der Clerus. Er begreift in sich die Hierarchie der Jurisdiction, die von den Bischöfen und deren Gehilfen anhebend in dem Papste, als ihrem Gipfelpunkte, sich abschließt, und die Hierarchie der Weihe, welche die Bischöfe und einfachen Priester und die mit dem Ministerium betrauten Diaconen, Subdiaconen, Acoluthen, Exorcisten, Lectoren und Ostiarien umfaßt. Die Entfaltung seines Begriffes in der Geschichte nachzuweisen, ist hier noch nicht am Orte, es wird dieses vielmehr da geschehen müssen, wo es geht und wird, die Verfassung der katholischen Kirche im Zusammenhange zu entwickeln. Wohl aber mußten wir seine erhabene Stellung in der kirchlichen Lebensordnung schon jetzt bezeichnen, weil sie die großen Rechte bedingt hat, welche darzustellen die Aufgabe dieses Artikels ist.

Viele der letzteren hat aus den früheren Zuständen auch das Recht der evangelischen Kirche beibehalten. Im Grunde waltet jedoch zwischen ihm und dem canonischen Rechte ein wesentlicher Unterschied ob. Nach dem letzteren verleiht die Ordination dem Cleriker jene spezifische Verschiedenheit von den gemeinen Gliedern der Kirche, jene absolute Erhabenheit, in deren Folge er in einen Kreis von Rechten eintritt, die ihm nie wieder entzogen werden können, wenn er nicht durch einen Spruch des Bischofs degradirt wird. In der evangelischen Kirche ist es dagegen das Amt, welches durch jene Rechte geehrt werden soll, weshalb mit dem dienstlichen Verhältnisse regelmäßig auch der Genuß derselben endet. Und weiter: wenn die katholische Kirche jene Rechte als ihr mit ihrer Verfassung verliehen in Anspruch nimmt, so führt die evangelische Kirche dieselben auf die Verleihung des Staates zurück; sie ehrt also dankbar das Wohlwollen des letzteren, anstatt in seinen Verwilligungen nur einen schuldigen Tribut zu erkennen, dessen Verweigerung sie dann als ein Gott selbst zugefügtes Unrecht zu beklagen hätte.

11) S. Glück, Pandectencommentar Bd. 28, §. 1288a, C. 186, und wegen der zweiten Frage Løyser, Mediat. spec. XV. med. 1.

I. Die allgemeinen Rechte der Geistlichen.

1) Der hohe Rang der Cleriker in der kirchlichen Ordnung ist durch das sogen. privilegium canonis anerkannt und gesichert. Schon die germanischen Volkrechte ordnen für die Tödtung oder Mißhandlung der Geistlichen von dem Subdiacon aufwärts die Erlegung eines höheren, mit dem Ordo selbst aufsteigenden Wehrgeldes an¹⁾, und die Synoden des neunten Jahrh. bedrohen dasselbe Vergehen mit dem Banne und den schwersten Büßungen²⁾. Diese letztere Verfügung wurde später, als die Lehren des Arnold von Brescia dem Clerus gefährliche Feinde zu wecken drohten, durch das zweite Concil vom Lateran (1139)³⁾ mit dem Zusage wiederholt, daß die Excommunication nur von dem Papste aufgehoben werden sollte. Hierbei blieb jedoch die Rechtsentwicklung nicht stehen. Zunächst war nämlich unter der Excommunication, mit welcher in dem angeführten Canon die percussores clericorum bedroht sind, nur eine sogen. excomm. ferendae sententiae verstanden, es waren also, wie bei jeder anderen Strafe, die Untersuchung und der Spruch des Richters nothwendige Voraussetzungen ihrer Anwendung⁴⁾. Dagegen erscheint sie schon in dem Rechte der Decretalen als sogen. exc. latae sententiae⁵⁾, welche sofort mit der bedrohten That eintritt, und dieses blieb fortan das geltende Recht. Ihm unterliegen die Geistlichen ebenso wie die Laien; wesentliche Bedingung seiner Bethätigung ist aber, daß die fesselnde Hand nicht im Scherz, oder von einem zur Züchtigung⁶⁾ oder zur Nothwehr⁷⁾ Berechtigten, sondern aus Haß oder im Zorn gegen den Cleriker gehoben wurde. Ferner soll die Strafe dann nicht eintreten, wenn sich Jemand an einem Cleriker vergriff, den er in unzüchtigem Umgange mit seiner Gattin, Schwester, Tochter oder Mutter antraf⁸⁾, oder der bei einem Raube oder anderer Unthat von ihm betroffen wurde⁹⁾. Wo nun keine dieser Ausnahmen vorliegt, ist die unmittelbare Folge der Percussion der Bann, den zu heben nach der Regel nur der Papst berechtigt ist¹⁰⁾,

1) Bgl. Lex Alam. tit. XII sq., Lex Rip. tit. XXXVI., Cap. ad leg. Sal. mitt. (803.) c. 1. u. Ansegis. Cap. III. 25. (c. 27. C. XVII. qu. 4.), Leg. Langob. II. 40. 6.

2) Conc. Trib. (895.) c. 4. 7., Worm. (868.) c. 26., Mogunt. (847.) c. 24. (c. 24. C. cit.) u. a. — c. 22. (cap. incert.) c. 23. (cap. incert.) C. cit.

3) C. 29. C. cit.: Si quis suadente diabolo huius sacrilegii natum incurrerit, quod in clericum vel monachum violentas manus iniecerit, anathematis vinculo subiaceat, et nullus episcoporum illum praesumat absolvere, nisi mortis urgente periculo, donec apostolico conspectui praesentetur et eius mandatum suscipiat. Dieser Canon ist eine wirkliche Wiederholung eines Schlusses der Synode v. Rheims v. J. 1131..

4) Dieses anerkennt noch die Gl. zu c. 29. C. cit.

5) Bgl. den tit. X. de sent. exc. (5. 39.) und Innoc. IV. zu c. 1. X. h. t.

6) c. 1. X. h. t.

7) c. 3. X. h. t.

8) c. 3. cit.

9) c. 14., cit.

10) Ober ein päpstlicher legatus a latere, c. 22. X. h. t.

der Bischof nur in den Fällen, wo er überhaupt päpstliche Absolutionen ertheilen darf, also, wenn es gilt einen Sterbenden loszuzählen¹¹⁾, oder wenn der Verkehr mit dem römischen Stuhle erschwert ist. Außerdem absolvirt der Bischof die Frauen und andere nicht selbstständige Personen, diejenigen, welche um ihres hohen Alters oder ihrer Jugend oder ihrer körperlichen Zustände oder sonst bescheinigten Hindernisse willen nicht selbst nach Rom zu reisen vermögen, endlich Alle die, welche sich nur einer geringen Injurie schuldig machten¹²⁾. Insbesondere ist unter der letzteren Voraussetzung das Absolutionsrecht der Bischöfe rücksichtlich ihrer Canoniker, der Aebte rücksichtlich ihrer Professoren anerkannt¹³⁾. Die praktische Anwendung dieser Sache hat jedoch von jeher sehr bedeutenden Schwierigkeiten unterlegen¹⁴⁾, wie die ganze Geschichte des Mittelalters, namentlich die Geschichte der Städte zeigt, und seit Martin V. zu Constanz, der die Wirkungen der über alles Maß erweiterten excomm. latae sententiae dergestalt beschränkt hatte, daß sie nur da eintreten sollte, wo Jemand namentlich und öffentlich excommunicirt worden sei¹⁵⁾, sind sie allgemach außer Uebung gekommen.

Wo also noch jetzt die Excommunication als Strafe der percussio eintreten soll, ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ein richterliches Erkenntniß erforderlich, das, wenn der Bann seine Wirkungen bis in das bürgerliche Leben hinein erstrecken soll, mit Nothwendigkeit auch die Genehmigung des Staates voraussetzt¹⁶⁾. Dagegen ist es jetzt allgemeiner Grundsatz, daß der Staat die den Geistlichen vor Allen anderen nöthige äußere Würde schützt, und die ihnen zugesügten Injurien mit härteren Strafen ahndet. Dieses gilt gleichmäßig für die Geistlichen der katholischen und evangelischen Kirche.

2) Auf derselben Grundlage, auf welcher sich das bisher besprochene Vorrecht gebildet, ist auch das privilegium fori der Geistlichen erwachsen, dessen Ursprung, Entwicklung und heutige Gestaltung in dem Art. Gerichtsbarkeit dargestellt werden sollen.

3) Ein weiteres Vorrecht der Geistlichen ist ihre Befreiung von Abgaben und persönlichen Diensten und Leistungen. Die lange Reihe der kaiserlichen Constitutionen, in denen dieses Privilegium anerkannt ist, führt auf Constantin den Gr. zurück, der dem Clerus der katholischen

11) C. 5. X. h. t. Nach der Genesung soll aber die päpstliche Absolution nachgeholt werden, c. 13. 26. X. h. t.

12) C. 1. 6. 11. 13. 17. X. h. t.

13) C. 2. X. h. t., c. 9. X. de vit. et hon. cler. (3. 1.) Dieses Capitel ist in den Greg. Decretalen falsch inscribirt.

14) v. Raumer, Geschichte der Hohenstaufen Bd. 6; S. 127 fig.

15) Const. Ad evitanda in c. 7. des Concord. Const., v. d. Hardt, Conc. Const. T. I. p. 1055.

16) Nach öfter v. Gesegen z. B. findet, wenn ex capite percussio die Excommunication erkannt werden kann, eine Untersuchung durch zwei geistliche und zwei weltliche Commissäre statt, worauf das Urtheil von dem Ordinarius gesprochen und von dem Kaiser bestätigt wird. S. Barth-Wartchenheim, Oesterreichs geistliche Angelegenheiten (Wien 1841), S. 108 fig.

Kirche die Befreiung von Curialämtern gewährte¹⁷⁾. Hieran schloß sich die Immunität von der Collation und dem Censur¹⁸⁾, so wie von der Iustralis collatio von der den Clerikern eine Zeit lang gestatteten negotiatio¹⁹⁾, so wie die Freiheit von muneribus sordidis, den Paven-garien und den Metatis²⁰⁾, endlich die Befreiung von Vormundschaften²¹⁾. Auch im fränkischen Reiche waren ähnliche Immunitäten von persönlichen Leistungen anerkannt²²⁾, namentlich auch von der Heerespflicht²³⁾, sobald nicht diese wie bei den Bischöfen und den Aebten der zur militia verpflichteten Klöster durch den Grundbesitz bestimmt wurde²⁴⁾. Dagegen war den Clerikern die Steuerfreiheit ihres Patrimonialgutes nicht gewährt, und später findet sich, daß mit der sich entwickelnden Städteverfassung oft auch die Geistlichen mit zu den gemeinen städtischen Lasten hinzugezogen wurden²⁵⁾. Hiergegen ließ sich freilich das hierarchische Bewußtsein nicht unbezeugt; die Concilien und Päpste des dreizehnten und vierzehnten Jahrh. bestritten den Laien das Recht, die Cleriker zu besteuern²⁶⁾, und forderten eine völlige Immunität der letzteren als ein von Gott der Kirche verliehenes Vorrecht, wobei sie sich zum Theil auch auf die Zugeständnisse der höchsten Gewalt im Reiche stützten²⁷⁾. Insbesondere hat die Kirche diesen ihren Anspruch nicht durchzusetzen vermocht; jetzt ist das Patrimonialgut der Geistlichen überall, und oft auch das Amtseinkommen derselben der Besteuerung unterworfen²⁸⁾, und nur dieses gilt als durchgreifender Grundsatz, daß die Congrua, wo eine solche bestimmt ist, dem Geistlichen frei bleiben müsse. Ebenso ist oft auch die Theilnahme der Geistlichen an den Gemeindelasten gesetzlich ausgesprochen,

17) C. 1. Th. C. de epp., eccl. et cler. (16. 2.), wiederholt in c. 2. 9. 11. 16. 24. 36. h. t. Vgl. aber rücksichtlich der Verpflichtung zur Curia c. 59. 99. 104. 115. 121. 123. 163. 172. Th. C. de decur.

18) C. 10. 14. Th. C. de epp. eccl. et cler. vgl. mit c. 15. h. t. und rücksichtlich der per capitatio unterworfenen clerici vicani mit c. 33. h. t.

19) C. 8. 10. 14. 15. 36. Th. C. h. t. vgl. mit Valent. III. Nov. 12.

20) C. 8. 10. 14. 15. Th. C. h. t.

21) C. 52. C. 3. de epp. et cler. (1. 3.), Nov. CXXIII. c. 5. c. 40. C. XVI. qu. 1.

22) Cap. Reg. Fr. VI. 116. VII. 131. 185. 195. 290. 467.

23) Carolom. Capit. (742.) c. 2. u. a. Anders die Lex Visig. IX. 2. 8.

24) Eugen heim, Staatsleben des Klerus im Mittelalter (Berl. 1839), S. 315. Eugen Montag, Gesch. der staatsb. Freiheit Bd. I, S. 314, Bd. II, S. 199.

25) v. Raumer a. a. D. S. 151 flg.

26) C. 4. 7. X. de immun. eccl. (3. 49.), c. 1. 3. h. t. in 6to. (3. 23.), c. 4. de cens. in 6to. (3. 20.), c. un. de immun. in Clem. (3. 17.), c. 13. de cens. in Clem. (3. 13.)

27) Auct. Frid. Nulla communitas (1220.) Cod. de epp. et cler. (1. 3.) v. Raumer a. a. D. S. 152.

28) Vgl. Andr. Müller, Lexikon des Kirchenr. u. d. N. Abgaben. Für Oesterreich insbes. f. Barth-Varthenheim a. a. D. S. 380 flg., für Bayern: Brendel, Kirchenrecht S. 852, für Preußen: Fürsten-thal, Samml. aller das Kirchenwesen betr. Gesetze u. d. N. Immunitäten u. a.

wenn schon überall feststeht, daß dieselben zu persönlicher Leistung nicht gezwungen werden können. Regelmäßig haben sie auch nicht die Verpflichtung zur Uebernahme von Gemeindeämtern, überall ist ihnen die Befreiung von Kriegsdiensten und Einquartierung, und meist auch von der Uebernahme von Vormundschaften zugestanden²⁹⁾.

4) Endlich sind nach einer durchaus allgemeinen rechtlichen Gestaltung die Geistlichen auch des sogen. *beneficium competentiae* theilhaft³⁰⁾. Dieses wird oft auf das bekannte c. 3. Odoardus X. de solut. (3. 23.) gestützt³¹⁾, aus dem es freilich nicht erwiesen werden kann. Aber schon die Glosse hat diese Stelle in der bezeichneten Weise gedeutet, und einstimmig folgen ihr die späteren Canonisten. Eine so entschiedene Rechtsansicht äußerte dann mit Nothwendigkeit auch auf die Praxis Einfluß, welche den Geistlichen die Rechtswohlthat der Competenz längst zugestanden hatte, als die Gesetzgebung dieses Verhältnisses sich annahm. Dieses geschah dann in verschiedener Weise; bald so, daß eine bestimmte Summe, eine sogen. *portio congrua*, als unangreifbares Minimum jedes pfarrlichen Einkommens bezeichnet, bald so, daß, wie auch bei Staatsdienern, die Zulässigkeit der Execution auf eine bestimmte Quote des Einkommens beschränkt wurde³²⁾. In jedem Falle erstreckt sich aber das *Beneficium* nicht auf das eigene Vermögen, und nur bei solchen katholischen Geistlichen erleidet diese Regel eine Ausnahme, welche auf den *titulus patrimonii ordinis* sind.

29) Wie z. B. in Oesterreich, nach dem A. B. G. §. 195. — In Sachsen müssen dagegen die Geistlichen die Vormundschaft über Kinder ihrer verstorbenen Amtsbrüder übernehmen, Vorm.-D. v. 1782, §. 1, Nr. 4.

30) Eck (J. H. Böhmer), de clerico debitore. Hal. 1715.

31) Odoardus clericus proposuit, quod quum P. clericus, D. laicus et quidam alii ipsum coram officiali archidiaconi Remensis super quibusdam debitis convenissent, idem in eum recognoscentem huiusmodi debita, sed propter rerum inopiam solvere non valentem, excommunicationis sententiam promulgavit. (Et infra:) Mandamus, quatenus, si constiterit, quod praedictus Odoardus in totum vel pro parte non possit solvere debita supradicta, sententiam ipsam sine difficultate qualibet relaxetis, recepta prius ab eo idonea cautione, ut, si ad pinguiorem fortunam devenerit, debita praedicta persolvat.

32) In Oesterreich muß den Geistlichen die Congrua von 300 fl. frei bleiben. Barth-Varthenheim a. a. D. S. 109. In Preußen findet bei Gehalten unter 400 Thlr. gar kein Beschlag statt, bei höheren nur bis zur Hälfte des nach Abzug von 400 Thlr. bleibenden Ueberschusses der Besoldung und Emolumente, Cabinetsordre v. 23. Mai 1826, Hermens, Cultusgesetzgebung Bd. II, S. 784. In Bayern beträgt die Congrua eines kath. Pfarrers 600 fl., eines Beneficiaten 400 fl., eines verheuratheten protest. Pfarrers 800 fl., wovon nach der neuen Executionsordnung (Ges. v. 27. Nov. 1837) ein Viertel, beziehentlich ein Fünftheil in Abzug kommen kann, Brendel a. a. D. S. 853. In Württemberg wird der Grundsatz, nach welchem das Einkommen der Staatsdiener nur bis zu einem Drittheil mit Beschlag belegt werden darf, auch auf die Geistlichen angewandt, Lang, Samml. der württ. Kirchengesch. S. 212.

II. Die allgemeinen Pflichten der Geistlichen.

Wenn solchergestalt die Geistlichen durch große Vorrechte ausgezeichnet sind, so legt ihnen das Recht auf der anderen Seite nicht minder große Verpflichtungen auf, indem es von ihnen fordert, daß sie der Weltlust und allen Beschäftigungen entsagen sollen, durch welche sie gehindert werden könnten, sich ganz in ihren Beruf zu versenken. Die hauptsächlichsten, hier einschlagenden Verfügungen des canonischen Rechtes sind folgende: 1) Die Geistlichen sollen nicht an Trinkgelagen, Hochzeiten, Maskeraden Theil nehmen³³), nicht die Wirthshäuser besuchen, sobald sie nicht auf Reisen sind³⁴), nicht Glücksspiele spielen³⁵) oder der Jagdlust sich ergeben³⁶). Diese Bestimmungen sind zunächst die Reaction gegen die rohe Sitte ihrer Zeit. Ihr Principe aber fordert noch jetzt unverändert Herrschaft, und ist durch viele neuere bischöfliche Verfügungen den Geistlichen in Erinnerung gebracht worden³⁷). Dasselbe ist in der evangelischen Kirche durch die Verordnungen der Consistorien geschehen. 2) Um auch äußerlich sich von den Laien zu unterscheiden, sind die Geistlichen verpflichtet, in ihrer Erscheinung des Anstandes und der Einfachheit sich zu befleißigen, weshalb ihnen Bart und Haar wachsen zu lassen³⁸), Waffen zu führen³⁹) (sobald sie nicht derselben als Schutzwehr auf Reisen bedürfen), oder prächtige Gewänder zu tragen⁴⁰) untersagt ist. Ueber die Kleidung, deren sie sich zu bedienen haben, entscheidet die Observanz der einzelnen Diöcesen und das bischöfliche Ermessen, abgesehen von der Kleidung bei Vollziehung der Amtsfunctionen, welche durch die Rituale bestimmt ist. In der evangelischen Kirche ist bald durch die Observanz, bald durch die Landesgesetzgebung ebenfalls eine

33) C. 10. dist. XXXIV. (conc. Agath. 506.), c. 10. dist. XLIV., c. 37. dist. V. de cons. (conc. Laod. 347—81.), c. 7. dist. XLIV. (Cap. Hincmar. Rem.), c. 15. X. de vit. et hon. cler. (3. 1.), conc. Trid. sess. XXIV. c. 12. de ref.

34) C. 2. (conc. Laod. 347—81.), c. 3. (syn. quinisext. 692.), c. 4. (conc. Carth. III. 397.) dist. XLIV., conc. Trid. l. c.

35) C. 1. dist. XXXV. (can. Apost.), c. 15. X. h. t., conc. Trid. l. c. Das römische Recht hat in diesem Bezuge sehr strenge Vorschriften, c. 25. 34. C. de episc. aud. (1. 4.), Nov. CXXXIII. c. 10.

36) C. 1. (Nic. I.), c. 2. (conc. Epaon. 517.), c. 3. (syn. sub Bonif. 742.) dist. XXXIV., c. 1. 2. X. de cler. venat. (5. 24.), c. 1. §. 3. de statu mon. in Clem. (3. 10.), conc. Trid. l. c. Die teutsche Sitte hatte aber wegen des den Stiftern oft verliehenen Wildbannes für die Stiftheerrn das Verbot der Jagd im besondern auf die Treibjagden und andere venationes clamosae, und im allgemeinen auf die venatio nimium frequens beschränkt. Vgl. überhaupt Benedict. XIV., de syn. dioec. L. XI. c. 10.

37) Vgl. z. B. das Circ. des Grafen-Posenschen Generalconsistoriums v. 1835, bei Rheinwald, Acta hist. eccl. 1836, S. 358 flg. Freib. Orb.-Nejer. v. J. 1835 (Jaf. 1835), S. 229 u. a.

38) C. 22. (conc. Agath. 506.), 23. (conc. Rom. 721.), c. 32. (Cap. Mart. Brac.) dist. XXIII.

39) C. 1. VIII. c. 6. (conc. Meld. 845.) C. XXIII. qu. 8., c. 2. X. de vit. et hon. cler. (3. 1.)

40) C. 32. (Cap. Mart. Brac.) dist. XXIII., c. 1. (syn. oec. VII. 787.), c. 2. (syn. quinis. 692.), c. 3. (syn. Rom. 743.), c. 4. (syn. Rom. 826.)

Amtsstracht der Geistlichen bestimmt worden. Im übrigen gilt der bereits angeführte Grundsatz des canonischen Rechtes, über dessen Befolgung zu wachen die Pflicht der Consistorien ist. 3) Damit die Geistlichen nicht von ihrem Berufe abgezogen werden, ist ihnen untersagt, sich weltlichen Beschäftigungen hinzugeben⁴¹⁾. Insbesondere untersagt ihnen das canonische Recht das Betreiben weltlicher Gewerbe und des Handels⁴²⁾, das Ausleihen von Geldern gegen Zinsen⁴³⁾, die Leistung von Kriegsdiensten⁴⁴⁾, das Studium und die Ausübung der Chirurgie und der inneren Heilkunde⁴⁵⁾, die Ausübung der Advocatur und Procuratur bei weltlichen Gerichten⁴⁶⁾, sobald sie nicht für sich, ihre Kirche oder für mitleidenswürdige Personen auftreten, die Uebernahme von öffentlichen Aemtern⁴⁷⁾, die Verwaltung der peinlichen Gerichtsbarkeit insbesondere⁴⁸⁾. Aehnliche Verfügungen kehren in allen evangelischen Ländern wieder. 4) Eine besondere Sorgfalt hat das canonische Recht der Gesetzgebung über den Verkehr der Geistlichen mit dem weiblichen Geschlechte gewidmet, eine so große, daß kaum ein Gegenstand öfter in den Schlüssen der Synoden erwähnt ist,

C. XXI. qu. 4., c. 15. X. h. t., Clem. 2. h. t., conc. Trid. sess. XIV., c. 6. de ref. — Thomassin., vet. et nov. disc. P. I. l. 2. c. 37. 43 sq., Prosper Lambertin., instit. LXXI. (der Ingolstädt. Ausg. v. 1751.)

41) Tit. X. *No clerici vel monachi saecularibus negotiis se immisceant.* (3. 50.)

42) C. 1. C. XIV. qu. 4. (Gelas. 494.) Statthaft ist dagegen, daß Geistliche durch einen anständigen Erwerb sich ihren Unterhalt schaffen (c. 1. X. *No cler. vel mon.*) und daß sie ihre eigene landwirthschaftlichen Erzeugnisse verwerten. — Die Eingehung von Wechselgeschäften verbietet die *Const. Apostolicae* von Benedict XIV. Aehnliche Bestimmungen haben die *Particularrechte* evangelischer Länder, sächs. Mand. v. 22. März 1711.

43) C. 2 sq. C. cit.

44) Vgl. C. XXIII. qu. 8. S. o. Note 24.

45) C. 3. 10. X. *ne cleric. vel mon.* (3. 50.) — Ueber die päpstlichen Indulte zur Ausübung der Heilkunde „*absque incisione et aduisione*“ s. *Benedict. XIV. l. c. L. XIII. c. 10.*

46) C. 1. 3. 8. X. h. t., c. 1. 2. 3. X. *de postal.* (1. 37.) — Die *Decretale super specula* von Honorius III. (1219.) in c. 10. X. *ne cler. vel mon.*, durch welche den Geistlichen verboten ist, *leges vel physicam* zu hören, ist von v. Savigny, in der *Zeitschr. für gesch. Rechtsw.* Bd. VIII, S. 230, vollständig herausgegeben. Das in ihr enthaltene Verbot ist jedoch niemals zur vollen Durchführung gekommen, und die Päpste selbst ertheilten oft den Universitäten besondere Indulte, durch welche die auf denselben studirenden Geistlichen die Vorlesungen über das Civilrecht zu hören ermächtigt wurden. Engel, *coll. iur. can.* III. 50. Van Espen, *iur. eccl. univ. p. I. tit. 2.*

47) C. 2. 4. 8. X. h. t. — Zu diesen gehören auch die Vormundschaften, zu deren Uebernahme die Geistlichen die Erlaubniß ihrer Vorgesetzten bedürfen (vgl. jedoch oben Note 29). In Preußen müssen die katholischen Geistlichen die Genehmigung der bischöflichen Behörde, die evangelischen die Zustimmung des Provinzialconsistoriums einholen. Fürstenthal a. a. D. u. d. X. *Vormundsch.*

48) C. 5. 9. X. h. t. — Nach c. ult. h. t. in 6to. (3. 24.) können aber die Prätaten, welche die weltliche Strafgerichtsbarkeit haben, dieselbe delegiren. Geistliche, welche zur Ausübung der Criminaljurisdiction delegirt sind, dürfen nicht auf Leibes- und Lebensstrafe erkennen. c. 5. X. h. t.

als dieser. Der Grund dieser Erscheinung liegt darin, daß die dem Menschen anerschaffene Natur gegen das Eölibatgebot reagierte, daß also die Geistlichen auf unerlaubtem Wege, im außerehelichen Umgange zu erreichen suchten, was ihnen das strenge Gebot der Kirche versagte (s. d. Art. Eölibat). Namentlich ist den Geistlichen zur Pflicht gemacht, nur solche Frauen in ihre Behausung aufzunehmen, deren Alter oder deren nahe Verwandtschaft den Verdacht jedes unerlaubten Umganges ausschließt⁴⁹⁾.

Die Verletzung der bisher dargestellten Verpflichtungen (*excessus*) wird im allgemeinen mit arbiträren Strafen gehandelt⁵⁰⁾; doch ist z. B. im neueren Rechte für die *clerici fornicatores* ein bestimmtes Strafverfahren vorgeschrieben⁵¹⁾. Die Uebertretung der Verfügungen, welche den Geistlichen die Ausübung der Heilkunde, die Leistung von Kriegsdiensten und die Ausübung der peinlichen Gerichtsbarkeit untersagen, hat außerdem unter den im Art. *Ordination* anzugebenden Voraussetzungen die Irregularität zur Folge. 16.

Seleit, sicheres Seleit. Das Seleitrecht (*ius conducendi, Seleitsherrlichkeit*)¹⁾ galt im älteren teutschen Staatsrechte als ein Regal, vermöge dessen ein Landesherr in seinem Gebiete den Reisenden Sicherheit auf den öffentlichen Straßen gegen eine Abgabe gewährte. Diese Abgabe, *guidagium* oder Seleitgeld, wurde noch von dem bloßen Wegegelde, *pedagium* s. *passagium*²⁾, unterschieden; es wurden über dessen Entrichtung Seleitbriefe (*Bolleten*) gegeben, deren Besitz ein Recht auf Schadloshaltung wegen auf dem Wege erlittener Unbilden gab. Seltener als dieses sogen. schriftliche Seleit war das persönliche oder lebendige Seleit durch Bewaffnete, die den Reisenden begleiteten (*Seleitleute*); es scheint letzteres nur bei den auf die Messe ziehenden Kaufleuten vorgekommen zu sein, während in den späteren Zeiten wenigstens für die Sicherheit der Straßen im allgemeinen Sorge getragen wurde. Die Verbindlichkeit zur Schadloshaltung³⁾, die von den angeführten Schriftstellern in sehr weitem Umfange behauptet wird, fiel weg, wenn der Reisende von der öffentlichen Straße abwich und sich überhaupt nicht

49) C. 5. 9. X. de cohab. cler. et mul. (3. 2. 7.) Conc. Trid. sess. XXV. c. 14. de ref. — Die hierher gehörenden Gesetze sind u. a. in großer Reichhaltigkeit gesammelt bei Carové, Sammlung der Eölibatgesetze. Frankf. 1833.

50) Conc. Trid. sess. XXII. c. 1. de ref.

51) Conc. Trid. sess. XXV. c. 14. de ref.

1) Literatur: Thom. Maul, tractatus de iure conducendi. Giss. 1621. 8. Ausführlicher ist Ph. Alb. Orth, tractatus iuridico-politicus de regali conducendi iure. Norimberg 1672. 8. Die Diss. von C. L. W. Buff, de conducendi iure serenissimorum Hassiae Landgraviorum per Wetteraviam P. I. et generalis de conductu eiusque in Germania origine et habitu. Giss. 1771. 4. kenne ich nur dem Namen nach.

2) Quod datur pro solo transitu. Maul l. c. p. 49.

3) Sie beruhte hauptsächlich auf dem Augsburger Reichsabschiede von 1559, §. Damit dann die Obrigkeit.

„geleitlich“ hielt⁴⁾. Hingegen wurde zu den Pflichten des Geleitherrn gerechnet, Schwerverwaffnete in den unsicheren Gegenden streifen zu lassen, Anordnung zu treffen, daß, wenn Jemand angefallen werde, an die Glocken geschlagen würde, wegen der von den „Benachbarten“ zu leistenden Hilfe mit diesen sich zu vergleichen u. dgl. m. Einen so wesentlichen Theil des Territorialstaatsrechtes das Geleitsrecht einst bildete⁵⁾, und so ausgebildet das ganze Geleitswesen war⁶⁾, so hat es doch mit der steigenden inneren Sicherheit der deutschen Staaten für unsere Zeit seine Geltung verloren und nur particularrechtlich besteht noch die unter dem Namen des Geleitgeldes an manche Obrigkeiten zu entrichtende Abgabe, welche meistens für Unterhaltung der Wege erhoben wird⁷⁾.

Theilweise verschieden hiervon, obgleich zunächst ein Ausfluß desselben, jedenfalls aber einem anderen Kreise von Rechtsverhältnissen angehörig, ist das in specie sogen. sichere Geleit (*salvus conductus*)⁸⁾. Man versteht darunter zunächst (im Sinne der Schriftsteller des 17. Jahrh., wo dieß Rechtsinstitut am ausgebildetsten gewesen zu sein scheint) den einem Angeschuldigten von der Obrigkeit gewährten gesetzlichen Schutz, unter welchem er ungefährdet vor Gericht kommen und wieder fortziehen konnte⁹⁾. Hierbei wird ein *s. c. generalis* und *specialis* unterschieden, von denen ersterer, nach der Regel: Vorladung bringt Geleit mit sich,

4) *Quando alicui est concessus salvus conductus, verba civiliter sunt intelligenda, ut scil. modeste, honeste, humane utatur.* Maul p. 99.

5) Die Schriftsteller beschäftigten sich mit sorgfältiger Abhandlung vieler hierher gehöriger Detailfragen, z. B. über den Umfang der Befugniß, es auszuüben, ob den Juden sicheres Geleit zu geben sei, welche Klagen dem Beschädigten zuständen u. a.

6) Man vgl. z. B. den Administrationsorganismus, den Ortth p. 165. und v. Seckendorff im teutschen Fürstenstaate (p. III. c. 3.) aufführt.

7) Maurenbrecher gibt in seinen Grundsätzen des heutigen teutschen Staatsrechtes §. 215, Note c. an, das Geleitsrecht sei in sämtlichen Bundesstaaten, mit Ausnahme von Sachsen-Weimar, aufgehoben. Hinsichtlich aller Frankfurter Waaren wurde es schon durch Reichsdep.-Hauptschluß v. 1803, §. 27, abgeschafft. Eben.

8) Literatur: J. Cph. Falckner, *D. de salvo conductu ad indicium.* Hal. 1666. 4. Andr. Wesser, *D. de s. c. iudiciali.* Altdorf. 1698. P. Fr. Romanus, *D. de s. c. Jen. recusa* 1717. (Sämmtlich von geringer Bedeutung. Andere Dissertationen, von Windheim [Jen. 1666.], Hartmann [Argent. 1675.], Brückner [Jen. 1712.], waren mir nicht zugänglich.) Von A. Leyser wird eine *D. de s. c. lat. commatu*, Witeb. 1740., und von G. A. Kleinschrod eine *D. de cautelis in s. c. concessione a iudice observandis* angeführt; beide schreiben aber auch noch besonders darüber, Leyser in den *Medit. spec.* 628., Kleinschrod in s. *Abhandl. a. b. peinl. Rechte und peinl. Prozesse Th. 2* (Erlangen 1798), S. 133—270, und im neuen Archiv des Criminalrechtes Bd. 5, St. 2, S. 283 fig. Letzterer Aufsatz ist gegen die von Stübel, in s. *Criminalverfahren Th. 4, §. 1759* fig., aufgestellte Theorie gerichtet. Der neueste Schriftsteller hierüber ist Abegg in s. *historisch-prakt. Erörter. u. f. w. Abth. 2, S. 152* fig.

9) Zu allgemein faßt dieses Recht Romanus in der angef. *Diss. auf als legitimam praesidium magistratus, iuste timenti pro aversione periculi aut alterius offendendi datum* p. 5.

bei jeder Citation von selbst verstanden werden soll¹⁰⁾, letzterer nur praestita cautione idonea eintritt (das eigentliche „freie Geleit zu Recht und vor unrächter Gewalt“). Der Schutz ging nur gegen Vergewaltigung, die nicht im Rechte begründet war, also nicht gegen vis iusta¹¹⁾. Hierin liegt hauptsächlich der Uebergangspunkt zwischen den verschiedenen Auffassungsweisen dieses Rechtes. Ausgehend von dem bloßen Privilegium des flüchtigen Angeschuldigten, sich an seinen früheren Aufenthaltsort zurückbegeben zu dürfen, auch wenn er seine Unschuld nicht ausführte¹²⁾, wurde es in teutschen Staatsrechten zu einer von der Obrigkeit übernommenen Beschützung des sich vor Gericht stellenden Angeschuldigten gegen die Privattrache der Verwandten¹³⁾, woraus sich die allgemeinere oben dargelegte Bedeutung mit dem Allgemeinerwerden des s. c. von selbst entwickelte¹⁴⁾. Durch diese Erweiterung des Begriffes des s. c. kamen aber auch Merkmale in denselben, die das ganze Wesen des sicheren Geleites änderten und daraus eine vertragsmäßige Befreiung von persönlicher Haft während der Untersuchung werden ließen. Während die Nachsichung des sicheren Geleites früher mehr im Interesse des Angeschuldigten gelegen hatte, war die Gewährung desselben später vielmehr ein im Interesse des Richters liegendes Mittel, den Angeschuldigten vor Gericht zu bringen. So faßten es die Praktiker des 18. Jahrh. vornehmlich auf und nur von diesem Gesichtspunkte aus kann z. B. von einem s. c. praesentis und anderen Sätzen die Rede sein, welche wie bei den Schriftstellern über diese Lehre vielfach discutirt finden. Aus dieser Umwandlung des Begriffes erklärt sich aber auch die große Verschiedenheit der Ansichten in der Theorie, die gleichwohl die wesentlichste Grundlage der Praxis hierbei war, da die Quellen des gemeinen Rechtes fast gar nichts über den wirklichen s. c. enthalten¹⁵⁾. Diese Ansichten reduciren sich in der Hauptsache auf Folgendes: 1) Competent zur Ertheilung des s. c. sind nicht bloß die Landesherren (und alle reichsunmittelbaren Fürsten und Städte), sondern alle, welche Obergerichtsbarkeit haben, im besonderen Falle das zur Untersuchung competente Criminalgericht¹⁶⁾. 2) Derselbe wird An-

10) Doch warnte Romanus p. 10. und Falckner, sect. III. §. VIII. vor zu großem Vertrauen auf die Anwendung dieses Satzes.

11) C. C. C. Art. 76 u. 156.

12) In dieser Bedeutung kommt es in italienischen Stadtrechten des 14. Jahrh. vor. S. Rittermaier, teutsch. Strafverf., 3. Aufl., §. 80, Note 1.

13) Rittermaier a. a. D. Note 2.

14) Abegg a. a. D. leitet das Entstehen des s. c. aus den Nachtheilen der gegen einen sich nicht stellenden Angeschuldigten zu erkennenden Verdacht und Friedlosigkeit ab, wofür aber höchstens die Stellung, in welcher der s. c. in der C. C. C. erscheint, spricht. S. dagegen Rittermaier a. a. D. Note 4.

15) Gute Ausführung hierüber bei Kleinschrod, Abhandl. Th. 2, S. 135—141. Nur führt ihn seine Kritik zu weit, indem er, die genetische Ausbildung dieser Lehre unberücksichtigt lassend, viele jener Ansichten verwirft, die doch, wenn gleich von verschiedenem Standpunkte aus, ihre Gültigkeit haben.

16) Es war dieß bei den Älteren sehr bestritten, aber schon Falckner und Wesser a. a. D. bejahen es; die nähere Begründung s. bei Kleinschrod Cap. 2.

geschuldigten gewährt, die flüchtig geworden sind oder sich sonst verborgen halten, zu Ausführung ihrer Unschuld¹⁷⁾. Im neueren Sinne fällt dieses Motiv, die Gunst der Vertheidigung, weg und es tritt an dessen Stelle die absolut nothwendige Gegenwart des Abwesenden, der nicht anders zu erlangen ist¹⁸⁾. 3) Er kann bei allen Verbrechen gewährt werden¹⁹⁾. 4) Gewöhnlich wird dagegen eine durch Unterpfand oder Bürgen zu stellende Caution verlangt²⁰⁾. 5) Die Dauer des s. c. generalis pflegt auf ein triduum, die des specialis auf so lange, bis etwas Peinliches erkannt wird, bestimmt zu werden²¹⁾. Neuerlich unterliegt sie wohl ausdrücklicher Festsetzung Seiten des Richters. 6) Der s. c. ist auf das Verbrechen, wegen dessen er ertheilt ist, zu beschränken, verpflichtet aber auch zur Unterlassung jedes Mittels, wodurch der Angeschuldigte zur Haft gebracht werden könnte, also z. B. auch zur Widerrufung der Steckbriefe²²⁾. 7) Die Ursachen, aus welchen der s. c. aufhört, sind außer dem Ablauf der Zeit, auf welche, und der Nichterfüllung der Bedingungen, unter welchen er ertheilt ist (also z. B. Flucht des Geleiteten, Wegfall der Caution), die Fällung eines Straferkenntnisses (oder eines Erkenntnisses auf Tortur) oder die Verübung eines neuen, Verhaftung nöthig machenden Verbrechens²³⁾. — In der neueren Zeit hat die Theorie und Praxis die Anwendung des s. c. sehr beschränkt²⁴⁾; gemeinrechtlich wird sie von Manchen für ganz unpraktisch gehalten²⁵⁾, von Anderen nur als Gnadenact für zulässig erachtet²⁶⁾, Einige lassen sie als äußerstes Mittel zur Erledigung wichtiger Untersuchungen gelten²⁷⁾. Particular-

17) Romanus a. a. D. §. 18. Falckner cap. II. sect. 2. §. 3., der gleichwohl auch die exceptio loci non tuti hiermit in Verbindung bringt. Cap. I. sect. 2. §. 4.

18) Kleinschrod Cap. 3, §. 24. Hiernach sind die bei den Kelteren vielfach vorkommenden Discussionen über die Personen, denen er nicht ertheilt werden kann, namentlich banniti, überflüssig. Was aber z. B. Falckner über den s. c. praesentis ausführt (daß er bei leichteren Vergehen, bei Krankheit des Angeschuldigten u. s. w. eintrete), ist in der oben angebeuteten Beziehung aufzufassen, wornach man unter s. c. nur Befreiung von Arrest verstand.

19) Die Ansicht Kelterer, daß er bei schweren und notorischen Verbrechen nicht eintrete, widerlegt Kleinschrod §. 26.

20) Welche Kleinschrod (§. 28) nicht bloß vom iudicio sisti, sondern auch vom iudicatum solvi versteht.

21) Z. B. bei Wesser p. 17.

22) Rittermaier, Strafverf. Th. 1, S. 390 und die baselst. angef. Schriftsteller.

23) Ausführlich bei Kleinschrod Cap. 7. Fälschlich wollen manche Kelterer auch durch Geständniß den s. c. ausgeschlossen wissen.

24) Nur ist der Begriff des s. c. nicht so zu beschränken, wie Etäbel will (Criminalverf. Th. 4, §. 1759 flg.), auf eine Zusicherung des Richters, den Angeschuldigten mit der Arretirung während des Processes so lange zu verschonen, als sie entbehrlich sein werde.

25) Z. B. von Puchta, der Dienst der teutschen Justizämter Bd. 2, S. 419.

26) Z. B. von Müller, Lehrb. des Criminalproz. S. 321, Note 3.

27) So v. Jagemann, Untersuchungsfl. S. 92.

rechtlich ist sie unter gewissen Beschränkungen meist noch gültig²⁸⁾; die neuere Gesetzgebungspolitik mißbilligt das Institut des sicheren Geleits²⁹⁾.

In Civilsachen pflegt nach den meisten Particularrechten sicheres Geleit gegen Wechselhaft unter gewissen Bedingungen den Gemeinschuldern ertheilt zu werden³⁰⁾.

v. Schletter.

Gelübde¹⁾ ist im allgemeinen jedes (feierliche) Versprechen (Angebot, Belieben)²⁾, im besondern aber das Versprechen einer Leistung oder Handlung zu einem frommen Zwecke; daher die Definition: *promissio facta Deo, cum deliberatione, de bono aliquo, vel meliori bono*³⁾.

Vom lebendigen Glauben erfüllt sucht der Mensch nicht nur den Forderungen des Religionsgesetzes zu genügen, sondern auch über dasselbe hinausgehend sich Gottes Wohlgefallen zu erwerben (*opus supererogationis*). Daher brachte man nicht bloß die bestimmten zu gewissen Zeiten und bei regelmäßigen Veranlassungen üblichen Opfer, sondern übernahm noch außerdem freiwillige. Das mosaische Recht⁴⁾ gestattete auch dergleichen, wenn nur das Gesetz, besonders der ceremonielle Theil desselben, darunter nicht litt. Man unterschied das eigentliche Gelübde, als das Versprechen, Gott Etwas zu leisten, bei dessen Nichterfüllung man als Slave dem Tempel verfiel⁵⁾, und die Ablobung, das Unterlassungsgelübde, namentlich den Rasireat, indem man sich geistiger Getränke und verschiedener Bequemlichkeiten des Lebens zu enthalten verpflichtete⁶⁾. Oft thaten dieß Eltern schon früh für ihre Kinder⁷⁾. Beide

28) Dester. Gesetzb. §. 248. Bayer'sches Gesetzb. Art. 417 (wo aber die Ertheilung nur durch königliches Rescript erfolgen kann). Preuß. Criminalordn. §. 246.

29) S. Wittermaier, Strafverf. Th. 1, S. 391 und die Note 32 angef. Schriftsteller.

30) So z. B. in Sachsen denjenigen, welche sich in Zeiten gehörig angeben und nach Abzug der prioritätischen Forderungen den Chirographariern noch 50 pCt. wirklich zu bezahlen im Stande sind. Mand. w. d. Banq. v. 20. Dec. 1766, §. 4.

1) Tit. Dig. de pollicitationibus. (50. 12.) — Dist. XXVII. (c. 2—8.) Cau. XVII. qu. I. Cau. XXII. qu. IV. Cau. XXVII. qu. I. — Tit. X. III. 84. in 6to. III. 15. Extravag. Johann. XXII. tit. VI. de voto et voti redemptione. Vgl. X. IV. 6. Qui clerici vel voventes matrimonium contrahere possunt. Die hier in Betracht kommende theologische Seite findet sich in den Werken über Moral erläutert. Wegen des Juristischen vgl. man J. H. Boehmer, *ius eccl. Prot. lib. III. tit. 34.* Helfert, Darstellung der Rechte, welche in Ansehung der heiligen Handlungen ... stattfinden (Prag 1826), §. 96—102.

2) Daher bedeutet der Ausdruck auch so viel als Caution (mit Wort und Hand). Vgl. im Rechtslexikon den Art. Caution Bd. II, S. 609, 610.

3) Conc. Bisantin. a. 1571. de voto (Hartzheim, Conc. Germaniae T. VIII. fol. 87.).

4) Hüllmann, Staatsverfassung der Israeliten S. 183 flg.

5) IV. Mosis XXX, 3—16. Vgl. III. Mosis XXVII. V. Mosis XXIII, 22.

6) IV. Mosis VI, 1—21.

7) Buch der Richter XIII, 5. Co. Lucä I, 15.

Arten von Gelübden gingen auf die Kirche über⁸⁾ und wurden mit Anknüpfung an die alttestamentlichen Grundsätze genauer entwickelt.

Man unterschied nun zwischen dem Vorsatz (concupere in animo), ein Gott wohlgefälliges Werk zu thun, dem simplen Versprechen und der feierlichen Erklärung des gefaßten Entschlusses, und nahm schon beim animus wenigstens die moralische Verbindlichkeit an (s. unten). Auch sonderte man genauer persönliche, dingliche und gemischte Gelübde (vota personalia, realia, mixta). Das persönliche begreift eine Handlung, welche höchst persönlich den Gelobenden betrifft, also auch nur von ihm ausgeht, das dingliche hat eine Leistung für einen Dritten zum Gegenstande und wird (den Umständen nach) auch von den Successoren erfüllt, das gemischte enthält beides zugleich. Das persönliche Gelübde ist ein feierliches (Hochgelübde, votum solenne) oder einfaches (simplex, minus solenne). Von dieser Unterscheidung findet sich bis zum elften Jahrhunderte keine Spur⁹⁾ und dieselbe rührt erst von Gratian her. Während nämlich ursprünglich jedes Gelübde nur als ein das Gewissen verpflichtendes betrachtet wurde und die Verletzung desselben als eine Sünde Buße nach sich zog, ohne aber die dem Gelübde widersprechende Handlung selbst mit deren Folgen zu vernichten, änderte sich später theilweise die Praxis, in der besonderen Anwendung auf Regularen und Kleriker der höheren Reihen. Anlaß dazu mochte sowohl die feierliche Form der Verpflichtung dieser Personen¹⁰⁾, als das Bestreben, die Eölibatgesetze effectvoller zu machen, darbieten. Wegen der Regularen bestimmten die Kirchengesetze schon seit dem fünften Jahrh., daß ihre Verpflichtung zum Klosterleben so bindend sei, daß die derselben sich entziehenden zur Rückkehr genöthigt, und wenn sie nicht folgen wollten, vollständig aus der christlichen Gemeinschaft ausgeschlossen werden sollten¹¹⁾. Auch Kleriker waren gehalten, nicht zur Welt zurückzukehren und insbesondere keine eheliche Verbindung einzugehen¹²⁾. In dessen wurde die von den Geistlichen geschlossene Ehe nicht annullirt, sondern es trat nur die Remotion vom Amte ein. Erst Calixt II. verordnete im J. 1119 und 1123, daß der Geistliche vor der Frau getrennt werden¹³⁾, und Innocenz II. im J. 1139, daß die Ehe selbst nichtig sein sollte¹⁴⁾. Gratian suchte den Grund dieser Festsetzung in der Natur

8) Apostelgesch. XVIII, 18. XXI, 24. Bgl. c. 14. Cau. XXXII. qu. II (aus IV. Mosis XXX, Note 5 cit.).

9) In der Stelle c. 3. dist. XXVII. (Theodorus in Poenentiali?) findet sich das Beiwort simplex (zu votum) in keiner Handschrift, und in der gleichen Stelle c. 43. Cau. XXVII. qu. I. fehlt es selbst in den gedruckten Ausgaben. In einigen alten Manuscripten steht es als Interlinear-Glosse.

10) S. die bei Note 15 im Texte cit. Worte Gratians zu c. 8. dist. XXVII.

11) c. 7. Conc. Chalced. a. 451. (c. 3. Cau. XX. qu. III.) c. 6. Conc. Tolet. VI. a. 638. (c. 2. eod.) u. a. Bgl. den Art. Kloster.

12) Bgl. den Art. Eölibat Bb. II, S. 682 fig.

13) c. 5. Conc. Rhemense a. 1119. c. 21. Conc. Lateran. I. a. 1123. (c. 8. dist. XXVII.)

14) c. 7. Conc. Lateran. II. (c. 40. Cau. XXVII. qu. I.)

des Gelübdes und nannte dasjenige, dessen Wirkung nicht auf eine Ver-
richtung der demselben widersprechenden Acte ging, *votum simplex*, das
aber, bei welchem dieser Effect eintrat, *votum solenne*. Daher fügt er
der erwähnten Verordnung Calixt's II. das *dictum* bei: *Hic distinguen-*
dum est, quod voventium alii sunt simpliciter voventes,
*de quibus Augustinus et Theodorus locuti sunt*¹⁵⁾, *alii sunt, quibus*
post votum benedictio accedit consecrationis, vel propositum reli-
*gionis, de quibus Hieronymus et Nicolaus et Calixtus scripserunt*¹⁶⁾.
Diesen Sprachgebrauch behielten die Päbste bei, jedoch in der Anwen-
dung auf die Professeleistung und Ehe beschränkt¹⁷⁾. Indem rücksichtlich
der letzteren angenommen wurde, daß ein *votum solenne* ein *impedi-*
mentum dirimens, ein *simplex* nur ein *impediens* erzeuge, konnten
Zweifel entstehen, ob jedes feierlich geleistete *votum* in dieser Beziehung
ein *solenne* sei. Deshalb entschied Bonifacius VIII. im J. 1298:
illud solum votum debere dici sollemne, quantum ad post contractum
matrimonium dirimendum, quod sollemnizatum fuerit per susceptio-
nem sacri ordinis, aut per professionem expressam vel tacitam,
*factam alicui de religionibus, per sedem apostolicam adprobatam*¹⁸⁾.
Was aber die Professeleistung betrifft, so sind nicht bloß die *patres cle-*
rici, sondern auch die *fratres conversi* (Laienbrüder) bei den Cisterciens-
fern durch ein wahres *votum solenne* gebunden¹⁹⁾.

Bedenklich erscheint die Eintheilung eines *votum expressum et*
tacitum bei dem feierlichen Gelübde. In den Quellen wird die *professio*
expressa und *tacita* öfter unterschieden²⁰⁾, und Bonifaz VIII. erkennt sie
in den eben angeführten Worten an. Der vollständige Effect des *votum*
solenne scheint indessen alle gesetzlichen äußeren Formen der Professeleistung
vorauszusetzen²¹⁾. Das Tridentinische Concil weist nicht undeutlich dar-
auf hin²²⁾, und Benedict XIV. (s. Note 19 cit.) legt auf die Formel des
Gelübdes großes Gewicht. Neuere Canonisten erklären sich daher überhaupt
gegen die Annahme eines stillschweigenden Gelübdes²³⁾, welches Manche als
den eigentlichen Rechtsgrund für den Eölibat ansehen, während Andere densel-
ben nicht auf ein Gelübde, sondern auf das Gesetz zurückführen und die

15) S. Note 9. Vgl. c. 2. dist. XXVII. (Augustinus?)

16) C. 6. 9. dist. XXVII.

17) Man vgl. vorzüglich c. 8—7. X. qui clerici vel voventes. (4. 6.)

18) C. un. h. t. in 6to. (3. 15.) Vgl. Benedict. XIV. de synodo
dioecesana lib. XIII. cap. XII. §. XI. XIII.

19) S. das Decret Benedict's XIV. vom 21. März 1747 (de synodo cit.
lib. XIII. cap. XI. §. XXXVII.)

20) Vgl. den Titel de regularibus X. III. 31. in VI. 3. 14. u. a., so
wie die nähere Ausführung im Art. Kloster.

21) S. c. 13. X. de regularibus. (3. 31.): *Cum monachum non faciat*
habitus, sed professio regularis, ex quo a convertendo votum emittitur et
recipitur ab abbate. Vgl. c. 16. X. eod. c. 4. X. qui clerici vel vo-
ventes. (4. 6.)

22) Conc. Trid. sess. XXIV. can. 9. de sac. matrim. Sess. XXV.
cap. 15—17. de regularibus.

23) S. Helfert (eben Note 1 cit.) §. 98 a. G. v. Droste-Hülshoff,
Grundsätze des Kirchenrechtes Bd. II, Abth. 1, §. 117.

hier in Betracht kommende Erklärung des Concils von Trient (sess. XXIV. can. 9. de sacr. matr.) so fassen, daß die Worte: clericos in sacris ordinibus constitutos mit non obstante lege ecclesiastica, und die Worte: vel regulares, castitatem solemniter professos mit vel voto zu verbinden seien²⁴), was allerdings nicht unzulässig ist. Das Tridentinum hat aber diese Frage nicht entschieden²⁵).

Die Voraussetzungen eines gültigen Gelübdes sind, abgesehen von den eigenthümlichen Bedingungen des concreten Falles (wie namentlich bei der Professeleistung), theils objective, theils subjective. In objectiver Beziehung wird gefordert, daß es eine gute Handlung, eine wohlthätige Leistung sei und zwar überhaupt de bono meliori, so daß die Unterlassung nicht den Vorzug verdiene²⁶). Eine unsittliche²⁷), die Rechte Dritter verletzende Handlung²⁸) kann deshalb gar nicht übernommen werden. Ob aber eine Handlung de bono meliori sei, ist nach den Umständen zu ermessen²⁹). Die katholische Kirche erkennt dieß zwar im Principe an, doch erklärt sie absolut den ehelosen Stand für de bono meliori und spricht das Anathema über diejenigen aus, welche nicht zugestehen: esse melius ac beatius manere in virginitate aut coelibatu, quam iungi matrimonio³⁰). Nicht ohne Grund bemerken aber auch Katholiken, daß Jemand eben so gut Gott geloben könne, sich zu verhehlichen, als ledig zu bleiben³¹).

In subjectiver Hinsicht wird vorausgesetzt, daß der sich Verpflichtende auch wirklich den animus voti habe³²). Dazu gehört nach den allgemeinen Grundsätzen die freie Willensbestimmung und Erklärung³³). Somit hindern Wahnsinn und Raserei³⁴), Gewalt, Furcht³⁵), Irrthum (error causam dans) und andere derartige Gründe. Zum freien Willen gehört aber auch die rechtliche Möglichkeit des Consenses. Kinder bedürfen die Genehmigung der Eltern, welche auch stillschweigend erfolgt, wenn nach erlangter Kenntniß nicht Widerspruch erhoben wird³⁶). Ehegatten können sich ohne Einwilligung des anderen Theiles durch kein Gelübde

24) So Sauter, fundamenta iuris eccl. P. IV. §. 414. vgl. mit §. 835. v. Droste-Hülshoff a. a. D.

25) Man s. noch van Espen, ius eccl. univ. P. II. tit. XIII. cap. IV. §. 13—15.

26) C. 4. Cau. XVII. qu. I. S. Note 3.

27) C. 1. 5. 10. 12. 13. 15. Cau. XXII. qu. IV.

28) C. 2. 6. Cau. XXXIII. qu. V.

29) Vgl. c. 1. X. h. t. (3. 34.)

30) Conc. Trid. sess. XXIV. can. 10. de sacr. matr.

31) Helfert a. a. D. §. 97, Anm. c.

32) C. 3. X. h. t. (3. 34.) (Alexander III. a. 1180.)

33) C. 1. X. de his quae vi metusque causa fiunt. (1. 40.) (Alex. III. a. 1180.) Dazu vgl. man besonders Gonzalez Tellez ad h. cap. nr. 16 sq.

34) C. 15. X. de regularibus. (3. 31.) (Innoc. III. a. 1198.) Ratihabition nach der Genesung entscheidet.

35) C. 5. X. qui clerici vel voventes. (4. 6.) (Alex. III. a. 1180.)

36) C. 14. Cau. XXXII. qu. II. (s. oben Note 8 cit.)

verbinden, insofern darunter die Rechte des einen leiden³⁷). Eine Ausnahme tritt aber ein, wenn vor Consummation der Ehe durch Geschlechtsgemeinschaft der eine Gatte das votum solenne castitatis ablegt, indem dann die Ehe selbst dem Bande nach gelöst wird³⁸). Auch gestattete Innocenz III. im J. 1204 dem Manne gegen den Willen der Frau, zu Gunsten der Kreuzzüge, die Wallfahrt nach dem gelobten Lande³⁹). In Folge der hierarchischen Ordnung ist dem Cleriker nicht ohne Consens des Bischofs, diesem nicht ohne Einstimmung des Metropolitens oder Papstes das Gelübde der Wallfahrt nach Jerusalem (wie überhaupt keine längere Entfernung) verstatet⁴⁰), und dem Regularen ohne Einstimmung des Obern überhaupt kein Gelübde zu thun erlaubt⁴¹), ausgenommen das, zu einer schwereren Regel überzugehen, woran ihn Niemand hindern kann⁴²).

Eine bestimmte Form ist dem Gelübde nicht vorgezeichnet. Die moralische Verbindlichkeit zur Erfüllung ist vorhanden, wenn auch nur der, noch gar nicht geäußerte, feste Vorsatz gefaßt wurde. Die Geltendmachung auf Vollziehung erfordert dagegen eine wirkliche Aeußerung⁴³); doch ist dabei nicht außer Acht zu lassen, ob das Gelübde unter Bedingungen geleistet wurde, deren Eintritt dann erst abgewartet werden muß.

Das persönliche Gelübde bindet nur die Person des Gelobenden und soll nicht durch Stellvertreter erfüllt werden, außer bei der Verpflichtung zum Kreuzzuge⁴⁴). Anders ist dagegen das Verhältniß beim dinglichen Gelübde, bei welchem die Kirche den Principien des römischen Rechtes über Pollicitationen folgen konnte⁴⁵). So wie aus einem einer res publica gethanen Versprechen eine Klage gegeben ward, die selbst auf die Erben überging, wenn die Pollicitation aus einem bestimmten Grunde geschah⁴⁶), oder, falls ein solcher Grund fehlte, der Pollicitirende die Erfüllung begonnen hatte⁴⁷), so konnte auch das canonische Recht eine Klage für zulässig erachten⁴⁸). Dieß ist aber auch jetzt noch gemein-

37) Vgl. §. B. Cau. XXXIII. qu. V. c. 11. X. de conversione conjugatorum. (3. 32.) (Coolestin. III. a. 1195.)

38) S. den Art. Ehe Bd. III, S. 578.

39) C. 9. X. h. t. (3. 34.)

40) C. 7. X. h. t. (3. 34.) (Innoc. III. a. 1198.)

41) C. 2. C. XX. q. IV. (Basiliius c. a. 362. ? Theodorus Poenit.)

42) C. 18. X. de regularibus. (3. 31.) (Innoc. III. a. 1206.)

43) C. 3. X. h. t. (3. 34.) S. Eichhorn a. a. D. Bd. II, S. 527, Anm. 21.

44) C. 8. X. h. t. (Innoc. III. a. 1200.) Vgl. c. 7. X. de fide instrumentorum. (2. 22.) (Innoc. III. a. 1208.)

45) S. Thibaut, System des Pandectenrechtes §. 981. Mühlenbruch, doctrina Pandectarum vol. III. §. 601. Eichhorn a. a. D. Bd. II, S. 521, Anm. 7.

46) L. 1. §. 1. L. 4. 6. D. de pollicit. (50. 12.)

47) L. 1. §. 2—5. L. 3. pr. D. eod. — S. L. 2. D. h. t.: Si quis rem aliquam vorerit, voto obligatur. Vgl. auch besonders Nov. CXXXI. cap. 7.

48) C. 6. X. de testamentis. (3. 26.) c. 18. X. de censibus. (3. 39.) Vgl. über diese Stelle den Rec. von Müller's Kritik des Kirchenrechtes, in

nes Recht und in Particularrechten zum Theil bestätigt. So bestimmt das preussische Recht, indem es den Gelübden an sich, als einseitigen Versprechen, keine bindende Kraft beilegt, daß, sofern der Erblasser die Erfüllung begonnen hatte, auch der Erbe vollenden müsse, wenn er nicht nachweisen kann, daß ihn der Autor nicht habe binden wollen⁴⁹⁾.

Ein gemischtes Gelübde verpflichtet den Erben, so weit es dinglich ist. Ist ein Gelübde wegen des Mangels der oben genannten Requisite ungiltig, so wird es für unwirksam erklärt (*irritatio*). Ist es dagegen an sich gültig, wird aber die Erfüllung wegen persönlicher oder anderer Umstände unmöglich oder doch sonst nachtheilig, daß der Grundsatz, es solle eine *promissio de bono meliori* sein, nicht aufrecht erhalten werden kann, so muß es aufgehoben werden und zwar durch Dispensation oder Verwandlung (*commutatio*)⁵⁰⁾. Die Dispensation wird als vollständige Befreiung oder Ermäßigung, wie hinsichtlich der Zeit durch Aufschub u. s. w.⁵¹⁾, ertheilt. Das Recht hat der Kirchenoberere und zwar regelmäßig der Bischof⁵²⁾, bei den Bettelorden deren Obere⁵³⁾, und in gewissen Fällen der Pabst, nämlich 1) vom Gelübde der Wallfahrt nach dem gelobten Lande (*peregrinatio ultramarina*), 2) nach Rom (*visitatio liminum Apostolorum Petri et Pauli*), 3) zum heil. Jacobus nach Compostella (*Iacobum Apostolum — Giacomo Postolo*), 4) dem *votum castitatis* (*solenne*) und 5) *religionis*⁵⁴⁾. Die Dispensationen von der ewigen Keuschheit und den Ordensgelübden (*Secularisation*) sind indessen fast immer nur unvollständig, indem die Weihe des Priesters nicht aufgehoben und den Regularen eine vollständige Rückkehr in die Welt nicht gestattet, sondern immer möglichste Befolgung der Ordensregel auferlegt wird⁵⁵⁾. — Die Dispensationsgründe selbst hat der Kirchenoberere *ex arbitrio* zu ermesen⁵⁶⁾. Niemand aber darf sich selbstständig von seinen Gelübden dispensiren. Er wird dadurch straffällig und kann nur vom Bischöfe in diesem Falle Absolution erhal-

Eippert's Annalen des Kirchenrechtes Hft. III, S. 170—172. Vgl. Gieseler, Kirchengesch. Bd. II, Abth. 1, §. 18, Note n.

49) Vgl. Allg. Landrecht Th. I, Tit. 5, §. 5, 6, und den Auszug aus den Materialien bei Bornemann, systematische Darstellung des preuß. Civilrechtes Bd. II, S. 398, 399.

50) Wegen der allgemeinen Grundsätze vgl. man den Art. Dispensation Bd. III, S. 449 flg.

51) C. 5. 8. X. h. t. (3. 34.)

52) C. 1. X. h. t. (Alexander III. a. 1180.) S. aber noch Note 61.

53) Diese haben das Recht durch päpstliche Verleihung.

54) C. 2. (Alex. III. a. 1180.) c. 9. X. h. t. (Innoc. III. a. 1204.) c. 5. Extrav. comm. de poenitentibus et remissionibus. (5. 9.) (Sixtus IV. a. 1478.) Vgl. Conc. Bisuntin. a. 1571. (Hartzheim, Conc. Germ. T. VIII. fol. 86.)

55) Das Nähere im Art. Kloster und Ordo. Inzwischen vgl. J. H. Böhrmer, zum c. 6. X. de statu monachorum. (3. 35.) not. 5.

56) C. 1. 2. 5. 7—9. X. h. t.

ten⁵⁷⁾. Dagegen ist die Verwandlung eines Gelübdes in ein höheres jedem freigestellt, wobei als das verdienstlichste die Professleistung angesehen wird. Daher heißt es: omne votum mutabile est in votum religionis⁵⁸⁾. Das Recht zu sonstigen Verwandlungen steht dem Bischöfe zu⁵⁹⁾, der dasselbe auch anderen Geistlichen der Diöcese, ja jedem Weichtiger übertragen kann⁶⁰⁾. Wenn nun in den Quinquennalfacultäten den Bischöfen regelmäßig vom Papste auch die verliehen wird: dispensandi et commutandi vota simplicia in alia pia opera exceptis votis castitatis et religionis⁶¹⁾, so ist dieß eine Verleihung, welcher die Bischöfe nicht bedürfen.

In der evangelischen Kirche wurden die bisherigen Grundsätze über die persönlichen Gelübde ganz verworfen⁶²⁾. Alle feierlichen Gelübde wurden für unverbindlich erklärt, unfeierliche wohl noch zugelassen, aber deren Befolgung dem Gewissen jedes anheim gestellt⁶³⁾. Die dinglichen Gelübde wurden dagegen, den Bestimmungen des gemeinen Rechtes gemäß, als bindend anerkannt und auch particularrechtlich mit einer Klage versehen.

D. F. Jacobson.

Gemeinde. Sie ist eine, zu einem Vereine gebildete, Abtheilung des Volkes, welche einen (integrirenden) Bestandtheil des Regierungsorganismus des Staates bildet, in dem durch das Volk, vermitteltst einer solchen Thätigkeit, welche einen administrirenden Charakter an sich trägt, ein Staatszweck verfolgt wird¹⁾. — Eine Gemeinde in diesem

57) Als einen casus reservatus episcopi betrachten von jeher die deutschen Diöcesen diese Fall. Vgl. die Nachweisungen im Index zu Hartzheim's Coll. Conciliorum Tom. XI. fol. 433a.

58) C. 4. X. h. t. Vgl. c. 8. X. de iurjurando. (2. 24.)

59) C. 1. X. h. t.

60) Beispiele. Concil. Mon. a. 1354. (Hartzheim, Conc. Germ. Tom. IV. fol. 477. 478.) Concil. Cameracense a. 1586. tit. VIII. c. 5. (eod. Tom. VII. fol. 1005.) Concil. Curiense a. 1605. (eod. Tom. VIII. fol. 648.)

61) So z. B. bei v. Droste-Hülshoff a. a. D. Bd. II, Abth. 1, S. 150, Nr. 9.

62) S. besonders Luther in der Schrift von der babylonischen Gefangenschaft der Kirche (die Auszüge bei Planck, Gesch. des protestantischen Lehrbegriffes Bd. I, S. 297—299).

63) Augsburg. Conf. Art. 27. Apologie der Conf. Art. 13. Schmalkalb. Artikel Art. 14.

64) S. oben Note 45 flg. Vgl. J. H. Böhmer, ius eccl. Prot. lib. III. tit. 34. §. 20. Eichhorn a. a. D. S. 521.

1) Babilische Gemeindeordnung v. 31. Dec. 1831, §. 6: Jede Gemeinde hat das Recht die auf den Gemeindeverband sich beziehenden Angelegenheiten zu besorgen, und ihr Vermögen selbstständig zu verwalten. S. unten Note 3. Die Gemeinden sind die Grundlage des Staatsvereines. Großherzogth. hess. Ges. über die Gemeindeordn. v. 30. Juni 1821, Art. 1. Württemb. Ges. über das gem. Bürger- und Weisthumsrecht v. 4. Dec. 1833, Art. 1. Sachs.-Altenb. Grundges. v. 29. April 1831, §. 100. — Sie sollen bemüht sein, alles zu befördern, was dem Staatszwecke entsprechend und heilsam ist. Ebendaf. §. 114.

Sinne kann ohne Anerkennung von Seiten der Staatsgewalt nicht bestehen²⁾. — Die neueren Gesetzgebungen haben als den durch die Gemeinden zu erreichenden Zweck vorzüglich indeß nur die Verwaltung und Aufbringung derjenigen Vermögenskräfte (s. unten: XV. Gemeindehaushalt) angesehen, welche zur Erreichung solcher Staatszwecke erforderlich sind, die nach Verschiedenheit der Localität bald größeren, bald geringeren Aufwand erfordern, bald auf diese, bald auf jene Weise zweckmäßiger und vortheilhafter erreicht werden können, z. B. Erhaltung der Gemeindegebäude, Armenversorgung; sie haben dabei denn auch den Gemeinden in Ansehung solcher Verhältnisse, welche auf Vergrößerung oder Verringerung jenes Aufwandes Einfluß haben können, z. B. bei der Aufnahme neuer Mitglieder, eine Concurrnz gestattet. Sie haben aber die allgemeine administrirende Thätigkeit der einer solchen Gemeinde angehörigen Subjecte regelmäßig auf Wahlen³⁾ von Vertretern und Vorständen beschränkt, welche die unmittelbare Administration besorgen, auch diese Vorstände mehr oder weniger mit obrigkeitlichen (richterlichen und polizeilichen) Functionen bekleidet; insofern also den durch die Gemeinde zu erreichenden Staatszweck über jene Sphäre der Vermögensinteressen hinaus erweitert, aber dahingegen auch diese Vorstände, insbesondere in Ansehung dieser Functionen, oft in das Verhältniß von Dienern des Staates oder des Regenten gebracht (s. unten: V. Gemeindevorstand). — Je nachdem die Staatsregierungen die Gemeinden bei ihrer hergebrachten Thätigkeit belassen oder mit der ihnen zugestandenen Thätigkeit keine eigene zur Vollendung ihrer Wirksamkeit erforderliche Concurrnz verbunden, sondern sich mit einer Oberaufsicht über dieselben begnügt, oder umgekehrt dahin gestrebt haben, entweder die Thätigkeit der Gemeinden in sich zu vereinigen (zu centralisiren), oder durch eine geeignete Organisation die Selbstthätigkeit der Gemeinden zu befördern, hat man ihr Princip als das System der Obervormundschaft, der Suppression oder der Emancipation der Gemeinden bezeichnet⁴⁾.

Nach der doctrinellen und historischen Lage des Gegenstandes erfordert die Rechtfertigung des an die Spitze gestellten Begriffes indeß eine Abgrenzung der Gemeinde sowohl der sogen. moralischen privatrechtlichen Persönlichkeit, als dem Staate und dem bloßen Regierungsbezirke, der Familie, den Gesellschaften, Verbrüderungen und Innungen gegenüber.

2) Nur durch die Gesetzgebung können Gemeinden aufgelöst und gebildet werden. Großherz. hess. Gemeindeordn. (v. 30. Juni 1821), Art. 3. Bad. G.-D. §. 4. Genehmigung der Regierungsbehörde fordert die königl. sächs. Landgemeindeordn. v. 7. Nov. 1838, §. 14.

3) Großh. hess. G.-D. Einl.: Um die Angelegenheiten der Gemeinden auf die Grundlage eigener selbstständiger Verwaltung ihres Vermögens durch von der Gemeinde Gewählte, unter der Oberaufsicht des Staates, zu ordnen u. s. w.

4) Vgl. Maurenbrecher, Lehrb. des teutsh. Privatrechtes (2. Bearb.), §. 165, 165a. Der Vorbehalt der Oberaufsicht der Staatsregierung findet sich zuweilen ausdrücklich ausgesprochen. Vgl. oben Note 3. — Königl. sächs. Gef. v. 2. Febr. 1832, die Publ. u. s. w. d. allgem. Städteordnung betr. Einl.

— Man betrachtet die Gemeinde als eine Art der Gemeinheiten, und versteht unter einer Gemeinheit die rechtliche Vereinigung mehrerer Subjecte zu einem einzigen in Beziehung auf einen gemeinsamen Zweck⁵⁾. Dies kann man sich in zweifacher Art denken. Entweder 1) so: daß die mehreren Subjecte selbst als ein einziges gelten⁶⁾, in der Art, daß alle für einen stehen und einer (insoweit er nämlich als Genosse erscheint) für alle; oder 2) so: daß die mehreren Subjecte die Organe eines von ihnen verschiedenen bloß intellectuellen Subjectes und bloß dessen Substrat sind⁷⁾. — Der Unterschied zwischen beiden Auffassungsweisen besteht darin, daß die mehreren vereinigten Subjecte auch in der Vereinigung bei der ersteren Subjecte bleiben, bei der letzteren aber aufhören es zu sein⁸⁾. Daraus folgt denn weiter: daß bei der ersteren die Glieder des Vereines auch als solche, und zwar jeder für sich, Rechte haben, daß aber bei der letzteren ihnen als solchen gar keine Rechte zustehen können⁹⁾; und wenn man den Gemeindegliedern als solchen Rechte beilegt¹⁰⁾, so muß man bei der Gemeinde nothwendig von dem ersteren Gesichtspunkte ausgehen. Es folgt dies auch daraus, daß die Gemeinde eine Abtheilung des Volkes, und ein Gemeindeglied als solches auch Glied eines Volkes ist. Denn die Glieder eines Volkes sind doch gewiß Subjecte, und müssen es sein, wenn es innerhalb einer Rechtsordnung überhaupt solche geben soll. — Hiernach kann man eine Vereinigung in der ersten Bedeutung schon als Gemeinde, von der im zweiten Sinne, als der eigentlichen Gemeinheit, unterscheiden. — Es können aber die Glieder einer Gemeinheit ebenfalls Glieder einer Gemeinde, und diese kann das Substrat jener sein; so daß die Glieder dieses Substrats ein Recht auf das Bestehen der Gemeinheit haben. Auch ist

5) Auch *Maurenbrecher* a. a. D. §. 164, vgl. mit §. 158, 159, betrachtet die Gemeinden als moralische oder juristische Personen, womit ihm Corporationen gleichbedeutend sind, obgleich er sie nur als Eintheilungen zum Zwecke der Staatsregierung, nach ihm öffentliche Corporationen, ansieht. — Ebenfalls nimmt *Wittermaier*, Grundf. des gem. teutsch. Privatrechtes (§. 111) §. 122, die moralische Persönlichkeit in den Begriff der Gemeinde auf. — Allein daraus, daß Gemeinden oft eine solche beigelegt ist, z. B. der römischen *respublica* (L. 1. §. 1. D. quod. cuiusc. univ. nom. [§. 4.]), und so auch in manchen teutschen Gesetzen (z. B. bayer. Gemeindeordn. v. 17. Mai 1818, §. 20; meining. Grundgef. v. 23. Aug. 1829, Art. 20, vgl. mit Art. 22), folgt nicht, daß dies zum Wesen einer Gemeinde gehöre.

6) In dieser Art, daß mehrere *coniunctim* Eine Person sind, denkt sich *Nettelbladt*, *system. elem. iurispud. pos. Germ. etc.* §. 17., eine moralische Person, und mit ihm bis jetzt noch die Mehrzahl der Schriftsteller.

7) So die *universitas* der Römer (vgl. meine *Identität und Connerität* d. Rechtsverh. §. 6, Note 5a, S. 134), die man gewöhnlich als moralische Person bezeichnet; und so wird auch im wesentlichen oben, in dem Artikel *Corporation*, die juristische Person behandelt.

8) Am entschiedensten tritt der Unterschied bei der Theilung der Gemeingüter (s. unten) hervor.

9) Diese spricht man ihnen indes auch dann gewöhnlich ab, wenn man von dem ersten Gesichtspunkte ausgeht. Allein wer vermag dies zu einigen?

10) *Eichhorn*, *Einleit. in das teutsche Privatrecht* §. 372. *Maurenbrecher* §. 167, vgl. mit §. 162 nach Note 1.

es den römischen Rechtsquellen keineswegs fremd, den Inbegriff der Gemeindeglieder von der Gemeinheit, der universitas, dem intellectuellen Moment, welches personam sustinet, zu unterscheiden¹¹⁾. — Zwar legen sie der Vereinigung mehrerer Personen zu einem gewissen gemeinsamen Zwecke, in Ansehung der durch die Ausführung dieses Zweckes hervorgerufenen rechtlichen Wirkungen zu Dritten, die Folge bei, daß sie als eine Personeneinheit behandelt werden, ohne dadurch die moralische Persönlichkeit der universitas entstehen zu lassen¹²⁾. — Allein eine solche Vereinigung an sich, ohne daß ihr die Vereinigung in der Thatsache der Ausführung des Zweckes hinzugetreten ist, begründet noch keine privatrechtliche Personeneinheit, sondern jedenfalls nicht mehr als das Verhältniß der Gegenseitigkeit zwischen den vereinigten Personen, vermöge dessen die eine der anderen verpflichtet ist, für jenen Zweck zu streben¹³⁾. — Damit ist aber die Anerkennung einer so vereinigten Mehrheit, auch abgesehen von jener Vereinigung in der Ausführung, als eines einzigen Organe des Staatsorganismus, nicht ausgeschlossen, sobald nur ihr Zweck auch ein Staatszweck ist. — Der Staat selbst, sobald man nur sein Wesen nicht in einer bloßen Unterwürfigkeit einer Mehrzahl unter einem Oberherrn findet, bildet eine solche Einheit, und insofern eine Gemeinde. — Allein er unterscheidet sich von einer eigentlichen Gemeinde wesentlich eben dadurch, daß er der Staat selbst, also nicht ein Organ eines solchen ist, und nicht innerhalb einer Rechtsordnung besteht, sein Dasein also nicht von rechtlicher, sondern nur von factischer Anerkennung abhängt. — Denn die völkerrechtliche Anerkennung der Staaten unter einander kann einer, innerhalb einer gemeinsamen Rechtsordnung bestehenden gegenüber, immer nur als Factum gedacht werden. — Selbst nicht im Staatenbunde, sondern nur im Bundesstaate, wo auch die einzelnen Angehörigen der staatlichen Vereine als Einzelne unmittelbar der gemeinsamen Bundesgewalt unterworfen sind, werden diese Vereine ihrem Wesen nach Gemeinden¹⁴⁾.

11) So die *municipes*, qui in unum consentire non possunt (L. 1. §. 22. L. 2. D. de A. v. A. P. [41. 2.], vgl. L. 15. §. 1. D. de dolo [4. 3.]), von dem *municipium* quod personae vice fungitur (L. 22. D. de fideiussor. [46. 1.]) und welches allerdings durch die Thätigkeit seiner Organe einen Beschluß fassen kann u. s. w. (vgl. meine Identität u. s. w. a. a. D. Note 5a und 6.)

12) So in Beziehung auf Verpflichtungen: L. 15. §. 2. D. quod vi aut clam. (43. 24.): Si in sepulchro alieno terra congesta fuerit si communi consilio plurium id factum sit. Licere, vel cum uno, vel cum singulis experiri. opus enim quod a pluribus pro indiviso factum est, singulos in solidum obligare. (Vgl. Ribbentrop, zur Lehre von der Correalobligation S. 98—105.) In Beziehung auf erworbene Berechtigungen: L. 9. pr. D. de pactis. (2. 14.): Si plures sunt qui eandem actionem habent, unius loco habentur. Ut puta plures sunt rei stipulandi, vel plures argentarii, quorum nomina simul facta sunt. Ueber beide Stellen meine Identität u. s. w. §. 6, Note 46a, S. 165, Note 27, 28, S. 150, 151.

13) So bei der Societät.

14) Ueber den Unterschied zwischen Staatenbündniß, Staatenbund und Bundesstaat: P. A. Pfizer, Entwicklung des öffentl. Rechtes in Deutschland. Stuttgart 1835.

Sie sind, wie diese, Völker im Volke, oder Staaten im Staate; worin überall kein Mißverhältniß liegt, so lange der Einzelstaat nur in der That in dem Gesamtstaate ist, d. h. in Uebereinstimmung mit diesem durch jenen Staatszwecke verfolgt werden. — Die römischen Municipien, denen eine universitas beigelegt wird, waren in ihrer früheren Bedeutung nur verbündete Staaten von Rom, standen in einem Staatenbunde mit diesem, wiewohl ihre Angehörigen, wenn sie sich zu Rom befanden, derselben Rechte theilhaft waren, wie römische Bürger, mit Ausnahme der Fähigkeit zur Theilnahme an den Volksversammlungen und der Erlangung von Staatsämtern; in der späteren Zeit sind sie zu einem einzigen Staate verbundene staatliche Vereine, das Verhältniß zwischen ihnen und Rom ist von dem des Bundesstaates nur durch die Unterwürfigkeit, in der sie zu Rom als dem Haupte stehen, verschieden, die sie denn auch in die Classe der Gemeinden im strengsten Sinne setzt¹⁵⁾. — Nicht aber die universitas war das wesentliche Merkmal, wodurch sie, die reipublicae oder civitates, sich von anderen Unterabtheilungen des Staates, den bloßen Verwaltungsbezirken oder provinciae unterschieden, sondern vielmehr die eigene Administration von Angelegenheiten, welche Staatszwecke betreffen (s. unten), und ein rechtlicher Verband ihrer Glieder, welche in derselben eine besondere patria und einen besonderen status civitatis für diese begründete, während man einer Provinz nur durch das willkürlich auflösbare Factum des Wohnsitzes angehörte¹⁶⁾. — Allerdings handeln nun zwar auch die Angehörigen eines bloßen Verwaltungsbezirkes in demselben für den Staatszweck, es sei nun durch ein negatives, den Gesetzen gemäßes Verhalten, wodurch sie sich in den Staatsorganismus hineinfügen, oder durch ein Contribuiren; aber sie üben nicht, wie Gemeindeglieder, eine administrende Thätigkeit aus. Die Angehörigen eines bloßen Verwaltungsbezirkes haben als solche kein Recht darauf, daß dieser bestehe, weil er nur die Ordnung bestimmt, wie die Staatsregierung ihre Geschäfte eintheilt. Die Gemeindeglieder haben aber als solche ein Recht auf das Bestehen der Gemeinde, weil sie ihr Verhältniß zur Staatsregierung bestimmt und Theil der Staatsverfassung ist. — Eine solche administrende Thätigkeit ist auch dann noch nicht gegeben, wenn, wie es sich in älteren teutschen Verfassungen findet, die Angehörigen einer Unterabtheilung des Volkes in dem Verhältnisse zu einander stehen, daß für die von einem unter ihnen begangenen Verbrechen die übrigen haften, wie dieß bei der angelsächsischen und normannischen Friedebürgschaft¹⁷⁾ (Freoborg, Frithborg, Friborg; norm. Francpledge), oder der Zehenmännerzahl (tien mana tala) der Fall war¹⁸⁾,

15) Vgl. Burchardi, Staats- und Rechtsgeschichte der Römer S. 61—63.

16) Vgl. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 5—9. L. 190. D. de V. S. u. a.

17) Die Annahme einer Gesamtbürgerschaft als Grundlage aller altgermanischen Verfassungsverhältnisse ist so wenig haltbar, daß man auf sie nicht bauen kann.

18) Vgl. darüber: Eichhorn, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bd. 1, S. 178 fg. Savigny, Gesch. des röm. Rechtes im M. u. A. Bd. 1, S. 188,

insofern damit nicht eine polizeiliche oder richterliche Gewalt verbunden ist¹⁹⁾; und eben dasselbe gilt von der Haftung einer solchen Abtheilung für die in ihrem Gebiete begangenen Verbrechen, wie sie sich z. B. bei der fränkischen Cent zeigt²⁰⁾. — Mit größerem Rechte könnte man den altteutschen Gerichtsbezirk als eine Gemeinde betrachten; insofern seine Angehörigen durch das Erscheinen und Urtheilssprechen im Gerichte für die Rechtspflege thätig waren²¹⁾. — Allein von dem Standpunkte jener Zeiten aus scheint diese Thätigkeit mehr in das Gebiet der allgemeinen Contribution zu gehören, und die Anwendung des Gerichtszwanges oder Bannes, das Halten des Gerichtes und die Vollstreckung seiner Verfügungen, von Seiten des Richters, allein als ein Administriren betrachtet werden zu müssen; so daß man zu einer, um es kurz zu bezeichnen, Gerichtsgemeinde, auch fordern müßte, daß der Richter von der Gemeinde bestellt, oder mit anderen Worten, daß er ein Gemeindebeamter sei.

Betrachtet man auf der anderen Seite die Familie, so zeigt sich hier allerdings in Ansehung der Familienangelegenheiten eine administrierende Thätigkeit des Hausvaters, die zur Erhaltung der ganzen Familie dient, welche Erhaltung denn auch immerhin ein Staatszweck sein kann. Allein mag auch der Staat für die Erhaltung der Familie, oder ihrer Glieder, Sorge tragen, und wo es nöthig ist, z. B. bei Verschwendern, selbst thätig einschreiten, so ist dieß doch nicht der durchherrschende rechtliche Gesichtspunkt. Nach diesem handelt der Hausvater als solcher zu seinem eigenen, also zum Privatzwicke; er ist kein Familienbeamter, der gegen seine Familienglieder zu dieser Administration rechtlich verpflichtet und für dieselbe verantwortlich wäre. Zwar können davon Modificationen eintreten, z. B. in Ansehung der des der Ehefrau, der Abentittien der Kinder. Allein hier ist insoweit das Familienverhältniß schon gebrochen; der Hausvater steht seiner Ehefrau oder seinen Kindern nicht mehr als solcher gegenüber, sondern sie sind gegeneinander selbstständige Privatrechtssubjecte, wenn gleich sich bei diesen letzteren ein

189, S. 235, 236. Meyer, instit. iud. I. p. 131 sq. Rogge, Gerichtswesen der Germanen §. 12. Phillips, de Anglo. Saxon. re iud. §. 4. und dessen Versuch einer Darst. der Gesch. des angelsächf. Rechtes §. 31. E. A. Feuerbach, de universali fideiuss. p. 55 sq. Unger, Gesch. der altteutsch. Gerichtsverf. S. 36 flg.

19) Freilich heißt es in Leg. Edvardi R. (confess.) c. 20. über den Frisborg: Ita quod si unus ex decem forisfecerit, novem ad rectum eum habere. — Allein dieß geschah doch immer nur im eigenen Interesse, um sich von der Haftung zu befreien, man verstehe dieß nun so, daß sie ihn von Verbrechen abhalten, oder so, daß sie ihn vor Gericht stellen sollen.

20) Vgl. Möser, Dsnabr. Gesch. Bd. 1, Abschn. 5, §. 29, Note c. Eichhorn a. a. D. S. 113. Feuerbach l. c. p. 117. — Aehnlich ist die Verpflichtung der Bauern eines Kirchspieles, welche Sklaven besitzen, die Brüche zu erlegen, wenn ein Sklave eine Kirche anzündet oder auf dem Kirchhofe Blut vergießt, nach altem norweg. Kirchenrecht. Vgl. Estrup in Falk's n. Staatsb.-Mag. Bd. 5, S. 249; und Aehnliches fand auch in Rußland statt. Vgl. Mittermaier, Grundf. des gem. teutsch. Privatr. §. 110, Note 4 der 3. Ausg.

21) Vgl. Maurer, Gesch. des altgerm. Gerichtsverfahrens §. 7—9.

Ruhen der Ausübung ihrer Rechte während der Dauer des Familienverhältnisses zeigt. — Abgesehen davon geht die ganze privatrechtliche Persönlichkeit der übrigen Familienglieder in der des Hausvaters auf. — So bei der römischen potestas und manus^{21a)} und ebenfalls bei dem teutschen Mundium des Familienhauptes²²⁾. — Es findet sich aber der Unterschied zwischen jenen römischen Instituten und diesen teutschen, daß dort die Vereinigung auch im Innern stattfindet, so daß selbst im Begriffe keine Rechte der übrigen Familienglieder von denen des Hausvaters unterschieden werden können, hier aber die Vereinigung nur in Ansehung der rechtlichen Schutzmittel gegen Dritte besteht, indem der Hausvater die Persönlichkeit der Familienglieder durch die ihm zustehende Vogtei, deren Güter durch die in seiner Hand liegende Gewere vertritt²³⁾; wiewohl die Gewere dahin führt, daß, so lange das Verhältniß des Mundium dauert, in rechtlicher Beziehung das Gut von dem des Familienhauptes nicht unterschieden wird, z. B. Mann und Frau kein gezwieetes Gut haben. — Die besondere Natur dieser Institute führte es aber mit sich, daß die römische potestas auch das Verhältniß zwischen Herren und und Sklaven sein, das teutsche Mundium auch ein bloßes Unterthänigkeits- oder Hörigkeitsverhältniß zwischen einem Herrn und nicht zur Familie gehörigen Rechtssubjecten bilden, und so sich dem Gemeindeverhältnisse nähern konnte. — Allein auch hier zeigen sich Modificationen, welche das Verhältniß sowohl von der Familie, als von der Gemeinde unterscheiden. Es löst sich dasselbe auch hier in zwei Bestandtheile, in Gewere und Vogtei auf. — Eine Gewere hat nur der Grundherr vermöge des rechten Eigenthums am Grund und Boden, an dem er seinen ihm Unterthänigen, den Hinterlassen, Rechte eingeräumt hat; und seine Befugniß vermöge derselben sie im Besitze dieser Rechte durch gerichtliche Vertretung gegen Dritte zu schützen, und Gerichtsbarkeit in Streitigkeiten über solche, auf eine von ihm herrührende Verleihung gestützten, Rechte zu üben²⁴⁾, ist in ersterer Beziehung rein privatrechtlicher Natur (im Verhältniß zu Dritten ist ihr Gut nicht gezwieet) und in der letzteren Ausfluß eines Privatrechts. — Die Vogtei steht hier dahingegen vermöge einer Verleihung der Staatsgewalt zu, vermöge welcher die Bewohner eines regelmäßig im Eigenthume eines Grundherrn stehenden Bezirkes der Gewalt der gewöhnlichen Staatsbeamten entzogen und einem besonderen Herrn unterworfen sind, der dann eine Amtsgewalt aus einem privatrechtlichen Grunde erworben hat²⁵⁾. Der dadurch gebil-

21a) Die juristische Persönlichkeit, das *ius personae* des Unterworfenen, liegt hier in der Hand des Hausvaters. Vgl. Jimmern, Gesch. des röm. Privatrechts Bd. 1, §. 179, 126, vgl. mit §. 122 und mit meiner Identität u. s. w. §. 2, Note 45a—46, S. 28 flg., §. 3, S. 46 flg. Dasselbe Merkmal findet sich bei der *dominica potestas*. Vgl. ebendas.

22) Vgl. Mittermaier a. a. D. (S. 333, 314, 365, Note 7, 8) §. 381, 361, §. 415, Note 12—15. Sächs. Landr. B. 1, 23.

23) Vgl. Albrecht, die Gewere u. s. w. §. 2.

24) Vgl. Schwab. Lehr. (bei Esßberg) Cap. 125a.

25) Die Vogtei allein und für sich ist dem Vogt immer nur für die Zwecke des Bevogteten gegeben, nicht für seine eigenen. Allein der Grund, weshalb

dete besondere Verwaltungsbezirk, die Immunität, hat demnach keineswegs den Charakter einer Gemeinde²⁶), sondern bildet ein bloßes Territorium, und die Gewalt des Immunitätsherrn steht in Parallele mit dem dominium terrae, der später sogen. Landeshoheit, wenn sich auch innerhalb desselben, dem Herrn gegenüber, wiederum Gemeinden bilden können. Auch im Verhältniß zum Reiche werden die Landesherren mit ihren Unterthanen keineswegs den reichsunmittelbaren Gemeinden, die ihre Obrigkeiten durch Gemeindegewahl erhalten, als Bestandtheile von rechtlich gleicher Natur behandelt²⁷).

Indem man die Gemeinden als eine Art der Corporationen aufgestellt, hat man zugleich zwischen öffentlichen und Privatcorporationen unterschieden und den Unterschied darin gesetzt, daß jene zu Staatszwecken vom Staate selbst, diese zu Privatzielen von Privatpersonen gegründet sind²⁸). — Nach dieser Eintheilung würde die erste Classe der Corporationen noch nicht durch die Gemeinden in der angegebenen Bedeutung erschöpft sein, sondern es müßten dahin auch noch die Beamtencollegien gezählt werden. — In Ansehung der letzteren fragt es sich hier um ihr Verhältniß zu den Gemeinden. — Wenn nun das Wesen der Gemeinde nicht darin gefunden werden kann, daß ihr eine universitas, womit des Sprachgebrauches wegen hier die Benennung: moralische Person und Corporation, gleichbedeutend genommen wird, beiwohnt, so kann eine Vereinigung zu Privatzielen des zufälligen Umstandes wegen, daß sie sowohl als eine Gemeinde mit einer solchen moralischen Persönlichkeit bekleidet sein kann, wie sich dieß auch im römischen Rechte schon bei Societäten findet²⁹), nicht mit der Gemeinde in eine und dieselbe Kategorie gestellt werden. — Bei gewissen Vereinigungen kann man aber zweifeln, ob nach den doctrinellen Darstellungen dieselben deshalb zu den Corporationen gestellt werden, weil ihnen eine universitas beigelegt wird, oder deshalb, weil man in ihnen das Wesen einer Gemeinde gefunden hat, und dieß tritt gerade bei solchen ein, bei denen man ebenfalls darüber zweifeln kann, inwiefern ihr Zweck ein Staatszweck oder ein Privatziel sei³⁰). — Eine absolute Grenze läßt sich nun dafür nicht ziehen. Denn jede Einrichtung, an welcher mehrere, ohne reelle oder ideelle Urtheile, die einem Einzelnen ausschließlich für seine von seiner Willkür abhängigen Zwecke unter-

ihm die Vogtei zusteht, kann ein privatrechtliches Verhältniß sein; und ebenso verhält es sich mit der Gerichtsbarkeit und überhaupt mit den Regierungsbefugnissen, welche Ausfluß eines dominium terrae oder der Landeshoheit sind.

26) E. indeß Mittermaier a. a. D. (§. 110) §. 120, Note 32. Maurenbrecher a. a. D. §. 158.

27) Vgl. kais. Wahlcap. VIII. 13; über die Verschiedenheit der Folgen des Mißbrauches des Zollrechtes.

28) Maurenbrecher a. a. D. §. 159.

29) J. B. die societates publicorum, aurifodinarum, argentifodinarum, salinarum. L. 1. pr. quod cuiusc. univ. nom. (3. 4.) Vgl. L. 22. D. de fideiusso. (46. 1.)

30) Vgl. die bei Maurenbrecher a. a. D. §. 159 angeführten Beispiele.

worfen wären, Theil nehmen, kann Staatszweck sein; es kann aber auch der Staat es seinen Gliedern überlassen, inwiefern sie solche Einrichtungen treffen wollen oder nicht. Durch ein solches bloßes Unterlassen, selbst durch ein Genehmigen, von Seiten der Regierungsgewalt, werden aber die Vereine zu solchen Einrichtungen noch keine Bestandtheile des Regierungsorganismus, also auch keine Gemeinden; sondern erst dann, wenn die Verfassung des Staates eine Nothwendigkeit ihres Bestehens konstituiert, oder doch ihr Zweck, nach der Ausbildung, welche der Staat gewonnen hat, ein Staatszweck ist, wenn auch die Staatsregierung, insofern er durch jene Vereine schon erreicht wird, es unterläßt, für denselben thätig zu sein. — Demnach kann es zwar keinen Zweifel leiden, daß man erheiternde Museen und Casinos u. dgl. nicht deshalb zu den Corporationen gezählt hat³¹⁾, weil sie den Charakter einer Gemeinde an sich tragen; allein zweifelhafter kann es in Ansehung der nachfolgenden Vereine, die man unter den Privatcorporationen aufzählt, erscheinen. — Zuerst sind hier die Gilden zu nennen, welche ursprünglich den eben genannten heutigen, die Geselligkeit bezweckenden Einrichtungen ganz gleich stehen; und so wie man mit diesen heutzutage auch den Zweck der Unterhaltung und Belehrung durch Kunstgenüsse und Literatur verbindet, so verband man mit ihnen den der religiösen Erbauung³²⁾. — Sie dehnten aber auch ihren Zweck auf den Schutz ihrer Glieder³³⁾ und auf die Beförderung ihrer gewerblichen Angelegenheiten aus, und so entstanden die Handwerks- und Kaufmannsgilden³⁴⁾. — Bei ihnen läßt sich ein Uebergang von bloßen Gesellschaften oder Verbrüderungen zu Gemeinden mit dem Zeitpunkte annehmen, wo der Staat dieselben Zwecke zu den seinigen zählt. — Der Schutz, den sie ihren Gliedern gewährten, bestand besonders in der Unterstützung bei der Selbsthilfe wegen Verletzungen und der Vertheidigung bei Gericht³⁵⁾; diese Zwecke konnte der Staat sich nicht aneignen, wohl aber durch genügende oder veränderte Rechtspflege überflüssig und hinfällig machen. Denn eine Ahndung, welche vom Staate ausgeht, kann nicht Selbsthilfe sein, und die Vertheidigung Einer Partei vor Gericht kann immer nur ein Privat Zweck dieser Partei, und eben daher kein Staatszweck sein. — Anders verhält es sich mit der Beförderung ihrer gewerblichen Angelegenheiten, auf welche der Staat später seine Fürsorge und Thätigkeit erstreckte. Das Mittel dazu war zunächst die Ertheilung von Privilegien zur ausschließlichen Be-

31) Vgl. Maurenbrecher a. a. D.

32) Vgl. Wilba, das Gildenwesen im Mittelalter S. 26 fg., vgl. mit S. 6 fg., S. 13 fg., S. 17 fg., S. 122, 123 und insbesondere S. 344 fg.

33) Wilba a. a. D. S. 62 fg., S. 166 fg.

34) Wilba a. a. D. S. 228 fg., S. 288 fg.

35) Sie rächten die Verletzungen ihrer Genossen, wenn nicht die compositio geleistet wurde und unterstützten sie durch Beiträge, wenn sie compositio zu geben hatten oder beförderten ihre Flucht (Wilba a. a. D. S. 42—44, S. 70, 71, S. 127 fg.), standen ihnen vor Gericht als Eideshelfer zur Seite (Wilba a. a. D. S. 57, S. 80—82, S. 126, S. 133—135) und leisteten ihnen bei sonstigen Unfällen Hilfe und Beistand (Wilba a. a. D. S. 123).

fugniß der Gilbeglieder zur Betreibung gewisser Handwerke oder des Handels, die dann diesen letzteren einen Status ertheilte, der auch im Verhältniß zu Ungenossen besondere Befugnisse mit sich führte³⁶⁾. Dies ist das charakteristische Merkmal der Innungen und Zünfte, durch welches sie sich von den Gemeinden im engeren Sinne, die ihren Gliedern nur im Kreise der Gemeinde besondere Befugnisse verleihen, unterscheiden. Uebrigens aber ist ihre Stellung auch so, daß sie nicht sowohl als gebotene, sondern vielmehr als aus dem Volke hervorgegangene und vom Staate, als seinen Zwecken entsprechend, geduldete, anerkannte oder selbst beförderte Institute erscheinen; deren Bestehen die Staatsregierung nicht erzwingt, an deren Stelle sie aber, wenn sie untergehen würden, selbst treten müßte, um den Zweck zu fördern, den sie verfolgten. Allein sie haben eine eigenthümliche Stellung in der Staatsverfassung dadurch erlangt, daß sie den Kern der Stadtgemeinden bildeten und so ihre gewerblichen Gerechtfame städtische Gerechtfame wurden³⁷⁾. Obgleich diese ihre Stellung in jüngerer Zeit oft dadurch in den Hintergrund getreten ist, daß ein großer Theil der Glieder der Stadtgemeinde ein Gewerbe treibt, welches nie zünftig gewesen oder es doch nicht geblieben ist, wie regelmäßig der Großhandel, die Zünfte auch auf keinen Fall durchgängig und zu allen Zeiten der herrschende Theil der Stadtgemeinden³⁸⁾ gewesen sind, so sind sie doch immer diejenigen Bestandtheile derselben, welche die Gerechtfame ausüben, die die Stadt als solche rechtlich qualificiren. Aber es erwarben nun auch ganze Städte gewerbliche Privilegien, wie zu Messen und Jahrmärkten, Münz-, Stapelrecht u. dgl., so wie die Bannmeile, als das Recht zu verhindern, daß in einem gewissen Umkreise sich Gewerbsleute niederlassen, welche denen der Stadt Eintrag thun; wiewohl, wenn das Gewerbe, zu dessen Gunsten solche Privilegien ertheilt sind, innungsmäßig ist, die Benutzung desselben von Seiten des Einzelnen außer dem Erwerbe des Bürgerrechtes auch Aufnahme in die Innung voraussetzt³⁹⁾. Von anderen gildenartigen Vereinigungen der

36) Als Zweck des Staates kann dabei immer nur der gedacht werden, die Gewerbe auf eine dem allgemeinen Interesse entsprechende Weise zu fördern. Von den Umständen mußte es abhängen, ob dies durch Begünstigung oder durch Beaufsichtigung und Beschränkung der Gewerbetreibenden geschah.

37) Ueber das Verhältniß der Schutzgilden zur städtischen Verfassung: Wilda a. a. D. S. 145 flg.

38) Gewisse Gilden nehmen indeß zuweilen einen solchen Standpunkt ein; so z. B. war der Keltermann der Kanutsgilde zu Flensburg auch der Bürgermeister der Stadt, Wilda a. a. D. S. 159, und in Köln wurden von und aus der Richerzeche, die vielleicht ebenfalls eine Gilde war, die Consuln der Stadt gewählt, Wilda a. a. D. S. 176 flg. Solche höchste Gilden waren auch die Mönznerhausgenossenschaft in Speier, die Dreifaltigkeitsbrüderschaft, Cirkelergesellschaft oder Junkercompagnie in Lübeck, Wilda a. a. D. S. 196 flg., S. 122 flg. Allein diese Gilden blieben wenigstens nicht Gewerbsgilden, und insofern sie diese Eigenschaften hatten, waren sie Kaufmanns- und keine Handwerksgilden. Vgl. ebendas. S. 232, S. 234 flg. — Vgl. auch Mittermaier a. a. D. (§. 124) §. 136.

39) Manche dieser Rechte, welche der Stadt verliehen, wurden indeß nur von den Gliedern der herrschenden Innung ausgeübt, z. B. das Münzrecht.

Älteren und der neueren Zeit läßt es sich indeß überall nicht begründen, daß sie in die Reihe der Gemeinden eingetreten sind; sie blieben vielmehr bloße Gesellschaften oder Verbrüderungen, wie die schon vordem berührten Vereine zu geselligen Zwecken und solche, welche die Unterstützung ihrer Mitglieder durch gemeinschaftliche Beiträge in Unglücksfällen u. s. w. bezwecken, z. B. Feuer-, Witwen-, Sterbecassen und sonstige Versicherungsgesellschaften⁴⁰⁾, welche noch heutzutage zuweilen unter der Benennung von Gilden bestehen. Ihnen kann eine moralische Persönlichkeit beigelegt sein, allein eine besondere teutsche Corporationstheorie⁴¹⁾, insofern sie sich begründen lassen sollte (s. unten nach Note 47), wird auf sie nicht angewendet werden können. — Andere Verbrüderungen, mit dem Zwecke des Schutzes ihrer Glieder durch Selbsthilfe (in der Fehde) und Beistand ihrer Genossen vor Gericht, wie sie unter Verwandtschaften oder mehreren Familien desselben Geschlechtes⁴²⁾, oder unter ihnen nachgebildeten theilweise oder ganz durch willkürliche Aufnahme oder Vereinigungen entstandenen Genossenschaften bestanden, wie die Klüfte und Schlachten in friessischen Gegenden und in Dithmarschen, die Betterschaften auf Femarn⁴³⁾, Erbeinigungen⁴⁴⁾, Banerbschaften und Burgmannschaften⁴⁵⁾, konnten in die Reihe der Gemeinden aus eben denselben Gründen nicht eintreten, welche den Gilden, sofern sie auf solche Zwecke gerichtet waren, dieses Eintreten versagen mußten (s. oben nach Note 35). — Sie würden, insofern sie ein factisches Fortbestehen bewahrt hätten, in Beziehung auf den Beistand durch Eideshilfe vor Gericht jede Bedeutung verloren haben, in Beziehung auf die Fehde aber in die Reihe

Wgl. Wilda a. a. D. S. 197. — Ueber das Erforderniß der Aufnahme in eine Innung z. B. noch, Königl. sächs. Städteordn. v. 2. Febr. 1832, §. 63.

40) Es versteht sich indeß, daß sie auch neben anderen Vereinen unter den Gliedern derselben bestehen können, namentlich bei innungsmäßigen Vereinen, z. B. bei der Bergknappenschaft. Wgl. Maurenbrecher a. a. D. §. 200, V.

41) Wgl. Maurenbrecher a. a. D. §. 158 mit Note 5. — Eine solche teutsche Corporation könnte nur so gedacht werden, daß eine physische Person aus einer Mehrzahl solcher Personen in Beziehung auf die Rechte aller zu handeln befugt ist.

42) Eideshilfe, Blutrache; auch auf Wehrgeld und Verpflichtung zu demselben beizutragen, unter den Verwandten. — Dieses verwandtschaftliche Verbrüderungsverhältniß suchten die willkürlich zusammengefügten Verbrüderungen offenbar auch unter ihren Gliedern zu begründen. — Die Verwandtschaften oder Geschlechter waren gewissermaßen natürliche Gilden. Wilda a. a. D. S. 58.

43) *Reecorus*, Chronik des Landes Dithmarschen (herausg. von Dahlmann, Kiel 1829) Bd. 1, S. 206. Riemann, Miscellen u. s. w. zur Kunde von Schleswig und Holstein Bd. 2, S. 132. Falc, Staatsb.-Mag. Bd. 4, S. 250 flg. Wilda a. a. D. S. 58—61. Rittermaier a. a. D. §. 120, Note 24, 25.

44) Wgl. Kunde, Grundf. des teusch. Privatr. §. 662. Rittermaier a. a. D. (§. 404) §. 455 a. E.

45) Diese hatten zwar auch Einfluß auf die Vermögensverhältnisse, ja dieser mag häufig der Hauptzweck gewesen sein; allein schon die Vermittelung desselben durch eine gemeinfame Gewere (s. unten bei Note 43) führte zu einem gegenseitigen Schutzverhältniß.

der collegia illicita des römischen⁴⁶⁾ und der verbotenen coniurationes des teutschen Rechtes getreten sein. Denn selbst eine Verbindung zum eigenmächtigen Schutze von Rechten fällt unter diesen Begriff, sobald der Staat denselben seiner Regierung ausschließlich zuweist; und jene coniurationes waren nichts Anderes als jene Gilden, welche die Herrscher zu anderen Zeiten begünstigt hatten, aber untersagten, als sie statt ihrer handeln und dadurch ihre Macht vermehren wollten⁴⁷⁾. — Bei den Ganerbschaften, die man neuerdings zu den Corporationen gestellt hat, findet sich indeß eine Art von gerichtlichem Schutze, der auch noch jetzt wirksam werden kann. Indem nämlich der wesentliche Grundbestandtheil eines solchen Vereines darin besteht, daß in der Hand eines jeden die rechte Gewere für sämtliche unbewegliche Güter, welche jedem der mehreren Genossen für sich zustehen, sich befindet⁴⁸⁾, so wird damit jedem von ihnen die gerichtliche Geltendmachung der Rechte aller Genossen möglich gemacht. Daß nun dieses Verhältniß die Ganerbschaft nicht zu einer Gemeinde constituirt, folgt schon daraus, daß der Zweck desselben kein Staatszweck ist. Indem man sich dabei aber auch eine innere Vereinigung der Rechte selbst gedacht, hat man hier ein besonderes teutsches Gesamteigenthum und ein Zusammenfließen der mehreren Genossen zu einer einzigen Person angenommen⁴⁹⁾ und ist so dahin gelangt, dieselbe, ebenso wie die Ehegatten, welche in der, auf gleichem Bildungsprozeß beruhenden, ehelichen Gütergemeinschaft stehen⁵⁰⁾, als eine mystische Person zu bezeichnen⁵¹⁾. Auf gleiche Weise läßt sich auch das Verhältniß eines Grundherrn, welcher die Gewere für die Besitzungen seiner sämtlichen Hinterlassen in Händen hat, auffassen⁵²⁾, wiewohl dieß heutzutage,

46) Ungesetzlich sind alle collegia und corpora, mit Ausnahme derjenigen, welche sich religionis causa gebildet haben (L. 1. §. 1. D. de collegiis etc. [47. 22.]), die nicht auctoritate Senatus consulti oder Caesaris entstanden sind (L. 3. §. 1. L. 1. pr. L. 2. L. 3. pr. D. eod.) und ihnen wohnt die universitas nicht bei (L. 1. pr. §. 1. D. quod. cuiusc. univ. nom. [3. 4.]).

47) Eichhorn, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bd. 2, S. 172, Note 170. Wilda a. a. D. S. 51, S. 167 flg.

48) Dadurch unterscheidet sich wenigstens die Ganerbschaft von einem bloßen Schutz- und Trugbündnisse, wie es die Erbvereinigung ist. — Indes hat man auch wohl eine Verbrüderung, der jenes Merkmal fehlt, eine Ganerbschaft genannt. Dieß scheint wenigstens von der adeligen Ganerbschaft Alt-Eimpurg, welche zu Frankfurt a. M. bestanden (Wilda a. a. D. S. 209 flg.), angenommen werden zu müssen.

49) Das Verhältniß dürfte zuerst bei Lehngütern in der coinvestitura iuris germanici (vgl. Eichhorn, Einl. §. 209, Note a) entstanden sein, weil sich nur hier ein wirkliches Bedürfniß dafür zeigt; und sonach von ihm die Idee eines Gesamteigenthums hergenommen, und nicht (wie Eichhorn a. a. D. §. 169 es darstellt) erst von anderen Instituten auf dasselbe übertragen sein.

50) Vgl. Runde, das teutsche eheliche Güterrecht §. 3, 33.

51) Haffe, Revision der ehel. Gütergem. S. 93. Eichhorn a. a. D. §. 168.

52) Wegen dieses Verhältnisses erklärt Maurenbrecher a. a. D. §. 158 die Immunität als moralische Person. Allein es liegt ja nicht in der Immunität, sondern in dem Hinterlassenverhältniß.

wo auch dem Hinterlassen gegen jeden selbstständiger rechtlicher Schutz zu Theil geworden ist, keinerlei Bedeutung mehr hat. — Insofern als nun eine solche mystische, auch moralische, Person überall keine römische universitas ist, läßt sich denn freilich von einer besonderen deutschen Corporationstheorie reden⁵³).

So wie das römische Recht in Ansehung privatrechtlicher Verhältnisse durch das Zusammenwirken mehrerer Personen zu einem und demselben Zwecke eine Einheit derselben entstehen läßt (s. oben Note 12), so findet auch dasselbe in Ansehung von Functionen eines öffentlichen Amtes statt. In privatrechtlicher Beziehung hängt aber ein solches Zusammenwirken von bloßer Willkür ab, in Ansehung öffentlicher Amtsfunktionen setzt es aber, wie überhaupt die Vornahme jeder derartigen Handlung, eine Befugniß, welche ausgeübt werden muß, die Befugniß und die Pflicht mehrerer zu einem Wirken für denselben Zweck voraus, und so ist hier, schon ehe es zu einer Ausführung kommt, ein rechtliches Moment der Begründung einer solchen Einheit gegeben. Wenn nun von mehreren, welche in solchem Verhältnisse stehen, der Grundsatz ausgesprochen wird, daß sie als ein einziges Subject gelten, weil sie dieselbe Function haben⁵⁴), so ist hier offenbar nur eine Einheit des Subjectes in dem Sinne anzunehmen, wie sie vorhin bei der Ganerbschaft anerkannt worden ist; was einer ausführt, gilt eben so, als ob es der andere gethan (s. oben bei Note 6). Anders stellt sich aber das Verhältniß, wenn ein wirkliches Zusammenwirken mehrerer erforderlich ist, damit eine Amtshandlung überall geschehen könne, wie sich dieß bei den heutigen Beamtencollegien zeigt⁵⁵). Diese stehen in dieser Beziehung in eben demselben Verhältnisse, wie die Glieder einer Gemeinde, diese ohne römische universitas gedacht, und können nur deshalb nicht zu den eigentlichen Gemeinden gezählt werden, weil es eben eine Thätigkeit der Staatsregierung, und nicht die des Volkes ist, welche sie entwickeln. Eine solche Vereinigung findet aber da nicht statt, wo die Thätigkeit eines jeden schon ein selbstständiges Resultat hat, wenn auch dieses Resultat, mit anderen vereint, wiederum ein weiteres Resultat erzeugen soll. Das Glied eines Collegiums handelt beim Anhören einer Verhandlung, beim Abgeben seines Votum, als einzelnes amtliches Subject, und eben sowohl der vom Staate angestellte academische Lehrer bei seinen Vorträgen, weshalb denn auch Universitäten keine Gemeinden, sondern nur insofern Corporationen sein können, als ihnen eine moralische Persönlichkeit beigelegt ist. Insofern den Standesgenossenschaften die Befugniß zusteht,

53) Vgl. oben Note 41.

54) L. 25. D. ad municipalem. (50. 1.) Vgl. L. 76. D. de iudiciis. (5. 1.)

55) Auch sie werden durchgängig als römische universitates behandelt. Vgl. z. B. Linde, Lehrb. des deutsch. gem. Civilproz. §. 76. — Allein welche Verschiedenheit besteht doch zwischen einem intellectuellen Subject von vermögensrechtlichen Verhältnissen, und einer Versammlung, deren Thätigkeit z. B. die Entscheidung eines Processes hervorruft.

selbst oder durch von ihnen gewählte Beamte über die Mitgliedschaft zu bestimmen, ihnen also die Befugniß einer Standesverleihung zusteht, bilden sie Gemeinden. Denn ist auch der Status eines Subjectes an sich selbst immer nur ein Privatverhältniß, auch wenn er der Grund von öffentlichen Verhältnissen ist, so kann doch die Bildung und Erhaltung eines gewissen Standes überhaupt nur ein Staatszweck sein. In diesem Verhältnisse stehen die Innungen durchgängig, es mag nun jeder Genosse den Stand verleihen können, wie es bei dem ehemaligen Schilbesamte der Ritter der Fall war⁵⁶⁾, oder es mögen gewisse Organe der Genossenschaft dazu bestellt sein, wie bei den Gewerbsinnungen. So waren die ehemaligen reichsritterschaftlichen Corporationen Gemeinden, ebenfalls die Corporationen der Ritterschaften einzelner Territorien, der Clerus bildet in diesem Sinne eine Gemeinde und ebenso die wissenschaftlichen Facultäten, welche academische Grade zu ertheilen befugt sind. So wie indeß Stadtgemeinden aus den Gilden und Innungen hervorgegangen sind, so haben sich aus mehreren Innungen oder Gemeinden der ebengenannten Art, in Verbindung mit den Stadtgemeinden, wiederum ganze Landesgemeinden den einzelnen teutschen Landesherren in den alten Landständen gegenübergestellt⁵⁷⁾. Insofern die Bedeutung dieser Landesgemeinde in der Wirksamkeit der Landstände durch Beschlüssen auf Landtagen bestand, wurde sie regelmäßig nur durch die Prälaten, die Ritterschaft und die Städte gebildet, und der Bauernstand hatte einen thätigen Antheil an derselben (abgesehen von Tyrol), wenn er in Verbindung mit einer Stadtgemeinde stand⁵⁸⁾. Nur insofern läßt sich ein passiver Antheil des Bauernstandes an der Landesgemeinde annehmen, als sie auch seine Interessen berücksichtigte, so daß der Bauernstand, bei dem Mangel innungsmäßigen Standesverhältnisses, sich durchgängig nur in einem Schutzverhältnisse befand. Die einem Schutz- oder Grundhern unterworfenen Bauerschaft bildete aber diesem gegenüber häufig wiederum eine Hofgemeinde⁵⁹⁾, und das Verhältniß ihrer Glieder zum

56) S. Eichhorn a. a. D. §. 53.

57) Für die frühere Bedeutung der Gemeinden überhaupt darf auch dieses Verhältniß nicht außer Augen gelassen werden.

58) Wie dieses in Württemberg stattfand. Vgl. Wächter, Handb. des im Königt. Württemberg geltenden Privatr. Bd. 1, §. 21, vgl. mit §. 13, Note 10, §. 31, 32 a. Anf. vgl. mit §. 59. — Ueber den Bauernstand als vierten Stand in Tyrol: Verfassungsurk. v. 24. März 1816 (bei Pölig, die europ. Verf. Bd. 1, S. 51 ff.), Einl. und Art. 1, 2. — Bisweilen werden die Städte unter dem gemeinsamen Namen: Landschaft, begriffen, so in Mecklenburg, vgl. großherzogl. Bekanntmachung v. 23. Nov. 1817 (bei Pölig a. a. D. S. 1020).

59) Daß die Hofgemeinde keine politische Beziehung hat (Maurenbrecher a. a. D. §. 250) ist zwar insofern richtig, als sie sich nur ihrem Hof- oder Grundhern als Gemeinde gegenüberstellt; allein insofern sie selbst in ihrem Innern für Staatszwecke thätig ist, welche der Staat dem Hofherrn und dieser ihr zu fördern überläßt, kann man ihr doch die Bedeutung einer Gemeinde nicht absprechen, und daß sie „dem Gemeindeverbande gar nicht nahe kommt“ (ebendaf. §. 250), wird sonach keineswegs gerechtfertigt werden können.

Herrn wurde durch Hof- und Dienstrechte constituir⁶⁰⁾. Zuweilen erhielten sich indeß die Bauern eines Territoriums, welche von der Grundherrlichkeit frei waren, auch ohne Verbindung mit der ständischen Gemeinde, als eine besondere Landesgemeinde unter dem Namen einer Landschaft⁶¹⁾. Dieß ist jedoch ein ausnahmstweises Verhältniß. Sie sind aber, auch abgesehen davon, daß sie durch die neueren Ständeverfassungen großentheils untergegangen sind, oder doch ihre ehemalige Bedeutung verloren haben, auch deshalb nicht zu den eigentlichen, nur Unterabtheilungen des Volkes bildenden, Gemeinden zu zählen; weil sie, der Rechtsidee nach, sich (ebenso wie die neueren ständischen Kammern, ungeachtet des sonstigen wesentlichen Unterschiedes) dem Regenten gegenüber als das ganze vollberechtigte Volk darstellen⁶²⁾, wiewohl sie aus Gemeinden zusammengesetzt sind.

Für die neueren Verhältnisse genügt es, hier zwei Arten, die Stadt- und Landgemeinden, welche letzteren regelmäßig Dorfgemeinden sind, zu unterscheiden; indem die übrigen Vereine, welche nach dem Gefagten den Charakter der Gemeinden haben, besondere Categorien bilden. — Ob Fleckengemeinden der ersten oder zweiten Art angehören, hängt davon ab, ob sie städtische Gerechtsame haben oder nicht. — Ihrem Wesen nach sind sie zwar die alten, durch den in den Bedürfnissen der Zeiten hervorgerufenen Einigungstrieb des Volkes geschaffenen Gemeinden, aber neuere Gesetzgebungen haben ihnen in Ansehung ihrer administrativen Thätigkeit bestimmtere oder veränderte Organisationen gegeben⁶³⁾. — Das erste Bedürfniß des Menschen für sein Dasein ist ein Raum auf der Erde, und sobald er durch die Cultur des Bodens seine Nahrung gewinnt oder die natürlichen Erzeugnisse verarbeitet, wird er genöthigt, sich dessen Befriedigung für eine gewisse Dauer an einem bestimmten Raume zu sichern. Vereinigungen der Menschen zur Befriedigung ihrer nächsten Bedürfnisse müssen daher, sobald sie zu jenen Beschäftigungen geschritten sind, die Behauptung eines Gebietes und die Sicherung desselben und des Aufenthaltes ihrer Personen und Güter in demselben zum Gemeinzwecke haben, und die Gemeinden, welche sich unter Ansiedlern bil-

60) Dabei trat denn die Hofgemeinde in dasselbe Verhältniß zum Hofherrn, wie die Landesgemeinde zum Landesherrn; ihre Glieder aber deshalb noch keineswegs aus jeder Beziehung zur Landesherrlichkeit. Vgl. sächs. Landr. B. III, 79.

61) So ist das Verhältniß der Landschaften in Holstein und Schleswig, namentlich der Landschaften Nord- und Süderdithmarschen, obgleich sie nie an den Landtagsverhandlungen Theil genommen haben. Vgl. Falck, Handb. d. schlesw.-holst. Privatr. Bb. 1, §. 12; und auch in Beziehung auf das Steuerbewilligungsrecht derselben: Michelsen, über die vorm. Landesvertretung in Schleswig und Holstein (Hamb. 1831), S. 44 fig., so wie über ihre Anerkennung als Corporationen: Rescript v. 15. Mai 1791 (im Corp. Const. Holst. I. p. 626. 627.)

62) Denn ihr Ursprung in den alten Volksversammlungen (Falck a. a. D. Bb. 2, §. 51) ist gewiß überall anzunehmen.

63) Verzeichnet finden sich die neueren Gesetze über dieses Verhältniß bei Maurenbrecher a. a. D. §. 165a, in der Note, und Mittermaier a. a. D. §. 121, Note 8.

beten, mußten zunächst auf diesen Zweck gerichtet sein⁶⁴). Auch die neueren Gesetzgebungen fordern zu jeder Gemeinde ein solches Gebiet, oder eine Gemarkung (s. unten XII. Gemeindegebiet). — Die Benutzung dieses Gebietes kann aber wiederum entweder erfordern, daß jedem Gemeindegliede sein bestimmter Antheil, mit Ausschluß der übrigen, zur Bewirthschaftung oder Bewohnung zugewiesen sei, oder sie kann eine gemeinsame Benutzung zulassen. — Diese gemeinsame Benutzung kann nun auch in einer Gewinnung von Erzeugnissen des Bodens bestehen, wenn sie solche sind, die keine eigentliche Bodencultur oder Ackerbau voraussetzen; ja es empfiehlt sich hier eine gemeinsame Benutzung schon deshalb, weil dadurch eine bessere Abhilfe des Bedarfes bewerkstelligt wird, als durch eine Vertheilung des Bodens selbst, indem nicht alle Theile des Bodens diese Erzeugnisse gleichmäßig hervorbringen, und die Cultur hier nicht nachhelfen kann, wie z. B. Mergel, Torf und dergleichen. Eine solche Benutzung kann sich nun zwar auch bei Stadtgemeinden, besonders wenn ihre Glieder auch Ackerbau treiben, finden; allein sie ist insbesondere den Dorfgemeinden wichtig und eigenthümlich⁶⁵). Eigene, bloß durch eine solche gemeinsame Benutzung eines Gebietes gebildete, Landgemeinden finden sich in den Markgenossenschaften⁶⁶), auch Haingeraiden (Heimgeraiden), Buschen, Walberschaften, die indeß mehrere Dörfer zu umfassen pflegen⁶⁷). Und ebenso, wie das Moment der Gewerbsinnung die teutsche Stadtgemeinde, so charakterisirt die Landgemeinde das markgenossenschaftliche Moment⁶⁸). — In neuerer Zeit indeß, wo die Vermehrung der Bevölkerung ein Streben nach Erhöhung der Production des Bodens hervorgerufen und dieses häufig die Auftheilung der gemeinen Marken (Gemeinheiten, Gemeinheitsländereien, Allmenden) herbeigeführt (s. unten XXI. Gemeintheitsheilung) und die Gestattung größerer Gewerbefreiheit die Ausschließlichkeit der Befugnisse der Innungen beschränkt oder sie gar gänzlich aufgehoben hat (z. B. in Preußen, wiewohl mit Ausnahmen, in Nassau), ist auch oft dieser ursprüngliche Unterschied verschwunden. Indes sind die gemeinsamen Einrichtungen, welche die Bedürfnisse einer Stadtgemeinde erfordern, z. B. Börsen, Theater, Spaziergänge, mehr künstlicher Art, als die einfachen Wege, Brunnen, Viehtristen u. dgl. der Landgemeinden, und der Stadtbewohner nicht so geeignet, diese Einrichtungen durch eigene Arbeit herzustellen und zu erhalten, als der Landbewohner, so daß dadurch schon

64) Die Literatur über die Urgemeindeverfassung bei Marenbrecher a. a. D. S. 164, Note 2.

65) Daß freie Dorfgemeinden zuerst so entstanden, daß das von einem Volke occupirte Gebiet durch dessen Vorsteher nach Verwandtschaften (gentes cognationesque) vertheilt wurde (vgl. Caesar, de bello Gall. VI. c. 22.), läßt sich nicht mit Grund bezweifeln. Auch bei den Griechen findet sich gemeinschaftlicher Familienbesitz von Grund und Boden (Eiogarda). Xesagabuch S. 110.

66) v. Edw, über die Markgenossenschaften S. 32—39, 151—191.

67) Ebendaf. S. 7.

68) Vgl. ebendaf. S. 4, 5, über die wesentliche Gleichheit der Marken und Gemeinheiten.

eine natürliche Verschiedenheit in der Verwaltungsweise der Angelegenheiten solcher Gemeinden herbeigeführt werden muß. Der im Verhältnisse zur Zahl der Bewohner größere Umfang des Gebietes der Landgemeinden führt aber auch bei ihnen hinwiederum zu größeren Lasten, wenn es zur Schützung dieses Gebietes besonderer Einrichtungen bedarf, wohin namentlich die Eindeichungen zum Schutze gegen die Gewalt der Gewässer gehören⁶⁹⁾. Und insbesondere führt auch hier der Umstand, daß diese Einrichtungen durch die eigenen Arbeitskräfte der Gemeindeglieder hergestellt und erhalten werden, zu besonderen Normen über diese Art der Contribution⁷⁰⁾; sie erfordern besondere Beaufsichtigungen, und die Gemeinsamkeit der Gefahr für mehrere Dorfgemeinden führt auch hier oft zur Bildung besonderer Deichgemeinden⁷¹⁾. Seitdem der Staat die Beförderung der Gottesverehrung und die Belebung der Religiosität, so wie den Jugendunterricht zu seinen Zwecken zählt, sind auch die Vereine des Volkes für gemeinsame dazu dienende Einrichtungen wahre Gemeinden, welche zwar am häufigsten mit der gewöhnlichen Eintheilung der Städte und Landgemeinden zusammenfallen⁷²⁾, nicht selten aber auch besondere Kirchen- und Schulgemeinden hervorgeufen haben. — Nicht weniger findet es sich, daß bloße Verwaltungsbezirke in Beziehung auf die Erreichung gewisser Staatszwecke eine Gemeindeeinrichtung haben, so daß wenigstens in Ansehung der Aufbringung der Contributionen zu diesem Zwecke, z. B. Armenversorgung, Criminalkosten, Wegeverbesserungen, das Maß von den Bedürfnissen ihres Bezirkes abhängt und ihnen eine Controle in Ansehung der Verwendung und der Vertheilung zusteht⁷³⁾. — Stadtgemeinden kennt, auch abgesehen von der Entwicklung des ganzen römischen Reiches aus einer solchen Gemeinde, auch die römische Verfassung in den bereits genannten Municipien, wiewohl ohne das Merkmal des Vorrrechtes bürgerlicher Gewerbe und ohne einen Gegensatz von Landgemeinden; vielmehr scheint es, daß das platte Land mit den Stadtgemeinden vereint war⁷⁴⁾. Die eigene Gerichtsbarkeit, welche sie anfänglich vor den Provinzialstädten auszeichnet, wird durch Einsetzung der Defensores als Richterpersonen

69) Als Gemeindezweck schon anerkannt im sächs. Landr. B. II, 56. Vgl. schwab. Landr. S. 215. Vgl. den Art. Deichrecht Bb. 3, S. 279 flg.

70) Die Pfanddeichung, bei welcher jeder Genosse seinen Antheil am Deiche selbst unterhält, im Gegensatz des Communionsfußes, bei dem jeder seinen Selbstbeitrag zu den Kosten leistet. Maurenbrecher a. a. D. §. 329.

71) Vgl. oldenb. Verordn. für die Landgemeinden v. 28. Dec. 1831, Art. 135 flg. Man unterscheidet Deichcommune, als eine aus einzelnen Personen, Deichband, als eine aus mehreren Communen bestehende Deichgemeinde. Vgl. schlesw.-holst. Deichreglement v. 6. April 1803, §. 2 u. 3.

72) Vgl. oldenb. Ed.-G.-D. Art. 118 flg.

73) Vgl. schlesw.-holst. Verordn. v. 7. Sept. 1736 (C. C. H. I. p. 533.), Patent v. 23. Dec. 1808 mit Rescr. v. 15. Mai 1791 (ebendaf. I. S. 627). Zuweilen haben auch Kemter und Kreise eine eigentliche Gemeindeorganisation. Oldenb. Ed.-G.-D. Art. 127 flg.

74) Vgl. L. 30. L. 35. D. ad munic. (50. 1.) L. 239. §. 2. D. de V. S. L. 3. C. de nat. lib. (5. 27.) L. 3. C. de incolis. (10. 29.) Savigny, Gesch. des röm. Rechtes im N. A. Bd. 1, S. 16.

auch diesen zu Theil (vgl. unten X. Gemeindegerichtsbarkeit). In jenen wie in diesen findet sich, wie in teutschen Städten, eine herrschende, oder vielmehr eine administrirende Gemeinde, die curia, das collegium oder corpus decurionum⁷⁵⁾, was Veranlassung gegeben hat, in teutschen Städten, deren Ursprung sich auf eine römische Anlage zurückführen läßt, die herrschende Stadtgemeinde als ein Ueberbleibsel jener römischen Curie zu betrachten, z. B. die sogenannte Rucherzeche in Köln⁷⁶⁾, während man auch wiederum in der eigenen Gerichtsbarkeit ein Merkmal römischer Stadtverfassung erkennen wollen, und solche Städte als urbes romana libertate donatae von den übrigen, die man als urbes francoica libertate donatae bezeichnete, unterschieden hat⁷⁷⁾. Indes fehlt jener römischen Stadtverfassung doch immer das charakteristische Merkmal der teutschen⁷⁸⁾ und von den Landgemeinden, bei denen man in den Grundbesitzern ebenfalls eine herrschende oder engere Gemeinde unterscheiden kann, und bei denen sich selbst in der eigenen Gerichtsbarkeit ursprünglich eine Gleichheit mit den Städten zeigt (s. unten X.), läßt sich auf keine Weise ein römischer Ursprung nachweisen. Auch darin stehen sich die Stadt- und Landgemeinden gleich, daß sie bald auf freiem Gebiete, bald auf dem eines Grundherrn gegründet, und ihre Glieder zu diesem in einem Hörigkeitsverhältnisse stehen konnten, welches durch Hof- und Dienstrechte geregelt war⁷⁹⁾, ein Verhältniß, welches denn auch auf die beiden Arten der Gemeinden ursprünglich zustehende Autonomie von Einfluß sein, und deren Ausübung von der Einwilligung des Herrn abhängig machen mußte⁸⁰⁾. Allein in der Folge erwarben allerdings die Stadtgemeinden größere Rechte und Freiheiten, während die der Landgemeinden beschränkter wurden, so daß man als die jene auszeichnenden Gerechtfame zu nennen pflegt: die Autonomie, die eigene Gerichtsbarkeit, das Polizeirecht, Kammereirecht (s. unten IX. X. XI. XIII.) und beson-

75) Vgl. Savigny a. a. D. S. 50, 51. Walter, Rechtsgesch. S. 229, 319.

76) Eichhorn, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bd. 2, S. 177 flg., S. 193 flg. Gaupp, über Städtegründung S. 210. S. indes dagegen: Wilda a. a. D. S. 176 flg. — Die Literatur bei Mittermaier a. a. D. §. 154 in der Note.

77) Vgl. Kunde, teutsch. P.-R. §. 426, Note 6 und das. Cit.; aber auch Eichhorn a. a. D. S. 206 flg.

78) Ehe indes die gewerblichen Gerechtfame der Städte Deutschlands sich gebildet hatten, waren sie zwar nur durch die besondere Gerichtsbarkeit rechtlich ausgezeichnet, die man denn auch eine Immunität nennen kann (vgl. Eichhorn a. a. D. Bd. 1, S. 225, 236), wenn sie auch nicht immer durch von der Stadt selbst bestellte Gerichtsbeamte geübt wurde.

79) Vgl. Eichhorn a. a. D. Bd. 1, S. 240—246, vgl. mit S. 201 flg., Bd. 2, S. 220 flg.

80) Ebenso, wie das Hofrecht den Rechten der kaiserlichen Beamten oder des Landesherren keinen Eintrag thun durfte (sächs. Landr. B. III, 79), so konnten Gemeindeordnungen der Hinterlassen oder Hörigen auch keine Eingriffe in die Rechte des Herrn begründen. Daher mußten sie darü allerdings beschränkter sein als freie Gemeinden. Vgl. auch Mittermaier a. a. D. (S. 111) §. 120, Note 31, §. 125, Note 3.

bere gewerbliche Gerechtsame⁸¹⁾ (s. oben bei Note 37). Die einzelnen Gemeindeverhältnisse sind nun im Nachfolgenden, mit Berücksichtigung der neueren Organisationen, näher zu charakterisiren. — Die Gemeindeverfassung im engsten Sinne wird sich dabei aus deren Gliedern und verschiedenen amtlichen Organen, so wie den Wahlen derselben (unten I. bis VIII.) ergeben. — Es sind

I. Gemeindeglieder, diejenigen Subjecte, welche einer Gemeinde vermöge des Gemeindeverbandes angehören. Das römische Recht unterscheidet von den bloßen Bewohnern des Gemeindegebietes, den *incolae*, welche nur durch das rein thatsächliche *Domicilium* der Gemeinde angehören⁸²⁾, also zu derselben eigentlich nur insofern gehören, als man sie als einen bloßen Verwaltungsbezirk betrachtet, die eigentlichen Gemeindeglieder, die *cives*. — Ihnen ist das *municipium* die Heimath, die *patria*, und ihre Eigenschaft als Gemeindeglieder von dem Domicil ganz unabhängig. Sie wird entweder durch besondere Aufnahme (*allectio*), oder dadurch begründet, daß ein Subject von Eltern abstammt, welche zur Zeit seiner Geburt *cives* waren, oder von *cives* adoptirt oder manumittirt ist⁸³⁾. — Bei den teutschen Gemeindeverhältnissen ist es dahingegen regelmäßig die Aufnahme in den Gemeindeverband, welche jene Eigenschaft verleiht. Sieht man auf die ältesten Zustände der historischen Vorzeit, wo in Friedenszeiten die Volksgemeinden in dem Verhältnisse von Staaten stehen⁸⁴⁾, so zeigt sich eine Aufnahme schon darin, daß der Vater den wehrhaften Sohn der Gemeinde als Mitglied darstellt⁸⁵⁾. — Wer nicht auf solche Weise Mitglied geworden, hat in der Gemeinde überall keine selbstständigen Rechte. Nur durch Vertretung findet er rechtlichen Schutz, der, als sich königliche Gewalt gebildet hat, dem Fremden, dem Ellenden⁸⁶⁾, durch den Königsschutz zu Theil wird⁸⁷⁾.

81) S. Sachs.-altenb. Grundges. v. 29. April 1831, §. 116—121, wo diese Rechte ausdrücklich aufgezählt werden.

82) L. 239. §. 2. D. de V. S. L. 5. D. ad municip. (51. 1.) Vgl. L. 20. D. eod. L. 7. C. de incolis. (10. 39.)

83) L. 1. pr. D. ad municip. L. 6. §. 1. D. eod. L. 22. pr. D. eod. (Vgl. Savigny, Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. Bd. 9, S. 91 flg.) L. 3. C. de munic. (10. 38.) L. un. C. ubi petant. tutor. (5. 32.) L. 7. C. de incolis. (10. 39.)

84) Caesar, de bello Gall. VI. 23.: In pace nullus est communis magistratus. — Hier ist Staat und Gemeinde identisch. Vgl. über bürgerliche Gesellschaft: Schötzler's Staatsr. B. 2, S. 63. — Die römischen Schriftsteller über Germanien nennen die *regiones*, *pagi* und *vici*, deren Vorsteher, *reges*, *principes*, durch Volkswahl gegeben waren (Caesar l. c. VI. c. 22. 23., Tacitus, Germ. c. 12., vgl. Eichhorn, teutsche St. u. R.-G. §. 14), ebenso wie ihre Gemeinden, *civitates* (Caesar l. c. c. 23., Tacitus l. c. c. 10. 13. 14. 15.), und deren Vorsteher, ebenso wie ihre Gemeindevorsteher, *magistratus* (Caesar l. c. c. 22.). Eine andere Person als diese ist der Führer im Kriege, der *dux* (Tacitus l. c. c. 7., Caesar l. c. V. c. 22.).

85) Tacitus l. c. c. 13. 20.

86) Dreyer, Nebenstunden S. 377. Westphalen, mon. ined. IV. p. 1932. Grimm, teutsche Rechtsalterth. Bd. 1, S. 397 flg.

87) Eichhorn, Einleit. §. 75. Rittermaier a. a. D. 5. Ausg., §. 105.

Als die alten Volksgemeinden untergehen, an die Stelle derselben Territorien treten, der rechtliche Schutz auch dem Fremden gewährt wird, innerhalb dieser Territorien sich aber besondere Stadt- und Landgemeinden ausbilden, da ist zwar nicht das Bürger- oder Unterthanenverhältniß zu diesem Territorium, das Territorialindigenat, wohl aber die Mitgliedschaft in jenen Gemeinden von einer besonderen Aufnahme abhängig⁸⁸⁾. Jedoch tritt dieselbe nur in den Stadtgemeinden als ein besonderer Act der Aufnahme hervor, bei welcher indeß den Kindern der Bürger gewisse Vorzüge eingeräumt zu sein pflegen⁸⁹⁾. In den Landgemeinden dagegen begründet der Erwerb von Grund und Boden innerhalb des Gemeindegebietes regelmäßig die Eigenschaft eines Gemeindegliedes⁹⁰⁾. Bei diesem Systeme hängt es von der Willkür eines jeden Staatsangehörigen ab, der übrigens nur auf die Mitgliedschaft in einer Gemeinde Anspruch zu machen berechtigt, und den eine Gemeinde zum Mitgliede aufzunehmen bereit ist, ob er Mitglied einer solchen sein will oder nicht; sobald er die von einer solchen Mitgliedschaft abhängigen Rechte, wie die Betreibung gewisser Gewerbe, den Erwerb von Grundeigenthum, entbehren will. Staatsangehörigkeit steht darnach mit der Mitgliedschaft in einer Gemeinde nur insofern in Verbindung, als mit dieser zugleich Umstände verbunden sind, die jene begründen, wie der Wohnsitz im Staatsgebiete. — Allein bloße Heimathsrechte in einer Gemeinde können auch nach diesem Systeme durch eine gewisse Dauer des Wohnsitzes in deren Gebiete erworben werden, die dann einen Anspruch auf Fortdauer des Wohnsitzes und auf Unterstützung im Falle der Verarmung begründen⁹¹⁾. Die neueren Gesetzgebungen, welche bei ihren Gemeindeorganisationen zugleich, ja einzelne Gesetze vorzugsweise⁹²⁾, ihr Augenmerk darauf richteten, jedem Staatsbürger seine Heimathsrechte in einer bestimmten Gemeinde zuzuweisen, haben indeß auch solche, bloße Heimathsberechtigzte, zuweilen zu den Gemeindegliedern gezählt. — Dieß ist theils so geschehen, daß alle diejenigen, welche zur Zeit der neuen Organisation in einer Gemeinde solche Heimathsrechte hatten, die Schutzbürger, ausdrücklich für Gemeindeglieder erklärt sind; wiewohl man den eigentlichen Gemeindegliedern im älteren Sinne, den Altbürgern, die einmal erworbenen besonderen Nutzungsrechte am Gemeindegute gelassen hat⁹³⁾. — Theils aber

88) Vgl. Kunde, Grundf. des gem. teutsch. Privatr. §. 446.

89) Vgl. Kunde a. a. D. §. 447.

90) In den Stadtgemeinden kann man nämlich in der Regel nur Grundstücke erwerben, wenn man als Mitglied aufgenommen ist, und die Bürgerrechte sind hier nur zum Theil vom Grundbesitze abhängig; in den Landgemeinden kann dahingegen in der Regel jeder Grundstücke erwerben, und die wesentlichen Gemeinderrechte pflegen hier dem Grundbesitze anzuhängen. Vgl. unten XIV. Note 356.

91) 3. B. Patent v. 7. Dec. 1829 für Schleswig und Holstein; großherz. sächs. Gef. v. 11. April 1833, §. 28.

92) So das württemberg'sche Gesetz über das Gemeinde-, Bürger- und Weisrecht v. 4. Dec. 1833 (älteres v. 15. April 1822); das großherz. sächs. Gef. über die Heimathsverhältnisse v. 11. April 1833.

93) Großherz. hess. G.-D. Art. 54. Bad. G.-D. §. 2 vgl. mit Gef. v. selb. Tage (31. Dec. 1831) §. 89 flg.

hat man den Unterschied zwischen eigentlichen Gemeindegliedern und Schutzverwandten zwar fortbestehen lassen, allein die letzteren ebenfalls als Gemeindeglieder bezeichnet⁹⁴). Aber auch nach diesem letzteren, z. B. in den preussischen, königl. sächsischen und württembergischen Gemeindeordnungen, so wie in großherzogl. sächsischen Gesetze über die Heimathsverhältnisse sich findenden Systeme stellt man sie besser auch jetzt noch in die Classe der Beisassen (s. unten II.). — Wo man dieses System befolgt hat, da kann der in den neueren Gesetzgebungen ausgesprochenen Regel: daß jeder Staatsbürger, wenigstens wenn er ein Gewerbe für eigene Rechnung treiben, oder sich verheurathen, oder mit eigenem Haushalte einen selbstständigen Wohnsitz begründen, ja zuweilen auch, wenn er ein öffentliches Amt übernehmen will, irgend einer Gemeinde angehören müsse⁹⁵), durch das Verhältniß eines Heimathsberechtigten oder Schutzverwandten genügt werden⁹⁶). Nach dem ersteren Systeme dahingegen wird nur demjenigen das Staatsbürgerrecht ertheilt, welcher nachweist, daß ihm eine Gemeinde zu ihrem wirklichen Mitgliede aufnehmen will⁹⁷). — Dies leidet indeß Ausnahmen, indem Personen, welche in eigenen, in Beziehung auf das Gemeinwesen selbstständigen Gebiets-theilen ansässig sind, als Standesherrn, Rittergutsbesitzer, nicht genöthigt werden in eine Gemeinde einzutreten⁹⁸), und gewissen Staatsbürgern das Recht eines ständigen Wohnsitzes in einem Gemeindegebiete eingeräumt ist, ohne daß es einer Aufnahme derselben als Gemeindeglieder bedarf⁹⁹). — Eigentliche Gemeindeglieder, von denen hier die Rede ist, sind indeß nur die Gemeindebürger, diejenigen, welche zu thätiger Theilnahme an den Administrationshandlungen der Gemeinde, namentlich den Wahlen und Berathungen, befugt und zu Gemeindegliedern befähigt sind, die das sogen. active Bürgerrecht in der Gemeinde haben. — Der Inbegriff der einem Gemeindegliede als solchem zustehenden Befugnisse und der damit verbundenen Obliegenheiten bildet den Gemeindegliedernat¹⁰⁰). Der Inbegriff gewisser den Gemeindegliedern im eigentlichen

94) Preuß. revid. Städteordnung v. 17. März 1821 (nur diese wird künftig angezogen werden, nicht die ältere v. 19. Nov. 1808, welche indeß den Städten gelassen ist, welche sie beizubehalten wünschten), §. 28. Königl. sächs. Städteordn. v. 2. Febr. 1832, §. 11, 18, 68. Vgl. württemb. Gef. v. 4. Dec. 1833, Art. 1.

95) Sachsenmeining. Grundges. v. 23. Aug. 1829, Art. 19. Sachsenaltenb. Grundges. v. 29. April 1831, §. 100. Braunsch. Landschaftsordn. v. 12. April 1832, §. 42. Oldenb. Ld.-G.-D. Art. 7. Württemb. Gef. Art. 1, 5. Kurhess. Gemeindeordn. v. 23. October 1834, §. 9, 20.

96) Württemb. Gef. Art. 21, 22, vgl. mit Verfassungsurk. §. 19. Großherz. sächs. Gef. §. 1.

97) Bad. Gef. v. 31. Dec. 1831, §. 40. Kurhess. G.-D. §. 22. Vgl. großh. hess. G.-D. §. 51, wornach das Recht eines Inländers zuvor ertheilt wird.

98) Preuß. St.-D. §. 7. Kurhess. G.-D. §. 9. Württemb. Gef. Art. 4, Zif. 1—3.

99) Württemb. Gef. Art. 4, Zif. 4—6. Vgl. Kurhess. G.-D. §. 13—15. Oldenb. Ld.-G.-D. Art. 11.

100) Aufzählungen solcher Rechte z. B. im bad. Gef. v. 31. Dec. 1831, §. 1.

Sinne vor den Schutzverwandten oder bloßen Heimathsberechtigten (unten II., Note 137—39) zustehenden Befugnisse wird auch als deren Ehrenrechte ausgezeichnet¹⁰¹⁾. Indes paßt diese Benennung doch nur für das Wahlrecht und die Wählbarkeit zu Gemeindeämtern und die Stimmgebung zu Beschlüssen, nicht aber für die Vorrechte, welche den eigentlichen Gemeindegliedern in Ansehung von Gewerbebetrieb, Erwerb von Grundstücken und Antheil an Gemeindegüttern zuzustehen pflegen¹⁰²⁾. Zuweilen ruht auch die Ausübung der sogen. Ehrenrechte¹⁰³⁾, selbst mit Einschluß der Theilnahme an Nutzungsrechten¹⁰⁴⁾, z. B. wegen mangelnder Dispositionsfähigkeit, Concurs, Abgabenrückstände, Genuß von öffentlichem Almosen¹⁰⁵⁾. Unbeschränkt in der Ausübung von Gewerben und im Erwerbe des Eigenthums an Grundstücken sind oft nur die eigentlichen Gemeindeglieder¹⁰⁶⁾, und wo den Schutzverwandten ebenfalls solche Rechte zustehen, müssen sie doch zuweilen, wenn das Einkommen des Geschäftes oder der Betrag des Grundeigenthums einen gewissen Werth erreicht, den eigentlichen Gemeindegliedern¹⁰⁷⁾. — Auch die neueren Gesetzgebungen lassen denselben in den Landgemeinden zuweilen noch durch bloßen Grundbesitz in der Gemeinde entstehen¹⁰⁸⁾, fordern aber regelmäßig, und insbesondere bei Stadtgemeinden, einen besonderen Aufnahmeact¹⁰⁹⁾. Jedoch besteht dieser bei Kindern von Gemeindegliedern oft in einer bloßen Erklärung des Antrittes¹¹⁰⁾. Dieses Anrecht, gleichsam ein deferirtes Gemeindegliederrecht, ist den Kindern bald in derjenigen Gemeinde gegeben, wo ihre Eltern, nämlich bei ehelichen der Vater, bei unehelichen die Mutter, zur Zeit ihrer Geburt¹¹¹⁾, bald in derjenigen, wo diese zur Zeit ihres Todes oder wo die Aufnahme gefordert wird¹¹²⁾, Gemeindeglieder waren oder sind. Wenn es an einer solchen Anwartschaft fehlt, so muß es gemeinrechtlich als vom Ermessen der Gemeinde abhängig betrachtet werden, ob die geforderte Aufnahme zu ertheilen oder zu verweigern¹¹³⁾. Die neueren Gesetzgebungen geben aber jedem Staatsbürger, wenn ihm die sonstigen gesetzlichen Eigen-

101) Königl. sächs. St.-D. §. 65—67.

102) Württemb. Gef. §. 1, 2.

103) Preuß. St.-D. §. 23. Königl. sächs. St.-D. §. 73. Oldemb. Eb.-G.-D. Art. 23 u. 24.

104) Württemb. Gef. Art. 45, 46.

105) Königl. sächs. St.-D. §. 73. Vgl. auch bayr. G.-D. Art. 78.

106) Vgl. Königl. sächs. St.-D. §. 43—48 und unten II. Note 138, 139.

107) Preuß. St.-D. §. 15 u. 27. Kurhess. G.-D. §. 27.

108) Königl. sächs. Eb.-G.-D. v. 7. Nov. 1838, §. 24, 25. Württemb. Gef. Art. 6.

109) Z. B. Kurhess. G.-D. . 34.

110) Bad. Gef. v. 31. Dec. 1831, §. 10, 13. Vgl. §. 4, 5.

111) Bad. Gef. v. 31. Dec. 1831, §. 6, 7. Kurhess. G.-D. §. 11, 12. Württemb. Gef. Art. 13, 14.

112) Großh. hess. G.-D. Art. 41.

113) Rittermaier a. a. D. §. 123. Päpstliches Recht B. 1, Tit. 2, Art. 2. Dagegen indes Kunde a. a. D. §. 446.

Schaften nicht fehlen, einen Anspruch auf die Aufnahme¹¹⁴⁾, und selbst bei der Verweigerung der Aufnahme haben die Staatsregierungen sich zuweilen das Recht beigelegt, über die Ertheilung zu entscheiden¹¹⁵⁾. — Die Zulässigkeit der Aufnahme pflegt an gewisse Bedingungen geknüpft zu sein; namentlich gehört dahin: Unbescholtenheit der Person¹¹⁶⁾, so daß wenigstens die erlittene Bestrafung wegen gewisser Verbrechen dieselbe ausschließt¹¹⁷⁾, zuweilen auch christliche Religion¹¹⁸⁾, ferner Selbstständigkeit, nämlich Unabhängigkeit von väterlicher oder vormundschaftlicher Gewalt¹¹⁹⁾, oder auch Unabhängigkeit von einer Brotherrschafft¹²⁰⁾, zuweilen auch ein gewisses Vermögen¹²¹⁾, oder doch die Fähigkeit sich zu nähren¹²²⁾, und selbst Zuständigkeit von Eigenthum oder demselben gleichgestellten dinglichen Rechten an Immobilien im Gemeindegebiete¹²³⁾. — Verloren geht die Eigenschaft eines Gemeindebürgers nicht bloß durch den Tod, oder durch solche Umstände, welche den Gemeindebürger in das Verhältniß eines bloßen Schutzverwandten bringen (unten II., Note 151, 152), sondern auch zuweilen durch Verlust des Staatsbürgerrechtes¹²⁴⁾, durch Aufkündigung¹²⁵⁾, durch Aufnahme in eine andere Gemeinde¹²⁶⁾, durch längere Abwesenheit ohne Angeseßenseit oder Zurücklassung eines Etablissements und ohne für die Erfüllung der Obliegenheiten eines Gemeindegliedes Fürsorge getroffen zu haben¹²⁷⁾. — Frauenzimmer erwerben auch durch Heurath mit einem Gemeindegliede die Eigenschaft eines solchen¹²⁸⁾, jedoch wird dabei zuweilen ein gewisses Vermögen gefordert¹²⁹⁾.

II. Gemeindebefassen sind diejenigen Subjecte, welche einer Gemeinde angehören ohne eigentliche Gemeindeglieder zu sein. — Man

114) Großh. hess. G.-D. Art. 46 — 48. Bad. Gef. v. 31. Dec. 1831, §. 17, 40, 41. Kurhess. G.-D. §. 27, 28. Württemb. Gef. Art. 25.

115) Großh. hess. G.-D. Art. 49. Vgl. württemb. Gef. Art. 28, und in Beziehung auf die Aufnahme von Ausländern: Rescr. des bad. Minist. des Inn. v. 6. April 1833.

116) Großh. hess. G.-D. Art. 46. Bad. Gef. v. 31. Dec. 1831, §. 18 — 20. Kurhess. G.-D. §. 26. Württemb. Gef. Art. 19.

117) Preuß. St.-D. §. 14, 19, 20. Vgl. Kurhess. G.-D. §. 26. Württemb. Gef. Art. 19.

118) Königl. sächs. St.-D. §. 41. Vgl. bad. Gef. v. 31. Dec. 1831, §. 54.

119) Preuß. St.-D. §. 14. Kurhess. G.-D. §. 26. Königl. sächs. St.-D. §. 41.

120) Königl. sächs. St.-D. §. 12, 53.

121) Bad. Gef. v. 31. Dec. 1831, §. 23 fg. Württemb. Gef. Art. 20.

122) Großh. hess. G.-D. §. 46. Bad. Gef. v. 31. Dec. 1831, §. 10, 22. Königl. sächs. St.-D. §. 42. — Zuweilen muß auch das Gemeindeglied dieselbe nachweisen, um sich verehehlichen zu können. Württemb. Gef. Art. 42 — 44.

123) Königl. sächs. St.-D. §. 42.

124) Bad. Gef. v. 31. Dec. 1831, §. 67.

125) Bad. Gef. v. 31. Dec. 1831, §. 69. Königl. sächs. St.-D. §. 77.

126) Bad. Gef. v. 31. Dec. 1831, §. 69. Kurhess. G.-D. §. 17, 18.

127) Königl. sächs. St.-D. §. 77, 78.

128) Kurhess. G.-D. §. 16. Württemb. Gef. Art. 26.

129) Bad. Gef. v. 31. Dec. 1831, §. 24.

muß indefß zwei Arten derselben unterscheiden: 1) solche, welche zwar nicht Gemeindeglieder oder Bürger in der engeren oder eigentlichen Bedeutung sind, aber dennoch als Gemeindeglieder im weiteren Sinne Bestandtheile der Gemeinde bilden und Rechte und Obliegenheiten gegen dieselbe haben: die eigentlichen Schutzverwandten, und 2) solche, welche sich bloß durch einen Wohnsitz oder durch eine Wohnung in einem thatfächlichen Verhältnisse zur Gemeinde befinden, und kein Recht auf die Fortdauer desselben haben, wenn gleich ihr Verhältniß, so lange es dauert, mit Obliegenheiten gegen die Gemeinde verbunden sein kann: die bloßen Insaßen¹³⁰). — Erstere müssen wenigstens in dem Gemeindegebiete eine Heimath haben, und man bezeichnet sie genauer als Heimathsberechtigte. Die incolae des römischen Rechtes scheinen weder der ersten noch der zweiten Classe zugeählt werden zu können, und die Unterscheidung auf sie überall nicht zu passen. Vielmehr begründete das Domicil die Eigenschaft eines Weisassen, verpflichtete auch zu gewissen Leistungen an die Gemeinde¹³¹), aber es gab auch keine besonderen Rechte an dieselbe. Denn der Anspruch auf das Domicil erscheint hier noch überall nicht als ein besonderes, sondern als ein jedem zustehendes Recht. Erst in den teutschen Zuständen, wo die Befugniß, ein Gewerbe an einem gewissen Orte zu treiben, als ein besonderes Recht erscheint, ein besonderes Recht auf Unterstützung im Falle der Verarmung gegen eine Gemeinde erworben werden kann, und somit auch das beide Rechte bedingende Recht auf einen Wohnsitz als ein besonderes hervortritt, erscheint die Unterscheidung jener beiden Arten von Weisassen als anwendbar. — Gemeinrechtlich muß man also unter einem Schutzverwandten oder Heimathsberechtigten den Weisassen verstehen¹³²), der auf sein Verhältniß ein Recht erworben hat, es sei nun vermöge einer besonderen Reception oder vermöge einer gewissen Dauer seines Aufenthaltes¹³³). In Ansehung der Heimathsberechtigten muß man aber wiederum Unterscheidungen zulassen. — Nach dem älteren, dem als gemeinrechtlich zu betrachtenden, Systeme muß man sie zwar von den Gemeindegliedern im engeren Sinne, den Bürgern, selbst wenn diese wiederum in Groß- und Kleinbürger zerfallen¹³⁴), unterscheiden, aber sie dennoch als Gemeindeglieder betrachten, und dieses System herrscht auch noch in der preussischen und königl. sächsischen Städteordnung, so wie in der württembergischen Gemeindeordnung und der großherzogl. sächs. Heimathordnung (vgl. oben bei Note 92). — Nach dem Systeme, welches in der badischen Gemeindeordnung herrscht, gibt es aber Heimathsberechtigte, die nicht zur

130) Vgl. auch Saxe, Handb. des großh. sächs. Privatr. §. 550, und königl. sächs. St.-D. §. 68, 81.

131) Denn der incola ist in der Gemeinde, wo er seinen Wohnsitz hat, auch ein municeps, nämlich in dem Sinne, daß er muneribus adstringitur. L. 20. L. 29. D. ad municip. (50. 1.) L. 22. §. 2. D. eod.

132) Kurhess. St.-D. §. 33, 35. Württemb. Gef. Art. 10 vgl. mit Art. 2.

133) Vgl. oben bei Note 91.

134) Runde a. a. D. §. 445, der indefß §. 451 das kleine Bürgerrecht wiederum mit dem Weisassenverhältnisse verwechfelt.

Gemeinde gezählt, sondern als Inassen bezeichnet werden; nämlich die staatsbürgerlichen Inassen oder Einwohner mit dem Rechte des ständigen Wohnsitzes¹³⁵⁾. Sie haben also Heimath in der Gemeinde, und Staatsbürgern, denen eine Heimath fehlt; kann dieselbe von der Staatsregierung in einer bestimmten Gemeinde angewiesen werden¹³⁶⁾. — Die Heimathsrechte bestehen in dem Ansprüche auf ständigen Wohnsitz, Unterstützung im Falle der Verarmung¹³⁷⁾, so wie auch, wiewohl mit gewissen Modificationen, in der Befugniß, Gewerbe zu treiben¹³⁸⁾ und Grundstücke zu erwerben¹³⁹⁾. — Wo man es zuläßt, daß dasselbe Subject mehreren Gemeinden angehört¹⁴⁰⁾, da können auch sogen. Ausbürger, nämlich diejenigen Einwohner, welche einer anderen Gemeinde fortwährend angehören¹⁴¹⁾, in derjenigen, wo sie wohnen; sowohl Gemeindeglieder im engeren Sinne, als auch Schutzverwandte sein. Allein in diesem Falle kann man den Schutzverwandten nicht dem Heimathsberechtigten gleichstellen (s. unten bei Note 155). — Auch Ausmärker oder Forensen, d. h. solche, welche nicht im Gemeindebezirke wohnen, aber Grundstücke in demselben besitzen, oder sich demselben in Ansehung ihrer außerhalb desselben belegenen Grundstücke angeschlossen haben¹⁴²⁾, erwerben dadurch keine Heimathsrechte¹⁴³⁾. Oft ist den Schutzverwandten auch, namentlich in Beziehung auf ihre Beisteuer zu den Gemeindefasten, eine Vertretung ihrer Interessen bei den Gemeindebeschlüssen durch besondere Abgeordnete zugesichert¹⁴⁴⁾. — Erworben wird die Eigenschaft eines Heimathsberechtigten auf gleiche Weise, wie die eines eigentlichen Gemeindegliedes; so durch Abstammung von heimathsberechtigten Eltern, wobei auch auf die Berechtigung zur Zeit der Geburt gesehen wird¹⁴⁵⁾, durch ausdrückliche Aufnahme¹⁴⁶⁾, von Seiten der Ehefrau durch die Heurath¹⁴⁷⁾ und durch Zuweisung¹⁴⁸⁾. — Die Befugniß, die Aufnahme

135) Bad. G.-D. §. 2.

136) Bad. Gef. v. 31. Dec. 1831, §. 70 fig., v. 17. Juli 1833, §. 5, 6. Württemb. Gef. Art. 33—41. Großh. sächs. Gef. §. 32—34.

137) Bad. Gef. v. 31. Dec. 1831, §. 72. Württemb. Gef. Art. 2. Großh. sächs. Gef. §. 2, 44, 46; 49.

138) Königl. sächs. St.-D. §. 70, 71. Württemb. Gef. Art. 2. Großh. sächs. Gef. §. 44.

139) Preuß. St.-D. §. 28, §. 24—26.

140) So, mit gewissen Modificationen, württemb. Gef. Art. 8, 9. Anders z. B. bad. Gef. v. 31. Dec. 1831, §. 3.

141) Kunde a. a. D. §. 449. — Um die Mitgliedschaft in der verlassenen Gemeinde zu erhalten, werden zuweilen gewisse Leistungen an dieselbe gefordert. Kirchh. G.-D. §. 30. Königl. sächs. St.-D. §. 77, 78.

142) Großh. hess. G.-D. Art. 87. Bad. Gef. v. 31. Dec. 1831, §. 2, 3, §. 153—156.

143) Großh. sächs. Gef. §. 5, 16.

144) Bad. Gef. v. 1. Juni 1832, §. 33 fig., und Verordn. v. 24. Dec. 1835, §. 1—4. Königl. sächs. St.-D. §. 69, 72.

145) Großh. sächs. Gef. §. 9—11 (das ursprüngliche Heimathsrecht).

146) Großh. sächs. Gef. §. 14, 17.

147) Großh. sächs. Gef. §. 15, 86.

148) Vgl. oben Note 136.

zu fordern, ist auch hier an die Eigenschaft eines Staatsbürgers geknüpft¹⁴⁹⁾ und setzt Unbescholtenheit und Nachweis genügender Erwerb- oder Subsistenzmittel voraus¹⁵⁰⁾. — Indes genügen zum Erwerbe zuweilen geringere Erfordernisse¹⁵¹⁾, und es kann demjenigen, der die Eigenschaft eines eigentlichen Gemeindebürgers verloren hat, noch die eines Schutzverwandten geblieben sein¹⁵²⁾. Abgesehen von diesem Falle, in dem bei Verlust des Bürgerrechtes durch den fortdauernden Wohnsitz das Heimathsrecht des Schutzverwandten dem gewesenen Bürger verbleibt, tritt der Verlust des letzteren aus gleichen Gründen ein, wie der des ersteren (s. oben II., Note 124—127). Jedoch finden sich oft Modificationen, so z. B. daß der Verzicht auf ein Heimathsrecht erst wirksam wird, wenn der Verzichtende in einer anderen Gemeinde ein solches Recht erworben hat¹⁵³⁾, und daß der Erwerb eines neuen Heimathsrechtes das alte nicht unter allen Umständen aufhebt¹⁵⁴⁾. — Die Weisassen ohne Heimathsrechte sind dann die Insaßen im eigentlichen Sinne, und zu ihnen gehören namentlich auch diejenigen, die in einer Gemeinde ihren Haushalt haben, aber deshalb nicht Glieder derselben sind, weil sie einer anderen Gemeinde angehören, oder weil sie von einer Brotherrschaft abhängig sind, wenn sie auch mit dem Namen der Schutzverwandten zuweilen belegt werden¹⁵⁵⁾. — Denen, welche irgend einer Gemeinde des Staates als Bürger oder Heimathsberechtigte angehören, pflegt es nicht versagt zu werden, sich auch in anderen Gemeinden aufzuhalten, und dort nichtzünftige Gewerbe zu treiben, wofür dann wohl die Entrichtung einer Wohnsteuer gefordert wird¹⁵⁶⁾. — Ehrenbürger, welche zwar die Bürgerrechte haben, aber als solche von den Lasten der Bürger befreit bleiben, kennen auch die neueren Gesetze.

III. Gemeindeamt ist die Befugniß und die damit verbundene Pflicht, solche Administrationshandlungen der Gemeinde vorzunehmen, an denen selbst nicht die eigentlichen Gemeindeglieder oder Gemeindebürger, wenigstens nicht dem ganzen Umfange der Handlung nach, Theil nehmen. — Es lassen sich drei Arten der Administrationshandlungen überhaupt unterscheiden: 1) das suffragium, die Theilnahme an Berathungen, Beschlüssen und Wahlen; 2) der honor, die Ausübung einer obrigkeitlichen Gewalt, und 3) das munus, die Ausführung von Rechtsgeschäften oder negotia¹⁵⁷⁾. — Das römische Recht kennt diese Verschiedenheit

149) Württemb. Gef. Art. 1 u. 2. Großh. sächs. Gef. §. 17, nach dem der Aufzunehmende auch die Blattern gehabt haben soll.

150) Großh. sächs. Gef. §. 21.

151) Preuß. St.-D. §. 14 u. 15 vgl. mit §. 24—27. Königl. sächs. St.-D. §. 18 u. 53.

152) Königl. sächs. St.-D. §. 80.

153) Großh. sächs. Gef. §. 40. Anders preuß. St.-D. §. 81.

154) Großh. sächs. Gef. §. 42.

155) Kurhess. G.-D. §. 33, 35.

156) Württemb. Gef. Art. 11, 12.

157) Operae, der Aufwand von Arbeitskräften, welche einen Marktpreis haben, können nicht zu den Amtsfunktionen gezählt werden, sondern fallen in

auch in Beziehung auf Gemeindegewalt. Das *suffragium* stand ursprünglich gewiß jedem *civis* zu; allein so wie das *suffragium populi* auf den römischen Senat¹⁵⁸⁾, so ging auch das der *cives* einzelner Städte in Gemeindegewalt auf die *curia*, das *collegium decurionum*¹⁵⁹⁾, wenigstens der Regel nach, über, gehörte insofern zu den Amtsbefugnissen, und begründete ein Amt, einen honor¹⁶⁰⁾, wie die obrigkeitliche Gewalt der *magistratus* von jeher¹⁶¹⁾. Die Eintheilung paßt noch jetzt¹⁶²⁾. Eine Anwendung der Eintheilung der *munera* in *personalia*, *realia* oder *patrimoniorum* und *mixta* auf die heutigen Verhältnisse würde aber jedenfalls un bequem sein, insbesondere da auch eigentliche Gemeindegewalt darunter begriffen sind (s. unten XVIII.). Indes gehören hierher nur *munera personalia*. Die beiden ersten Functionen liegen, insofern sie amtliche geworden sind, den Gemeindegewaltigen und Vorständen ob (s. unten IV. V. VI.); die *munera personalia* werden dahingegen zweckmäßig als Gemeindegewalt im engeren Sinne bezeichnet. Auch bei den Römern findet man dafür besondere Aemter *constituit*, z. B. Sorge für die *annona*, Schauspiele, Wasserleitungen, für die Grundstücke der Gemeinde¹⁶³⁾. Indes wurden sie unter den Gemeindegewaltigen vertheilt, während man jetzt besoldete Beamte dafür anzustellen pflegt. Dahin gehören namentlich *Syndici*¹⁶⁴⁾, *Secretäre* und Hebung- und Rechnungsbeamte, als *Kämmerer*, *Cassier*, *Gemeindegewaltige* u. dgl. — Zuweilen geschieht indes auch die Erhebung der Staatsabgaben durch Gemeindegewaltigen dieser letzteren Art, was sich schon in der römischen Stadtverfassung findet¹⁶⁵⁾. Sie werden zuweilen von dem Vorstände, mit Beziehung der Gemeindegewaltigen¹⁶⁶⁾, zuweilen von der Staatsgewalt, nach Anhörung des Gemeindegewaltigen, ernannt¹⁶⁷⁾.

die Kategorie der Gemeindegewaltigen (vgl. unten XVIII., und über den Unterschied zwischen *negotia* und *operae* meine Identität §. 2, Note 47, S. 31).

158) Vgl. Savigny, *Gesch. des röm. Rechtes* im N. N. Bd. 1, S. 16 flg.

159) L. 8. D. de munerib. (50. 4.): ... *suffragium in curia ferunt*.

160) L. 5. D. de vacation. (50. 5.)

161) Bisweilen kommt auch der Ausdruck *munus* dafür vor. L. 9. D. de muner. S. aber L. 14. pr. D. eod.

162) Manche Aemter dieser Art wurden indes wegen der damit verbundenen Haftungspflicht als eigentliche Lasten, *munera patrimoniorum*, betrachtet. Vgl. L. 1. §. 1. L. 3. §. 11. L. 6. §. 5. eod.

163) Vgl. L. 1. §. 2—4. eod.

164) L. 1. §. 2. D. de munerib. etc.

165) Ueber die von der Gemeinde aus den Einwohnern der Gemeinde gewählten Susceptoren, die bald *Decurionen*, bald *Defensores* (vgl. auch Nov. 15. c. 3.), bald andere Einwohner sind: L. 2. L. 8. L. 14. C. de susceptor. (10. 70.) L. un. C. de superexact. (10. 20.) L. 3. C. de apoch. publ. (10. 22.) und c. 4. C. Th. de fisci debitor. (10. 16.); über die an der Erhebung Theil nehmenden *Tabularien*: L. 2. C. de conven. fisci debitor. (10. 2.) L. 12. L. 13. C. de suscept. (10. 70.); über die Pfennigmeister und Marschhauptleute in Holstein, Landschaften: *Fald a. a. D.* Bd. 1, §. 36.

166) *Preuß. St.-D.* §. 96. *Bad. G.-D.* §. 18, 127.

167) *Großh. hess. G.-D.* Art. 56. *Kurbess. G.-D.* §. 54, 55.

IV. **Gemeindevorstand** ist der Inbegriff eines Theiles der Gemeindeglieder, der zu gewissen beratenden und beschließenden, oder sonstigen zur Administration der Gemeindeangelegenheiten gehörigen, Handlungen (z. B. zur Prüfung der Rechnungen) ausgewählt ist. Er bildet auf der einen Seite einen Gegensatz zur **Gemeindeversammlung**, dem **Gemeindeplenum**, in welcher die sämtlichen Gemeindeglieder zu solchem Zwecke vereint sind, und auf der anderen Seite zu dem **Gemeindevorstande**. — In den Stadtgemeinden erscheint er zwar schon früh in dem sogen. inneren Rathe, der indeß nicht bloß Beratungs-, sondern auch Verwaltungsausschuß geworden ist, den Vorstand der Gemeinde bildet, und dem römischen collegium decurionum an die Seite zu stellen ist. — Seine Ausbildung zu einem Vorstande hat ihm indeß die Stellung eines Ausschusses in der eigentlichen Bedeutung entzogen. — Daneben findet sich der sogen. äußere Rath, als beratende Behörde und als Vertreter der Gemeinde, im Gegensatze zum inneren Rathe als dem Vorstande¹⁶⁸). Er nimmt in dieser Stellung den Platz eines eigentlichen Gemeindevorstandes ein. — Zuweilen verbindet er sich indeß noch mit einem oder mehreren anderen Gemeindevorständen, und bildet im Vereine mit ihnen, oder es bildet ein besonderer Verein neben ihm, einen Gemeindevorstand im engsten Sinne (s. unten VI.). — Dieses System findet sich auch im wesentlichen in den neueren Gemeindeordnungen; allein nicht immer sind diese drei Arten von Ausschüssen sämtlich vorhanden. In den Landgemeinden pflegt sich überall keiner oder doch nur ein einziger zu finden, dem aber nur zuweilen, z. B. in Bayern, auch eine verwaltende Thätigkeit zugeschrieben und der öfterer auf Vertretung und Berathung beschränkt ist (s. unten VI., Note 231).

V. **Gemeindevorstand** ist dasjenige amtliche Organ der Gemeinde, durch welches dieselbe unmittelbar mit der Staatsregierung in Verbindung gesetzt ist. Hier sind im allgemeinen zwei Systeme zu unterscheiden:

1) der Vorstand ist bloß Verwalter der die Vermögensverhältnisse der Gemeinde betreffenden Angelegenheiten; die obrigkeitliche Gewalt, die Gerichtsbarkeit und Polizei steht aber, ihren Hauptbestandtheilen nach, der Staatsregierung oder deren Beamten zu, und nur etwa bei dem Vorsteher des Vorstandes findet sich, neben der Eigenschaft eines Gemeindebeamten, auch die eines Beamten der Staatsregierung;

2) der Vorstand vereinigt verwaltende und obrigkeitliche Functionen in sich und wird, von dem Gesichtspunkte der neueren Gesetzgebungen aus, wenigstens in Ansehung eines wesentlichen Theiles der obrigkeitlichen Gewalt, als ein Organ des Staates, oder als ein Beamter der Staatsregierung angesehen, wiewohl ihm nach diesen die Gerichtsbarkeit nicht einmal zuzustehen pflegt.

Dem ersten Systeme ist zuzuweisen die Verfassung der römischen Städte. Denn wenn sich auch in den Municipien und in der neuesten

¹⁶⁸) Vgl. Runbe a. a. D. §. 433, 434. Mittermaier a. a. D. §. 136, Note 10, 11.

Best in allen Städten, eine Stadtbehörde mit einer, wenn auch beschränkten, obrigkeitlichen Gewalt befand, so war diese doch nicht bei dem ganzen Vorstande vorhanden, wenn man von demselben das collegium decurionum nicht ausschließt. Indes stellen doch hier die Inhaber der obrigkeitlichen Gewalt, die Magistrats- oder Defensoren, auch in Ansehung derselben als Gemeindebeamte sich dar. — Ferner gehört hierher die Verfassung der deutschen Städte, ehe sie eigene Gerichtsbarkeit erworben; endlich nach neueren Gesetzgebungen die der Landgemeinden¹⁶⁹⁾ und mit einigen Ausnahmen die der Stadtgemeinden. An der Spitze des Vorstandes steht jetzt in den Städten ein Bürgermeister oder Oberbürgermeister¹⁷⁰⁾, oder mehrere Bürgermeister¹⁷¹⁾, oder ein Stadtschultheiß¹⁷²⁾; in den Dörfern, ausgenommen in beiden Hessen und Baden, wo sich ebenfalls die Benennung Bürgermeister findet, ein Schulze¹⁷³⁾, Schultheiß¹⁷⁴⁾, Heimbürge¹⁷⁵⁾, Landvogt¹⁷⁶⁾, oder Bauervogt¹⁷⁷⁾ (auch wohl Dorfrichter¹⁷⁸⁾, Kirchspielvogt¹⁷⁹⁾. — Je nachdem dieser Beamte seine Functionen allein besorgt, oder in Verbindung mit einem mitverwaltenden Stadtrathe, Gemeinderathe¹⁸⁰⁾, dessen Glieder auch ihre Namen von Gemeindegliedern, Gemeindevorstehern, Vormundschaftspersonen¹⁸¹⁾ u. dgl., zuweilen auch Gerichtschöppen¹⁸²⁾, führen, bildet er indes der Sache nach den Vorstand selbst, oder ist bios als erster Vorsteher der vorstehende, leitende, mitberathende und ausführende Beamte des Vorstandes¹⁸³⁾. In der ersteren Stellung befindet er sich jedoch nur in Ansehung der auszuführenden Functionen, insofern er dieselben vornimmt, ohne daß es für den einzelnen Fall eines Beschlusses mit Zuziehung des ebengenannten Rathes bedarf. — Dieß tritt namentlich ein, wenn ihm einzelne Functionen der Gerichtsbarkeit oder der Polizei obliegen¹⁸⁴⁾.

169) Z. B. Königl. sächs. Ed.-G.-D. §. 7, 8, 12.

170) Z. B. großh. hess. G.-D. Art. 12, 31. Bad. §. 41. Kurhess. §. 59.

171) So nach der großh. hess. G.-D. Art. 21—23, wo dem Bürgermeister Beigeordnete zugegeben sind.

172) Württemb. Gemeindeedict v. 1. März 1822, §. 10.

173) Preuß. Landr. Th. 2, Tit. 7, §. 46 flg. Vgl. Klein, System des preuß. Civilrechtes §. 784 flg.

174) Württemb. G.-G. a. a. D.

175) So hieß der Dorfvorsteher insbesondere in Hessen (Kopp, hess. Gerichtsverf. §. 244), im Rheingau (Wobmann, Rheingau. Alterth. Bd. 2, S. 720 flg.), im Weimarschen (Sachs. a. a. D. §. 621).

176) Sachs. a. a. D.

177) So im Norden der Elbe, wo sich freilich nur schwache Spuren von Gemeindeverfassung der Dörfer finden. — S. indes Falk. a. a. D. §. 14.

178) Preuß. Landr. a. a. D. Sachs. a. a. D.

179) Dlenb. Ed.-G.-D. Art. 31 flg.

180) Z. B. großh. hess. G.-D. Art. 24 flg. Bad. G.-D. §. 10 flg.

181) Königl. sächs. Ed.-G.-D. a. a. D. Sachs. a. a. D.

182) Preuß. Landr. a. a. D. Sachs. a. a. D.

183) Großh. hess. G.-D. Art. 12 flg.

184) Vgl. Kurhess. G.-D. §. 61, nach welcher dem Ortsvorstande (nämlich dem einzelnen Vorsteher) als Hilfsbeamten des Staates regelmäßig die Polizei zusteht. — Ebenso in den bayer'schen Ruralgemeinden (bayer. G.-D. v. 17. Mai 1818, §. 107 flg.), aber anders in den Stadtgemeinden (s. unten Note 190).

Bei der Aufnahme von Gemeindegliedern¹⁸⁵⁾, die indeß auch zuweilen den Behörden zugewiesen ist, welche eine sogen. Gemeindegewalt (s. unten nach Note 216) ausüben¹⁸⁶⁾, so wie in Ansehung der Verwaltung des Gemeindevermögens, bildet er aber regelmäßig nur im Vereine mit dem Rathe den Vorstand, der dann ein Collegium ist¹⁸⁷⁾. Letzteres leidet indeß nach der kurhess. Gemeindeordnung und der oldenburgischen Landgemeindeordn. eine Ausnahme, indem der Bürgermeister oder Kirchspielsvogt allein der regelmäßige Verwalter ist, wenn gleich er stehende Deputationen für besondere Verwaltungszweige mit Genehmigung des Gemeinderathes einsetzen oder einen Beigeordneten mit denselben beauftragen kann¹⁸⁸⁾.

Das zweite System findet sich in den deutschen Städten, welche eigene Gerichtsbarkeit erlangt haben (s. unten X.), in der preussischen, so wie in der königl. sächsischen Städteordnung, und ebenfalls in der bayerischen Gemeindeordnung, so weit sie die Städte betrifft. Während nach dem ersten Systeme nur der erste Vorsteher als ein Organ oder Hilfsbeamter des Staates betrachtet wird¹⁸⁹⁾, erklären die neueren Organisationen, welche dieses System befolgen, das ganze Collegium des Vorstandes, den Magistrat oder den Stadtrath für ein solches Organ (für einen Regierungsbeamten), welches in ihm sich mit der Eigenschaft eines Verwalters, der Gemeinangelegenheiten verbindet¹⁹⁰⁾. Der Vorsitzende zeichnet sich im wesentlichen nur durch die ihm obliegende Leitung, Aufsicht und damit zusammenhängenden Befugnisse, so wie durch einen Vorzug seiner Stimme bei Stimmengleichheit aus¹⁹¹⁾; und einzelne Geschäfte, welche nicht der Mitwirkung des ganzen Collegiums bedürfen, werden hier nicht regelmäßig durch ihn, sondern durch Deputirte oder Committirte besorgt¹⁹²⁾. Jedoch bestehen nach ihnen für die Handhabung der eigentlichen Gerichtsbarkeit besondere Behörden¹⁹³⁾, wenn sie auch aus den Mitgliedern des Magistrats gebildet werden¹⁹⁴⁾. Allein es ist dem Vorstande als Organ des Staates zur Pflicht gemacht, überhaupt für die Beobachtung der Gesetze zu sorgen¹⁹⁵⁾, und es ist ihm die Po-

185) Großh. hess. G.-D. Art. 49. Bad. Ges. v. 31. Dec. 1831, §. 15 (welches auch Zustimmung des Ausschusses fordert). Württemb. Ges. Art. 15, 67. Oldenb. L.-G.-D. Art. 12.

186) Königl. sächs. L.-G.-D. §. 26, wiewohl in zweifelhaften Fällen der Gemeinderath zu vernehmen ist.

187) Vgl. großh. hess. G.-D. Art. 10, 31—33. Bad. G. §. 43.

188) Kurhess. G.-D. §. 59, 71, 52. Oldenb. L.-G.-D. Art. 34.

189) Vgl. oben Note 183.

190) Preuß. St.-D. §. 45, 84 flg. Königl. sächs. St.-D. §. 178 flg. Vgl. bayer. G.-D. v. 17. Mai 1818, §. 46, §. 55 flg., §. 67 flg.

191) Preuß. St.-D. §. 106, 108.

192) Preuß. St.-D. §. 107. Königl. sächs. St.-D. §. 213 flg.

193) Klein a. a. D. §. 832.

194) Königl. sächs. St.-D. §. 235 flg.

195) Preuß. St.-D. §. 104, 105. Königl. sächs. St.-D. §. 181. Die letztere schreibt ihm diese Function indeß als einer kraft des Gesetzes bestehenden obrigkeitlichen Behörde zu, und nicht als einem Organe der Staatsgewalt, welches sie davon unterscheidet. Daß beides wohl dasselbe sein möchte, meint Bülow (krit. Bemerkungen u. s. w.) in Müller's Archiv für die neueste

lizeigewalt, wenn nicht ausnahmsweise besondere Staatsbeamte dafür eingesetzt sind, in ihrem ganzen Umfange zugewiesen¹⁹⁶). Die Aufnahme neuer Mitglieder steht ihm ebenfalls zu¹⁹⁷); so wie überhaupt die auszuführenden Functionen ihm beigelegt sind¹⁹⁸). In Ansehung der Verwaltung solcher Angelegenheiten, welche pecuniäre Interessen berühren¹⁹⁹), ist er indeß, eben so wie der Vorstand des ersten Systemes. (von dem das Nachfolgende ebenfalls gilt), einer Obergewalt der Staatsregierungsbehörden, einer Aufsichtsbehörde²⁰⁰), und von der anderen Seite der Controle von Gemeindeausschüssen unterworfen, so wie bei solchen Verwaltungshandlungen, welche wesentliche Veränderungen in dem Bestande des Gemeindevermögens oder in den Lasten der Gemeindeglieder hervorbringen, an die Zustimmung jener oder dieser gebunden²⁰¹). Ueberdies wird denn auch vielfältig, namentlich bei dem letzteren Systeme, wie es sich in den neueren Organisationen darstellt, da, wo dem Namen nach der Gemeindebeamte handelt, der Sache nach der Staatsbeamte thätig sein²⁰²). Die Staatsregierungsbehörden, oder Aufsichtsbehörden, werden in Beziehung auf Gemeindeangelegenheiten theils als Recursbehörden, an welche man sich mit Beschwerden über den Vorstand wendet²⁰³), bisweilen auch durch Veranlassung von Anklagen wider denselben oder die Gemeindevertreter²⁰⁴), durch Suspension der Glieder der Gemeindebehörden wegen nahen Verdachtes von solchen Verbrechen, welche Entsetzung zur Folge haben würden²⁰⁵), theils dadurch thätig, daß sie entscheiden, wenn die erforderliche Vereinigung zwischen dem Vorstande und den Gemeindevertretern nicht zu Stande zu bringen ist²⁰⁶); theils dadurch, daß sie zu gewissen Verwaltungsmaßregeln ihre zum Erfordernisse für diesel-

Gesetzgebung Bd. 2, S. 648. — Ob es dasselbe ist, oder dasselbe sein sollte? muß man hier dahin gestellt sein lassen.

196) Preuß. St.-D. §. 109. Bayer. G.-D. §. 67 flg.

197) Preuß. St.-D. §. 12. Königl. sächs. St.-D. §. 21, 56.

198) Preuß. St.-D. §. 107. Königl. sächs. St.-D. §. 95.

199) Preuß. St.-D. §. 104. Königl. sächs. St.-D. §. 31, 179 flg.

200) Kurhess. G.-D. §. 92 flg. Sachse a. a. D. §. 274.

201) Preuß. St.-D. §. 114, 116, 117. Königl. sächs. St.-D. §. 185, 186. Bgl. bad. G.-D. §. 151.

202) Das Erforderniß des Erwerbes des Bürgerrechtes in der Gemeinde (preuß. St.-D. §. 84—86) wird darin keine wesentliche Veränderung hervorbringen; eben so wenig als die Ansässigkeit mit einer Realität in derselben, welche für die Qualifikation eines Bürgermeisters gefordert wird nach der bayer. G.-D. §. 48.

203) Die neueren Gemeindeordn. enthalten regelmäßig Bestimmungen darüber, so bad. G.-D. §. 152; die Competenz der Staatsbehörden in Gemeinde-sachen überhaupt ist in Baden durch eine Verordnung v. 17. Juli 1833 (Ges. über die Verf. und Verwalt. der Gem. [Kartlsruhe 1836], Beil. Nr. 2) regulirt. Preuß. St.-D. §. 139. Auch auf den Ruggenrichtern können solche Beschwerden bei dem landesherrlichen Commissär angebracht werden. Bgl. Clap-rotz, Einl. in den orb. Proz. §. 29. Würtemb. G.-G. §. 96.

204) Preuß. St.-D. §. 82, 126, 139.

205) Bad. G.-D. §. 21.

206) Preuß. St.-D. §. 115, 116. Königl. sächs. St.-D. §. 227—229. — Wenn er von dem Rathe der Gemeindevertreter abweichen zu müssen glaubt: Bayer. G.-D. §. 82.

ben gemachte Zustimmung erteilen, z. B. zur Ver wandlung der zur Benutzung der Gemeindeglieder bestimmten Gegenstände in Gemeindevermögen im engeren Sinne²⁰⁷), zum Ankauf von Grundstücken²⁰⁸), zur Aufnahme neuer Anleihen²⁰⁹), zur Anstellung von Prozeßessen²¹⁰), zur Feststellung der Gemeindeausgaben²¹¹), zur Abschließung von Vergleichen und Verträgen, so wie zur Bewilligung außerordentlicher Ausgaben²¹²) oder Erhebungen von Weisteuern²¹³), zu Veräußerungen von Grundstücken, Veräußerungen oder Constituirung von dinglichen Rechten an denselben²¹⁴), Veräußerungen sonstiger werthvoller Gemeindegüter, z. B. Archiven, wissenschaftlichen oder Kunstsammlungen²¹⁵); theils dadurch daß sie die Gemeinberechnungen prüfen²¹⁶), bei der Bestellung der Gemeindevorsteher durch Bestätigung oder durch Ernennung (s. unten VIII.), so wie bei Abfassung von Gemeindestatuten (s. unten IX.) concurriren. Insofern diese Thätigkeit sich nicht (wie es z. B. die braunschw. Landschaftsordnung v. 12. Oct. 1832, §. 46, in Ansehung der Vermögensangelegenheiten ausdrücklich sanctionirt hat) darauf beschränkt, die Befolgung der gesetzlichen Vorschriften und die Verwendung der vorhandenen Mittel für den gesetzlichen Gemeinbezweck zu sichern, sondern sich auf Anordnungen erstreckt, bei welchen lediglich Gründe der Zweckmäßigkeit entscheiden können, geht durch sie freilich die Bedeutung der Gemeindeverfassung verloren. — Die Befugniß zu derselben kann man als das Aufsichtserecht bezeichnen, wiewohl die Grenzen einer Aufsicht dabei nicht immer eingehalten sind, und wenn es, wie bei Dorfgemeinden

207) Preuß. St.-D. §. 117—124. Kurheff. G.-D. §. 84.

208) Preuß. St.-D. a. a. D. Königl. sächs. St.-D. §. 33 (wenn nicht alle Glieder der Stadtverordnetenversammlung oder des größeren Bürgerausschusses dafür stimmen). Großh. heff. G.-D. Art. 63, 64. Bad. G.-D. §. 151 (jedoch mit gewissen Modifikationen). Königl. sächs. Ld.-G.-D. §. 62. Bayer. G.-D. §. 123, 128. Württemb. G.-G. §. 65.

209) Preuß. St.-D. a. a. D. heff. G.-D. a. a. D. Bad. G.-D. §. 151. Königl. sächs. Ld.-G.-D. §. 62. Oldenb. Ld.-G.-D. Art. 87. Bayer. G.-D. §. 123, 128. Württemb. G.-G. §. 65, 66. Namentlich in Ansehung dieses Punktes pflegen die Gemeinden auch, wo es an neueren Organisationen fehlt, von der Staatsregierung abhängig gemacht zu sein. Vgl. Falck a. a. D. Bb. 1, §. 36, 37.

210) Großh. heff. G.-D. a. a. D. Oldenb. Ld.-G.-D. Art. 89. Bayer. G.-D. §. 123.

211) Großh. heff. G.-D. a. a. D. Bad. G.-D. a. a. D. Vgl. auch Kurheff. G.-D. §. 86. Oldenb. Ld.-G.-D. Art. 95.

212) Großh. heff. G.-D. a. a. D. Bad. G.-D. a. a. D. Württemb. G.-G. §. 65.

213) Kurheff. G.-D. §. 84. Bayer. G.-D. §. 123.

214) Preuß. St.-D. §. 117 vgl. mit §. 118. Bayer. G.-D. §. 123, 128. Württemb. G.-G. §. 65, 66. Königl. sächs. St.-D. §. 33 (wiewohl modificirt, vgl. oben Note 208). Bad. G.-D. a. a. D. Sächs. Ld.-G.-D. §. 62 vgl. mit §. 56. Oldenb. Ld.-G.-D. Art. 87.

215) Preuß. St.-D. §. 119 (Genehmigung des Minister. des Innern). Schon Leo forderte kaiserliche Genehmigung bei Veräußerung von Gütern der Stadt Constantinopel. L. 3. C. de vend. reb. civ. (11. 31.)

216) Großh. heff. G.-D. Art. 65—70. Bad. G.-D. a. a. D. Bayer. G.-D. §. 59. Königl. sächs. St.-D. §. 35. Oldenb. Ld.-G.-D. Art. 110.

zuweilen, einer Schuß- oder Gerichtsherrschaft zusteht, nennt man es auch die Gemeindegewalt.

VI. Gemeindevorstellung ist das Verhältniß, vermöge dessen eine nicht von der Gemeinde selbst (der Gemeindeversammlung, dem Gemeindeplenum) vorgenommene Handlung dennoch als die ihrige gilt. — Dieß Verhältniß kann dritten Personen oder dem Gemeindevorstande gegenüber stattfinden. In ersterer Beziehung vertritt die Gemeinde, oder eigentlich deren moralische Persönlichkeit, gemeinrechtlich ein Bevollmächtigter oder Syndicus, dessen Amt auch ein ständiges sein kann²¹⁷), und deren es bisweilen auch mehrere, z. B. unter dem Namen von Landesgevollmächtigten²¹⁸), gibt; zuweilen ist jedoch dem gewöhnlichen Gemeindevorstande diese Vertretung zugewiesen²¹⁹). — In der letzteren Beziehung geschieht die Vertretung durch einen Gemeindeauschuß (s. oben IV.) Der regelmäßige Gemeindeauschuß führt indeß oft besondere Namen, z. B. Oberalte²²⁰), Bürgerdeputirte²²¹), Stadtverordnete²²²), denen die Gemeindevollmächtigten der bayerischen Städte gleichstehen, Bürgerauschuß²²³); vereinigt sich aber zuweilen wiederum mit einem anderen Ausschusse zu einem Gemeindeauschusse in der engeren Bedeutung, so z. B. Oberalte zu einem Collegium der Sechsziger²²⁴), Stadtverordnete mit Stadältesten und Anderen zum Bürgerauschusse im Königreiche Sachsen²²⁵); oder es besteht neben Bürgerdeputirten noch ein anderes Ausschusscollegium²²⁶), neben einem kleineren Bürgerauschuß noch ein größerer²²⁷). Regelmäßig fehlt aber der zweite Ausschuß²²⁸) und es vertritt dann seine Stelle zuweilen die Gemeindeversammlung²²⁹), die bisweilen auch den ersten vertritt²³⁰). Der erste fehlt indeß auch bald wiederum ganz²³¹), während bald die Gemeinde überhaupt nur

217) Namentlich das der Stadtsyndici, deren Geschäfte indeß nicht auf diese Vertretung beschränkt zu sein pflegen.

218) Vgl. Falck a. a. D. Bd. 1, §. 36.

219) Königl. sächs. Lb.-G.-D. §. 38.

220) Z. B. in Hamburg (dessen Staatsverfassung ja eben eine teutsche Gemeindeverfassung ist). Vgl. Kunde a. a. D. §. 434, Note und das. Cit.

221) Z. B. in den Städten von Schleswig und Holstein. Falck a. a. D. Bd. 1, §. 36.

222) Nach der preuß. und Königl. sächs. St.-D.

223) Bad. G.-D. §. 27 flg., §. 135 flg.

224) In Hamburg, Kunde a. a. D.

225) Königl. sächs. St.-D. §. 110 flg.

226) Z. B. in Kiel die 32 Männer. Falck a. a. D.

227) Bad. G.-D. §. 27 flg., §. 135 flg. In der Versammlung verbindet sich aber mit ihm auch immer der Gemeinderath und der kleinere Ausschuß. Ebendas. §. 40.

228) So auch nach der preuß. St.-D. §. 45.

229) Bad. G.-D. §. 39, 40, und Verordn. v. 16. Nov. 1832 und 16. April 1833.

230) Kuch. G.-D. §. 36, 37.

231) Z. B. Königl. sächs. Lb.-G.-D. §. 36 flg. Bisweilen constituirt sich dann der Stadtrath (Verwaltungsausschuß) mit Anderen, z. B. Stadältesten und Bezirksdeputirten, zu einem Berathungsausschuß. Sasse a. a. D. §. 553. Auf ähnliche Weise steht nach der oldenb. Lb.-G.-D. Art. 40 der Kirchspielsauschuß dem Kirchspielsvogt auch berathend zur Seite.

durch einen Ausschuss thätig wird²³²). — Die Thätigkeit der Gemeindeausschüsse äußert sich insbesondere bei den Wahlen und der Autonomie (s. unten VIII. IX.); ferner in einer Controle über die Amtsführung des Vorstandes, theils durch Prüfung der Gemeinberechnungen²³³), theils durch Denunciationen wegen Pflichtverletzungen²³⁴); weiter aber auch in Genehmigung oder Anordnung von Verwaltungshandlungen, bisweilen auch nur durch Rathsertheilung zu denselben, wie nach der bayer. Gemeindeordnung, wiewohl, wenn dieser Rath nicht befolgt wird, die Genehmigung der Staatsregierungsbehörden einzuholen ist. — Fälle der letzteren Art, in denen indeß zuweilen auch die Gemeindeversammlung selbst concurrirt, sind regelmäßig: Feststellung der Gehalte der Gemeindebeamten²³⁵), Aufstellung des Anschlages der Gemeindeausgaben²³⁶), Verpachtung und Verwaltung oder Meliorationen von Grundstücken²³⁷), Veräußerungen oder Verpfändungen derselben oder von Rechten an denselben, von Gemeindegerechtigten²³⁸), Führung von Prozessen, Abschließung von Vergleichen, wenigstens wenn sie Liegenschaften betreffen, von Verträgen, welche nicht zur regelmäßigen Verwaltung gehören, und überhaupt die außerordentlichen Verwendungen²³⁹), namentlich auch wenn das Grundstockvermögen zu laufenden Bedürfnissen angegriffen werden soll²⁴⁰), die Aufnahme von Anleihen, insbesondere wenn sie nicht zur Abtragung anderer Schulden geschieht²⁴¹), Erwerbung von Grundstücken und Gerechtigkeiten für die Gemeinde auf deren Kosten²⁴²). — Wo der Gemeindeausschuss Verwaltungshandlungen anordnet, die der Vorstand auszuführen hat, wie dieß namentlich nach dem Systeme der preuß. Städteordnung der Fall ist, kann letzterer auch denselben die Bestätigung und Ausführung verweigern, wenn er sie dem Gemeinwohle nachtheilig findet²⁴³); und eine Befugniß des Regenten, den Ausschuss wegen

232) Preuß. St.-D. a. a. D. §. 45.

233) Preuß. St.-D. §. 126. Bayer. G.-D. §. 59. Kurhess. G.-D. §. 64. Dibenb. Eb.-G.-D. Art. 108.

234) Preuß. St.-D. a. a. D. Bayer. G.-D. §. 84. Kurhess. G.-D. a. a. D.

235) Bad. G.-D. §. 19, 128, 135. Preuß. St.-D. §. 98. Kurhess. G.-D. §. 80.

236) Preuß. St.-D. §. 114 vgl. mit §. 124 und 98, wornach derselbe von den Stadtverordneten festgestellt wird. Großh. Hess. G.-D. Art. 61, 62. Bad. G.-D. §. 132, 135. Kurhess. G.-D. §. 86.

237) Preuß. St.-D. §. 114. Kurhess. G.-D. §. 80 und bad. G.-D. §. 116, 135.

238) Preuß. St.-D. §. 114, 117. Bad. G.-D. §. 115, 135. Vgl. auch Königl. sächs. St.-D. §. 33 u. 111. Bayer. G.-D. §. 82. Kurhess. G.-D. §. 80. Dibenb. Eb.-G.-D. Art. 87.

239) Preuß. St.-D. §. 114. Bad. G.-D. §. 84, 114, 116, 121, 122, 125 (auch Verordn. v. 14. Juli 1834), §. 135. Bayer. G.-D. §. 82. Kurh. G.-D. §. 80—85. Dibenb. Eb.-G.-D. Art. 89.

240) Bad. G.-D. §. 55. Königl. sächs. St.-D. §. 111.

241) Bad. G.-D. §. 82. Preuß. St.-D. §. 120. Königl. sächs. St.-D. §. 37, 38, 111. Kurhess. G.-D. §. 80. Dibenb. Eb.-G.-D. Art. 87.

242) Königl. sächs. St.-D. §. 111. Kurhess. G.-D. §. 80.

243) Preuß. St.-D. §. 114, 115.

Pflichtverletzung aufzulösen, ist zuweilen gesetzlich festgestellt²⁴⁴). Er pflegt sich unter der Leitung eines aus seiner Mitte gewählten Vorstehers zu Beschlüssen zu versammeln²⁴⁵), und zuweilen gibt es besondere Instruktionen für seine Geschäftsführung²⁴⁶).

VII. Gemeindebefehl ist derjenige Act, wodurch eine Willensbestimmung der Gemeinde in Ansehung einer Gemeindeangelegenheit zur Existenz kommt, es sei nun durch die Thätigkeit einer Gemeindeversammlung oder eines Gemeindeausschusses. — Das römische Recht erfordert zu jeder Versammlung der curia, des collegium decurionum, Hinzuladung aller Stimmberechtigten²⁴⁷), die Anwesenheit von zwei Dritttheilen derselben²⁴⁸), ohne welche die Ernennung eines Syndicus ausdrücklich für ungültig erklärt ist²⁴⁹), und zu einem Beschlusse Stimmenmehrheit²⁵⁰); durch Stimmenmehrheit der Gemeindeglieder läßt auch das alte deutsche Recht gültige Gemeindebefehle entstehen²⁵¹). — In Teutschland pflegt man jene römische Bestimmung als für alle Gemeindebefehle geltend zu betrachten²⁵²); sie ist oft in Particulargesetzen in diesem Umfange aufgenommen²⁵³), und die darüber herrschende Controverse: ob die Mehrheit der Stimmen nach der Zahl der Anwesenden genüge, oder nach der Zahl sämmtlicher stimmfähiger Glieder zu berechnen sei, ist bald zu Gunsten der ersten²⁵⁴), zuweilen zu Gunsten der letzteren Ansicht entschieden²⁵⁵). Gemeindebefehle, welche sich überall nicht auf Gemeindeangelegenheiten beziehen, kann es nicht geben²⁵⁶), also auch keine Gemeindebefehle zu Verbrechen²⁵⁷). Allein insofern sie nicht als Substrat einer privatrechtlichen Persönlichkeit, sondern als Inbegriff von Subjecten in Gemeindeangelegenheiten, als Volk im Volke (s. oben) beschließt, und in der Verwirklichung dieses Beschlusses Rechtsverletzungen

244) Preuß. St.-D. §. 83.

245) Preuß. St.-D. §. 45, 75, 76, 78, 79.

246) So für die preuß. Stadtverordneten vom 17. März 1831 und in der Königl. sächs. St.-D. §. 153—177.

247) L. 2. C. de decurion. (10. 31.)

248) L. 3. D. de decret. ab ord. fac. (50. 9.)

249) L. 3. D. quod univ. nom. (3. 4.)

250) L. 19. D. ad municip. (50. 1.) L. 160. §. 1. D. de R. J. L. 5. C. de legation. (10. 63.)

251) Sächs. Landr. B. II, 55. Schwab. Landr. (Senkenb.) 408, 1. Zuweilen wird auch eine Mehrheit von zwei Dritttheilen gefordert. Martenrecht der ostberrsch. Mark v. 1339, bei Rindlinger, Münst. Beitr. III. 384.

252) Vgl. z. B. Sachs. a. a. D. §. 242, Note 14. Maurenbrecher a. a. D. §. 169, Note 2, erklärt sich indeß dagegen, daß die Anwesenheit von $\frac{2}{3}$ erforderlich ist.

253) So preuß. St.-D. §. 79. Königl. sächs. St.-D. §. 111, Zif. 4. Großh. heff. G.-D. Art. 31. Bad. G.-D. §. 11, 17. Döben. Eb.-G.-D. Art. 28, 48.

254) Sächs.-altenb. Grundges. §. 111. Bayer. G.-D. §. 38.

255) Preuß. St.-D. und bad. G.-D. a. a. D.

256) Sächs.-altenb. Grundges. a. a. D. Der Beschluß verbindet alle Gemeindeglieder, doch darf er sich nicht über die Privatrechte von Einzelnen oder Corporationen erstrecken.

257) Vgl. den Art. Corporation.

begehrt, können diese mit Strafen bedroht werden, sobald sie nur keine Rechte der Einzelnen berühren, welche nicht von ihrer Eigenschaft als Gemeindeglieder abhängig sind. — Denn da, sofern für den Gemeindegliedzweck und nach dem Gemeindevillen gehandelt wird, jeder, der sich der Gemeinde nicht entziehen können oder nicht entzogen hat, für alle steht, und alle für einen gelten, so muß auch jedes Gemeindeglied als Ursache dieser Wirkung betrachtet werden, und seine Rechte, die es als solches hat, sind mit denen der ganzen Gemeinde identisch. Ein Gemeindeglied kann ein solches nur insofern sein, als es rechtlich mit dem Willen und der Thätigkeit der Gemeinde als in Uebereinstimmung betrachtet wird, so wie es als solches nur Rechte haben kann, insofern die Gemeinde sie hat. — Daher rechtfertigt es sich in solchen Fällen, Gemeinden ihre Privilegien zu entziehen²⁵⁸⁾, Nachtheile in Ansehung ihrer Güter gegen sie zu verhängen²⁵⁹⁾, oder sie aufzulösen²⁶⁰⁾.

VIII. Gemeindevahl ist derjenige Beschluß, wodurch eine Gemeinde jemanden zu einem Gemeindeamte bestimmt. Sie kann von der Gemeindeversammlung oder von einem Gemeindeausschusse geschehen. Die Wahl der Beamten ist dasjenige Mittel, wodurch die Theilnahme des ganzen zu einer Gemeinde vereinigten Volkstheiles an der Administration der Gemeinangelegenheiten möglich gemacht und bewirkt werden soll. Die Wahl muß also von der Gemeindeversammlung selbst ausgehen²⁶¹⁾, oder von den Wählern, welche entweder unmittelbar oder doch mittelbar von ihr gewählt sind. — So wählt sie z. B. die Mitglieder des Ausschusses²⁶²⁾, diese wiederum die des Vorstandes²⁶³⁾, beide zusammen wiederum den Vorsteher des Vorstandes²⁶⁴⁾; oder wenn ein Vorstand oder Ausschuß aus mehreren Abstufungen von Gliedern besteht, die Gemeindeversammlung die unterste, diese die zweite Stufe u. s. w., z. B. der Bürgerausschuß die Stadtverordneten, diese den Magistrat, oder Bezirksdeputirte die Städtältesten, diese, wenn auch im Vereine mit den übrigen Abstufungen, die Glieder dieser letzteren²⁶⁵⁾, wo denn freilich diese sich theilweise durch eigene Wahl ergänzen. Es findet sich aber sogar, daß Vorstände oder Ausschüsse sich blos durch eigene Wahl

258) Kais. Malcapit. VIII. 13.

259) Auth. Frid. I. Item nulla communitas etc. de episcop. et cler. (1. 3.) II. Feud. 53 (wo freilich von Friedensbruch die Rede ist, der aber vom Standpunkte damaliger Zeit als ein Mißbrauch der einer Gemeinde zustehenden Fehdebefugniß aufgefaßt werden kann). Vgl. inbeß auch Auth. Frid. I. Item quaecunque communitas etc. de episcop. etc. u. c. 5, in VI. de sent. excomm.

260) Vgl. oben VI. a. G.

261) Württemb. G.-G. §. 5. Großh. heff. G.-D. Art. 34. Bad. G.-D. §. 11, 12, 29, 36 flg.

262) Preuß. St.-D. §. 50 vgl. mit §. 11—20, §. 28. Kurheff. G.-D. §. 38. Königl. sächs. Ed.-G.-D. §. 43. — In Bayern durch Wahlmänner: bayer. G.-D. §. 74.

263) Preuß. St.-D. §. 90. Königl. sächs. St.-D. §. 111. Kurheff. G.-D. §. 39. Bayer. G.-D. §. 81.

264) Kurheff. G.-D. §. 40.

265) Vgl. Sachs. a. a. D. Königl. sächs. Ed.-G.-D. §. 40.

ergänzen, z. B. der Magistrat in Hamburg²⁶⁶), die Bürgerdeputirten in Schleswig und Holstein²⁶⁷). Zuweilen muß eine Bestätigung des Vorstandes die Wahl der Glieder eines Ausschusses, welche von der Gemeindeversammlung u. s. w. geschehen, sanctioniren²⁶⁸). Ebenso erfordern die Wahlen der Glieder des Vorstandes oder des Vorstehers desselben oft eine Bestätigung²⁶⁹), oder eine Auswahl aus mehreren Gewählten, von Seiten einer Regierungsbehörde²⁷⁰) oder des Regenten²⁷¹); und zuweilen haben die Regierungen eine Bestimmung von ihrer Seite an die Stelle der Wahl gesetzt²⁷²). Stimmenmehrheit pflegt zu entscheiden²⁷³), und die Particulargesetze enthalten besondere Bestimmungen über die Erfordernisse der Wahlberechtigung, der Wählbarkeit, die Umstände, welche von der Annahme der Wahl befreien²⁷⁴), über die Art und Weise, wie das Wahlgeschäft vorzunehmen und durch Wahlvorsteher zu leiten ist²⁷⁵).

IX. Gemeindeautonomie ist die von einer Gemeinde ausgehende Bildung rechtlicher Vorschriften, welche ihre Glieder und Angehörigen zur Befolgung verbinden. — Es läßt sich dieß entweder so denken: 1) daß eine Gemeinde sich eine Verfassung gibt, nämlich in dem Sinne, daß sie in Beziehung auf ihren Gemeinzwed gewisse Verhältnisse unter ihren Angehörigen festsetzt, aus denen jene Vorschriften folgen²⁷⁶); oder auch so: 2) daß sie solche Vorschriften für die rein privatrechtlichen, nicht von der Eigenschaft eines Gemeindeangehörigen abhängigen, Verhältnisse derselben gibt. — Man erklärt nun zwar häufig die Autonomie als die Befugniß, sich vertragmäßig selbst gebilligten Rechtsvorschriften zu unterwerfen²⁷⁷). Allein diese Erklärung befriedigt hier gewiß nicht.

266) Hamburger Stadtr. v. 1292, Art. 6 (Anderson, Hamb. Privatr. Bb. 1, S. 225).

267) Galck a. a. D. Bb. 1, §. 36.

268) Preuß. St.-D. §. 74.

269) Preuß. St.-D. §. 90, 93. Bad. G.-D. §. 11. Kurhess. G.-D. §. 50.

270) Bei der Wahl eines Bürgermeisters: großh. hess. G.-D. Art. 13, oder Gemeindevorsteher: württemb. G.-E. §. 11, 12.

271) Bei der Wahl eines Oberbürgermeisters: preuß. St.-D. §. 94. Kurhess. G.-D. §. 50.

272) Namentlich in Holstein. — Sendet die Regierung der Gemeinde einen Bürgermeister, ehe sie gewählt hat, so läßt sie es sich zuweilen gefallen, des Wahlgeschäftes entledigt zu sein. So sind denn zuweilen die Wahlen außer Gebrauch gekommen.

273) Vgl. preuß. St.-D. §. 90.

274) Großh. hess. G.-D. Art. 24, 34, 14, 27, 36. Bad. G.-D. §. 13, 15, 30, 32. Königl. sächs. Eb.-G.-D. §. 28—33.

275) Preuß. St.-D. §. 65 flg. Königl. sächs. St.-D. §. 122—152, 200 flg. Großh. hess. G.-D. Art. 37—40. Bad. G.-D. §. 11, 27 flg. Verord. v. 1. Juni 1832, 4. Dec. 1833, 6. März 1834. Kurhess. G.-D. §. 45, 46. Königl. sächs. Eb.-G.-D. §. 7—9, 11—15, 24.

276) Ex iure fit regula. L. 1. D. de R. J.

277) Puchta, das Gewohnheitsrecht Bb. 1, S. 156 flg. Auch Maurerbrecher a. a. D. Bb. 1, §. 71, der eine sehr belehrende Erörterung dieses Gegenstandes gibt, schließt wenigstens den Vertrag, als Begründungsart des autonomschen Rechtes, nicht aus. Vgl. den Art. Autonomie.

Denn kann man auch durch Verträge in Gemäßheit der geltenden Rechtsnormen in rechtliche Verhältnisse treten und sich so den Regeln unterwerfen, welche aus diesen wiederum folgen, so gehört dazu doch immer die Einwilligung jedes Einzelnen, die man bei der Autonomie nicht fordert. — Eine Autonomie in der zweiten Bedeutung haben nun zwar sowohl Städte als Landgemeinden²⁷⁸⁾ früher in Deutschland geübt; aber die Befugniß dazu läßt sich nur begründen, wenn man jede Gemeinde als eine besondere Rechtsgenossenschaft betrachtet, deren gemeinsame Ueberzeugung die erzeugende (materiale) Quelle des Rechtes für ihre Genossen ist. Das sogen. *ius statuendi* in diesem Sinne ist indeß als untergegangen zu betrachten. Bei der Behauptung, daß die Städte es zu üben noch befugt seien, wenn es ihnen nicht durch Gesetze entzogen worden²⁷⁹⁾, scheint man zwar auch diese Art der Autonomie im Auge gehabt zu haben. Allein die jetzige Lage der Städte ist eben so wenig, wie die anderer Gemeinden, von der Art, daß sie in jeder Beziehung, und auch abgesehen von ihren Gemeindeangelegenheiten, als besondere Rechtsgenossenschaften betrachtet werden können. Auch kann man sich nicht darauf berufen, daß die Ertheilung des Stadtrechtes zu einer Zeit, wo die Städte eine solche Autonomie geübt, stillschweigend eine Einräumung derselben involvirt habe²⁸⁰⁾; weil diese Autonomie nicht unmittelbar auf dem Privilegium, sondern auf der rechtlichen Bedeutung der Gemeinde beruht und diese sich geändert hat. — Nur dann, wenn man annimmt, daß die Gemeinden die Eigenschaft besonderer Rechtsgenossenschaften in dem gedachten Umfange auch noch jetzt nicht verloren²⁸¹⁾, kann man eine solche Autonomie für sie in Anspruch nehmen. — Mit einer auf einem solchen Grunde beruhenden Autonomie verträgt es sich indeß jedenfalls schlecht, daß die von derselben ausgehenden Normen der landesherrlichen Bestätigung²⁸²⁾ bedürfen sollen. — Eine Gemeindeautonomie in der ersten Beziehung läßt sich aber aus der Befugniß eines jeden, seine eigenen Angelegenheiten zu ordnen, und die Bedingungen festzusetzen, unter denen eine Theilnahme an den ihm eigenen Einrichtungen gestattet sein soll, insofern er dabei innerhalb derjenigen Grenzen bleibt, die die ihm selbst bindenden Rechtsnormen gesteckt haben, erklären²⁸³⁾. Innerhalb dieser Grenzen erkennen römisches²⁸⁴⁾ und

278) Maurenbrecher a. a. D. §. 72, 73, Note 1 vgl. mit §. 71, Note 6.

279) Maurenbrecher a. a. D. §. 72.

280) Maurenbrecher a. a. D.

281) Diese Idee scheint zum Grunde zu liegen, wenn man (Struben, Nebenst. Bd. 1, S. 420 flg., Riccius, von den Stadtgesetzen Bd. 2, Spst. 2) den ununterbrochenen Besitz der Autonomie fordert.

282) S. Maurenbrecher a. a. D.

283) J. B. sachsen-altent. Grundges. §. 119: Bei Ausübung dieser allgemeinen Rechte (s. oben) hat auch die Stadtgemeinde, mittelst des Statutenrechtes, die Befugniß, für ortsbürgerliche Zuständigkeiten und allgemeine Ordnung, durch Beschluß oder vertragmäßiges Uebereinkommen unter sich, zu Beförderung der städtischen Zwecke, verbindende Bestimmungen festzusetzen.

284) L. 4. D. de collegiis et corpor. (47. 22.)

teutsches Recht²⁸⁵) die Gemeindeautonomie an; wiewohl neuere Gesetze, obgleich sie zuweilen die Errichtung besonderer Localgesetze für Gemeindeangelegenheiten vorschreiben²⁸⁶), deren Gültigkeit an die Genehmigung der Regierung²⁸⁷) oder des Regenten selbst²⁸⁸) knüpfen, auch der Gemeindeversammlung oder den Gemeindeauschüssen nicht mehr als Beantragung, Berathung und Begutachtung zu gestatten pflegen²⁸⁹). — Vermöge dieser Gemeindeautonomie muß man innerhalb der angegebenen Grenzen gemeinrechtlich eine Gemeinde für befugt halten: a) die Erfordernisse für den Erwerb der Genossenschaft in der Gemeinde zu bestimmen, und das Verhältniß festzusetzen, in welchem ihre Genossen an den administrativen Gemeindehandlungen (Gemeindeverfassung im engsten Sinne), den Contributionen zu Gemeindezwecken und den Nutzungen der Gemeindegüter Antheil haben (Gemeindeverfassung im engeren Sinne); und b) die Bedingungen festzusetzen, unter welchen Genossen oder auch Fremde an ihren Einrichtungen Theil nehmen dürfen, es sei nun durch eigentlichen Fruchtbezug von Gemeindegütern, oder bloß Benutzung oder Aufenthalt im Gemeindegebiete, z. B. zum Zwecke des Verkehrs, oder mit einem Worte, Vorschriften der eigentlichen Gemeindepolizei (s. unten XI.) zu geben. Vorschriften dieser letzteren Art bilden den gewöhnlichen Inhalt der älteren von den Gemeinden selbst gewillkürten Gemeindeordnungen; während man jetzt mit diesem Namen die von der Gesetzgebung des Staates ausgehenden Gemeindegesetze zu belegen pflegt.

X. Gemeindegerechtigbarkeit ist diejenige, welche von einem Vorsteher der Gemeinde als solchem ausgeübt wird. — Sie fand sich bei den römischen Municipien, und bis gegen das Ende des Freistaates wohl unbeschränkt²⁹⁰), während sie anderen Gemeinden fehlte, bis die neuesten Organisationen jeder Stadtgemeinde in den von ihr selbst gewählten Defensoren eine eigene Gerichtsbehörde, wenn auch mit Beschränkung auf einen gewissen Sachwerth, zu Theil werden ließen²⁹¹). Auch in Deutschland stand sie wohl nicht bloß der ursprünglichen, unabhängigen Volks-

285) Sächs. Landr. B. II, 55, B. III, 79. Schwab. Landr. 408, 1. Bgl. Wittermaier a. a. D. §. 122, Note 8.

286) Preuß. St.-D. §. 2. Königl. sächs. St.-D. §. 1—5 und Ges. v. 2. Febr. 1832, das Verfahren bei Einführung der Städteordn. betr. §. 10—15.

287) Königl. sächs. V.G.-D. §. 2, 3. Kurhess. G.-D. §. 3. — Zuweilen Genehmigung des Minister. des Innern, so in den kurhess. Hauptstädten (Kurb. G.-D. §. 3), und nach der preuß. St.-D. §. 4. Sächs. St.-D. §. 5.

288) Sächs.-altenb. Grundges. a. a. D. und wenn sie Abweichungen vom Gesetze enthalten, nach preuß. St.-D. a. a. D.

289) Preuß. St.-D. §. 4.

290) Bgl. Savigny a. a. D. Bb. 1, §. 28 flg., und über die beschränktere Gerechtigbarkeit der Städte im cisalpinischen Gallien ebenas. §. 35 flg.

291) Bgl. ebenas. §. 64 flg. — Die ersten Spuren von ihrer Gerechtigbarkeit finden sich unter Valens und Valentinian (L. 1. C. de defensor. [1. 55.]). Ueber deren Ernennung und Bestätigung durch den Præfectus Prætorio, besonders T. C. de defensor. (1. 11.) Nov. 15. c. 1. Ihre frühere beschränktere Competenz wurde von Justinian bis zu 300 solidi des Sachwerthes erhöht. Nov. 15. c. 3. 4.

gemeinde²⁹²), sondern auch nach Ausbildung einer Herrschergewalt jeder Gemeinde zu, insofern es sich von Uebertretungen der Vorschriften der Gemeindepolizei, namentlich auch vom Gebrauche falscher Maße und falschen Gewichtes im Verkehre handelte²⁹³), ohne darum gerade auf die Verhängung der dadurch verwickelten Strafen beschränkt zu sein. Vielmehr scheint, wie bei der ädilischen Gerichtsbarkeit der Römer, auch die dadurch begangene Verletzung von Privatrechten der Gemeindegerichtsbarkeit angehört zu haben²⁹⁴); ja die Vorsteher von Dorfgemeinden hatten die Gerichtsbarkeit zuweilen in allen Streitigkeiten über Geld und fahrende Habe, so wie in Ansehung der Bestrafung handhaften Diebstahles von geringem Betrage²⁹⁵); manche andere Gemeinden in allen Streitigkeiten von geringem Werthe²⁹⁶). Diese Gerichtsbarkeit kann man als eine den Gemeinden vermöge ihres staatlichen Verhältnisses eigene, als eine eigentliche Municipalgerichtsbarkeit, betrachten. — Während sie bei den Dorfgemeinden sich nur zuweilen als eine Polizeigewalt²⁹⁷) und in den Märkerdingen, Haingeraiden oder Holzgebirgen der Markgenossenschaften²⁹⁸) erhalten, hat sich die städtische Gerichtsbarkeit regelmäßig erweiternd umgewandelt. — Ein Streben der Städte nach ausgedehnterer Gerichtsbarkeit erscheint schon in den ihrer Verfassung zum Grunde liegenden Sitten gegeben, welche nicht nur Uebertretungen ihrer gesellschaftlichen Ordnung mit Geldstrafen und Ausschließung von der Genossenschaft ahndeten²⁹⁹), sondern auch Verletzungen gegen Gildebrüder überhaupt unter diesen Gesichtspunkt gestellt zu haben scheinen³⁰⁰) und es den Genossen zur Pflicht machten, in Streitigkeiten untereinander wenigstens nicht eher, als bis sie die Schlichtung derselben durch die Gilde vergeblich versucht hatten, sich an die Gerichte der landesherrlichen Beamten zu wenden³⁰¹). Später erwarben die Stadtgemeinden regelmäßig die Befugniß von dem

292) Ueber die Gerichtsbarkeit dieser civitates (Caesar de B. G. VI. c. 23., Tacitus Germ. c. 10. 13. 14. 15.), regiones, pagi, vici, die im Frieden keinen communis magistratus hatten (Caesar l. c.), unter besonderen von ihnen gewählten magistratus (Caesar l. c. c. 22.), reges, principes, s. Caesar l. c. c. 22. 23. Tacitus l. c. c. 12. Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgesch. §. 14.

293) Sächs. Landr. B. II, 13, und ausführlicher: sächs. Reichsbild a. 19.

294) Vgl. sächs. Landr. a. a. D.

295) Sächs. Landr. a. a. D.

296) Beispiele bei Emminghaus, memorab. Susat. p. 118. Kopp, heff. Gerichtsverf. §. 244. Eichhorn, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bd. 2, S. 201, 202, Note.

297) Vgl. z. B. preuß. Landr. Th. 2, Tit. 7, §. 79, 86. Klein a. a. D. §. 788. Bayer. G.-D. §. 117, 118.

298) v. Edw a. a. D. S. 191 flg., S. 269 flg., und über das Verhältniß der Obermärker und Holzgrafen als Beamten der Genossenschaft ebendas. S. 47 flg., S. 126 flg. Nur wo diese Personen als Obereigentümer der Markt (ebendas. S. 43 flg., S. 52 flg.) die Gerichtsbarkeit üben, kann sie als eigentliche Gemeindegerichtsbarkeit nicht betrachtet werden.

299) Wilba a. a. D. S. 121, 122, 132, 133, 136, 141, 143.

300) Wilba a. a. D. S. 139.

301) Wilba a. a. D. S. 136 flg.

Landesherrn, ihre Gerichte selbst zu besetzen³⁰²), und befreiten sich so von den landesherrlichen oder königlichen Gerichtsbeamten³⁰³). Die Möglichkeit, eine solche Befugniß durch einen privatrechtlichen Titel zu erwerben³⁰⁴), auf der einen, die Möglichkeit, die Gemeinde dem Staate gegenüber als eine Privatperson zu betrachten, auf der anderen Seite, die sich insbesondere in der Ansicht einer vermögensrechtlichen Persönlichkeit derselben verwirklichte, ließ es zu, diese Befugniß als einen Theil des Vermögens, des patrimonii der Städte, und sie als eine sogen. Patrimonialgerichtsbarkeit anzusehen³⁰⁵). Das Dasein dieser Auffassungsweise läßt sich nicht leugnen, und sie ist eine nothwendige Folge der in der teutschen Verfassung so wichtigen lehnrechtlichen Grundsätze. — Allein da man unter Gerichtsbarkeit nicht mehr und nicht weniger versteht, als die Befugniß, die Rechtspflege zu verwalten, diese aber in der sogen. Patrimonialgerichtsbarkeit an sich noch gar nicht liegt, und der Inhaber derselben, wenn ihm die Fähigkeit zur Verwaltung der Rechtspflege mangelt, die Befugniß zu derselben überall nicht hat, so ist der richtige Name für jene von den Städten erworbene Befugniß der der Gerichtsherrlichkeit, als das Recht, die Gerichte zu besetzen, die Einkünfte der Rechtspflege zu beziehen, verbunden mit der Pflicht, den dazu erforderlichen Aufwand zu bestreiten³⁰⁶). — Diese Befugniß ist in dem Wesen der heutigen Gemeinden, die keine in jeder Beziehung selbstständigen Rechtsgenossenschaften bilden, keineswegs gegründet; und inwiefern sie ihnen zusteht, hängt bloß davon ab, inwiefern sich ein besonderer Erwerb derselben nachweisen läßt. — Insofern man die sogen. freiwillige Gerichtsbarkeit als ein Zubehör des eigentlichen Richteramtes betrachtet, muß denn auch jene Gerichtsherrlichkeit die Befugniß enthalten, für sie eine Behörde einzusetzen³⁰⁷). Doch kommt die Führung der Grundbücher auch als eine von den Gemeindevorstehern zu verwaltende eigentliche Gemeindeangelegenheit vor³⁰⁸), so wie auch gewisse Beglaubigungen von Rechtsgeschäften³⁰⁹).

XI. Gemeindepolizei im eigentlichen Sinne ist die Handhabung der vorschriftsmäßigen Ordnung, deren Beobachtung die Bedingung der

302) Vgl. altenh. Grundges. §. 121: Denjenigen Städten, denen die Wahl ihrer Justizbeamten bisher zustand... Königl. sächs. St.-D. §. 235.

303) Vgl. Eichhorn a. a. D. §. 302, nach Note g, vgl. mit §. 244, 290, nach Note n—q, §. 310, nach Note e.

304) Davon gibt es viele Beispiele. Vgl. z. B. Origines guelf. IV. 207. Pufendorf, obs. I. opp. p. 268. Wigand, Ferngericht S. 112, Note 23, S. 113, Note 25, S. 125, Note 12, S. 127, Note 6, S. 143, 144, Note 50, S. 152, Note 70. Königl. sächs. St.-D. §. 236.

305) Vgl. z. B. Claproth a. a. D. Bb. 7, §. 24. Mittermaier a. a. D. §. 139. Königl. sächs. St.-D. §. 237, 240. Für eine solche Gerichtsbarkeit paßt die Benennung Municipalgerichtsbarkeit, die Bülau a. a. D. S. 642 für sie in Anspruch nimmt, überall nicht.

306) V. G.-D. Art. 2, 204. Königl. sächs. St.-D. §. 242.

307) Vgl. auch Königl. sächs. St.-D. §. 243.

308) Sächs.-goth. G.-D. §. 46. Bad. G.-D. §. 41 a. G., §. 42 a. G.

309) Preuß. Landr. a. a. D. §. 79, 86. Klein a. a. D. §. 788.

Theilnahme an den Gemeinbenutzungen ist (s. oben unter IX. b). — Die Uebertretung dieser Ordnung ist, insofern sie nicht zugleich andere Gesezwidrigkeiten enthält, zwar gewöhnlich von der Art, daß die Handhabung dieser Ordnung sich durch Aufsicht, Anzeige und Beurtheilung in die verwickelten Strafen erhebt, und fällt also insofern mit der polizeilichen Gemeindegerechtigbarkeit, der Municipalgerichtbarkeit im strengsten Sinne (s. oben unter X.) zusammen. Allein man darf doch einen präventiven Zwang gegen Handlungen, welche die Sicherheit der Gemeinde, ihrer Genossen oder ihrer Güter bedrohen, z. B. gegen das Betreten des Gemeinbezuges von Bettlern und Landstreichern, gegen Brandstiftungen und sonstige Beschädigungen, damit um so weniger als ausgeschlossen betrachten, als diese Sicherheit schon der Natur der Sache nach zu den Gemeinbezügen gehört, ja in manchen Fällen die Geseze selbst Einzelnen im gemeinsamen Interesse einen solchen Zwang gestatten³¹⁰), wenn auch diese Vorschriften bei veränderten Verhältnissen nur modificirte Anwendung erleiden können. — So wie die Stadt Rom selbst, so hatten auch die römischen Municipien ihre Aedilen, denen insbesondere die Sorge für die Sicherheit der Straßen und des Marktverkehrs, neben der Jurisdiction in damit zusammenhängenden Streitigkeiten, oblag³¹¹); in der späteren Zeit sind auch die Defensores der Stadtgemeinden mit solchen Functionen bekleidet, so mit der Aufsicht über Maße und Gewicht³¹²), der Ergreifung von Verbrechern, insbesondere der latrones, und der Untersuchung der geringeren Verbrechen³¹³). Ebenfalls liegen solche Functionen, wie bemerkt, in der deutschen Municipalgerichtsbarkeit. Daß dabei die eigentliche polizeiliche Function, die Aufsicht und der präventive Zwang, von der gerichtlichen, der Beurtheilung in die verwickelte Strafe, sich nicht gesondert findet, darf um so weniger auffallen, als man ja auch heutzutage noch Beides zusammenzuwerfen, und wegen der verwickelten Strafe nicht etwa die Polizeibehörde als Klägerin bei den Gerichten aufzutreten zu lassen, sondern ihr selbst die Untersuchung und Entscheidung zuzuweisen pflegt. — Indes ist doch eine solche Sonderung zuweilen beobachtet, indem namentlich die Dorfvorsteher die Vergehen, welche sie zu bestrafen selbst nicht befugt, bei den beikommenden Behörden zu denunciiren, zu rügen oder zu wrogen angewiesen sind³¹⁴), und neuere Geseze,

310) Gegen Straßenräuber, Deserteur und Ueberläufer (L. 1. 2. C. quando liceat unicuique [3. 27.], L. 4. C. ad legem Corn. [9. 16.], L. 3. §. 16. C. ad leg. Corn. de siccar. [48. 8.]), gegen Landfriedensbrecher (Landfr. v. 1495, §. 4).

311) Liv. II. 57. III. 55. Festus v. Aedilis. L. 2. §. 21. D. de O. J. u. a. Hülmann, röm. Grundverfassung S. 206, 419. Niebuhr, röm. Gesch. Bd. 1, S. 680, 690, Bd. 3, S. 42 fig. Walter, Rechtsgesch. S. 157, und über die Aedilen in den Municipien insbesondere: Cic. ad div. XIII. ep. 11. L. 30. §. 1. D. locati. (19. 2.) L. 2. C. si serv. aut libert. (10. 32.) Thibaut, civ. Abh. S. 136, Note 13 und das. Citirte; auch Gans, Scholien zum Gaius S. 15, Note 1. Vgl. den Art. Aediles.

312) L. 9. C. de defensor. (1. 55.)

313) L. 6. L. 7. C. eod. Nov. 15. c. 6.

314) So schon sächs. Landr. B. I, 2. Daher die Ruggerichte, auf denen freilich auch noch viele andere Geschäfte abgemacht werden. S. Kopp, von

welche ihnen in ihrer Eigenschaft als Gemeindebeamten die Gemeindepolizei unter dem Namen der Orts- oder Dorfpolizei zuweisen³¹⁵), haben ihnen zuweisen die Bestrafung gänzlich entzogen und sie auf jene Rüge beschränkt³¹⁶). Die Mehrzahl der neueren Gesetze aber erklärt den Gemeindevorsteher, oder den ganzen Gemeindevorstand (je nach Verschiedenheit der oben unter V. bemerkten Systeme), in Ansehung der ihm, wie wohl zuweilen mit Beschränkungen³¹⁷), zugewiesenen Polizei ausdrücklich für ein Organ der Staatsregierung³¹⁸), oder für einen landesherrlichen Diener³¹⁹), oder für einen Beauftragten der Staatsregierung³²⁰), und behält letzterer die Befugniß vor, besondere Staatsbeamte mit den polizeilichen Functionen zu bekleiden³²¹). Dadurch verliert denn freilich diese Polizeigewalt den Charakter einer Befugniß der Gemeinde, und es verliert sich in ihr die ganze Gemeindepolizei. Als ein besonderer Zweig der Landgemeindepolizei ist hier noch die Ueberwachung der Feldfrüchte gegen Beschädigung, Vernichtung und Entwendung, so wie der Feldgrenzen gegen Verrückung zu erwähnen, welche von Felbhütern oder Flurschützen³²²), Steinsehern oder Siebenern³²³) geübt wird, welcher die Ueberwachung der Deiche durch Deichgrafen und Deichgeschwornen³²⁴), sowohl um der aus deren Mangelhaftigkeit entspringenden Gefahr vorzubeugen, als Verletzungen derselben abzuwenden, an die Seite zu setzen ist. Diese Beamten sind regelmäßig wirkliche Gemeindebeamten. Uebrigens können alle verschiedenen Zweige der Polizei auch als der Ortspolizei angehörig gedacht werden³²⁵); allein es gibt Zweige der Polizei, welche auch für die einzelne Gemeinde ihren Zweck nur erreichen können, wenn im ganzen Staatsvereine ein zusammenhängendes gleichmäßiges Streben für dieselben in der Art stattfindet, daß die besonderen Interessen einzelner Gemeinden den Interessen der Gesammtheit der Staatsbürger untergeordnet werden müssen, z. B. die höhere Gewerbspolizei, und insofern läßt sich denn eine Grenze für eine besondere Ortspolizei ziehen.

den geistl. und Civilgerichten in Hessen Th. 1, §. 238, S. 309. Claprotch a. a. D. §. 29.

315) Vgl. preuß. Landr. Th. 2, Tit. 7, §. 46 flg. Klein a. a. D. §. 786. Bayer. G.-D. Art. 108 flg.

316) Sachs.-goth. G.-D. §. 32.

317) So in Ansehung der Personen und der zu verhängenden Strafen: Bad. G.-D. §. 51.

318) Preuß. St.-D. §. 45, 84 flg., 109. Königl. sächs. St.-D. §. 178 flg. Bayer. G.-D. §. 45 flg., §. 67 flg., §. 107 flg. Kurhess. G.-D. §. 61.

319) Großh. hess. G.-D. Art. 12.

320) Oldemb. G.-D. Art. 33.

321) Bad. G.-D. §. 6. Preuß. St.-D. §. 109.

322) Sachs.-goth. G.-D. §. 4. Nach oldemb. Ed.-G.-D. Art. 55 ist der Kirchspielsfelbhüter indeß der Unterbediente in allen Amts- und Gemeindeangelegenheiten.

323) Sachs.-goth. G.-D. §. 3, 94. — Die Benennung Siebener rührt von der Zahl her. — Zuweilen liegen jedoch dem Vorstande dergleichen Functionen ob. Bayer. G.-D. §. 115.

324) Laurenbrecher a. a. D. §. 173a, Zif. 4. Schlesw.-holst. Deichreglement v. 6. April 1803, §. 4.

325) Vgl. das Verzeichniß in der bad. G.-D. §. 48.

XII. **Gemeindegebiet** ist derjenige Theil des Staatsgebietes, welcher der administrativen Einwirkung der Gemeinde unterworfen ist. — Die Gesetze betrachten dasselbe als ein wesentliches Erforderniß der Stadt- und Landgemeinden³²⁶), und nach ihm bestimmt sich regelmäßig deren Umfang³²⁷). Seine Grenzen können nur mit Genehmigung der Staatsregierung verändert werden³²⁸). In Beziehung auf die Gemeindeverwaltung ist es bisweilen wiederum in Bezirke abgetheilt, denen besondere Vorsteher gegeben sind³²⁹). Der Grund und Boden, über den es sich erstreckt, kann entweder im Eigenthume stehen oder nicht. Daß im ersteren Falle dieses Eigenthum bald Personen, welche eigentliche Gemeindeglieder oder sonstige Gemeindeangehörige sind, bald Ausmärkern oder Forensen (s. oben II. Note 142) zustehen kann, versteht sich von selbst, so wie es auch im sogen. Obereigenthume eines Grundherrn stehen kann. Es kann aber auch Eigenthum der Gemeinde sein, was dann freilich voraussetzt, daß, wie es regelmäßig der Fall ist, derselben eine moralische Persönlichkeit beizumessen (s. unten XIII.). — Der letztere Fall kann zwar dann nicht eintreten, wenn man von der Ansicht ausgeht, daß Grund und Boden, welcher sich in keinem Privateigenthume befindet, Eigenthum des Staates sei. Diese in Deutschland häufig aufgestellte Ansicht wird indeß in neuerer Zeit als unrichtig anerkannt³³⁰); wiewohl allerdings der Staat, oder seine moralische Persönlichkeit, der Fiscus, ebenso wie Privatpersonen, Eigenthümer oder Obereigenthümer von dem Grunde und Boden des Gemeindegebietes sein kann. — Es ist aber nun auch die Möglichkeit gegeben, daß ein Gemeindegebiet, oder ein Theil desselben, eine wahre res publica ist (s. unten XIII. bei Note 334); so daß es zwar unter der Herrschaft der Staatsgewalt steht und diese fremde Staaten, so wie deren Angehörige, von der Einwirkung auf dasselbe, so wie von dessen Benutzung ausschließen kann, den Angehörigen des Staates aber die Ausübung derjenigen Befugnisse gestatten muß, welche aus ihrer Bestimmung zum gemeinsamen Gebrauche folgen. Besteht dieses Verhältniß, so kann der Gemeinde die Befugniß, solche Angenossen, welche Angehörige desselben Staates sind, oder solche Fremde, denen der Staat die Theilnahme an jenem gemeinsamen Gebrauche gestattet, von demselben auszuschließen, nicht zustehen. Unter diesen Gesichtspunkt fallen insbesondere diejenigen Wege im Gemeindegebiete, welche nicht bloß zur Communication zwischen den Wohnungen und Grundstücken der Gemeindeangehörigen dienen, also nicht eigentliche Gemeindegänge sind, sondern in die Kategorie der öffentlichen Straßen gehören; ferner auch die schiffbaren oder flossbaren Gewässer. Damit kann man aber die Befugniß einer Gemeinde, über

326) Großh. hess. G.-D. Art. 2. Bad. G.-D. §. 5.

327) Vgl. kurhess. G.-D. §. 4—8. Düb. Vd.-G.-D. Art. 3.

328) Düb. Vd.-G.-D. Art. 5, 6.

329) Preuß. St.-D. §. 97. Bayer. G.-D. §. 89. Königl. sächs. St.-D. §. 230 flg. Kurhess. G.-D. §. 53. Zuweilen sind auch mehrere Gemeinden in Beziehung auf gewisse Angelegenheiten zu größeren, Districts-, Amts-, Kreisgemeinden, vereinigt. Bayer. G.-D. §. 7. Düb. Vd.-G.-D. Art. 127 flg.

330) Vgl. Maurenbrecher a. a. D. §. 189.

die Benutzung solcher Theile des Gemeindegebietes polizeiliche Vorschriften zu geben, und die Polizei über dieselben zu handhaben, sofern ihr solche Befugnisse nur überhaupt zustehen, nicht als ausgeschlossen betrachten, sofern nicht gesetzliche Bestimmungen dieselben, z. B. bei eigentlichen Heerstraßen, ausschließen. Die Pflicht benachbarter Gemeinden untereinander, sich gegenseitig Communicationswege durch ihr Gebiet zu gestatten, ist bereits im sächsischen Landrechte ausgesprochen³³¹). Steht der Gemeinde die Gerichtsbarkeit zu, so bildet das Gemeindegebiet zugleich einen Gerichtsbezirk, der bei Städten das Weichbild genannt zu werden pflegt. Gemeindegemark bezeichnet das ganze Gemeindegebiet, oder auch denjenigen Theil desselben, an dem den Gemeindegliedern Nutzungsrechte zustehen.

XIII. Gemeindegut ist der Inbegriff der Vermögensrechte einer Gemeinde. Es setzt voraus, daß dieser die moralische Persönlichkeit bewohnt. Denn ohne diese kann eine Gemeinde, ebenso wie der Staat, zwar ein Gebiet, aber keine Vermögensrechte haben. Das römische Recht unterscheidet unter den Gegenständen, welche dem Staate angehören, die pecunia populi³³²), das patrimonium fisci oder reipublicae³³³), von dessen Gebrauch die Einzelnen ausgeschlossen sind, und worüber der Fiscus allein verfügt; und die eigentlichen res publicae, quae in usu populi sunt³³⁴). Güter der ersteren Art kann eine Gemeinde ebenfalls haben, so gut wie jede Privatperson. — An den Gütern der letzteren Art haben die Gemeindeangehörigen, aber in ihrer Eigenschaft als Staatsangehörige, dieselben Nutzungsrechte, wie alle übrigen Staatsangehörigen. Sie können nur als Theile des Gemeindegebietes, nicht als Eigenthum der Gemeinde angesehen werden. — Zwischen beiden stehen, ihrer rechtlichen Bedeutung nach, solche Güter, an denen die Gemeindeglieder als solche Nutzungsrechte haben. Diese sind im Verhältnisse der Gemeindeglieder unter einander und zur Gemeinde zwar ebenfalls res publicae, aber dennoch heißt es, daß sie nur abusive so genannt werden³³⁵), indem sie vielmehr universitatis sind³³⁶). Im Verhältnisse zum Staate und dritten Personen müssen sie also, da sie der moralischen Person zustehen, als Privatgüter betrachtet werden; gehören also nicht bloß zum Gemeindegebiete, sondern zum Gemeindevermögen. Auch die neueren Gesetze unterscheiden jene beiden Arten von Gemeindegut, das patrimonium reipublicae, auch vorzugsweise Gemeindegut³³⁷), in den Städten auch das Kammereivermögen genannt³³⁸), und die res publicae im eigentlichen

331) Sächs. Landr. B. II, 47.

332) L. 6. pr. D. de contrah. emt. (18. 1.)

333) L. 72. §. 1. D. eod.

334) L. 6. pr. L. 72. §. 1. D. cit.

335) L. 50. D. de V. S.

336) §. 6. J. de rer. div. (2. 1.): Universitatis sunt, non singularum, quae in civitatibus sunt theatra, stadia et si qua alia sunt communia civitatum. L. 6. §. 1. D. eod. (1. 8.)

337) Bad. G.-D. §. 53.

338) Preuß. St.-D. §. 31. Königl. sächs. St.-D. §. 22, 29, 30. Ueber die dahin gehörigen Gegenstände: Kurhess. G.-D. §. 69 flg.

Sinne, z. B. das Allmendgut³³⁹), in den Städten auch das Bürgervermögen genannt³⁴⁰). Man kann unter ihnen wiederum (mit *Maurenbrecher*) solche unterscheiden, welche der eigentlichen Gemeindegenußung (s. unten XIV.) unterworfen sind, wie die Allmenden, und solche, an denen auch Anderen der Gebrauch freisteht, zuweilen auch Fremden, so lange die Gemeinde es gestattet, z. B. Brunnen, öffentliche Gärten und Spaziergänge. Allein der Unterschied liegt hier vielmehr in den Nutzungsbefugnissen, als in dem Gute, an dem sie zustehen und gewährt werden. — Die neueren Gesetze erkennen es an, daß das Gemeindegut dem Staate gegenüber als Privatvermögen³⁴¹) und zwar der Gemeindeglieder als *Gesamtheit*³⁴²) zu betrachten sei, und daß der Staat es nie als Staatsgut behandeln oder unter seine unmittelbare Verwaltung ziehen könne³⁴³). Indes ist die Bestimmung des Gemeindegutes immer die, zum Gemeindegut zu dienen; es sei nun, daß es einen Fond bildet, aus dem die für dieselben erforderlichen Ausgaben bestritten werden, wie das *patrimonium reipublicae*, oder daß es den Gemeindegliedern ein Mittel gewähren soll, dessen sie sich zur Erreichung ihrer Privat Zwecke bedienen können, wie die *res publicae universitatis*. Der Gemeindegut ist aber auch Staatszweck, wiewohl ein solcher, den die Staatsregierung nur mittelbar durch die Gemeinde zu erreichen strebt; und insofern läßt sich das Gemeindevermögen als ein zu mittelbaren Staatszwecken bestimmtes Vermögen bezeichnen. Von diesem Gesichtspunkte aus rechtfertigt es sich denn auch, daß die Staatsregierung dafür thätig ist, daß das Gemeindevermögen zu seinen Zwecken verwendet werde; aber der Begriff eines mittelbaren Staatsvermögens paßt freilich deshalb nicht³⁴⁴), weil aus diesem zu folgern stände, daß der Staat über dasselbe zu jedem Staatszwecke verfügen könnte, sobald er nur der Gemeinde, als eines Mittels, diese Verfügung zu bewerkstelligen, sich bediente. — Mit Recht hat man also eine solche, zuweilen dem Gemeindevermögen beigelegte, Qualifikation verworfen. In Beziehung auf das Gemeindevermögen genießt denn die Gemeinde auch alle diejenigen Vorrechte, welche man ihr als moralischer Person zugestehet; wohin gewöhnlich die der Minderjährigen³⁴⁵), keineswegs aber auch die des *Fiscus*³⁴⁶) gezählt werden können.

339) Bad. G.-D. §. 53, 85 flg.

340) Preuß. St.-D. §. 31.

341) Königl. sächs. St.-D. §. 34, und namentlich in Beziehung auf die *res publicae*: bayer. G.-D. §. 24.

342) Bad. G.-D. §. 53. Königl. sächs. St.-D. §. 28.

343) Königl. sächs. St.-D. §. 34 und Eb.-G.-D. §. 63. Braunschw. Landschaftsordn. §. 45.

344) Vgl. *Maurenbrecher* a. a. D. §. 165a, Note 2.

345) In Ansehung der *res publica*: L. 4. C. ex quib. caus. mai. (2. 54.) L. 3. C. de iure reip. (11. 29.) — Vgl. L. 9. D. de appellat. (49. 1.) — Bayer. G.-D. §. 21. Sachs.-mein. Grundges. §. 22. — Aufgehoben im Großherzogthum Hessen durch Gef. v. 21. Juni 1836. Vgl. *Mittermaier* a. a. D. (S. 111) §. 120, Note 6.

346) Vgl. *Wening-Ingenheim*, Lehrb. des Civilrechtes §. 68, und *Mittermaier* a. a. D. §. 139 a. G.

Außerdem gibt es indeß noch besondere Vorschriften für den Erwerb und die Veräußerung von Gemeindegütern. Zunächst versteht es sich von selbst, daß, insofern dazu ein Willensact erforderlich ist, derselbe durch einen Gemeindebeschluß hervorgerufen werden muß. Der Erwerb ist dadurch erleichtert, daß den Stadtgemeinden, ebenso wie den Kirchen, aus Geschäften, welche die causa von dinglichen Rechten bilden, auch ohne hinzugekommene Tradition eine dingliche Klage gestattet ist³⁴⁷), also dem Effecte nach das dingliche Recht selbst erworben wird. Auf der anderen Seite ist er aber auch zuweilen dadurch erschwert, daß Veräußerung an solche Gemeinden, welche das erworbene Gut nicht leicht wieder in den Verkehr bringen (tote Hand), namentlich an geistliche Corporationen, untersagt³⁴⁸), oder an die Genehmigung des Regenten geknüpft ist³⁴⁹), so wie zuweilen wenigstens der Ankauf von Grundstücken Genehmigung der Staatsregierung erfordert (oben unter V. a. E.). Die Veräußerung von Gemeindegütern ist, wenn dieselben von erheblichem Werthe sind, oft ebenfalls an eine solche Genehmigung gebunden (oben unter V. a. E.), setzt überdieß auch häufig eine besondere Berathung der Gemeindeglieder über die Nützlichkeit³⁵⁰), oder öffentliche Versteigerung³⁵¹) mit besonderen Erfordernissen³⁵²), voraus.

XIV. Gemeindegenußung ist diejenige, welche den Gemeindegliedern als solchen am Gemeindegute zusteht. Sie kann demnach nur an einer res publica universitatis stattfinden; und, wenn auch die Objecte, an denen sie stattfindet, nicht jeder Benutzung Anderer entzogen zu sein brauchen, so muß doch diejenige Art der Benutzung, welche als Gemeindegenußung betrachtet werden soll, den Gemeindegliedern an jenen Gegenständen ausschließlich eigen sein. Gewöhnlich ist dieser Gegenstand eine Flur, die Allmende, und die Art der Nutzung eine solche, welche keine eigentliche Bodencultur voraussetzt. Verwerflich sind zwar die Ansichten, welche diese Nutzungsbefugnisse aus einem Gesamteigenthume, oder einem Miteigenthume, oder gar aus einem Precarium ableiten; auch unterscheiden sie sich von den Servituten dadurch, daß sie, auf ähnliche Weise wie der väterliche oder ehemännliche Nießbrauch, Ausfluß eines besonderen Status sind, was allerdings Entziehung und Verlust derselben besonders modificirt; und insofern ist es auch allerdings (z. B. mit *Maurenbrecher*) zu bestreiten, daß sie Servituten sind; allein das Wesen des bestehenden Nutzungsrechtes an sich ist dem der Servitut ganz gleich. — Bloße Weisassen sind von diesen Nutzungen regelmäßig ausgeschlossen, und wo die neueren Gesetzgebungen die dormaligen Weisassen

347) Vgl. *Ehribaut*, im *Archiv für civ. Praxis* Bd. 20, S. 1—13.

348) S. Gesetz und Literatur bei *Maurenbrecher* a. a. D. §. 222, Note 1.

349) *Z. B.* großh. Hess. Verordn. v. 31. Jan. 1820.

350) *L. S. C. de vend. reb. civ.* (11. 31.) Käufer, welche eine Stadt *titulo gratuito* erwirbt, kann sie sofort veräußern und zu Gemeindegeldbedürfnissen verwenden. *Ibid.*

351) In Ansehung aller Gemeindegüter fordert dies die *bab. G.-D.* §. 118.

352) *Preuß. St.-D.* §. 117.

in die Classe der Gemeindeglieder hinübergezogen haben, sind doch den alten Gemeindegliedern, Mitbürgern oder Gliedern der engeren Gemeinde, ihre hergebrachten Rechte belassen³⁵³); und es ist nur dafür Sorge getragen, diesen Unterschied allmählig auszugleichen, so daß jene hergebrachten Rechte unter gewissen Umständen erlöschen und dadurch den neuen Gemeindegliedern eine Theilnahme an solchen Nutzungen anheim fällt³⁵⁴). Bisweilen dahingegen hat man solche Gegenstände, an welchen nur einem Theile der Gemeindeglieder solche Nutzungen zustehen, ganz von dem Gemeindegute abge sondert³⁵⁵). Gewöhnlich stehen diese Nutzungen nur den Grundeigenthümern zu, welche nach der älteren Gemeindeverfassung namentlich in den Landgemeinden auch die alleinigen Gemeindeglieder zu sein pflegen³⁵⁶); und oft bestimmt sich das Verhältniß der Antheile an diesen Nutzungen, z. B. die Zahl der Thiere, welche auf die Weide getrieben werden dürfen, nach der Classe der Grundbesitzthümer. — Uebrigens richtet sich dieser Antheil nach den in jeder Gemeinde, vorzüglich nach dem Herkommen, bestehenden Normen; es kann z. B. eine Vertheilung nach Loosen u. s. w. stattfinden. Der natürlichste Maßstab ist indeß das Bedürfniß, und da bei Benutzungen zum Zwecke des Ackerbaues dasselbe von der Größe des Grundbesitzes abhängt, so erklärt sich der vorhin angedeutete Einfluß desselben.

XV. Gemeindegeldhaushalt ist der Inbegriff derjenigen Angelegenheiten, welche die Erhaltung, Vermehrung und Verwendung des Gemeindevermögens im engeren Sinne, oder des patrimonium der Gemeinde, betreffen. Indes können diese Angelegenheiten, so wie auf alle Gemeindezwecke, so auch auf die res publicae universitatis, eine Beziehung haben, z. B. wenn es sich darum handelt, auf sie Verwendungen aus dem patrimonium zu machen, oder aus ihnen dem patrimonium etwas zu erwerben. Auf der anderen Seite berühren sie aber auch die Gemeindefasten, insofern es sich davon handelt, ob die Ausgaben für Gemeindezwecke aus dem Gemeindevermögen, oder durch den Ertrag von Beisteuern der Gemeindeangehörigen zu bestreiten sind. Hier pflegt die Regel zu gelten: daß die Gemeindebedürfnisse zunächst durch die Einkünfte des Gemeindevermögens, und erst wenn diese nicht ausreichen, durch Beisteuern zu bestreiten sind³⁵⁷). Insofern für diese Angelegenheiten nicht feststehende Normen vorhanden sind, werden die deßfalligen Anordnungen zuweilen zwar von dem Vorstande selbst getroffen, so z. B.

353) Bad. G.-D. §. 54, 85 flg.

354) Großh. hess. G.-D. Art. 93—95.

355) Königl. sächs. B.-G.-D. §. 55.

356) Vgl. Pagemann, Landwirtschaftsrecht §. 55, 95, Note 2. Genselius, Weierrecht Bb. 2, S. 50, auch z. B. Sachsse a. a. D. §. 620, auch obenb. B.-G.-D. Art. 20, 21, nach welcher von Nichtgrundbesitzern nur eine gewisse Zahl zum Stimmrechte zugelassen wird.

357) Preuß. St.-D. §. 121. Großh. hess. G.-D. Art. 76. Bad. G.-D. §. 54, 55. Bad. Ges. v. 28. Aug. 1835, §. 1, 2. Obenb. B.-G.-D. Art. 114.

in Baden³⁵⁸). In gewissen besonderen Fällen wird indeß eine Beschlußnahme durch eine Gemeindeversammlung, oder durch besondere von dem Vorstände verschiedene Gemeindevertreter, oder doch deren Zustimmung, erforderlich (vgl. oben VII. nach Note 247). — In solchen Fällen verwaltet dann der Vorstand nach den Beschlüssen der Gemeindeversammlung oder deren Vertreter, sonst nach seinen eigenen, oder auch der Vorsteher des Vorstandes nach den Beschlüssen des letzteren³⁵⁹). Eine wesentliche Norm für die Verwaltung bildet das Gemeindebudget, oder der Gemeindecetat, Voranschlag, Haushaltsplan, als die Uebersicht der in einem gewissen Zeitraume zu erwartenden Gemeindecinnahmen, und der für denselben bewilligten Gemeindec Ausgaben, bei dessen Feststellung regelmäßig die Gemeinde oder deren Vertreter concurriren³⁶⁰), oder sie vielmehr hervorrufen³⁶¹). — Bei solchen Verträgen in Angelegenheiten des Gemeindehaushaltes, in denen ein gewisser Preis zu bedingen ist, ist dieses regelmäßig im Wege des öffentlichen Aufgebotes zu bewerkstelligen³⁶²).

XVI. Gemeindecasse. Eine Casse ist ein Inbegriff von fungiblen Dingen, welche einen normalen für Alle gleichen Umfahwerth haben, der dazu bestimmt ist, einen Stoff zu anderweitigen Verwendungen zu bilden. Sie besteht also entweder aus Münzen oder Gegenständen, welche dieselbe repräsentiren; ein Repräsentationsverhältniß, in welches, wenn einer solchen Casse eine moralische Persönlichkeit beigelegt ist, durch Dispositionen zu Gunsten derselben auch Rechte und Forderungen, in Hinsicht auf deren Verwandlung in solche Umsahmittel, gebracht werden können, z. B. wenn eine Casse eine Forderung an Zahlungsstatt cedirt erhält. — Als das Subject der Casse kann entweder der Eigenthümer der in derselben befindlichen Objecte (species), oder der, für dessen Zwecke die Casse bestimmt ist, gedacht werden. — Eine Gemeinde ohne moralische Persönlichkeit könnte nur in der letzteren Beziehung Subject der Casse sein, wiewohl die Gemeindeglieder, als Privatpersonen, dennoch an den von ihnen zur Casse gelieferten Gegenständen ein Eigenthum, oder zufolge eingetretener Commixtion ein condominium an dem ganzen Inhalte der Casse, haben könnten³⁶³). Die moralische Person der Gemeinde könnte aber allerdings in der ersten Beziehung Subject der Casse sein, wird sich aber selten in dieser Lage befinden. Denn der häufigere Fall wird der sein, daß ein die Geschäfte der Gemeinde führender Gemeinde-

358) Bad. G.-D. §. 42.

359) Königl. sächs. Ed.-G.-D. §. 59.

360) Großh. heff. G.-D. Art. 61, 62. Bad. G.-D. §. 132. Kurheff. G.-D. §. 80, 86. Königl. sächs. St.-D. §. 220 flg. Oldenb. Ed.-G.-D. Art. 91, 92.

361) Preuß. St.-D. §. 98 vgl. mtt §. 124.

362) Bgl. großh. heff. G.-D. Art. 71 flg. Oldenb. Ed.-G.-D. Art. 81, 82, 83.

363) Daher ist es denn auch ganz consequent, daß die Mitglieder eines collegium illicitum (welches ja keine moralische Persönlichkeit, die ein Subject einer Gemeindecasse bilden können, erlangt haben konnte) die zu ihrem Zwecke zusammengebrachten pecunias communes unter sich theilen. L. 3. pr. D. de collegiis. (47. 22.)

beamter, ein Kämmerer, Cassirer, Gemeindecassier, Pfleger, Gemeindecassier, Eigenthümer derjenigen Objecte ist, welche die Gemeindecasse bilden, dahingegen aber der Schuldner der Gemeinde für den Betrag derselben ist. Denn dieser Cassenverwalter wird regelmäßig allein in dem Verhältnisse zu diesen Objecten stehen, daß sie in Beziehung auf ihn in specie bestimmt sind³⁶⁴). Zum Begriffe einer Gemeindecasse erscheint es indeß geeignet, daß sie für die Bestreitung der Gemeindebedürfnisse oder für Gemeindezwecke bestimmt ist³⁶⁵); und die Gesetze sprechen es zuweilen ausdrücklich aus, daß nur der ihr vorgesezte Gemeindebeamte zu Einnahmen für dieselbe und Ausgaben aus derselben befugt sei³⁶⁶). Selbst dann aber, wenn das Verhältniß der moralischen Person der Gemeinde zur Gemeindecasse nur das ist, daß sie einen Gemeindebeamten als Schuldner hat, der deren Inhalt für die Gemeindezwecke nach den Anordnungen der Gemeinde zu verwenden verpflichtet ist, bildet die Gemeindecasse, oder dieser Anspruch, einen Bestandtheil des Gemeindevermögens im eigentlichen Sinne, des patrimonium der Gemeinde. Allein sie ist an und für sich kein Theil des Grundstockes dieses Vermögens, sondern vielmehr nur das Medium, welches sowohl die Erträge als disponibel gewordene Theile dieses Grundstockes, als auch die Beisteuern der Einzelnen in sich vorübergehend aufnimmt, um sie ihrer Bestimmung gemäß zu verwenden; es sei nun durch Verwandlung in den Grundstock, oder durch Veräußerung für Gemeindebedürfnisse. Sie ist es, durch welche die Anordnungen des Haushaltsetats verwirklicht werden, und auf welche sich die Rechnungsablegung bezieht, die dem Cassenverwalter obliegt³⁶⁷).

XVII. Gemeindefchulden. Schulden sind Verbindlichkeiten eines Subjectes, und diese solche privatrechtliche Verhältnisse desselben, vermöge welcher es seine rechtliche Willkür zu Handlungen oder Unterlassungen für die Zwecke einer anderen Person bestimmen muß. Es kann aber nur die moralische Person der Gemeinde, nicht die Gemeinde selbst, Subject von privatrechtlichen Verhältnissen sein, und diese blos intellectuelle Persönlichkeit kann weder Willkür haben, noch dieselbe zu irgend etwas bestimmen. Freilich kann die Thätigkeit ihres Substrates, oder ihrer Organe, durch einen Beschluß eine Willensbestimmung der moralischen Person hervorrufen; allein da diese nicht die Verpflichteten sind, so kann auch gegen sie keine directe Nöthigung eintreten, damit sie einen den Verpflichtungen der moralischen Person entsprechenden Beschluß fassen. Stehen nun die Gemeindeglieder in Ansehung der rechtlichen Verhältnisse der moralischen Person nur in dem Verhältnisse solcher Organe, so befindet sich diese, wenn durch sie eine solche Beschlußnahme nicht erfolgt,

364) Eigenthum, eben so wie Besitz, ist nur am specieell Bestimmten möglich. Vgl. meinen Auff. in Roskirt's Zeitschr. für Civilr. und Criminalr. Bd. 3, S. 98 flg.

365) Vgl. preuß. St.-D. §. 125.

366) Vgl. kurhess. G.-D. §. 87 mit §. 88—91.

367) Vgl. großh. hess. G.-D. Art. 65 flg. Bad. G.-D. §. 127 flg. Königl. sächs. St.-D. §. 228. Oldenb. Ed.-G.-D. Art. 107.

in der Lage eines insolventen Schuldners, und der Gläubiger kann nur deren Vermögen angreifen. Jedoch haben die Gesetze zuweilen erklärt, daß die einzelnen Gemeindeglieder für die Schulden der Gemeinde verpflichtet sind und zu deren Bezahlung Beisteuern leisten müssen³⁶⁸). Rechtlich begründen läßt sich diese Verpflichtung aber nur dadurch, daß die moralische Person, indem sie Verbindlichkeiten für die Gemeindezwecke contrahirte, ihrem rechtlichen Verhältnisse zur Gemeinde nach gegen deren Angehörige wiederum eine Forderung auf Ersatz erworben hat. — Zur Tilgung der Gemeindefschulden werden oft besondere, dann einen Theil des Haushaltungsplanes bildende, Tilgungspläne festgesetzt³⁶⁹). Bei der Contrahirung von Anlehen tritt der besondere Umstand ein, daß es nicht thöulich ist, die zum Darlehen gegebenen Gegenstände der moralischen Person in specie erkennbar zu machen, und sie auf eine andere Weise als durch eine versio in rem derselben in deren Eigenthum zu bringen, woraus es sich erklärt, weshalb Gemeinden bei Darlehen erst durch eine solche versio verpflichtet werden³⁷⁰). Indes hat man diese Norm nicht als eine juristische Consequenz, sondern als ein Privilegium betrachtet, daher deren Anwendbarkeit bestritten, und die versio in rem nur gefordert, wenn die Aufnahme des Anlehens nicht in Folge eines gültigen Gemeindebeschlusses geschieht³⁷¹). Häufig bedarf es, namentlich bei Anleihen von einer gewissen Größe, einer Genehmigung der Regierung oder auch der Gemeinde oder eines besonderen Ausschusses derselben (s. oben unter V. Note 209, VI. Note 241).

XVIII. Gemeindelast ist im weiteren Sinne jede Pflicht, welche einem Gemeindeangehörigen als solchem obliegt. — Dahin gehört: 1) die Theilnahme an den Administrationshandlungen der Gemeindeglieder, den Berathungen, Beschlußnahmen und Wahlen (s. oben VII. VIII.); 2) die Uebernahme und Verwaltung von Gemeindeämtern (s. oben III.), sie seien nun a) honores, oder b) munera; 3) die Leistung von Gemeindediensten oder Frohnen (s. unten XIX.); 4) die Contribution zu den Gemeindeumlagen (s. unten XX.). — Die erste Pflicht wird zwar in der Regel als eine bloße Befugniß betrachtet werden. Der Grund dafür ist aber nur darin zu finden, daß zu ihrer Erfüllung keine Zwangsmittel angewendet zu werden pflegen; und bisweilen ist auch ihre Nichterfüllung mit Nachtheilen bedroht, z. B. Entziehung des Stimmrechtes³⁷²), oder Geldstrafen³⁷³). Ebenso verhält es sich mit der zweiten Pflicht, sofern sie die honores betrifft. Bisweilen ist auch die Verweigerung der Ueber-

368) Preuß. St.-D. §. 36. Königl. sächs. St.-D. §. 84. Dönb. Eb.-G.-D. Art. 17.

369) Z. B. Königl. sächs. St.-D. §. 36 flg.

370) L. 37. D. de R. C. (12. 1.) Nov. 120. c. 6. §. ult. Vgl. meinen Auff. in Rosshirt's Zeitschr. für Civil- und Criminalrecht Bd. 3, S. 98 flg.

371) Vgl. Rittermaier a. a. D. §. 124.

372) Preuß. St.-D. §. 68.

373) Bad. G.-D. §. 36. Dönb. Eb.-G.-D. Art. 46.

nahme mit Nachtheilen bedroht³⁷⁴). Neuere Geseze zählen diese Pflichten zu den Ehrenrechten der eigentlichen Gemeindeglieder, weshalb denn auch Umstände, welche ein Gemeindeglied derselben unwürdig erscheinen lassen, es davon ausschließen können³⁷⁵). — An den munera nehmen nach römischer Verfassung auch die Beisassen Theil³⁷⁶); allein heutzutage pflegen sie mit Besoldung verbundene Aemter, und ihre Ablehnung pflegt gestattet zu sein³⁷⁷). Die beiden letzteren Pflichten liegen regelmäßig allen Gemeindeangehörigen ob³⁷⁸); sie können durch Stellvertreter erfüllt werden³⁷⁹), haben einen bestimmten oder bestimmbaren Geldwerth (Marktpreis), zur Bewirkung ihrer Erfüllung können Zwangsmaßregeln auf diesen Werth gerichtet werden, und sind daher immer anwendbar³⁸⁰). Man kann sie als die Gemeindelasten im engeren Sinne bezeichnen. Sie wurden bei den Römern ebenfalls zu den munera gezählt, und zu manchen derselben, welche als auf dem Vermögen lastend angesehen wurden, waren nicht bloß die Gemeindebürger und Beisassen, sondern auch die Besizer von Gütern in dem Gemeindegebiete verpflichtet³⁸¹); so wie man auch noch jetzt unterscheiden muß, ob die Theilnahme an denselben auf dem Grundbesize in der Gemeinde, oder auf der persönlichen Theilnahme an den Gemeindeeinrichtungen beruht³⁸²). Die Befugniß, Befreiung von Gemeindelasten zu ertheilen, ist zuweilen den Gemeindebehörden ausdrücklich abgesprochen³⁸³), zuweilen gestattet³⁸⁴), und zuweilen gibt es gesetzliche Befreiungen³⁸⁵), namentlich auch in Beziehung auf die Uebernahme von Gemeindeämtern³⁸⁶). Wenn übrigens für das Verhältniß der Beitragspflicht zu den Staatslasten auch die Größe des Vermögens und des Einkommens des Einzelnen als der richtige Maßstab anerkannt wird, so verhält sich dieß doch in Ansehung der Gemeindelasten anders. Denn der Vermögensbere nimmt keineswegs auch immer den größeren Antheil an den Einrichtungen der Gemeinde; und nur dieser Antheil kann die richtige Norm für die Beitragspflicht geben^{386a}). Bei denjenigen

374) Königl. sächs. Ed.:G.:D. §. 84.

375) Preuß. St.:D. §. 19 fig. Königl. sächs. St.:D. §. 73, 74, 76. Vgl. §. 86, 88.

376) Vgl. L. 3. pr. D. de munerib. (50. 4.) und oben II. Note 131.

377) Preuß. St.:D. §. 128—132. Königl. sächs. St.:D. §. 87.

378) Königl. sächs. St.:D. §. 88.

379) Königl. sächs. St.:D. §. 91.

380) Königl. sächs. St.:D. §. 96.

381) L. 18. §. 21—25. D. de munerib. S. auch altend. Grundges. §. 106.

382) Vgl. meinen Auff. in Falk's R. Staatsb.:Mag. Bd. 4, S. 16.

383) Preuß. St.:D. §. 41, 42. Königl. sächs. Ed.:G.:D. §. 69.

384) Bab. Ges. v. 31. Dec. 1831, §. 47.

385) Bab. Ges. v. 31. Dec. 1831, §. 46. Königl. sächs. St.:D. §. 97—108 und Ed.:G.:D. §. 70, 72. Kurhess. G.:D. §. 78.

386) Ueber das röm. Recht: T. D. de vacat. et excus. mun. (50. 5.) Vgl. Kurhess. G.:D. §. 47.

386a) Großh. Hess. G.:D. Art. 78. Rittermaier a. a. D. §. 124, und, insofern als das Princip der Staatslasten wenigstens die Regel bilden soll, abweichend Laurenbrecher a. a. D. §. 168.

Lasten, welche auf dem Grundbesitz haften, entscheidet zwar richtig die Größe desselben, sofern er in der Gemeinde belegen ist³⁸⁷); bei denjenigen, welche das Gewerbe betreffen, würde dahingegen dessen Beschaffenheit und Einträglichkeit normgebend sein; und bei den übrigen gleiche Beitragspflicht nach Köpfen stattfinden müssen³⁸⁸). In den neueren Gesetzen findet sich zwar zuweilen eine Classificirung der verschiedenen Gemeindebedürfnisse, um zu bestimmen, wer zu denselben beizutragen habe³⁸⁹), ohne jedoch einen bestimmten in allen Gemeinden geltenden Maßstab festzustellen, der vielmehr der Regulirung nach örtlichen Verhältnissen vorbehalten wird³⁹⁰). Bisweilen ist, wenigstens für die Geldbeiträge, das Verhältniß der Staatslasten festgesetzt³⁹¹). — Wo das Einkommen entscheidet, da wird indeß die Größe des Grundbesitzes in der Regel entscheidend sein, und zwar auch in Ansehung der Beiträge zu solchen Bedürfnissen, welche nicht ihrer Natur nach als Lasten des Grundbesitzes anzusehen sind, z. B. zu Kirchen und Schulen. — Es läßt sich aber nicht leugnen, daß, insofern dieselben nicht regelmäßig in gewissen Perioden wiederkehrende Bedürfnisse sind, z. B. die Erbauung von Kirchen und Schulgebäuden, ein größerer Beitrag des Grundbesitzers sich dadurch rechtfertigt, daß diese Einrichtungen auch seinen Nachfolgern in dem Besitz zu Gute kommen, während der bloße Einwohner auf einen dauernden Vortheil für sich oder seine Nachkommen dabei nicht zählen kann. Redet dieß dafür, dieselben ihrem größeren Antheile nach auf den Grundbesitz zu legen³⁹²), so ist es denn auch am natürlichsten, den größeren Grundbesitz größeren Beitrag leisten zu lassen, weil auf ihm regelmäßig auch die größere Zahl von Personen lebt, oder doch, namentlich wenn spätere Theilungen desselben eintreten, leben und an der durch die Besteuerung bewirkten Einrichtung Theil nehmen kann. — Die Vorschrift, daß die Besteuerer zu solchen Bedürfnissen möglichst über die Zwischenzeit, nach welcher sie wiederkehren, zu vertheilen sind, die sich z. B. in der obdenb. Landgemeindenordnung findet, ist auch dann nicht anwendbar, wenn sie von zufälligen Ereignissen abhängen.

XIX. Gemeindedienste sind diejenigen Handlungen, welche in der Anwendung von Arbeitskräften (operae) für den Gemeindezweck bestehen. — Nicht selten, besonders in den Städten, werden sie nicht von den Gemeindeangehörigen als solchen, sondern von Personen geleistet, welche einzelne bemessene Theile derselben durch Vertrag gegen Vergütung

387) Vgl. Königl. sächs. Ed.-G.-D. §. 65, Zif. 1, 2, 7, 8.

388) Vgl. Königl. sächs. Ed.-G.-D. §. 67, Zif. 1, 2, 7.

389) Vgl. großh. hess. G.-D. Art. 82 fg. Königl. sächs. St.-D. §. 92. — Das bad. Gef. v. 28. Aug. 1835, §. 2, 3, 28, läßt zwar zuerst die Gemeindevorstände besteuern und dann Vertheilung nach dem Steuercapital eintreten, aber auch durch Gemeindebeschluß und Staatsgenehmigung die Bestimmung eines andern Maßstabes zu.

390) Vgl. Königl. sächs. Ed.-G.-D. §. 65 a. E.

391) Preuß. Landr. B. II, Lit. 7, §. 48.

392) Ueber theilweise Umlegung auf den Grundbesitz: L. 12. C. de op. publ. (8. 12.)

übernommen haben, und es ist dem Gemeindebeschlusse zuweilen ausdrücklich vorbehalten, ob sie durch Naturalleistung der Gemeindeangehörigen, oder auf diese Weise zu bewerkstelligen sind³⁹³). Zum Theil werden sie aber auch von dauernd dafür bestellten und besoldeten Personen, die dann einen Gemeindedienst haben, z. B. Nachtwächtern u. s. w., geleistet, welche Diener vom Gemeindevorstande bestellt zu werden pflegen³⁹⁴). In diesen Fällen tragen die Gemeindeangehörigen nur durch Geldsteuern zu denselben bei (Communionsfuß). — Werden sie aber von den Gemeindeangehörigen in natura geleistet, so sind sie Gemeindefrohnen, die in Handdienste und Spann- oder Fuhrdienste zu zerfallen pflegen. Zuweilen wird indeß selbst die Einquartierungslast dahin gerechnet³⁹⁵). Leistungen, welche eine wissenschaftliche Ausbildung oder eine Kunst- oder Handwerksfertigkeit voraussetzen, können indeß nicht als Gemeindefrohnen verlangt werden³⁹⁶), und Spanndienste werden nur von denjenigen geleistet, welche Gespann besitzen³⁹⁷), während dann die Handdienste zuweilen allein auf diejenigen fallen, denen dasselbe fehlt³⁹⁸). Erstere werden zuweilen nach der Zahl der Gespanne, letztere nach Köpfen vertheilt³⁹⁹). Man unterscheidet diejenigen, welche regelmäßig zu leisten sind, die Reihendienste, von den übrigen, den Nothdiensten⁴⁰⁰). Uebrigens kann man nach der Verschiedenheit der Zwecke, zu denen die Frohnen geleistet werden, allerdings noch mehrere Arten derselben unterscheiden, z. B. Baufrohnen, Wegefrohnen u. s. w., was aber nur in Ansehung der Bestimmung der Beitragspflicht von Bedeutung ist.

XX. Gemeindevumlagen (Anlagen — Auflagen) sind die, von den Umständen abhängigen, nach einem gewissen Verhältnisse unter den Gemeindeangehörigen vertheilten Beiträge zu den Gemeindebedürfnissen, insofern sie nicht in Frohnen bestehen. Sie sind, wie diese, Gemeindefrohnen, und werden gewöhnlich in Geld geleistet, können aber auch in Naturalien bestehen⁴⁰¹). Außer sonstigen Voraussetzungen (s. oben XV. Note 357) ist auch zuweilen zu ihrer Einführung die Genehmigung der Regierung erforderlich⁴⁰²). Bisweilen werden jedoch auch Staatsabgaben in der Form von Gemeindevumlagen über die Gemeindeangehörigen vertheilt und von ihnen aufgebracht⁴⁰³).

393) Bad. Gef. v. 28. Aug. 1835, §. 21 flg.

394) Großh. Hess. G.-D. Art. 19. Kurhess. G.-D. §. 56.

395) Bayer. G.-D. §. 28: die Quartiere. Auf die Verpflegung der

Truppen will dieß indeß beschränken: Maurenbrecher a. a. D. §. 168.

396) Kurhess. G.-D. §. 78. Königl. sächs. Ld.-G.-D. §. 66.

397) Königl. sächs. Ld.-G.-D. §. 65, Zif. 4.

398) Preuß. Landr. B. II, Tit. 7, §. 38. Königl. sächs. Ld.-G.-D.

§. 65, Zif. 5.

399) Bayer. G.-D. §. 29—31 vgl. mit preuß. Landr. B. II, Tit. 7,

§. 42.

400) Kurhess. G.-D. §. 78. Vgl. übrigens den Art. Frohnen.

401) Bayer. G.-D. §. 34.

402) Preuß. St.-D. §. 121. Bad. Gef. v. 28. Aug. 1835, §. 18. D.-

denb. Ld.-G.-D. Art. 77.

403) Preuß. St.-D. §. 122.

XXI. Gemeinheitstheilung läßt sich in zweifacher Art denken, entweder als eine Vertheilung des Gemeindegebietes, oder als eine Vertheilung des Gemeindegutes. — In der ersteren Bedeutung würde sie aber immer nur als eine Occupation herrenloser Dinge, und eben so willkürlich als diese sein. — In der letzteren Bedeutung setzt sie eine moralische Persönlichkeit der Gemeinde voraus, weil es ohne diese kein Gemeindegut geben kann, und da diese moralische Person doch mit sich selbst nicht theilen kann, so muß sie immer eine Veräußerung von Seiten derselben enthalten. Die Theilung unterscheidet sich aber hier, in der constanten Bedeutung des Wortes, dadurch von anderen Veräußerungen, daß sie unter solchen Personen geschieht, denen das, was veräußert oder getheilt werden soll, schon gemeinsam ist. Den Gemeindegliedern ist aber nur die moralische Person, auf deren Dasein sie ein Recht haben, nicht ihr Gut, gemeinsam; sie haben vielmehr nur ein Recht, die Benutzung des Patrimoniums zu Gemeindegwecken zu verlangen, und die res publicae zu ihren Privat Zwecken zu benutzen. Diese Rechte können ihnen aber auch wider ihren Willen nicht entzogen werden. Es entstehen dabei zwei Fragen: 1) unter welchen Voraussetzungen kann zur Theilung geschritten werden? und 2) wie ist die Theilung vorzunehmen? — In Ansehung der ersten Frage sind nun zwar die von Einzelnen ausgesprochenen Ansichten, daß alle Gemeindeglieder in die Theilung willigen müßten⁴⁰⁴), oder daß jedes Gemeindeglied die Theilung fordern könne⁴⁰⁵), als aufgegeben zu betrachten; vielmehr wird jetzt allgemein die Ansicht vertheidigt, daß ein gewöhnlicher Gemeindebeschluß die Theilung gültig festsetzen könne⁴⁰⁶). Es rechtfertigt sich dies auch dadurch, daß die Handlung von Seiten der moralischen Person eine bloße Veräußerung ist, und die Consequenz führt dann dahin, für sie dieselben, aber auch keine anderen, Erfordernisse zu verlangen, als diejenigen, welche für Veräußerungen der Gemeindegüter überhaupt vorgeschrieben sind (s. oben V. Note 214, 15, VI. Note 238). Es scheint nun zwar dagegen erinnert werden zu können, daß doch jedes Gemeindeglied einen Anspruch darauf habe, daß das Patrimonium für seinen bisherigen Zweck verbleibe, um ihm die Beisteuern zu Gemeindebedürfnissen zu ersparen, und daß ihm ferner seine Nutzungen an den res publicae verbleiben; daß ihm auch eine Veränderung dieser Rechte nicht aufgedrungen werden könne, wenn es auch Entschädigung dafür erhalte, ja selbst wenn es dadurch gewinne. Allein es hat jeder diese Rechte doch immer nur als Gemeindeglied, er würde sie ganz verlieren, sobald er aufhörte Gemeindeglied zu sein, und er kann nur Gemeindeglied sein, wenn in Gemeindeangelegenheiten der gültig ent-

404) Kunze, Beiträge zur Erörter. rechtlicher Gegenstände Bd. 1, Nr. 1.

405) Krüll, Prüfung einzelner Theile des bürgerl. Rechtes Bd. 2, Nr. 1.

406) Rittermaier a. a. D. (S. 118) §. 130, wo auch in der Note sich die Nachweisung der Literatur und der Theilungsgesetze findet, worüber auch insbesondere zu vgl. ist: Röder in Müller's Arch. für die neueste Gesetzgebung Bd. 2, S. 310 ff. Maurenbrecher a. a. D. §. 172. Nach dem Willen „von etlichen ludew“, eine solche Theilung von Wäldern und Weiden vorzunehmen, untersagt bereits das Kaiserrecht II. 56.

stehende Gemeindeville mit dem seinigen als identisch gilt; und daraus folgt, daß er in Ansehung seiner Rechte, die er nur vermittelt der Mitgliedschaft in der Gemeinde hat, von dem Gemeindevillen abhängig ist. Die neueren Gesetzgebungen haben indeß, ohne Zweifel in Hinsicht auf die Wichtigkeit der Sache, für die Gültigkeit des Beschlusses der Theilung besondere Erfordernisse aufgestellt, z. B. außer der Genehmigung der Regierung nicht nur einen Beschluß der Gemeindevertreter, sondern auch einen damit übereinstimmenden Beschluß des Gemeindevorstandes⁴⁰⁷⁾, oder eine größere Majorität in der einzelnen Versammlung, z. B. von drei Vierteln der stimmfähigen Gemeindeglieder⁴⁰⁸⁾. Dabei haben sie indeß freilich nur die Theilung der res publicae oder des Allmendgutes im Auge, deren Verwandlung in patrimonium universitatis zuweilen an dieselben Erfordernisse geknüpft ist⁴⁰⁹⁾. — Anderntheils hat man auch die Aufhebung jener gemeinschaftlichen Benutzung solcher Güter, welche dieselben der Cultur entzieht, und ähnlich wie grundherrliche Rechte und Frohnen als ein Hinderniß der landwirthschaftlichen Interessen erscheint, namentlich bei den Landgemeinden zu fördern gesucht⁴¹⁰⁾; und so erklärt es sich, daß man selbst dritte Personen zuweilen für schuldig erklärt hat, zum Zwecke der Theilung sich die Separation gefallen zu lassen, nämlich ihre Rechte an solchen Gemeindegütern gegen Entschädigung aufzugeben⁴¹¹⁾, und daß man dem einzelnen Gemeindegliede die Befugniß zugestanden hat, zu fordern, daß ihm, wiewohl ohne Einschränkung des Eigenthums, ein verhältnißmäßiger realer Antheil zu seiner freien Benutzung zugewiesen werde⁴¹²⁾. Man hat aber auch auf der andern Seite bei solchen Gütern, die auch in der Gemeinschaft eine entsprechende Benutzungsart gewähren, die Theilung untersagt, z. B. bei Waldungen⁴¹³⁾, und ebenfals dafür gesorgt, daß die Theilung nicht solche Güter der gemeinschaftlichen Benutzung entziehe, die derselben unentbehrlich sind, z. B. Lummelplätze für das Vieh⁴¹⁴⁾, oder sie auf den Fall beschränkt, daß dadurch die Landescultur im Ganzen verbessert und gefördert werde⁴¹⁵⁾. — Uebrigens versteht es sich ganz von selbst, daß jeder die Theilung in Vorschlag bringen, oder darum ansuchen darf, und daß diese Befugniß von der, die Theilung zu fordern, von einem rechtlichen Ansprüche

407) Preuß. St.-D. §. 118.

408) Großh. hess. G.-D. Art. 95. Bad. G.-D. §. 105, 110. Bayer. Gef. über G.-Th. v. 1. Juli 1834, §. 6. Vgl. auch goth. Gth.-D. v. 2. Jan. 1832, §. 3. Kucheff. v. 24. Oct. 1834, §. 14. Braunschw. v. 20. Dec. 1834, §. 24.

409) Preuß. St.-D. §. 123.

410) Beide Verhältnisse werden zuweilen als Belästigung von Grund und Boden aufgefaßt; so im königl. sächs. Gef. über Ablösungen und Gemeinheits-theilungen vom 17. März 1832.

411) Bad. G.-D. §. 95.

412) Bad. G.-D. §. 97.

413) Bad. G.-D. §. 92.

414) Bad. G.-D. §. 94.

415) Preuß. Gef. §. 24.

auf Theilung, wie er dem Theilhaber an einer *communio* zusteht, durchaus verschieden ist. Wenn aber ein Gesetz dem Gemeindegliede es ausdrücklich als ein Recht einräumt, auf Theilung anzutragen, so wird man dieß nur als eine Einräumung der Befugniß, auch wider den Willen der Gemeinde Theilung zu fordern, verstehen können, wie z. B. im Königl. Sachsen dem Gemeindegliede in dieser Hinsicht dasselbe Recht zugestanden ist, wie dem Grundbesitzer in Ansehung der Ablösung der auf seinem Besitze haftenden Lasten⁴¹⁶). — In Ansehung der zweiten Frage gibt es zwei verschiedene Ansichten: eine, welche gleiche Theilung nach Köpfen, und eine andere, welche Theilung nach Verhältniß der bisherigen Nutzungsrechte für richtig erklärt. — Ist nun die Theilung eine Veräußerung durch einen Beschluß der moralischen Person, so muß man auch annehmen, daß sie beschließen könne, an wen sie veräußern wolle, bei der Theilung also auch, welchen Antheil jeder empfangen solle, und daß, wenn sie einen Beschluß darüber nicht gefaßt habe, jeder, dem ein Anspruch auf Theilung erworben sei, gleichen Antheil habe. — Hierbei kommt indeß in Betracht, daß der von der moralischen Person gefaßte Veräußerungsbeschluß diejenigen Rechte noch gar nicht berühren würde, welche den Gemeindegliedern als solchen, oder als Subjecten in der Gemeinde, zustehen, wenn sich ihr Beschluß nicht auch auf diese erstreckte; wenn sie also bloß als Organe der moralischen Person, nicht aber auch zugleich als Subjecte in der Gemeinde, den Beschluß faßten. — Dieser Fall kann aber deßhalb nicht eintreten, weil sie grade nur als Subjecte in der Gemeinde auch Organe der moralischen Person oder der Gemeinheit sind; und jeder Beschluß, den sie in der letzteren Eigenschaft fassen, muß demnach diejenigen Rechte, die ihnen in der ersteren zustehen, in so weit aufheben, als sie damit im Widerspruche stehen. — Haben sie nun die Theilung beschlossen, so kann damit freilich die Fortdauer ihrer bisherigen Rechte als solcher nicht bestehen. Allein das Interesse, welches sie bei diesen Rechten haben (was allerdings von dem Rechte selbst unterschieden ist), der Gewinn oder die Ersparung, welche sie durch fortwährende Ausübung oder Gewährung ihres Ertrages in ihrem Privatvermögen genießen würden, ist rein privatrechtlicher Natur und kann durch keinen Gemeindebeschluß gebrochen werden, und zwar auch dann nicht, wenn er die Art der Theilung festsetzt. Das Recht, dafür Entschädigung zu verlangen, könnte nur durch Verzicht jedes Einzelnen aufgehoben werden; und kann die moralische Person diese Entschädigung nicht anderweit leisten, so liegt in einer solchen Theilung, wenn sie nicht zugleich jene Entschädigung realisiert, eine Verletzung von Privatrechten. Insofern nun diese Rücksicht eine Theilung nach Verhältniß des bisherigen Genusses, oder der bisher den Einzelnen gewährten Ersparungen, erforderlich macht, ist die letztere Ansicht die richtige. Ihr folgt auch die Mehrzahl der Ge-

416) Königl. sächs. Ges. über Ablösungen u. s. w. §. 133, vgl. mit §. 1. — Es erklärt sich dieß aus der Bemerkung oben Note 410. — Indes hat man es doch anders verstehen wollen. Vgl. Maurenbrecher a. a. D. §. 172, Note 4. S. auch preuß. Ges. §. 4 fig.

sehe⁴¹⁷⁾. Es findet sich aber auch die erstere ausgesprochen⁴¹⁸⁾. Wäre indeß durch den Theilungsbeschluss die ganze moralische Persönlichkeit der Gemeinde aufgehoben, so könnte auch von jenem Rechte auf Entschädigung nicht weiter die Rede sein. Denn das verpflichtete Subject desselben wäre untergegangen, und diejenigen, welche seinen Untergang bewirkt, können deshalb keiner Verpflichtung unterworfen sein, weil sie denselben nur herbeiführen konnten, wenn sie dazu befugt waren. — Allein ist dieser Untergang bewerkstelligt, ehe die Theilung den Theilnehmern Sonderrechte an den ehemaligen Gemeindegütern gegeben hat, so kann auch von einer Theilung nicht weiter die Rede sein. Denn man muß die freilich bestrittene Meinung, daß beim Untergange der moralischen Persönlichkeit die derselben zuständig gewesenen Güter bona vacantia werden, als die richtige anerkennen⁴¹⁹⁾, weil sich hier keine anderen Normen aufstellen und anwenden lassen, als diejenigen, welche beim Untergange anderer Subjecte in Ermangelung von Erbberechtigten gelten. Die Leistung der Gemeintheilung ist zuweilen den Behörden der Staatsregierung zugewiesen⁴²⁰⁾ und für eine Administrativjustizsache erklärt⁴²¹⁾. Genehmigung der Staatsregierungsbehörden wird regelmässig gefordert⁴²²⁾, zuweilen selbst die des Ministeriums des Innern⁴²³⁾.

XXII. Gemeindefachen. Darunter werden hier die Geschäftsverhältnisse der Gemeinden verstanden. — Sie bestehen entweder 1) in Anordnungen über Gemeindeangelegenheiten und deren Ausführung; oder 2) in der Begründung, Veränderung, oder Aufhebung von Rechtsverhältnissen der Gemeinde; oder 3) in der Geltendmachung oder Vertheidigung von Rechten der Gemeinde im Rechtswege. — Im Inneren der Gemeinde, oder innerhalb des Gemeindeorganismus, nämlich zwischen der Gemeinde, deren Organen und Gliedern oder Angehörigen als solchen, sind sie, so lange (was eigentlich schon von selbst daraus folgt, daß sie sich innerhalb des angegebenen Kreises bewegen müssen) die Gemeinde oder deren Organe die rechtlichen Grenzen ihrer Befugnisse nicht über-

417) Gestattungen gemeiner Wälder in Dipl. archiep. Colon. a. 1275. bei Günther, Cod. dipl. Rh. Mos. II. 411. und Dipl. abbat. de Campo a. 1303. bei Rindlinger, Münster. Beitr. II. 300 sagen schon: ita quod quilibet eorum proportionaliter partem recipiat, assignantes unicuique marchioni iuxta modum domus sue legitimam portionem. — Unter den neueren Gesetzen folgen dieser Ansicht z. B. großh. hess. G.-D. Art. 96. Königl. sächs. G.-Th.-Gef. §. 152, 154. Kurhess. §. 33–40. Hannov. v. 25. Juni 1822, §. 36. Preuß. v. 7. Juni 1821, §. 31. Braunschw. §. 54. Für diese Ansicht auch Maurenbrecher a. a. D. §. 172.

418) Bad. G.-D. §. 106. Goth. Gef. §. 9. — Für diese Ansicht Rittermaier a. a. D. §. 130.

419) Rittermaier a. a. D. §. 122, Note 10.

420) Großh. hess. G.-D. Art. 96. — Regulirung oder Bestätigung von Generalcommissionen der Regierung nach preuß. Gef. über die Ausführung der G.-Th.-Ordn. v. 17. Juni 1821.

421) Instruict. für die großh. hess. Landräthe v. 10. Dec. 1821, §. 32.

422) Württemb. G.-G. §. 66. Bad. G.-D. §. 151.

423) Bad. Verordn. v. 17. Juli 1831, §. 4.

Schreiten, öffentliche oder sogen. Administrativsachen, und die in Ansehung ihrer getroffenen Anordnungen können demnach im Inneren der Gemeinde durch die Gemeindegewalt eigenmächtig ohne richterliche Hilfe ausgeführt, auch, insofern das Einhalten der rechtlichen Grenzen unbestritten ist, nie einer richterlichen Beurtheilung unterliegen; es sei denn, daß die handelnden Subjekte der Gemeinde für die Zweckmäßigkeit ihrer Handlungen verantwortlich gemacht wären, oder dieselbe Rechte jener gegen diese begründen könnte, und so die Zweckmäßigkeit, oder das Gegentheil, der Grund von rechtlichen Folgen sein könnte. — In diesem Falle, oder wenn die Einhaltung der rechtlichen Grenzen bestritten ist, wird dann die Gemeindefache eine Justizsache, deren Grundlage ein Verhältniß zwischen der Gemeinde und Gliedern oder Organen derselben ist; allein bei dieser Justizsache selbst, in welcher es sich dann um Privatrechte dieser letzteren (die ihnen denn auch nur als Privatpersonen zustehen können) handelt, stehen sie als dritte Personen der Gemeinde gegenüber. — Die Geschäfte der zweiten und dritten Art sind im Inneren der Gemeinde auch immer nur Geschäfte der ersteren Art, nämlich Anordnungen über Gemeindeangelegenheiten; in Beziehung zu dritten Personen aber sind sie Justizsachen, wiewohl, wenn man zum Wesen der Justizsache die Thätigkeit einer unparteiischen öffentlichen Behörde in einer Angelegenheit fordert, die Geschäfte der zweiten Art nur dann dahin gezählt werden können, wenn eine Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit in denselben thätig wird. — Zuweilen sind indeß die Staatsbehörden so gestellt, daß sie in den Gemeindefachen eine höhere Verwaltungsinanz bilden, so daß gegen alle Anordnungen in Gemeindeangelegenheiten an sie Beschwerden gerichtet werden können (s. oben V. Note 203 flg.), also eine Gemeindefache solcher Art auch außerhalb des Gemeindeorganismus im engeren Sinne noch Administrativsache bleiben kann, selbst wenn sich an ihr Merkmale finden, welche sie zu einer Justizsache qualifizieren, ohne daß aber damit in diesem Falle der Justizweg abgeschnitten ist⁴²⁴⁾. Bradenhooff.

Gericht. Gerichtsbarkeit. Gerichtsstand¹⁾. — Sobald sich ein Staat, als ein Gemeinwesen mit Gewährleistung aller wohl-erworbener Rechte, mithin eine Gesellschaft auf gutem²⁾ Rechtsboden constituirt hat, muß zu allernächst auch das Bedürfniß nach gewissen unparteiischen Mittelspersonen entstehen, welche überall, wo Rechtsansprüche collidiren³⁾, zur Entscheidung, was Recht und Unrecht sei,

424) So stellt sich das Verhältniß nach preuß. St. D. §. 139.

1) Eine besondere Schrift, welche diese wichtige Lehre erschöpfend behandelte, ist bis jetzt nicht bekannt; wogegen viele treffliche historische Vorarbeiten vorhanden sind; besonders die gekrönte Preisschrift: Geschichte des altgermanischen öffentlich mündlichen Gerichtsverfahrens von G. L. v. Meurer. Pabelberg 1824.

2) Die Anarchie oder Despotie kann hier freilich nicht in Betracht kommen. In ihrem Bereiche können zwar auch Gesetze und Organisationen entstehen, aber die pflichttreue Handhabung ist nicht garantiert.

3) Eine Collision im strengen Wortverstande sollte zwar der Jurist gar nicht zugeben, weil sich bei der Abwägung der entgegenstehenden Präsumtionen

angegangen werden können; denn es ist tief in der menschlichen Natur gegründet, daß Jedermann, der gegen einen Anderen zweifelhafte Zustände geltend zu machen und zu ordnen hat, dabei nicht mit derjenigen Ruhe und Besonnenheit verfährt, welche er etwa gegen Dritte, an deren Schicksale er nicht betheilig ist, beweisen würde. Auf Erhaltung des Besizes⁴⁾ sind die Wünsche Aller, auch der Besten, gerichtet, aber es streben die Meisten auch nach Erweiterung ihres Besizthums. Der psychologische Grund davon ist die bewusste oder unbewusste Thatsache, daß der Mensch gern über den Nebenmenschen herrscht⁵⁾, nicht sowohl aus angeborener Despotie, als um seinem Willen, oft auch den Eingebungen der Laune, einen möglichst weiten Spielraum, und damit zugleich dem äußeren Glück und Wohlbehagen eine möglichst sichere Existenz zu verschaffen. Um aber ohne Gewalt und Verdruß herrschen zu können, muß man über irdische Güter gebieten können, durch deren Angebot und Ueberlassung der entgegenstehende Wille gleichsam abgekauft wird. Da nun mit so viel Eifer und Boreingenommenheit⁶⁾ ein Jeder seine wirklichen oder vermeintlichen Rechte verfolgt oder vertheidigt, so kann der Staat unmöglich gestatten, daß Streitigkeiten, seien sie auch nur Privatstreitigkeiten, privatim ausgefochten werden⁷⁾, indem er von dem Augenblicke an, wo die Individuen sich selbst Recht zu nehmen erlauben würden, zu bestehen aufgehört hätte. Denn wozu wäre noch ein Gesetz vorhanden, wenn ein Jeder es nach Willkür⁸⁾ auslegen, anwenden und verletzen könnte? Was aber von Privatrechten, vom eigentlichen Mein und Dein gilt, das findet noch in erhöhterem Grade Anwendung auf die eigentlichen Urrechte, auf die unveräußerlichen Güter, welche zu schützen das Criminalrecht eingeführt ist. Wenn hier wegen Verletzungen

immer zeigen muß, wer das bessere Recht hat, gegen welches das andererseits behauptete nicht bestehen kann; gleichwohl aber kommen oft Fälle von so zweifelhafter Art vor, daß selbst nach der richterlichen Entscheidung, welche nur formell den Streit abthut, noch stets ein materieller Widerspruch übrig bleibt.

4) v. Sagemann, die Anforderungen der Zeit an den Stand der Civilrichter (Frankfurt a. M. 1831), S. 1.

5) Kant, Anthropologie S. 253: Die Leidenschaft der Herrschsucht fängt von der Furcht an, von Anderen beherrscht zu werden und ist darauf bedacht, sich bei Zeiten in den Vortheil der Gewalt über sie zu setzen.

6) Schulze, psychische Anthropologie 3. Ausg. (Göttingen 1826), sagt S. 443: Der Herrschsucht sind alle Mittel recht, wenn sie nur zum Ziele führen. Von allen Leidenschaften treibt sie daher die Ungerechtigkeiten gegen die Menschen am weitesten. Auch gehört dieselbe mit zu den unersättlichen Begierden der Menschen.

7) Zacharia, 40 Bücher v. Staate (Heidelberg 1840), Bd. 4, S. 51 sagt: Ein Rechtshandel über Mein und Dein erbittert die Parteien nicht weniger gegen einander, als ein Krieg. Ja wohl noch mehr; denn er ist ein Bürgerkrieg, ein bellum civile. Die altteutsche Rechtsprache nennt auch einen Rechtshandel einen Krieg Rechtsens.

8) v. Savigny setzt mit Recht bei dem Grundbegriffe der juristischen Auslegung eine freie Geistesthätigkeit voraus. System des heutigen röm. Rechtes Bd. 1, S. 210.

Selbsthilfe zugestanden würde, so wäre alle Sicherheit der Person dahin⁹⁾. Durch Kränkungen dieser Art wird der Mensch in der Regel noch weit mehr aufgebracht, als wenn es sich um vergängliche Güter handelt. Denn durch die Erregung des körperlichen Schmerzes oder Unbehagens¹⁰⁾ wird der Unwille und das Rachegefühl auf das stärkste angeregt. Es ist daher in solchen Fällen immer zu besorgen, daß augenblicklich Gewalt gegen Gewalt gesetzt werde, und ließe man dieses irgend zu, so würde dadurch unfehlbar der rohe Naturzustand, die Barbarei der Wilden wieder herbeigeführt.

Also auch für persönliche Kränkungen muß eine vermittelnde Person da sein, welche hier aber nicht mehr bloß im Interesse des Einzelnen, der gerade beleidigt wurde, sondern im Interesse der Gesamtheit¹¹⁾, die bei jedem Verbrechen zu besorgen hat, daß der Uebelthäter in seiner Frechheit weiter um sich greifen möchte, die Wahrheit zu untersuchen und die gebührende Strafe zu erkennen hat.

Dadurch ist nun aber erst das Bedürfnis richterlicher Personen begründet¹²⁾, und man steht noch auf dem Boden des Naturrechtes. Um diese Idee zur That werden zu lassen, bedarf es daher einer weiteren Untersuchung über die Fragen

1) In wessen Händen beruht das Recht und die Pflicht¹³⁾, Gerichte zu bestellen und zu besetzen?

2) Welcher von mehreren Richtern ist im einzelnen Falle der zur Verhandlung und Entscheidung berufene?

Die erste Frage umfaßt die Lehre von der Gerichtsbarkeit (*jurisdictio*), die zweite die Lehre von dem Gerichtsstande oder der Zuständigkeit (*forum et competentia*).

Was die Gerichtsbarkeit anbelangt, so führt uns wohl die Geschichte des Menschengeschlechtes unwidersprechlich auf die Entstehung durch die Wahl eines Oberhauptes des Landes¹⁴⁾. Man denke sich darunter nicht

9) Darum fand man auch nothwendig, die Selbsthilfe ausdrücklich zu verbieten. Vgl. L. 176. pr. D. de reg. iur. (50. 17.) L. 13. D. quod met. causa. (4. 2.) L. 7. 8. D. ad L. Jul. de vi privata. (48. 7.) L. 6. §. 2. D. de re iudic. (42. 1.) L. 1. C. soluto matr. (5. 18.) Nov. 60. c. 1. — Ferner die deutschen Landfrieden von 1495 u. s. w.

10) Vermöge des im großen Haufen vorherrschenden Sensualismus und Materialismus werden die körperlichen Antriebe in der Regel viel stärker sein, als geistige.

11) Wenn der Staat straft, so übt er an dem Verbrecher nur einen nothwendigen Act der Gerechtigkeit aus, den er sich selbst und den übrigen Staatsbürgern schuldig ist, — so faßt die Sache auf Marekoll, das teutsche Criminalrecht (Leipzig 1841), S. 11.

12) Landfrieden v. 1495, §. 1. Landfr. v. 1522, pr. und Tit. 8. R. - N. v. 1543, §. 37. Landfr. v. 1548, §. 2. Wahlcap. Art. 16, §. 1.

13) Martin, Lehrb. des bürgerl. Processes, 12. Ausg., §. 17, sagt: Die teutschen Gerichte waren und sind schuldig, jedem Rechtshilfe Suchenden, ohne weiteren Unterschied, rechtliches Gehör zu gestatten.

14) Die Theorie von Martin, a. a. O. §. 9, 41, daß die Gerichte lediglich als Staatsanstalten zu betrachten seien, scheint nicht ganz dem

gleich einen König oder Fürsten, sondern eher einen Häuptling oder Kriegs- und Friedensherrin. Es ist Nichts natürlicher, als daß ein Mann, der sich durch vorragende geistige oder körperliche Kraft an die Spitze einer Horde oder Staatsgesellschaft geschwungen hat, alsbald auch angerufen wird, die Streitigkeiten, welche sich im Schooße der großen Familie ergeben, zu schlichten¹⁵⁾. Anfänglich wird dieß zwar immer nur ein Machtspruch¹⁶⁾ sein, ohne andere Gründe, als die Eingebung eines blinden Gefühles, eines Instinctes¹⁷⁾; aber nicht lange kann es dauern, so erwächst das Bedürfniß von Gesetzen, nach welchen die Wahrheit aufgesucht und das Recht gefunden wird (Prozessrecht und Civil- und Criminalrecht). Der Regent wird diese Gesetze zunächst auf den bisherigen Gebrauch¹⁸⁾, dann aber auch auf bessere Einsicht und den Rath der Sachverständigen bauen. So wie Gesetze da sind, ändert sich der Zustand der Rechtspflege von selbst; während früher niemand Anderes, als das Staatsoberhaupt, ein Erkenntniß geben konnte, weil dessen Wille, ja augenblickliche Laune, der einzige Maßstab der Entscheidung war; so ist nun jeder rechtschaffene Mann urtheilsfähig, indem das traditionelle¹⁹⁾ oder geschriebene Recht die nöthigen Fingerzeige gibt; es können nun Viele mit der richterlichen Gewalt bekleidet sein, weil sie Alle ein Mittel besitzen, nach dem kundgegebenen Willen des Regenten zu verfahren. So wie sich die Staatsgesellschaft erweitert und so wie die Civilisation festere Wurzeln schlägt, wird auch eine solche Aenderung der Dinge unvermeidlich; denn es kann ein Einzelner nicht mehr auf die sich täglich mehrenden Klagen und Anklagen Bescheid geben, theils weil die Entfernungen, wo die Untersuchung zu pflegen ist, zu groß werden, theils weil es an der nöthigen Zeit gebricht²⁰⁾.

Wesen der Sache zu entsprechen. Allerdings sind die Gerichte notwendige Bestandtheile des Staatsorganismus; aber man darf beim Organismus nie die bewegende Kraft, die Seele, vergessen, und diese ist hier der Regent und das durch ihn sanctionirte Gesetz. — Ohne Regierung läßt sich kein Staat und kein Gericht denken. Selbst die franz. Charte constit. de 1830 spricht sich so aus: toute justice émane du Roi. Elle s'administre en son nom par des juges, qu'il nomme et qu'il institue.

15) Meyer, esprit, origine et progrès des institutions judiciaires. (Paris 1823.) T. I. p. 264.

16) Montesquieu, esprit des lois. Liv. VI. Chap. 7., erklärt sogar unbedingt: un magistrat unique ne peut avoir lieu que dans le gouvernement despotique.

17) Ungefähr wie die Geschwornen Criminalsachen und die Schiedsmänner Civilsachen aburtheilen. Vgl. Gutachten der preussischen Immediatjustizcommission über das Geschwornengericht (1819), S. 217.

18) v. Savigny, System des heutigen röm. Rechtes Bd. 1, S. 35.

19) Das Recht, welches in dem gemeinsamen Bewußtsein des Volkes seine Grundlage hat. v. Savigny a. a. D.

20) Außerdem wird sich aber auch das Verlangen nach einer prompten und unabhängigen Justiz immer lauter geltend machen, so daß zuletzt der Regent, der sie selbst und unmittelbar ausüben wollte, eine unerträgliche Last darin erkennen müßte, zumal da er, aus Unkenntniß der Personal- und Localverhältnisse, unfehlbar viele Verstöße gegen das materielle Recht begehen müßte. — Les

Faßt man dieses ursprüngliche Verhältniß recht klar ins Auge, so scheint es gar nicht mehr zweifelhaft zu sein, daß die Rechtsprechung überall nur aus Auftrag des Regenten²¹⁾ geschehen, oder, mit anderen Worten, die Gerichtsbarkeit nur in seinem Namen²²⁾ ausgeübt werden kann. Die herrschende Familie ist es, welcher ursprünglich das Vertrauen geschenkt wurde, und wem ein Recht zugestanden ist, der kann es auch auf Andere wieder übertragen²³⁾. Der Regent ertheilt daher auch den Personen, die er für befähigt hält, das Mandat zur Ausübung der ihm zustehenden Gerichtsbarkeit. In der That läßt sich auch die nothwendige Einheit und Gliederung des Justizwesens gar nicht denken, wenn nicht alle Gerichtsbarkeit in höchster Instanz als von einem Individuum ausgehend betrachtet wird. Wer sollte die Gerichtsbezirke bestimmen und die Richter ernennen²⁴⁾, wenn es nicht der Souverän thut? Will man auch zwischen Regierung und Verwaltung in constitutionellen Staaten unterscheiden, so ist gleichwohl noch nirgends der Versuch gemacht worden, der ersteren, d. h. der Krone, das Recht der Anstellung und Beförderung der Richter streitig zu machen. Selbst in Republiken wird dieses Recht von den Centralbehörden exercirt, welche an der Stelle des Souveräns stehen.

Demgemäß wird die Justiz allenthalben durch Personen verwaltet, welche nicht auf eigene Hand verfahren dürfen, sondern blos eine delegirte Gewalt haben und ihrem obersten Gerichtsherrn stets verantwortlich bleiben, auch auf Verlangen demselben oder seinen Ministerien über ihr Verfahren²⁵⁾ Rechenschaft ablegen müssen. Hierin muß jedoch wie-

jugemens rendus par le prince seroient une source intarissable d'injustices et d'abus. Montesquieu, esprit des lois. Liv. VI. Chap. 5. — Sehr merkwürdig ist in dieser Beziehung auch die Adresse der französischen Generalstaaten vom J. 1484, mitgetheilt von Brewer, Geschichte der franz. Gerichtsverf. (Düsseldorf 1835), Bd. 1, S. 623.

21) Wo Staatsverträge und Verfassungsgesetze die Sache anders gestalten, da kann natürlich dieser Grundsatz keine Geltung mehr haben; aber als historisch ist er wohl überall anzusehen. Vgl. übrigens Jödpfl, Grundsätze des Staatsrechtes (Heidelb. 1841), §. 67.

22) In Bayern fangen auch alle Urtheile an: Im Namen Sr. Majestät des Königs u. s. w.

23) Bei Alciati iudicarii processus comp. (Colon. 1566.) p. 32. heißt es: delegatus est iudex, qui ex superioris commissione recipit iurisdictionem; vices delegantis repraesentat et in iurisdictione nihil proprii habet.

24) Die Vorschläge müssen, unter Benennung der Candidaten, freilich von den Ministern gemacht werden; aber die Wahl und Bestätigung, mithin auch die Verwerfung, steht dem Regenten überall zu. Er würde auch aufhören zu regieren, wenn er dieß Recht nicht mehr hätte. Schon um der Verkäuflichkeit der Stellen vorzubeugen, dürfen die Minister darin nie freie Hand haben. Ein Beispiel, wie es in dieser Beziehung in Altfrankreich herging, s. bei Brewer, Gesch. der franz. Gerichtsverf. Bd. 1, S. 620 fig.

25) Dafür sind als Aufsichtsbehörden die Justizministerien bestellt, welche aber nur den Geschäftsgang überwachen und auf wahrgenommene Mängel aufmerksam machen dürfen, auch etwaige Lücken auf dem Wege der Gesetzgebung zu ergänzen suchen müssen. In das Materielle der Rechtshändel dür-

der eine Grenze, welche gegen Willkür schützt, gesucht werden. Das Gesetz geht vom Herrscher aus und man muß ihm hierin, so lange er absolut ist, sogar freie Willkür zugestehen, welche durch Nichts als durch edle Gesinnung und Begeisterung für das Volkswohl gezügelt wird; aber damit ist auch das Reich der Willkür abgeschlossen²⁶⁾, und ein Fortwirken derselben in die praktische Anwendung, in den Vollzug der Gesetze, kann nicht anders, als in der Despotie und Tyrannei gedacht werden²⁷⁾; denn so wie die Staatsbürger auf das einmal gegebene Gesetz, es mag gut oder schlecht sein, sich nicht mehr verlassen können, so hört auch aller Rechtszustand auf.

Daher kommt die Idee der Unabhängigkeit und Unabsehbarekeit²⁸⁾ der Richter, welche jetzt so weit ausgebildet ist, daß die Regierung die angestellten Richter, also ihre eigenen Diener, nicht anders entfernen kann, als auf den Grund einer Untersuchung und eines Urtheiles von Seiten des Gerichtshofes, welchem dieselben untergeben sind; es muß also eine grobe Pflichtverletzung, d. h. eine solche, worauf die Cassation als Strafe²⁹⁾ gedroht ist, nachgewiesen werden.

Die Art und Weise, wie das Gesetz ausgelegt und angewendet wird, ist also dem jeweiligen Richter und seinem Gewissen lediglich anheim gegeben und dafür, daß Fehler und Verstöße, ja Ungerechtigkeiten, wieder gut gemacht werden können, ist der Instanzenzug³⁰⁾ eingeführt, unter welchem eine Reihenfolge von urtheilenden Gerichten in der Rangordnung zu verstehen ist, daß das höhere den Spruch des niederen, auf Verlangen der sich beschwert fühlenden Partei, zu prüfen und entweder zu bestätigen oder zu verbessern hat³¹⁾. Das Untergericht muß

fen sie sich nicht einmischen. Vgl. Brewer a. a. D. Th. 1, S. 666. Mit-
termaier, das deutsche Strafverf. Th. 2, S. 455. Ueber Justizeingriffe s.
Schid, über das reichsfürstliche Instanzenrecht, und insbesondere von sogen.
Cabinetjustiz (Gießen 1802), und Pepp, Darstellung der Verfolgungen des
Bernser Oberhofgerichtes und der damit zusammenhängenden Cabinetjustiz. Tü-
bingen 1834.

26) Findet der Regent, daß durch die Anwendung des gegebenen Gesetzes
eine unverhältnismäßige Härte oder Milde herauskomme, so kann er es auf ver-
fassungsmäßigem Wege wohl außer Kraft setzen, aber niemals mit Rück-
wirkung auf die schon abgeurtheilten Fälle.

27) Ein sehr denkwürdiges Beispiel von König Ludwig XIII. erzählt
Montesquieu in seinem *Esprit des lois*. Liv. VI. Chap. 5.

28) Die französische Verfassung versteht darunter noch mehr, als das deut-
sche Staatsrecht, nämlich auch die Nichtversehbarekeit, von der Ansicht
ausgehend, daß ein Richter, der sich der Regierung in der Judicatur gewisser
Dinge nicht fügen will, durch die Drohung der Verweisung in eine ihm wider-
wärtige Gegend gebeugt werden könnte. Charte constitutionnelle de
1830. art. 49: *Les juges nommés par le Roi sont inamovibles.*

29) Die neueren Gesetze unterscheiden Dienstentlassung und Dienstentsetzung,
s. Braunschweig. Criminalgesetzb. §. 249. In den Folgen für den Dienst
sind jedoch beide Strafen gleich.

30) v. Draß, Geschichte der badischen Gerichtshöfe (Mannheim 1821),
S. 24.

31) Von dem früher den Kurfürsten in der goldenen Bulle zugestandenen
privilegium de non appellando s. Schid a. a. D. §. 24—27.

alsdann den Ausspruch des Obergerichtes unbedingt respectiren. Man hat in den civilisirten Ländern theils zwei, theils und zwar in der Regel drei Instanzen hergestellt, und es ist noch immer viel Streit darüber, welche Einrichtung vortheilhafter sei. Da, wo zwei Instanzen bestehen, ist noch ein Justizhof übrig, welcher bloß als Wächter des Gesetzes³²⁾, und namentlich der richtigen Interpretation und der Formen, dassteht und welcher Cassationshof³³⁾ heißt, weil er angerufen wird, um ein Erkenntniß wegen Verletzung des Buchstabens des Gesetzes aufzuheben und die abermalige Verhandlung und Entscheidung an ein anderes Tribunal zu verweisen. Zwei Instanzen, die über das Materielle des Rechtsstreites erkennen, dürften wohl überall als genügend anzusehen sein³⁴⁾, indem durch die Beleuchtung einer Sache von zwei Seiten immer die nöthige Gründlichkeit verbürgt ist und eine weitere Erörterung³⁵⁾, wenn sie auch mitunter zu einem anderen Resultate führen sollte, deswegen doch noch keine Gewißheit gibt, daß die früher ausgesprochenen Rechtsansichten unrichtig seien; denn es muß selbst der Jurist zugestehen, daß das Gewinnen und Verlieren eines Prozesses, besonders bei verwickelten Fragen, einem Zufalle nicht gar unähnlich sei³⁶⁾; und warum nun diese Zufälligkeit vermehren, warum die Prozesse unerträglich in die Länge ziehen? Die beabsichtigte Rechtsgewähr wird dadurch vielleicht nicht selten in Rechtsunsicherheit verkehrt, und es trifft das Sprichwort zu: daß das Bessern der Feind des Guten sei³⁷⁾.

Wenn solchergestalt eine unabhängige Rechtspflege gesichert ist, so bleibt nur noch die, vorhin schon berührte, Aufsicht der Regierung über die Rechtsverwaltung übrig, welche jedoch weit entfernt ist von

32) Zentner, Andeutungen über die Einführung einer auf Collegialität gebauten Gerichtsverfassung (Mannheim 1839), §. 9, 10 und 30.

33) Diese Einrichtung hat mit seltener Gründlichkeit historisch beleuchtet: Brewer, Gesch. der franzöf. Gerichtsverf. (Düsseldorf 1837), Th. 2, S. 886 fig. Sie rührt hiernach aus dem Ende des 16. Jahrhunderts her, und es ward damals dem königlichen Staatsrath das Cassationsrecht einklermt.

34) Zumal wenn die ersten zwei Gerichte conform geurtheilt haben.

35) Das früher angewandte Abschreckungsmittel der sogen. Succumbenzgelder (poenae temere litigantium) hat mit Recht Zachariä, 40 Bücher vom Staate (Heidelberg 1840), Bd. 4, S. 53, als einen unstatthaften Eingriff in das Gewissen der Parteien verworfen. Inzwischen würde doch für den Rechtsfrieden und die Abkürzung der Streitigkeiten viel gewonnen, wenn die Oberappellationshöfe in Deutschland abgeschafft und in Cassationsgerichte umgewandelt würden. Freilich läßt sich hieran nichts ändern, so lange die Bundesacte (Art. 12) besteht, welche darin auf die alte Reichsverfassung gestützt ist.

36) In manchen Ländern sucht man dadurch zu helfen, daß die Aussprüche des obersten Justizhofes als Präjudicien angesehen und in nachfolgenden Fällen zur Entscheidungsnorm dienen, wie z. B. in Württemberg und zum Theil in Sachsen; aber dagegen läßt sich doch auch Vieles erinnern, namentlich, daß die Entwicklung und Fortbildung des Rechtes gehemmt wird.

37) Wer absolut 3 Instanzen verlangt, den könnte man fragen, warum er nicht lieber 4 oder 5 wolle. Vgl. v. Klimentingen, Metaphysik des Civilproz. (Gießen 1808), S. 126.

Willkür und sogen. Cabinetsjustiz. Die Aufsicht besteht nämlich darin, daß der Geschäftsgang der Gerichte, überhaupt ihre Organisation und Hierarchie, von der oberen Staatsbehörde vorgezeichnet und überwacht wird. Dazu gehört auch die Anordnung der persönlichen Verhältnisse und die disciplinarische Beobachtung der Richter.

Bisher war nur von der Gerichtsbarkeit als Ausfluß der Souveränität die Rede, es muß aber noch von einer anomalistischen Institution, nämlich von der Patrimonialgerichtsbarkeit³⁸⁾ Erwähnung geschehen. Darunter ist eine Jurisdiction zu verstehen, welche einer gewissen Familie erblich zugehört, oder einem gewissen Grundbesitze anklebt, woraus auch der Name sich erklärt, indem das Recht zu dem Patrimonium oder Erbgute des Inhabers gehört.

Ueber die Entstehung dieser Art schwebt die Rechtsgeschichte noch im Dunkeln. Man weiß zwar wohl, daß einzelne Gutsherrn und Familien von den Kaisern oder Landesherren mit der Gerichtsbarkeit beliehen wurden, und in solchen Fällen ist nichts Anderes, als ein veräußertes Kronrecht³⁹⁾, wie ja dieses in früheren Jahrhunderten vorkam, darin zu erkennen, und es ist zugleich auf förmlichen Rechtsmittel basirt. Aber selbst unter dieser Voraussetzung kann man die Patrimonialgerichtsbarkeit keineswegs vertheidigen. Die Haupteinwendung bleibt immer die, daß der Gerichtsherr nothwendig oft in die Lage kommen muß, in eigener⁴⁰⁾ Sache, ja in rein persönlichen Angelegenheiten, sich selbst Recht zu nehmen⁴¹⁾, wobei jener Grundsatz der Unparteilichkeit unmöglich bestehen kann; denn das Verhältniß ist zu klein, als daß die angestellten Richter nicht mindestens eine unbewusste Neigung hätten, zu Gunsten dessen, der ihnen Rang und Brot schafft, zu erkennen.

Wo heutzutage diese Anomalie noch besteht, hat man freilich dadurch zu helfen gesucht, daß man die Patrimonialrichter gerade ebenso, wie die unmittelbar landesherrlichen, unter strenge Aufsicht der Mittel- und Oberbehörden⁴²⁾ stellte und überhaupt anwies, ihr Verfahren und ihre Recht-

38) S. hierüber besonders: Geschichte der ständischen Gerichtsbarkeit in Bayern 2 Bde. (Pesth 1791, Leipzig 1793); Poller, Geschichte der teutschen Patrimonialgerichtsbarkeit (Landsbut 1804), und Falck, die Gerichtsverfassung der Herzogthümer Schleswig und Holstein (Altona 1835), S. 132—153. Staatslexikon von Rotteck und Welcker Bd. 12, S. 379 fig.

39) Falck, a. a. D. S. 133, sagt: daß alle Gerichtsherrlichkeit ursprünglich dem Regenten zuständig gewesen, und insofern sie von Anderen, Individuen oder Corporationen, besessen und ausgeübt wurde, nur als ein abgeleitetes Recht zu betrachten und von dem Regenten auf sie durch Privilegien, allensfalls auch durch Usurpation und Herkommen übergegangen ist, kann jetzt wohl als die allgemein angenommene Meinung betrachtet werden, die sich denn auch historisch vollkommen rechtfertigen läßt. Vgl. jedoch Poller a. a. D. §. 3—14.

40) Schon das alemannische Landrecht verordnete (Cap. 9): Niemand mag sprechen, daß ein Gericht sein äigen sei.

41) Poller a. a. D. S. 197 und v. Chlingensperg, ius hofmar-chiale. Cap. 25. S. auch Falck a. a. D. S. 143.

42) Partleben, Geschäftslexikon (Leipzig 1824), Bd. 1, S. 593.

sprechung lediglich nach den allgemeinen Vorschriften und Gesetzen⁴³⁾ einzurichten. Damit ist jedoch nicht mehr erreicht, als daß ein mangelhaftes Institut der Mängel weniger hat, und im tiefsten Grunde mangelhaft bleibt es immer^{43a)}, nicht bloß wegen der Abhängigkeit der Richter, sondern hauptsächlich auch wegen der Rücksichtslosigkeit in Bezug auf das allgemeine Wohl⁴⁴⁾, womit gewöhnlich die kleinen Gerichtsherren bei der Anstellung zu Werke gehen. Ist dieses Recht auch da und dort durch die erforderliche Präsentation einigermaßen beschränkt, so muß man wissen, daß nur ein Bestehen der Staatsprüfung und sonstige, meist negative, Eigenschaften dazu gehören, welche auch viele mittelmäßige Subjecte nothdürftig aufweisen können, so daß die persönliche Gunst und die Rücksicht auf gesellige Tugenden leicht tiefer in die Waagschale fallen kann, als eigentliche Auszeichnung. Und so bildet sich in den Patrimonialbezirken gewöhnlich ein Asyl für schwache Juristen, welche die Concurrenz im Großen nicht bestehen können und hier auch schwerlich je einen Richteramtsposten erlangt hätten.

Mögen auch viele ehrenwerthe Ausnahmen in diesem Betracht, besonders in neuerer Zeit, wo die Wissenschaftlichkeit allgemeiner geworden ist, vorhanden sein⁴⁵⁾, so scheint es doch Pflicht Aller, denen das Wohl des Vaterlandes am Herzen liegt, darauf hinzuwirken, daß die Patrimonialgerichtsbarkeit, sei es auch durch Zahlung großer Abfindungssummen, allmählig ganz aus unseren Gauen verbannt werde.

Nachdem das Gerichtswesen im allgemeinen vorgeführt ist, soll nun, in gehöriger Sonderung, von der Gerichtsbarkeit und den Gerichtsständen, zuerst in Bezug auf das Civilrecht, dann in Bezug auf das Criminalrecht, gehandelt werden.

I. Die Civilgerichtsbarkeit zerfällt in die freiwillige und gezwungene oder executive Gerichtsbarkeit⁴⁶⁾.

A. Die freiwillige (auch willkürliche oder außergerichtliche) Rechtspflege ist jedenfalls von nicht geringerer Wichtigkeit, als die gezwungene, und es mag im Ganzen wohl eben so viel Geschäftsmaße in das Gebiet

43) Wenn es übrigens den Regierungen ernstlich darum zu thun wäre, so möchten sie wohl die meisten Patrimonialrechte käuflich erhalten können und die Mittel dazu würden die Unterthanen ohne Zweifel gern verwilligen, weil sie unberechenbare Vortheile dadurch erlangen. Vgl. Poller a. a. D. §. 80—91.

43a) Deutsche Bundesacte Art. 14.

44) Politisch genommen ist wohl das Unerträglichste, daß die Patrimonialgerichtsbarkeit gleich einem Hemmschuh an dem Fortschritte der Zeit hängt und alle Verbesserungen in der Landesgesetzgebung entweder ganz vereitelt oder doch verkümmert. S. Staatslexikon s. v. Patrimonialgericht Bd. 12, S. 383 flg., woraus sich ergibt, wie verschieden sich die Untergerichtsbarkeit in Folge des Einflusses dieser Patrimonialgerichtsame in Deutschland gestaltet hat.

45) Besonders in Sachsen sind die Patrimonialgerichte verhältnismäßig gut bestellt. Staatslexikon a. a. D. S. 384.

46) Glaproth, Einleitung in den ordentl. bürgerl. Prozeß, 4. Aufl., §. 20.

jener, wie dieser fallen. Gerade der Grund, warum die Juristen gemeinlich etwas vornehm auf Extrajudicialverhandlungen herabsehen⁴⁷⁾, nämlich daß dabei nicht contravertirt und selten eine Rechtsfrage auf die Spitze getrieben wird, dürfte eher einen Vorzug begründen; denn da, wo die Menschen mit friedlichem Vertrauen ihr bürgerliches Wohl in die Hände eines Beamten niederlegen, verdienen sie doch wohl in doppeltem Maße Garantien⁴⁸⁾ gegen jede Beeinträchtigung.

Die freiwillige Gerichtsbarkeit wird durch examirte und recipirte Notariatspersonen, welche aber nicht überall den Namen Notare⁴⁹⁾ haben, ausgeübt⁵⁰⁾. Der richtigste Grundsatz ist wohl der, daß sie ungefähr wie die Advocaten gestellt werden, so daß die Ansichten des Publicums über Charakter und Geschicklichkeit entscheiden, welchem Notar die meisten Arbeiten zufallen. Es ist dabei wohl im Auge zu halten, daß fast regelmäßig Familiengeheimnisse vor dem Notar zur Sprache kommen. Wer kann es aber gern sehen, daß solche einem Menschen bekannt werden, den man vielleicht für unzuverlässig hält? Wem kann man ferner auch zumuthen, zweifelhafte Rechtspunkte, von denen vielleicht die ganze äußere Existenz abhängt, in unbewährte Hände hinzugeben?

Eine andere Frage ist es, ob man die Notare ohne unmittelbare Controle arbeiten lassen solle. Fast überall ist die Frage factisch verneint⁵¹⁾. Ein Hauptmoment scheint aber dabei übersehen zu sein, daß nämlich in diesem Bereiche keine Appellation stattfindet, und mithin durch Irrthum oder Voreingenommenheit mannigfaches Unrecht angerichtet werden kann, wogegen dann der Beschädigte kein anderes Mittel übrig hat, als einen Prozeß zu beginnen. Eine Controle dieser Art kann theils

47) Einen Vertrag oder ein Testament so aufzunehmen, daß kein Prozeß über die Auslegung entstehen kann, ist ohne Zweifel eine größere Kunst, als einen Prozeß über eine solche Urkunde zu entscheiden. In diesem Sinne ist es zu nehmen, wenn die Notare in der kais. Notariatsordn. §. 15 *Dies* net des gemeinen Nutzens genannt werden.

48) Allerdings ist es nur die Form, für welche der Notar verantwortlich ist, allein es ist doch auch seine Pflicht, die Betheiligten auf die zweckmäßigen Stipulationen aufmerksam zu machen. In Frankreich sind die gegen leichtsinnige Notare gedrohten Strafen wohl am empfindlichsten.

49) Bei den Römern *tabelliones*. Heineccii *elem. iur. civ.* §. 599.

50) Diese Einrichtung ist in Deutschland sehr verschieden. Theils bestehen, wie in Preußen, wirkliche Notare, theils heißen sie *Amtschreiber*, *Theilungscommiffäre* u. s. w., theils ist auch ihr Geschäft noch in Händen der Beamten erster Instanz, wie z. B. in Bayern, wo denn für Acte der freiwilligen Gerichtsbarkeit besondere *Gerichtscommiffionen* ernannt werden. Vgl. *Hartleben*, *Geschäftslexikon* Bd. 1, S. 391, und *Rittermaler*, der gem. teutsche Prozeß im Vergl. mit dem preuß. und franz. Beitr. 2, §. 2.

51) Es kann keine eigentliche Controle genannt werden, wenn in Frankreich und den teutschen Rheinprovinzen die Notare dem *Staatsprocurator* in der Art untergeben sind, daß bei ihm Beschwerden gegen sie erhoben werden können, und daß er ihren Dienst jederzeit visitiren darf. Das *Historische* s. bei *Brewer*, *Gesch. der franz. Gerichtsverf.* Th. 1, S. 406—416.

regelmäßig, theils auf einzelne Fälle beschränkt sein; die erstere Einrichtung setzt eine besondere Behörde⁵²⁾ voraus, welcher alle diese Geschäfte zur Revision und Notaminirung vorgelegt werden; die zweite aber unterstellt es dem Ermessen einer Justizbehörde, von den Notaren je zuweilen einen Act einzufordern und zu prüfen. Die letztere Einrichtung scheint die zweckmäßigste zu sein, weil sie weder zu viel noch zu wenig statuiert.

Die Gegenstände, welche der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterliegen, sind überhaupt alle gütlichen Vereinbarungen über Rechtsverhältnisse jeder Art, wovon bloß die gerichtlichen Vergleiche ausgenommen sind, weil dieselben zur Erledigung eines anhängig gemachten Prozesses gehören⁵³⁾. Es werden daher von den Notaren hauptsächlich Verträge und Theilungen, einschließlich der Erbauseinandersetzungen, vorgenommen, und das Wesentliche ist dabei immer, daß alle Personen, welche die Sache berührt, d. h. welche aus dem Acte Rechte oder Verbindlichkeiten erwerben sollen, dabei anwesend sind, und ihre Genehmigung durch Unterschrift aussprechen, und außerdem auch Zeugen⁵⁴⁾, die die Richtigkeit des Vorganges mit beurkunden. Ueberhaupt muß ein jeder Notariatsact den Erfordernissen einer öffentlichen Urkunde entsprechen, weil der Grund der ganzen Einrichtung nur der ist, den Staatsbürgern Beamte zur Seite zu stellen, deren Hilfe sie sich bedienen können, um Verhandlungen, die sie vielleicht eben sowohl selbst niederschreiben könnten, in einer sicheren gesetzlichen Form⁵⁵⁾ aufnehmen zu lassen, damit nicht sowohl unter den Interessenten ein vollkommen klares

52) Diese Behörde besteht in Baden unter dem Namen *Amtsrevisorat*, d. h. es ist eine Stelle, bei der alle Extrajudicialacte, die im Bezirke eines Amtes oder Untergerichtes vorkommen, revidirt werden müssen. Die Geschäftsfertiger, früher Theilungscommissäre, jetzt *Districtsnotare* genannt, haben daher jeden Act, so wie er abgeschlossen ist, dieser ihnen zugleich dienstpolizeilich vorgesezten Behörde vorzulegen und die etwaigen Ausstellungen zu vernehmen und zu beantworten. Nach der neueren Einrichtung sind die also erfolgenden Bemerkungen nur noch als einfache Ansichten zu betrachten, welche die Notare, wenn sie dadurch nicht eines Anderen überzeugt werden, nicht gerade befolgen müssen, und welche auch den Betheiligten, wenn sie in eine Veränderung des Actes nicht willigen, nicht aufgedrungen werden können. Bloß in Angelegenheiten Minderjähriger oder ihnen gleichgestellter Personen kann der *Amtsrevisor* förmliche Weisungen ertheilen. Vgl. Verordn. v. 25. Nov. 1841 und v. 4. Jan. 1842.

53) So war auch in der kaiserlichen Notariatsordnung von 1512 der Geschäftskreis abgegrenzt. *Martin, Lehrb. des bürgerl. Proz.*, 12. Ausg., §. 79.

54) Die Anzahl der zu abhörenden Zeugen ist überall verschieden, je nach der Natur des Rechtsgeschäftes. — Testamente, als die der Täuschung am meisten unterworfenen Urkunden, erfordern die meisten Zeugen. *Mühlenbruch, Lehrb. des Pandektenrechtes* Bb. 1, §. 103.

55) Außerdem wird auch eine gewisse Erfahrung und Sicherheit in der Geschäftsbehandlung deshalb nöthig, weil dabei oft wieder andere Urkunden vorkommen, deren Gültigkeit zu prüfen ist und weil namentlich viele Berechnungen nothwendig werden, die nicht ohne besondere Manipulationen ins Klare gesetzt werden können, wie z. B. bei Erbtheilungen und Vormundschafts-abrechnungen.

Bewußtsein über Das, was sie wollen, eintrete, sondern auch, im Falle einer sich ergebenden Meinungsverschiedenheit, eine feste Grundlage zur gerichtlichen Erörterung, d. h. zum Rechtsstreite vorhanden sei.

B. Von der gezwungenen Gerichtsbarkeit scheiden sich wieder als uneigentliche Arten aus: das Schiedsgericht und das prorogirte Gericht⁵⁶). Beide bilden ein Mittelglied zwischen der freiwilligen und executiven Gerichtsbarkeit, weshalb sie auch wohl an dieser Stelle am schicklichsten eingeführt werden.

Das schiedsrichterliche Verfahren hat das Eigenthümliche, daß ein beliebiger Mann⁵⁷) (bonus vir), je nach Uebereinkunft der Streitenden, gewählt werden kann, welcher nach einer gesetzlich bestimmten oder von den Parteien vorgezeichneten Methode die Verhandlung pflegt, dann aber nach dem Landrechte eine Entscheidung gibt. Es kann giltiger Weise ein jeder Staatsbürger, der zum Richteramte fähig, nicht anrücklich und nicht mehr minderjährig ist, dazu angegangen werden⁵⁸). Daß er rechtsverständlich sei, wird nicht unbedingt erfordert, doch muß er im verneinenden Falle Juristen um ein Gutachten ersuchen und sich beim Urtheile nach diesem richten.

Der Vertrag, durch welchen ein solches Ausnahmungsverfahren hergestellt wird, heißt in der Rechtssprache ein Compromiß⁵⁹), und das Schiedsgericht mithin auch wohl Compromißgericht.

Was die Rechtsbeständigkeit der Schiedsprüche anbelangt, so beruht es ebenfalls auf dem Vertragsrechte, daß dieselben den Urtheilen der ordentlichen Gerichte völlig gleich stehen; denn ein Vertrag gilt bekanntlich wie ein Gesetz, d. h. er ist ein unter gewissen Personen vereinbartes Specialgesetz, und wenn daher die Grundlage des Schiedspruches die

56) Letzteres wird zwar fast in allen Büchern über Prozeß mit den gemeinen Gerichtsständen zusammengeworfen; aber wohl mit Unrecht, indem es kein gezwungenes Erscheinen des Beklagten mehr ist, wenn er ein Forum erwählt hat, von dem er gerichtet sein will. Den Gerichtszwang bedingt also nicht seine Untergebenheit, sondern seine Selbstunterwerfung. Thibaut, System des Pandektenrechtes Bd. 3, §. 1085, der wohl der Einzige, der das forum praeov. als Gegensatz des gesetzlichen Gerichtsstandes auffaßte.

57) Alciatus, in iudic. proc. comp. (Colon. 1566.) fol. 32. 33., unterscheidet 3 Arten von Schiedsrichter: 1) qui de partium consensu eligitur et in quem sub poenae stipulatione compromittitur. debet hic arbiter sequi iuris rigorem, aequitatem scriptam, cum talia arbitria redacta sint ad instar iudiciorum. 2) Arbiter iuris, qui eligitur a partibus in recusatione iudicis ordinarii vel delegati. Debent hi servare formam iuris, et ab eis poterit appellari. 3) Arbitrator, coram quo non proceditur ordine iudiciario, cuius sententiae, si partes non consentiant, reducant se ad arbitrium boni viri. Vgl. Thibaut, Pandektensystem §. 155.

58) L. 9. §. 1. de receptis. (4. 8.) L. ult. C. h. t. (2. 56.); cap. 8. 9. X. de arbitr. (1. 43.)

59) Ein Zwang zur Uebernahme des Schiedsrichteramtes kann jedoch nur dann eintreten, wenn die Compromittenten zugleich auch einen Vertrag mit dem erwählten Arbitrer schließen, welcher Vertrag dann receptum heißt und wie ein Mandat klagbar ist. Mühlensbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes Bd. 2, §. 495.

Bedeutung eines Gesetzes hat, so muß nothwendig dieser selbst auch den richterlichen Entscheidungen, welche auf gemeinrechtliches Verfahren entstanden sind, gleich stehen⁶⁰). Das Urtheil eines Schiedsgerichtes⁶¹) kann sonach dem ordentlichen Vollstreckungsbeamten mit dem Antrage auf Execution vorgelegt werden⁶²), und dieser hat zuerst ein unbedingtes Mandat gegen den Verurtheilten zu erlassen, worauf derselbe allenfalls noch die Einrede des Betruges oder der Fälschung⁶³) vorbringen und sofort den Beweis darüber antreten kann; thut er dieses aber nicht, so ist der Richter befugt und verpflichtet, jenes Urtheil, wenn er es auch nicht den Rechten gemäß halten sollte, unverändert und nach dem wörtlichen Inhalte in Vollzug zu setzen, und zwar mit allen denjenigen Mitteln, welche nach Landesgesetzen gegen säumige Schuldner anwendbar sind.

Von den Schiedsgerichten im engeren Sinne hat man wieder zu unterscheiden das Institut der Schiedsmänner, welches besonders in Preußen⁶⁴) sehr ausgebildet ist. Der Grundzug dieser Einrichtung besteht darin, daß die Staatsregierung ein außergerichtliches Verfahren möglichst zu befördern sucht, indem es, und wohl mit gutem Grunde, schon an und für sich als eine Calamität für den Staatsbürger angesehen wird, wenn er den, in der Regel sehr weitläufigen, zeitraubenden und kostspieligen Weg eines förmlichen Processes betreten muß; ferner aber sucht man dahin zu wirken, daß die Unterthanen vor Zank und Hader, in jenem entschiedenen Sinne, wie die Prozeßverhandlung es mit sich bringt, sich scheuen und hüten mögen⁶⁵). Deshalb werden ehrbare Bürger, be-

60) Es kann jedoch auch eine Conventionalstrafe auf den Fall stipulirt werden, daß der eine oder andere Theil dem SchiedsSpruche keine Folge geben will. L. 27. §. 7. D. de receptis. (4. 8.) L. 10. §. 1. de pact. (2. 14.)

61) In der römischen Rechtsprache *judum* genannt. L. 15. D. de recept. (4. 8.) L. 3. §. 1. L. 13. in f. Cod.

62) L. 5. C. de recept. (2. 56.)

63) Deshalb kann überall und gegen jede hieraus gezogene Rechtswirkung protestirt werden, ob es bedungen sei oder nicht; wie z. B. wenn der Beklagte entdeckt, daß der Gegner mit dem Schiedsrichter einen heimlichen Nebenvertrag zum Zwecke der Rechtsbeugung abgeschlossen hat, oder daß der Schiedsrichter das Zeugenverhörprotocoll dem Beklagten nachtheilig umgewandelt hat u. s. w. Vgl. Thibaut, Pandecten-system §. 148, 149.

64) Es finden sich hierüber in der preussischen Gesetzsammlung mehrere Bestimmungen, welche hier aufzuzählen zu weitläufig wäre. Wichtigens darf die Bemerkung nicht unterdrückt werden, daß nach den bisherigen Erfahrungen das Institut weitern nicht den Erfolg auf Prozeßverminderung hatte, welchen man sich davon versprach; wahrscheinlich, weil in kleineren Orten selten Männer gefunden werden konnten, welche einem solchen Amte hinlänglich gewachsen wären.

65) Das französische Gericht geht noch weiter, indem es verordnet, daß die Erbinstanzgerichte keinen Prozeß annehmen dürfen, wenn nicht nachgewiesen ist, daß vorher bei dem hierzu verpflichteten Friedensrichter (*juge de paix*) ein Vergleichsversuch gemacht wurde. Code de procéd. art. 48-58. Die babilische Prozeßordnung von 1831 hat sich darüber so ausgedrückt: Dem Richter liegt ob, überall, wo es thunlich erscheint, namentlich in allen zweifelhaften oder verwickelten Rechtsfachen die gütliche Beilegung des Streites

sonders aus dem Stande der nicht angestellten Rechtsgelehrten, in gewissen Districten, die nicht so groß sind, daß der Wohnsitz nicht ohne empfindlichen Aufwand an Zeit und Kosten erreicht werden könnte, als ständige Schiedsmänner ernannt und verpflichtet, so daß dieselben gegen eine geringe Gebühr alle an sie gebracht werdenden Rechtsstreitigkeiten verhandeln und zu vergleichen suchen müssen. Da sie also nicht Erkenntnisse geben⁶⁶⁾ und nicht im eigentlichen Sinne rechtsprechen dürfen, so sind sie auch keine eigentliche Schiedsrichter. Der Nutzen der Schiedsmänner ist dennoch unverkennbar größer, als der Schiedsrichter; eben weil sie nur die Aufgabe einer friedlichen Vereinbarung zu lösen haben und ferner weil der Vergleichsweg damit weit näher gelegt ist, als im gemeinen Leben, in dem es oft den Friedlichgesinnten am schwierigsten scheint, einen Mann aufzufinden, der sich ihrer Sache als Freund, als Helfer und Rather annehmen werde.

Viele Ähnlichkeit mit dem Schiedsgerichte hat der prorogirte Gerichtsstand⁶⁷⁾. Als solcher erscheint nämlich ein jedes ordentliche Landesgericht, wenn es im vorliegenden Falle zwar prozessordnungsmäßig nicht competent⁶⁸⁾, jedoch von den Parteien ausersehen ist, ihren Rechtsstreit nach Maßgabe der allgemeinen Gesetze zu verhandeln und zu entscheiden.

Von selbst geht hieraus hervor, daß ein solcher Gerichtsstand nicht anders hervorgerufen werden kann, als durch einen Vertrag⁶⁹⁾ der Parteien⁷⁰⁾. Es lassen sich viele Gründe denken, warum ein solcher abgeschlossen wird; vorzugsweise ein besonderes Vertrauen, welches in die Rechtskenntniß und Unparteilichkeit des Gerichtes, so wie in dessen Bekanntschaft mit den Localverhältnissen gesetzt wird. Manche wollen auch den Fall hierher zählen, wenn eine Person am unrechten Gerichtsstande belangt ist und sich denselben dennoch gefallen läßt. Darin ist aber

durch Vergleich zu versuchen (§. 791). Bloss in Streitsachen zwischen Eltern und ihren Abkömmlingen, zwischen Eheleuten und zwischen Geschwistern, darf der Vergleichsversuch niemals unterbleiben (§. 792).

66) Die Erfahrung lehrt auch, daß mit einem schiedsgerichtlichen Urtheile in der Regel beide Parteien nicht zufrieden sind. Denn sie glauben sich denn doch immer nicht so zur Unterwerfung verpflichtet, als wenn ein ordentlicher Richter erkannt hätte. Vergleichen sie sich aber in der Hauptsache, so beruht Alles auf freier Willensbestimmung. Diese Ansicht hatte auch schon Perneder, gerichtl. Prozeß (Ingolstadt 1600), indem er S. 11 sagt: Es werden gar selten Compromiß auffgerichtet, die nit zu Stritt kommen.

67) Glück, Pandektencommentar Bd. 3, §. 22, Anm. 35. Cramer, opusc. T. II. nr. 29.

68) Eben deshalb kann das forum prorogatum unter den gemeinen Gerichtsständen nicht aufgeführt werden.

69) Hug. Donelli comment. de iure civ. XVII. c. 10. §. 5—8. L. pen. C. de pact. (2. 3.) L. 1. C. de iurisdic. omn. iudic. (3. 13.) L. 15. D. de iurisd. (2. 1.) L. 2. pr. D. de iudiciis. (5. 1.) L. 13. C. de exc. (8. 36.)

70) Auch durch Testament kann auf den Fall eines Erbschaftsstreites die Wahl eines beiden Theilen angenehmen Gerichtsstandes oder eines Schiedsrichters anbefohlen werden. Böhmmer, princ. iur. canon. Ed. 7. §. 851.

keine eigentliche Prorogation zu erkennen⁷¹⁾, indem es beiderseits auf einem bloßen Versehen beruhen kann, daß nicht ein ordentlicher Gerichtsstand angegangen wurde; eine Prorogation darf aber, als Ausnahme von der Regel, nicht vermuthet werden, sondern sie muß ausdrücklich vereinbart sein. Auch ist wohl dabei zu bemerken, daß das Gericht selbst verpflichtet ist, seine Competenz in jedem einzelnen Falle zu prüfen und den Kläger sofort abzuweisen, wenn er sich an den unrechten Ort gewendet hat⁷²⁾. Einem solchen Decrete kann er nur dadurch vorbeugen, daß er von vorn herein erklärt, er habe sich mit dem Gegner über den außerordentlichen Gerichtsstand vereinigt, und es wird sogar von Vielen verlangt, daß die Uebereinkunft mit Anstellung der Klage urkundlich vorgelegt werde. Wenn also ein incompetentes Gericht, wenn auch ohne Widerspruch der Parteien, aber ohne ausdrückliche Uebereinkunft, einen Rechtsstreit verhandelt und entschieden hat, so dürfte es keinem Zweifel unterliegen, daß das Urtheil, auf Antrag des, später zur richtigen Einsicht gekommenen, Beklagten theils wieder aufgehoben und die Verhandlung an den ordentlichen Gerichtsstand verwiesen werden könnte⁷³⁾.

Nicht jedes Gericht ist übrigens verpflichtet, die Prorogation anzunehmen, sondern nur das Gericht, welches im ordentlichen Rechtszuge die zweite oder dritte Instanz⁷⁴⁾ bilden würde, weil nämlich hier in der That mehr ein Verzicht auf die vorhergehenden Instanzen, als die Wahl eines besonderen Gerichtsstandes vorliegt. In jedem anderen Falle darf das prorogirte Gericht den Antrag zurückweisen und es gelten dabei keine anderen Gründe, als die Gründe der Billigkeit, d. h. der Rücksicht auf die triftigen Motive der getroffenen Wahl⁷⁵⁾.

Wollte man umgekehrt die Gerichte verpflichten, jeder Prorogation unbedingt Folge zu geben, so wäre die Besorgniß unvermeidlich, daß die Organisation der Gerichte indirect aufgehoben und am Ende eine ganz andere Ordnung, als sie der Gesetzgeber beabsichtigte, eingeführt würde;

71) Anderer Meinung ist Beyer, Vorträge über den ordentl. Civilprozeß, 6. Aufl., S. 148. Ausnahmen dürfen aber wohl überhaupt nicht aus dem Stillschweigen geschlossen oder vermuthet werden.

72) Der Legitimationspunkt muß von Amts wegen berichtigt werden. Vgl. L. fin. D. de iurisd. (2. 1.) L. 53. §. 3. D. de re iudic. (42. 1.) L. 1. in f. D. ad SC. Tert. (38. 17.) L. 1—4. C. si a non comp. iud. (7. 48.) — c. 26. de R. J. in 6. — S. R. X. §. 119.

73) Das Gericht kann, auf erkannten Irrthum, mit Einwilligung der Parteien, entweder selbst sein Verfahren für ungiltig erklären, oder das Obergericht thut es im Wege der Appellation. Derjenige Theil, welcher den Fehler kannte und nicht anzeigte, hätte die Kosten zu bezahlen.

74) Es muß den Parteien erlaubt sein, den Streit, vorausgesetzt, daß die Appellationssumme vorhanden ist, gleich in zweiter Instanz anzufangen, weil sie damit leblich einen Verzicht aussprechen. Vgl. badische Prozeßordn. in bürgerl. Rechtsstr. §. 33. — Es ist also, streng genommen, auch hier keine Prorogation, sondern eher eine Anticipation vorhanden und wenn man auf Vermehrung der Namen ausgehen wollte, so müßte man diesen Gerichtsstand den anticipirten nennen.

75) S. jedoch Heffter, Instit. des Civilproz. S. 157 und Beyer, Vorträge über den ordentl. Civilpr. S. 148.

denn der natürliche Stand aller menschlichen Einrichtungen bringt es mit sich, daß verschiedene Richter, bei sonst gleich gutem Willen, die nämliche Procedur auf eine mehr oder minder rechtsverständige Weise leiten und das Endurtheil nach richtigen oder irrigen Ansichten geben können. — Begreiflicher Weise werden dann die prozeßführenden Theile ihre Sache in der Regel⁷⁶⁾ denjenigen Richtern zuzuwenden suchen, welche des vorzüglicheren Rufes und Vertrauens genießen.

Die gezwungenen oder nothwendigen⁷⁷⁾ Gerichtsstände, d. h. diejenigen Staatsbehörden, vor welchen der Kläger, wenn ein Vertrag wegen Bestellung eines exceptionellen Gerichtsstandes nicht abgeschlossen wurde, seine Klage anbringen muß, und wo nicht minder der Beklagte seine Vernehmlassung abgeben muß, und welche zugleich die Executivgewalt haben, sind mehrfältig und ordnen sich in folgender Weise nach ihrer Natur und ihrem Gebrauchsrechte.

Man theilt die nothwendigen und ordentlichen Gerichtsstände in gemeine und privilegirte.

a) Unter den gemeinen Gerichtsständen steht obenan:

1) Der Gerichtsstand des Wohnortes⁷⁸⁾ (forum domicilii). So lange keine besonderen Verhältnisse eine Ausnahme begründen, ist das Natürlichste, daß Jemand, der von einem Anderen auf dem Wege des förmlichen Prozeßes etwas zu erlangen sucht, diesen an dem Orte aufsucht, wo er wohnt⁷⁹⁾, und zwar theils aus dem Grunde, weil der Schuldner dem Gerichtszwange der hier befindlichen Behörden, welche als unmittelbar erkennende und vollziehende Stellen weit wirksamer einschreiten können, als wenn sie von auswärtigen Gerichten requirirt⁸⁰⁾ würden, untergeben ist, theils aber auch, weil der Beklagte da, wo er sein Domicil hat, muthmaßlich weit eher zur Leistung seiner Schuldigkeit gebracht werden kann, als wenn er von einem auswärtigen Gerichte verurtheilt würde, indem er an seinem Wohnsitze die Nachrede der Zahlungssäumigkeit oder gar Unredlichkeit am meisten von sich abzuwenden suchen wird. Dazu kommt auch noch, daß man es am Gerichtsstande des Wohnortes in der Regel mit dem Beklagten selbst⁸¹⁾ zu thun haben wird, während

76) Namentlich in Sachen von höherem Belange, also gerade in den mühsamsten und verwickeltesten wird dies geschehen.

77) Martin, Lehrb. des bürgerl. Proz., 12. Aufl., §. 47, 60, unterscheidet zwischen dem vom Staate geordneten und dem vertragmäßig begründeten Gerichtsstand. Ein prorogirtes Forum ist aber nicht minder, als das gezwungene ein vom Staate geordnetes Gericht; es scheint daher die Eintheilung in freiwillige und nothwendige Gerichtsstände bezeichnender zu sein.

78) Glück, Erläut. der Pand. Bb. 6, §. 511. Peffter, Institutionen des Civilproz. S. 138.

79) L. 2. C. de iurisd. (3. 13.) c. f. X. de foro comp. (2. 2.)

80) Jeder Praktiker weiß, daß requirirte Gerichtshandlungen in der Regel nur mit geringerer Aufmerksamkeit verrichtet werden, als die der eigenen Competenz.

81) Dieser Umstand wird im Civilprozeße besonders deshalb wichtig, weil der Beklagte nicht so leicht in Person und Angesicht gegen Angesicht, als durch bevollmächtigte, bekannte Thatfachen ableugnen und so die Lage des Klägers erschweren wird.

derselbe, auswärts belangt, nicht leicht eine Reise unternehmen, sondern bloß durch Bevollmächtigte sich vertreten lassen wird, welches immer die Unannehmlichkeit mit sich führt, daß ein Anwalt im Ableugnen der tatsächlichen Klaggründe weiter zu gehen pflegt, als die Partei selbst thun würde, so wie auch, daß Vergleichsversuche hierbei weniger Erfolg zu erwarten haben.

Der Gerichtsstand des Wohnortes gilt für alle Streitigkeiten, mit Ausnahme der Lehenssachen⁸²⁾, und wird daher auch in der Regel von den Klägern gewählt. Nur eine Frage kann dabei zur Erörterung kommen: ob nämlich der Beklagte an dem Orte, wo er belangt wird, wirklich auch im juristischen Sinne wohnhaft ist. In der Rechtsprache versteht man unter Wohnsitz denjenigen Ort, wo Jemand seine Hauptniederlassung hat. Dazu gehört vor allen Dingen, daß er in dem Lande, zu welchem das angerufene Gericht gehört, Staatsbürger⁸³⁾ sei; ferner, daß er ebendasselbst durch Geschäftsverbindungen, Anstellung oder verwandtschaftliche und gesellige Beziehungen einen bleibenden Grund habe, hier zu verweilen. Letzteres ist also ein relativer Grund; der Wohnsitz und der daran geknüpfte Gerichtsstand dauert so lange, bis die fragliche Person sich entschließt, denselben aufzugeben und mit einem anderen zu vertauschen, welcher jedoch für die bereits anhängig gemachten Klagen ohne Einfluß ist.

Bei der Hauptniederlassung kann auch eine Wohnung an anderen Orten bestehen, wo eine Nebeniederlassung etabliert ist; dieses ist lediglich eine Thatfrage⁸⁴⁾, und es wird sich in den meisten Fällen leicht ergeben, wo der Beklagte mit seiner Familie zunächst zu wohnen beabsichtigt ist.

Endlich gehört hierher noch der zufällige oder vorübergehende Aufenthalt⁸⁵⁾, welcher mit Wohnsitz kaum verwechselt werden kann.

Der Gerichtsstand des Wohnortes wird durch eine juristische Fiction

82) Hier gibt es nur ein *iudicium parium*. II. F. 55. Doch kann auch ein *index vicarius* substituirt werden. *Mascov, de iure feud.* (Poson. 1765.) p. 264. §. IV. *Strav, elementa iuris feudalis.* (Jenae 1754.) S. 493—499.

83) Alle freigebornen Einwohner des röm. Reiches hatten, kraft einer Fiction, sie mochten innerhalb oder außerhalb geboren sein, in Rom ihre Civität und folgeweise ihren Gerichtsstand. *Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes*, 2. Aufl. (Halle 1837), Th. 1, S. 365. Dieß war jedoch eigentlich ein *forum originis*. *Thibaut, Pandekten-system* Bd. 3, §. 1068. S. auch *Meyer, esprit, origine et progrès des institutions judiciaires.* (Paris 1823.) Tom. I. p. 294.

84) L. 203. D. de V. S. (50. 16.): *Sed de ea re constitutum esse, eam domum unicuique nostrum existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet, suarumque rerum constitutionem fecisset.* Vgl. auch *Code civil* liv. I. tit. 3.

85) L. 17. §. 15. 13. D. ad municip. et de incol. (50. 1.) L. 2. 4. C. de municipibus. (10. 39.)

zum Theil⁸⁶⁾ noch ausgedehnt auf die Erbschaftsstreitigkeiten⁸⁷⁾, indem man sich die Niederlassung des Verstorbenen für seine Verlassenschaftsmasse in so lange fortwirkend denkt, bis dieselbe gänzlich auseinander gesetzt und in die Hände der Erben und Vermächtnisnehmer übergegangen ist; worauf dann jeder von diesen, so weit er Theile der Masse an sich gezogen hat, dafür wieder persönlich vor dem für ihn competenten Richter, wegen übernommener Verbindlichkeiten, belangt werden muß.

Der sogen. Gerichtsstand des liegenden Erbes oder der eröffneten Erbschaft⁸⁸⁾ (forum hereditatis⁸⁹⁾) ist mithin nur als ein dem Gerichtsstande des Wohnortes analoger und nicht als eine besondere Art aufzufassen.

Ganz ähnlich verhält es sich mit dem Gerichtsstande der Gesellschaft und der Corporationen⁹⁰⁾. Beide werden da belangt, wo sie ihre Hauptniederlassung, beziehungsweise ihren Versammlungsort haben. Auch hierin liegt eine Fiction. Man denkt sich zu der moralischen Person einen Wohnort, und dazu stellt sich am geeignetsten der Ort dar, wo sie ihre Geschäfte in der Regel besorgt; denn man kann annehmen, daß hier auch die Personen sich befinden⁹¹⁾, welche über die streitigen Verhältnisse genügende Auskunft geben können, und daß dafolbst zugleich der Hauptstock des Vermögens beruht.

Es kommen übrigens auch Fälle vor, wo eine Person, die man belangen will, gar keinen Wohnsitz im juristischen Sinne hat, wie z. B. Primathlose und Verbannte. Daß diese gleichwohl vor Gericht gezogen werden können, dafür ist wohl in den meisten Fällen durch einen oder den anderen der nachfolgenden Gerichtsstände gesorgt.

2) An das forum domicilii reiht sich am natürlichsten der Ge-

86) Gemeinrechtlich ist dieß nicht allgemein zugestanden. S. jedoch L. 50. pr. und §. ult. de iudiciis und die bairische Prozeßordn. §. 17. Preuß. allg. Gerichtsordn. §. 121.

87) Nämlich 1) Klagen der Erben gegen einander. 2) Klagen, wodurch Erbschaften oder Vermächtnisse in Anspruch genommen werden. 3) Klagen der Erbschaftsgläubiger. 4) Klagen auf Vollziehung einer letztwilligen Verordnung. S. dagegen Falck, die Gerichtsverfassung der Herzogth. Schleswig und Holstein §. 63.

88) Hiervon geschieht in den Prozeßbüchern meistens nur beiläufig bei dem forum rei sitae Erwähnung; aber die ratio legis ist gewiß eine andere, als bei diesem. Vgl. übrigens L. 22. §. 1. D. ad munic. (50. 1.)

89) Claproth, Einleitung in den ordentl. bürgerl. Prozeß §. 35. Weber, Beiträge zur Lehre von den gerichtlichen Klagen Stück 2, 3, S. 24.

90) Bairische Prozeßordn. §. 18, 8.

91) Die Corporation muß ihre Beamten und die Gesellschaft ihre Verwalter haben und wo diese ihre Geschäfte verrichten, ihre Arbeiten und Bücher führen, da wird der Wohnsitz angenommen, und es leidet auch keinen Zweifel, daß hier die Materialien zur Beantwortung einer Klage gegen die moralische Person zunächst vorhanden sein müssen. Die preussische allg. Gerichtsordn. setzt hinsichtlich der Handlungsgesellschaften §. 38 fest: Daß der Gerichtsstand desjenigen Theilhabers entscheidend sei, dessen Name in der Firma vorkommt.

richtsstand der gelegenen Sache (*forum rei sitae*)⁹²), welcher gegeben ist für alle dingliche und Besitzklagen⁹³), welche Liegenschaften oder liegenschaftliche Rechte zum Gegenstande haben, also namentlich auch für Theilungs- und Grenzscheidungsklagen, so wie für Ansprüche auf Grund- und Erbdienstbarkeiten.

Die Gesetzgebung führte diesen Gerichtsstand offenbar zur Bequemlichkeit aller Theile ein. Der Kläger kann beim Richter unmittelbar auf den Streitgegenstand hinweisen; der Beklagte kann vom nächsten Richter Schutz in seinen vermeintlichen Rechten erwarten, und der letztere kann sich, sobald er es für nöthig findet, durch selbsteigenen Augenschein von der örtlichen Beschaffenheit der Dinge⁹⁴) überzeugen. Am meisten passen jedoch diese Gründe auf Besitzstreitigkeiten⁹⁵), weil hier oft schleunig eingeschritten werden muß, zumal wenn Thätlichkeiten eintreten, oder einem rechtskräftigen Urtheile zuwider gehandelt wird. Wollte man hier auf die Requisition eines entfernt gelegenen Wohnsitzforums warten, so könnte leicht bis zu dessen Eintreffen der Zustand der Dinge so verändert sein, daß er nicht wieder herzustellen wäre.

3) So wie es dergestalt ein speciellcs liegenschaftliches Forum gibt, so hat die Praxis auch ein speciellcs persönliches Forum eingeführt, und dieses ist der Gerichtsstand des Vertrages⁹⁶) und der geführten Verwaltung⁹⁷) (*forum contractus et gestae administrationis*). Der Grund dieser Besonderheit ist darin zu erkennen, daß man an dem Orte, wo ein Rechtsgeschäft abgeschlossen oder ins Leben eingeführt wurde, wohl immer die meisten Hilfsquellen zur Aufklärung der Thatfragen, wie z. B. Zeugen, Archive u. s. w. antreffen wird; so wie ferner auch ein Rechtsgeschäft stets am zweckmäßigsten da erläutert und in streitigen Punkten geschlichtet wird, wo es entstand⁹⁸), indem hier auch die Richter, vermöge ihrer tieferen Einsicht in die Sitten, Gebräuche, Ausdrucksweisen u. s. w. der nächsten Umgegend mehr Beruf als die entfernteren Richter haben, über dergleichen Fragen eine Entscheidung abzugeben.

92) S. hierüber die äußerst gründliche Abhandlung von Sintonis, in den Erläuterungen über versch. Lehren des Civilproz. (Gießen 1840), Bd. 1, S. 1—57.

93) *Actiones in rem et in rem scriptae et mixtae; interdicta rotinendae, recuperandae et adipiscendae possessionis* und die *Retractsklagen*.

94) Falck, die Gerichtsverf. des Herzogth. Schleswig und Holstein S. 271.

95) Sintonis a. a. D. §. 12. Weber, Beitr. zur Lehre von den Klagen und Einreden St. 2, S. 15, erklärt sogar den Gerichtsstand der gelegenen Sache als das allein zuständige forum dinglicher und possessorischer Klagen, welches wohl zu weit gehen dürfte.

96) Briel, der Gerichtsstand aus persönl. Verbindlichkeiten (München 1828), und Bayer, Vorträge über den ordentl. Civilproz. S. 123 flg. — L. 2. §. 4. L. 19. §. 2. D. de iudiciis. (5. 1.)

97) Gönner, Handbuch des gemeinen Prozesses Bd. 1, Abhandl. 11. Binde, im Archiv für civ. Praxis Bd. 7, S. 72 flg. S. dagegen Weber a. a. D. S. 35 flg.

98) Schon aus dem Rechtsfage: *locus regit actum* fließt dieser Gerichtsstand ab.

Es steht übrigens den Contrahenten frei, diesen Gerichtsstand dadurch zu umgehen⁹⁹⁾, daß sie ihn schon im Vertrage ausschließen¹⁰⁰⁾, so wie es auch erlaubt ist, einen besonderen Erfüllungsort festzusetzen, welcher alsdann ausnahmsweise das forum contractus an Handen gibt¹⁰¹⁾, d. h. es kann die Klage alsdann loco solutionis angestellt werden. Der Gerichtsstand der geführten Verwaltung gilt nicht sowohl für Mandatsverhältnisse, als auch für die negotiorum gestio¹⁰²⁾, weil in beiden Fällen der Grund, daß an Ort und Stelle der Verwaltung am schicklichsten Rechenschaft darüber abgelegt werden kann¹⁰³⁾, gleichmäßige Anwendung findet. In der Regel wird jedoch dieses Forum mit jenem des Vertrages in Eins zusammenfallen.

4) Der Gerichtsstand der materiellen Connerität (forum connexitatis)¹⁰⁴⁾ ist im gemeinen Rechte für einzelne Fälle angedeutet, welche jedoch mit Unrecht von Manchen so weit ausgedehnt worden ist, daß auf Verlangen der Parteien alle materiell conneren Sachen stets bei demselben Gerichte verhandelt werden sollen¹⁰⁵⁾, wenn dasselbe auch nicht für jede dieser Sachen selbstständig genommen das competente Forum wäre.

Die Gesetze¹⁰⁶⁾ sprechen von einem solchen Gerichtsstande nur in folgenden Fällen:

- a) Die possessorischen und petitorischen Klagen sollen, je nachdem die eine hier oder dort zuerst angestellt wurde, bei demselben Gerichte ausgetragen werden.
- b) Der Ehescheidungsrichter hat immer zugleich auch über die Rückforderung der Ehesteuer zu erkennen.
- c) Der Käufer einer Sache, gegen den ein Dritter die Entwürfungsklage angestellt hat, kann den Verkäufer nöthigen, vor demselben Gerichte, wo er ihm den Streit verkündet, ebenfalls Recht zu nehmen.
- d) Endlich soll die quaestio status¹⁰⁷⁾ vor demselben Gerichte entschieden werden, bei welchem dieselbe in einem anderen Prozesse als Vorfrage zur Sprache kommt.

99) Wenn dieß nicht geschieht, so geht der Gerichtsstand des Vertrages als stipulirtes Recht auch auf die Erben des Contrahenten über.

100) L. 19. D. l. c.: nisi alio loci, ut defenderet, convenit.

101) L. 21. D. de oblig. et act. (44. 7.) L. 1—3. D. de reb. auctor. ind. possid. (42. 5.)

102) L. 36. §. 1. D. de iudiciis. (5. 1.)

103) Fald, die Gerichtsverf. S. 283. Gönner, Handbuch Bb. 1, S. 283.

104) Martin, Lehrbuch, 12. Ausg., §. 55. Beyer, Vorträge S. 132.

105) Danz, Grundsätze des ordentl. Proz., 5. Ausg., §. 33 u. X.

106) Die betreffenden Gesetzesstellen sind meistens in den canonischen Rechtsbüchern enthalten. Vgl. Beyer, Vorträge S. 132, 133.

107) In allen diesen Fällen dient es nicht nur zur Abkürzung, sondern zur Erleichterung der Parteien, wie des Richters, daß die innerlich zusammenhängenden Gegenstände vor demselben Forum verhandelt werden, indem das Gericht, wenn es einmal in die Sachverhältnisse eingeweiht ist, für die Anhangsprozesse kaum einer Information bedarf. Vgl. übrigens Danz, Grundsätze des ordentl. Proz., 5. Ausg., S. 89.

Verweilen sich übrigens die Theile auch außerdem, daß connexe Sachen bei demselben Gerichte, welches für den einen oder anderen Punkt competent ist, verhandelt werden sollen¹⁰⁸), so kann dasselbe nicht wohl den Antrag zurückweisen, indem der Grund zweckmäßiger Vereinfachung der Prozesse jedesmal dafür sprechen wird.

Ein damit ganz verwandter und mithin auch darunter zu subsumirender Gerichtsstand ist jener der Widerklage¹⁰⁹), so wie auch des Arrestes¹¹⁰) (forum reconventionis; forum arresti); denn beide hängen mit der Hauptklage so eng zusammen, daß es geradezu eine Begünstigung der Chicane wäre, wenn man deshalb an die regelmäßigen Gerichtsstände verweisen wollte.

Auch rechtsphilosophisch läßt sich nichts gegen den Satz einwenden, daß der Kläger, wenn er einem Gerichte das Vertrauen geschenkt hat, daß es über seine Ansprüche gegen den Beklagten entscheiden soll, nicht minder sich gefallen lasse, daß auch die Gegenansprüche des Letzteren gegen ihn von demselben Richter geprüft und festgestellt werden¹¹¹); mag nun dieser Richter außerdem auch in keinem Falle für ihn den Kläger competent sein.

Nur das Eine ist zu beachten, daß die Widerklage, wenn sie auf dieses Privilegium ausgehen will, noch vor der Entscheidung erster Instanz in der Vorlagsache angestellt werden muß. Umgekehrt findet jedoch, der Natur der Sache nach, hier kein Zwang, keine Provocation zur Anstellung der Widerklage gegen den Beklagten statt¹¹²).

Daß derjenige, gegen welchen zur Sicherung der klägerischen Forderungen ein Personal- oder Realarrest erwirkt wurde, sofort bei demselben Gerichte auch in der Hauptsache procedirt werden könne¹¹³), beruht auf Gründen der Billigkeit und der Zweckmäßigkeit; ungefähr wie bei dem forum rei sitae. Wo die Sache, an die sich der Kläger im obliegenden Falle halten will, wo also das Executionsobject beruht, da muß man ihm auch Gelegenheit verschaffen, über seine Ansprüche in der Hauptsache eine Entscheidung zu erlangen. Die Connexität ergibt sich hier aus den Prozessformen.

108) Alsdann wäre jedoch kein forum connexitatis, sondern ein forum prorogatum begründet.

109) Von Papinian rührt der erste Gedanke hierzu her, wie aus der L. 14. C. de sentent. et interl. (7. 45.) zu ersehen ist.

110) Ein Gebilde des teutschen Reichsprozesses. R.-X. v. 1570 §. 84. R.-X. v. 1594 §. 81 a. G.

111) Von diesem Gesichtspunkte geht auch die Nov. 96. cap. 2. aus: Quoniam enim uterque actoris locum obtinuit, miserandum et ridiculum inde evenit. Nam simulac quis causam suam agere voluit, statim eum reconveniens ad alterum iudicem, quam ipse iudicem acceperat, trahebat, atque ita se invicem circum ducentes, immortalem litem exercebant.

112) Vgl. noch Goldschmidt, Abhandl. aus dem teutschen gemeinen Civilprozeß Abh. III, und Peffter, Instit. des Civilproz. S. 146 fig. Thibaut, Pandekten-system §. 1077.

113) Krüll, Prüfung einzelner Theile des bürgerl. Rechtes (Landshut 1802), Bd. 4, Abh. 3.

Man muß sich übrigens hüten, ein solches Institut ausübend zu erklären, weil es für den Beklagten sehr große Inconvenienzen haben kann, seinem ordentlichen Gerichtsstande entrückt zu werden. Deshalb ist das *forum arresti* durch die Doctrin auf folgende Fälle¹¹⁴⁾ beschränkt worden:

- a) wenn der Arrestbeklagte ein Ausländer ist, und das auswärtige competente Gericht nachweisbar¹¹⁵⁾ keine Justiz gegen ihn leisten will;
- b) wenn derselbe, gleichviel ein Inländer oder Ausländer, sich seines bleibenden Wohnsitzes begeben und flüchtig¹¹⁶⁾ gemacht hat.

Gewiß rechtfertigt hier der Nothstand ein Ausnahmsgesetz.

5) Der Gerichtsstand des begangenen Verbrechens (*forum delicti*)¹¹⁷⁾, welchen schon das römische Recht einfuhrte, nöthigt denjenigen, welcher durch eine unrechte That Jemanden beschädigte, an demselben Orte, wo diese That begangen und gerichtet wurde, auch hinsichtlich der Entschädigungsansprüche, die gegen ihn erhoben werden, Recht zu nehmen.

Der Grund dieser Einrichtung beruht wieder in der natürlichen Billigkeit; denn wenn eine Person die andere gewaltsam in ihrem Rechtszustande verletzt, so mag sie sich auch gefallen lassen, unmittelbar, wo sich der Beschädigte zur Zeit der That aufhielt¹¹⁸⁾, ihm wegen des zugefügten Schadens Rede zu stehen und zu haften¹¹⁹⁾. Connerität der Sache ist also wiederum die eigentliche *ratio legis*.

Zu unterscheiden ist übrigens, ob nur eine Beschädigung im civilrechtlichen Sinne, oder eine criminalrechtliche, d. h. ein Verbrechen im engeren Sinne, vorliegt. Im letzteren Falle hat der Damnsificat gar nicht nöthig, eine besondere Ersatzklage anhängig zu machen, sondern erst stellt seine beschaffigen Anträge im Wege der Abhäsion bei dem Criminalgerichte¹²⁰⁾, welches sofort auch verpflichtet ist, darüber zu verhandeln und im Strafurtheile darüber zu erkennen.

Dieses sind die gemeinen Gerichtsstände, d. h. solche, wo die ordentlichen Gerichte erster Instanz auf Antrag der Civilpartei Recht zu sprechen haben.

114) Bayer, Vorträge über den ordentl. Civilprozeß S. 137.

115) Es muß also bereits ein ablehnendes Decret erfolgt sein.

116) Man kann ihm atsbann nachsetzen und ihn verklagen, wo man ihn immer findet, und an die Arrestbitte knüpft sich dann die Klage in der Hauptsache.

117) Nov. 69. cap. 1. §. 1. L. un. C. ubi de poss. (3. 16.) Bgl. auch Sachsenpiegel B. I. 59, B. III. 25.

118) Mit anderen Worten ist dies der Ort, wo das Verbrechen consumirt wurde, und das civilrechtliche *forum del. comm.* stimmt hierin ganz mit dem criminalrechtlichen überein. S. unten.

119) Falck, die Gerichtsverf. in Schleswig und Holstein §. 65. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 29, 52 fg.

120) P. S.-D. Art. 198, 107. Rittermaier, das teutsche Strafverfahren Ab. 2, S. 520. Jordan in diesem Rechtslexikon Bd. 1, S. 121 fg.

b) Den gemeinen Gerichtsständen stehen, wie oben schon bemerkt ist, gegenüber: die befreiten Gerichtsstände (*fora privilegiata*)¹²¹⁾.

Heutzutage ist zwar kein hinreichender Grund mehr einzusehen, warum gewisse hochgestellte Personen nicht vor denselben Gerichten, wie andere Leute, Recht nehmen sollen; aber wenn man auf die Vorzeit zurückblickt, wo solche Privilegien entstanden, so läßt sich unschwer erkennen, daß es einem Jeden, der irgend wichtigere Dinge zu verhandeln hatte, darum zu thun sein mußte, einen Ausweg zu finden, daß er nicht an Behörden verwiesen wurde, wo größtentheils die Unwissenheit und Willkür zu Gerichte saß.

Daraus entstand das Vorrecht 1) der Mitglieder der regierenden¹²²⁾ deutschen Häuser¹²³⁾, 2) der ehemals reichsunmittelbaren Fürsten, Grafen und Herren¹²⁴⁾, und 3) der höheren Staats- und Hofbeamten¹²⁵⁾, daß sie nicht anders belangt werden dürfen, als bei den ordentlichen Gerichten zweiter Instanz, d. h. also nur bei Collegialgerichten, wo eine reiflichere Prüfung der Thatfachen und Rechtsgründe zu erwarten stand. Dafür, daß auf solchem Wege keine Instanz verloren gehe, wurde in der Art gesorgt, daß das höchste Gericht zuerst in zweiter Instanz in einer Abtheilungssitzung, dann aber noch als dritte Instanz, welche gewöhnlich die Revisionsinstanz genannt wird, in voller Versammlung (in pleno) erkennt¹²⁶⁾.

Eine andere Art privilegirter Gerichtsstände ergab sich aus der Eigenthümlichkeit gewisser Standesverhältnisse, nämlich 4) bei Geistlichen¹²⁷⁾, 5) Militärpersonen¹²⁸⁾ und 6) akademischen Bürgern¹²⁹⁾. Das *forum ecclesiasticum* ist im Laufe der Zeit, zumal in Deutschland, größtentheils verschwunden, wogegen die Militär- und Universitätsgerichte allenthalben noch bestehen. In Frankreich, wo die Landesarmee doch gewiß intensiv zu den stärksten des Jahrhunderts gehört, hielt man es schon vor einigen Decennien nicht mehr am Plage,

121) S. am ausführlichsten Danz, Grundsätze des ordentlichen Prozesses, 5. Ausg., §. 34—36.

122) Ueber den Gerichtsstand der apanagirten Mitglieder der deutschen regierenden Häuser hat eine gründliche Erörterung geliefert: Zacharia, im Archive für die civilistische Praxis Bd. 1, S. 96 flg.

123) Wahlcapitulation Art. 19, §. 6.

124) Deutsche Bundesacte Art. 14.

125) Dieses Vorrecht beruht nicht auf einem deutschen Grundgesetze, ist aber fast in allen Staaten particularrechtlich oder durch Praxis, eingeführt.

126) Die badische Gesetzgebung hat allen Privilegirten durch den §. 1243 der Prozeßordn. die dritte Instanz entzogen, indem dort kategorisch ausgesprochen wurde: Urtheile des obersten Gerichtshofes im zweiten Rechtszuge gelten, wie hier im dritten Rechtszuge und mit gleichen Wirkungen, als Urtheile in letzter Instanz.

127) Vgl. Böhmer, ius eccl. prot. T. I, lib. II, tit. 2, §. 38. und Concilium Trident. Sess. 23.

128) Die Literatur s. bei Danz a. a. D. §. 36.

129) Leyser, Medit. ad Pand. Spec. 77. m. 1.

eine solche Ausnahmingsjustiz fortbestehen zu lassen¹³⁰). Nicht minder wäre zu wünschen, daß die akademische Gerichtsbarkeit durchgehends aufgehoben würde¹³¹), indem sie jetzt fast nur noch zu Mißbräuchen Anlaß gibt und unnütze Verwickelungen mit den anderen ordentlichen Gerichtsbehörden herbeiführt.

In manchen Ländern¹³²) bestehen außer diesen Personalprivilegien auch noch befreite Gerichtsstände für einzelne Sachen, wie z. B. das *forum ecclesiasticum* für die Kirchen-, Schul- und Ehesachen¹³³), Consistorialgerichte und Vicariate, und die Lehngerichte für Lehnssachen¹³⁴); wofür aber noch weniger rechtspolitische Gründe angeführt werden können, als für jene¹³⁵).

Von selbst versteht es sich übrigens, daß eine privilegierte Person auf ihren besonderen Gerichtsstand verzichten kann, wenn sie, absichtlich oder aus Versehen, beim gewöhnlichen Forum erster Instanz belangt wurde.

Nun können aber noch außerordentliche Gerichtsstände vorkommen, und zwar, des antiquirten Forums mitleidswürdiger Personen (*forum miserabilium personarum*)¹³⁶) nicht zu gedenken, in folgenden Fällen:

- 1) wenn das ordentliche Gericht perhorrescirt ist¹³⁷);
- 2) wenn dasselbe allen obergerichtlichen Befehlen zum Troste keine Justiz leistet¹³⁸);
- 3) wenn dasselbe zur Zeit, wo die Klage angestellt werden soll, nicht gehörig besetzt ist;
- 4) wenn sich der Richter als betheiligte des Urtheiles selbst entschlägt¹³⁹).

130) Charte von 1814 Art. 62. Constitution von 1815 Art. 54. Vgl. auch Brewer, Geschichte der französl. Gerichtsverf. Bd. 2, S. 852—860.

131) In manchen teutschen Ländern ist damit schon ein theilweiser Anfang gemacht worden, wie in Bayern und Württemberg.

132) S. besonders Falk, die Gerichtsverf. in Schleswig und Holstein S. 69.

133) G. L. Böhmer, princip. iur. can. S. 240. 241. Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechtes Bd. 2, S. 134 flg.

134) S. oben Note 82.

135) Weber, Beiträge zu der Lehre von den Klagen und Einreden St. 2, S. 60, bemerkte schon: Privilegierte Gerichtsstände gehören überhaupt nicht zu den wohlthätigen Einrichtungen der Staaten.

136) Durch die Wissenschaft ist nunmehr nachgewiesen, daß diese Anomalie nur auf einem Mißverständnisse oder vielmehr auf historischer Unkenntniß beruht. Martin, Lehrb. des bürgerl. Proz., 12. Ausg., S. 58, besonders aber Weber a. a. D. S. 64—78. S. dagegen Bayer, Vorträge über den ordentl. Proz. S. 142.

137) Rog, civiltist. Abhandl. Nr. 2, S. 24 flg. Puchta, Dienst teutscher Justizämter Bd. 1, S. 44.

138) L. 12. pr. C. de iud. (3. 1.) R. C. S. D. v. 1555, II. 1, S. 2 und Lit.-26. R. X. v. 1566, S. 108.

139) In allen diesen Fällen erfolgt, auf Antrag einer Partei, die *avocatio causae*, d. h. die Abberufung von dem ordentlichen und Verweisung an einen außerordentlichen Richter.

5) Manche¹⁴⁰⁾ wollen hierher noch zählen den Gerichtsstand der Einheit des Klagegrundes (forum continentiae ex identitate fundamenti). Darunter versteht man nämlich den Fall, wenn der Kläger mehrere Streitgenossen aus demselben Klagegrunde belangen will¹⁴¹⁾, und unter denselben doch einige sind, welche einen privilegirten oder besondern Gerichtsstand haben. Man denkt sich alsdann einen passenden Ausweg gefunden zu haben, wenn man die Klage an dasjenige Obergericht verweist, welchem die verschiedenen Untergerichte, denen die Beklagten unterstehen, vorgesetzt ist. Es ist aber bereits bewiesen¹⁴²⁾, daß ein solcher Gerichtsstand, welcher als seltsame Ausnahme jedenfalls strenge bewiesen werden müßte, in Gesetzen nirgends begründet ist, und in der That scheint derselbe auch kein Bedürfnis zur Beförderung der Rechtsachen, indem es sich wohl eher wird darbuthun lassen, daß derjenige Gerichtsstand als durchgreifend zu betrachten sei, welcher der ordentliche für die Mehrheit der Streitgenossen ist¹⁴³⁾; welches aus dem Begriffe des Consortiums folgen dürfte, so wie in der Regel überhaupt bei einer Vereinigung mehrerer Personen die Verhältnisse und der Wille der Mehrzahl bindend erscheint.

Noch weniger läßt sich für das sogen. forum continentiae ex identitate reali anführen¹⁴⁴⁾, wo nämlich das nächste höhere Gericht für eine dingliche Klage competent sein soll, durch welche mehrere Sachen, welche in verschiedenen Untergerichtsbezirken zerstreut liegen, in Anspruch genommen werden.

Die privilegirten Gerichtsstände sind unter den hier aufgezählten allein von ausschließender Natur¹⁴⁵⁾, wogegen unter den gemeinen Gerichtsständen oft mehrere zugleich für dieselben Personen und Sachen competent¹⁴⁶⁾ sein können. Man nennt dieses eine Concurrenz der Gerichtsstände¹⁴⁷⁾.

Es hat wenig Schwierigkeit, im letzteren Falle zu entscheiden, vor welchem Gerichte der Prozeß zu verhandeln sei, weil der Grundsatz überall angenommen ist, daß der Kläger die Wahl¹⁴⁸⁾ habe, wo er die Klage

140) Charroch, diss. de foro continentiae causarum ex identitate. Halae 1750. Schmidt, de generibus cont. caus. genuinis. Jenae 1754.

141) Claproth, Einleitung in den ordentl. Prozeß, 4. Aufl., §. 101, S. 514.

142) Mittermaier, im Archive für civilist. Praxis Bb. 2, S. 141 flg. Vgl. übrigens R.-X. v. 1600, §. 23 und L. 8. §. 1. D. de liberali causa (40. 12.), woraus man früher ein solches Forum ableiten wollte.

143) Badiſche Prozeßordn. §. 9—13.

144) Mittermaier a. a. D. S. 148. R.-X. v. 1600 §. 140. Bayer, Vorträge über den ordentl. Civilprozeß. S. 146.

145) Wahlcapitulation Art. 16, §. 17.

146) Es versteht sich, daß die Competenz überall gleichmäßig begründet und nachgewiesen ist; sonst kann von einem Conflict gar nicht die Rede sein. Claproth, Einleitung in den ordentl. bürgerl. Prozeß, 4. Ausg., S. 180.

147) Reinharth, D. de duar. vel plur. iurisd. in una eademque causa confl. Jenae 1748.

148) Martin, Lehrb. des ordentl. Prozeß, 12. Ausg., S. 107.

anstellen will. In der That ist dieser Satz auch als der richtigste zu erkennen. Wenn mehrere Gerichtsstände, z. B. das *forum domicilii*, *contractus*, *arresti* und *connexitatis*, für einen Rechtsanspruch zugleich begründet sind, so folgt daraus zu Gunsten des Beklagten nichts weiter, als daß er vor keinem anderen als einem dieser vier Gerichtsstände über die prätendirte Verbindlichkeit Rede zu stehen hat; gewiß aber kann er nicht sagen, daß der Kläger ihm vor den einen oder anderen, zu dem er, der Beklagte, gerade besonderes Vertrauen hat, folgen solle. Der Kläger aber kann es umgekehrt als eine gesetzliche Wohlthat ansehen, daß er seine Rechte da verfolgen darf, wo er sie am schnellsten zu erreichen Hoffnung hat¹⁴⁹); denn der Prozeßgrundsatz muß bei aller billigen Anerkennung des *favor rei* obenanstehen, daß den Rechtsuchenden es möglichst erleichtert werde, einen schnell vollziehbaren Richterspruch zu erlangen.

Nur das Eine muß dabei festgehalten werden, daß der Kläger von dem gewählten Gerichtsstande nicht mehr abgehen kann, sobald die Sache schon so weit anhängig gemacht ist, daß das Gericht ein Decret erlassen und solches dem Beklagten zugestellt hat¹⁵⁰); mag dieses Decret nun eine Ladung oder eine bloße Vorverfügung sein. Es gehöret also auch ein Decret h'ierher, wodurch die Klage zur Verbesserung oder zur Reinigung zurückgegeben wird.

Anders ist es bei einer Concurrrenz von Gerichtsständen, wobei jeder der streitenden Theile als Kläger gegen den anderen auftreten kann; welches namentlich bei Theilungs- und Grenzscheidungsklagen (*iudicium divisorium*) vorkommt¹⁵¹). Hier ist als Regel angenommen, daß derjenige Gerichtsstand als bindend angesehen werde, welcher von dem einen oder anderen Theile zuerst mittels einer förmlichen Klage angerufen wurde, d. h. es entscheidet die Prävention¹⁵²) (*forum praeventionis*). Auch hier ist der entscheidende Moment die Zustellung des ersten Decretes auf die Klage¹⁵³). Man hat sich dabei auch den Fall als möglich vorzustellen, daß die von beiden Seiten angestellten Klagen und die darauf erfolgten Verfügungen der verschiedenen Gerichte zu gleicher Zeit den beiden Beklagten, beziehungsweise Klägern, zugestellt werden; wobei es, um Prävention zu begründen, wohl nicht

149) L. 19. §. ult. D. de iudiciis. (5. 1.) L. 2. §. 3. D. de eo, quod certo loco. (13. 4.): *Damus actori electionem petitionis.*

150) Bayer, Vorträge über den ordentlichen Prozeß S. 153. H. R. Sessler, Commentar zu Martini §. 59.

151) *Actio familiae erciscundae, finium regundorum et communi dividundo.* Auch das *interdictum uti possidetis* und *utrubi* kann in dieser Weise zur Anwendung kommen.

152) P. de Tonduti de praev. ind. Lugd. 1659. Hommel, *Ariadne iurisd. concurr.* in dessen *rhaps. qu. obs.* 727—736 u. 791. Sesterding, *Irthümer der Rechtsgel.* S. 450 flg. Sintonis, *Erläuter. über versch. Lehren des Civilproz.* Bd. 1, S. 58—75.

153) Die älteren Juristen nannten dieß *anteoccupatio iurisdictionis.* S. auch Sintonis a. a. D. §. 4: Von dem Inhalte des die Prävention begründenden ersten Decretes.

auf die Stunde und Minute ankommen kann, weil im Prozesse überhaupt nur nach Tagen gerechnet wird. So lange die concurrirenden Gerichte nicht officiell von dieser Verdoppelung des Rechtsstreites in Kenntnis gesetzt werden¹⁵⁴), laufen die Prozesse beiderseits fort, und es würde, wenn am Ende zwei widersprechende Urtheile erfolgen, kein anderer Ausweg übrig bleiben, als die Aufhebung beider und Committirung eines dritten Gerichtes zur neuen Verhandlung und Entscheidung, weil die Parteien, durch das Verschweigen der Anhängigkeit am zweiten Gerichte, eines Mißbrauches der Justiz sich schuldig gemacht und dessen Nachtheile daher zu büßen hätten.

Wahrscheinlicher ist es jedoch, daß den Gerichten von der Duplicität der Klage sofort Anzeige gemacht wird, und alsdann ist es wohl am einfachsten, daß man den Parteien überläßt, sich außergerichtlich¹⁵⁵) zu vereinigen, vor welchem Gerichte die Sache ausgetragen werden soll, und in so lange beruht dann der Prozeß bei beiden.

Man nimmt übrigens die Wirkung einer Prävention als erloschen¹⁵⁶) an, wenn auf die erste Vorladung beide Parteien unentschuldig ausbleiben¹⁵⁷), oder wenn die eine, welche zuvorgekommen war, auf die Klage des anderen Theiles sich einläßt und die eigene Klage nicht weiter verfolgt.

II. Nachdem nun die Civilgerichtsbarkeit in ihren Hauptzügen dargestellt ist, muß hier noch in ähnlicher Uebersicht von der Criminalgerichtsbarkeit¹⁵⁸) gehandelt werden.

Diese letztere ist, wie schon oben erwähnt, gleichfalls ein Ausfluß der Landeshoheit¹⁵⁹), mag diese nun in den Händen eines Souveräns oder einer republikanischen Regierung beruhen¹⁶⁰). Darauf weist insbesondere das Aemterrecht hin. Der Staatsherrscher ist es, welcher die Criminalbeamten ernennt und deren Gehalt bestimmt; diese Verwalter der

154) Es könnte wohl der Fall eintreten, daß beide Prozeßführer es darauf ankommen lassen, ob sie hier oder dort, oder gar an beiden Orten obliegen werden und dann doppelten Nutzen daraus zu ziehen hoffen.

155) Das Aeußerste, was man thun könnte, wäre die Anordnung einer gerichtlichen Vergleichstagsfahrt zum Zwecke der Bestimmung des competenten Gerichtsstandes.

156) Sintonis a. a. D. §. 5.

157) Terminus circumductus. Martin, Lehrb. S. 104.

158) Kleinschrod, Einleitung in die Lehre von der peinl. Gerichtsbarkeit und dem Gerichtsstande. Frankfurt 1812. Rittermaier, das teutsche Strafverfahren Th. 1, §. 36.

159) Ausnahmsweise sind noch manche Patrimonialgerichte mit der Criminaljurisdiction bekleidet, wie z. B. in Preußen, Bayern und Mecklenburg. Rittermaier, Strafverf. Th. 1, S. 135.

160) Bei den Römern blieb lange die Ansicht herrschend, daß die Criminalgewalt dem Volke zustehet. (Birnbäum, im Archive des crim. Rechts Bd. 9, S. 418.) In Teutschland war es aber nie zweifelhaft, daß dieselbe ein Ausfluß der königl. Gewalt sei (Kopp, Nachrichten von den hessischen Gerichten Bd. 1, S. 233). Stübel, Criminalverfahren Bd. 1, §. 22, 37. Maurer, Geschichte des öffentlich-mündlichen Gerichtsverfahrens (Heidelberg 1824), §. 172. Schick, über das reichsf. Instanzenrecht (Gießen 1802), §. 10.

Strafgerichtsbarkeit¹⁶¹⁾ haben also in dessen Namen zu handeln, zu untersuchen und zu erkennen; er kann eine Untersuchung niederschlagen¹⁶²⁾, welches wieder nichts Anderes ist, als die Erklärung, daß er im vorliegenden Falle nicht alle Consequenzen des Strafgesetzes in Vollzug treten lassen will; ihm steht es aber endlich auch allein zu, die Rechtsfolgen eines Strafurtheiles zu mildern, oder gänzlich nachzulassen¹⁶³⁾, welches dann die Bedeutung hat, daß der Regent durch seine Richter die Wahrheit ermitteln und feststellen läßt, um dem Gesetze und dem Volke die Genugthuung zu geben, daß kein Verbrechen ungerügt vorübergehen darf, daß aber dabei vorbehalten bleibt, den Ausspruch der Gerichte, insoweit es mit der Billigkeit und dem natürlichen Gefühle nicht im Einklange steht, im Wege der Gnade¹⁶⁴⁾ zu modificiren.

Anders gestaltet sich freilich die Sache, wo Geschworne, d. h. temporär erwählte Bürger, über jede Criminalanklage zu entscheiden haben¹⁶⁵⁾. Hier hat der Souverän zwar immer noch die oberste Justizhoheit; aber das Recht der Judicatur hat er mit dem Volke getheilt^{166a)}, so daß dieselbe die Thatfrage entscheidet und den ständigen Richtern die Application des Gesetzes überläßt. Es ist dieses eine Theilung, ähnlich mit jener bei der Gesetzgebung in constitutionellen Staaten.

Man hat früher unterschieden zwischen einer ordentlichen und außerordentlichen Strafgerichtsbarkeit (*iurisdictio administrativa ordinaria seu extraordinaria*). Die letztere wurde jedoch inzwischen, als dem Principe der Strafgerechtigkeit widersprechend, mithin als verwerflich¹⁶⁶⁾ erkannt, weil die Entziehung einer Criminalsache aus dem Bereiche der regelmäßigen Criminalgewalt Eigenmacht und Willkür zur Folge haben kann. Doch wird dieser strenge Grundsatz nur auf das erkennende oder eigentliche Criminalgericht angewendet, und hinsichtlich des Untersuchungsgerichtes zugestanden, daß auch eine andere richter-

161) Früher Gaugrafen (*gravio, comes*), denen wieder die Zentgrafen (*centenarii*) untergeben waren. Müller, Lehrb. des gemeinen Criminalproz. (Braunschweig 1837), S. 50. Maurer a. a. D. S. 53, 54.

162) Aem. Herrmann, de abolitionibus crim. Lips. 1834. v. Grosmann, Grundsätze der Criminalrechtsw. S. 101, 525. — Vgl. jedoch bayer. Verfassungsurkunde v. 1818, Tit. 8, §. 4. Hessische Verfassungsurkunde Art. 50.

163) Das *ius aggratiandi*. S. Heffter, Lehrbuch des deutschen Criminalrechtes, 2. Aufl. (1840), S. 183—185.

164) v. Jagemann, in den Annalen der badischen Gerichte, Jahrgang 1837, S. 32.

165) Brewer, Geschichte der französl. Gerichtsverfassung (Düsseldorf 1837), Bb. 2, S. 577—620, gibt eine sehr vollständige Genesis dieses Institutes.

165a) Die Aufhebung der Untersuchung kann neben einer solchen Verfassung natürlich nicht bestehen.

166) Die französische *Prevoialgerichte* (ursprünglich Militärgerichte für Insubordination, Desertion u. s. w. im Felde) scheinen den ersten Impuls zu den *iudiciis extraordinariis* gegeben zu haben. Brewer a. a. D. S. 436 fig. Pente, Handbuch des Criminalrechtes Bb. 4, S. 229.

liche Person¹⁶⁷), als der ordentliche Inquirent¹⁶⁸), Kraft besonderen Auftrages, die Untersuchung führen darf, wenn nur die Untersuchung nicht aus dem Sprengel des competenten Spruchgerichtes entrückt wird. Die Sache verhält sich nämlich so: das Gericht, welchem das Endurtheil zusteht, sollte eigentlich die Untersuchung führen, d. h. die Thatfachen und Beweise erheben, auf deren Grund es erkennen muß, so wie auch der Civilrichter den Prozeß, in welchem ihm das Urtheil zusteht, selbstständig instruiert. Da aber die Criminalgerichte, weil verhältnißmäßig weit weniger Verbrechen, als bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, vorkommen, nicht in gleichem Maße, wie die Civilgerichte, vervielfältigt werden, und auch nicht in große Entfernungen sich verfügen können, um Untersuchungen an Ort und Stelle zu pflegen: deshalb werden den Criminalgerichten Untersuchungsgerichte mit kleineren Bezirken¹⁶⁹) untergeben, welche aber, nach der Natur der Sache, nur als im Namen der ersteren¹⁷⁰) handelnd gedacht werden können und eben deshalb auch Bekehrungen und Zurechtweisungen von denselben annehmen, ja mitten im Laufe der Untersuchung, auf Verlangen, die Acten vorlegen und bei den weiteren Schritten die ergehenden Verfügungen befolgen müssen¹⁷¹). Wenn nun in einem einzelnen Falle das Criminalgericht, wegen persönlicher Beziehungen oder besonderer Wichtigkeit der Sache, einen außerordentlichen Untersuchungsrichter aus einem benachbarten Bezirke oder aus dem Collegium selbst committiren will, so kann dieß an sich nicht verwehrt sein; denn der ordentliche Richter, d. h. das Gericht, unter dessen Autorität die Untersuchung geführt und von welchem seiner Zeit das Urtheil gegeben wird, bleibt unverändert dasselbe; nur ist vorzuzuforgen, daß eine solche

167) Diese Person kann nun wiederum ein Untersuchungsbeamter, oder ein Mitglied des Criminalhofes sein; das Wesentliche ist nur die Untergebenheit unter das Gericht, dem das Urtheil zusteht und welches daher auch die Wahrheit auf bestmöglichem Wege zu erforschen verpflichtet ist.

168) Der Grund, warum dieser umgangen wird, kann besorgte Befangenheit, oder Kränklichkeit, oder eine für die Wichtigkeit des Falles nicht hinreichende Fähigkeit sein. Man darf dabei nicht außer Augen lassen, daß ein ganz anderes Verhältniß, als im Civilprozeße obwaltet. Während es hier nicht weiter darauf ankommt, ob durch die Parteivorträge der wahre Verhalt der Sache erschöpft ist, muß im Criminalverfahren alle Kraft und Geschicklichkeit darauf verwendet werden, die ganze Wahrheit zu ermitteln; es wäre also von den Gerichtshöfen gar nicht zu verantworten, wenn sie eine Untersuchung von größerer Bedeutung in den Händen eines, wenigstens dazu, unfähigen Beamten ließen.

169) Mittermaier, das teutsche Strafverfahren Th. 1, S. 187.

170) Sie werden zwar so gut wie die Spruchrichter unmittelbar vom Souverän angestellt; aber sie sind deswegen doch bloß Gehilfen der Gerichtshöfe, in deren Händen die eigentliche Criminalgewalt liegt.

171) Am zweckmäßigsten und am meisten der Grundidee entsprechend hat man in Frankreich und Preußen die Sache eingerichtet, indem hier die Inquisitoriate und dort die Instructionsrichter als eine Deputation ex grmio collegii zum Zwecke der Untersuchung aufgestellt und mithin stets als zum Gerichte selbst gehörend betrachtet werden. v. Kamph, Jahrbücher Bd. 5, S. 131. Richter, Handbuch des Strafverfahrens in den preuß. Staaten Bd. 2, S. 34 fig.

Maßregel bloß als seltene Ausnahme und nicht ohne Kundmachung klar dafür sprechender Gründe gebraucht werde, indem es immerhin Inconvenienzen nach sich ziehen muß, Staatsuntergebene vor eine andere als die Localbehörde, mit der sie bekannt und vertraut sind¹⁷²⁾, zu verweisen.

Die Strafgerichtsbarkeit umfaßt also das Recht der Untersuchung und der Entscheidung, so wie endlich auch der Urtheilsvollstreckung¹⁷³⁾. Letztere wird, ebenso, wie nach obiger Ausführung die erstere, den bestellten Inquirenten aufgetragen und bloß das Erkenntniß¹⁷⁴⁾ ergeht unmittelbar vom Criminalgerichte. Anders ist es in Ländern des französischen Rechtes, wo ein Staatsprocurator bestellt ist¹⁷⁵⁾, der nicht nur die Anklage zu erheben, sondern auch die Execution zu betreiben hat.

Der Strafgerichtsbarkeit correspondirend muß nothwendig eine Verbindlichkeit, sich derselben zu unterwerfen, vorhanden sein, und diese nannte man früher Dingpflichtigkeit¹⁷⁶⁾, welcher Ausdruck von neueren Schriftstellern mit Recht wieder in Aufnahme gebracht wurde. Die Verbindlichkeit, vor dem Richter zu erscheinen, ist hier nämlich eine weit stringentere, als im Civilverfahren. Der Criminalinquirent ist verpflichtet, alle Zwangsmittel¹⁷⁷⁾ aufzubieten, um zu dem Ziele der Erforschung materieller¹⁷⁸⁾ Wahrheit zu gelangen, während der Civilinstructent nur darauf bedacht sein muß, daß ein jeder unter dem gehbrigen Präjudiz geladen wird, d. h. daß die Formen gewahrt werden, ohne sich darum zu kümmern, ob Folge gekesselt wird, oder nicht. Eben deshalb muß man es auch mit der Abgrenzung der Criminalgewalt um so genauer nehmen und keinerlei Analogien aus dem Civilrechte zulassen¹⁷⁹⁾.

172) Es macht bei der Untersuchungsführung sehr viel aus, ob der Inquisite den Inquirenten zum erstenmale sieht, oder schon länger kennt. Im letzteren Falle unternimmt er es nicht so leicht wie im ersten, sein Heil im Eilgen zu suchen. v. Jagemann, Handbuch der gerichtl. Untersuchungskunde Bd. 1, §. 274.

173) v. Grolman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 408. Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. 4, §. 35.

174) Bekanntlich bestand bis vor Kurzem auch in Criminalsachen der Gebrauch der Actenversendung an Spruchcollegien, welcher jedoch durch Bundesbeschluß vom November 1835 abgeschafft wurde. Vgl. Archiv des Criminalrechtes (1837), S. 464.

175) Rittermaier, Strafverfahren Th. 1, §. 20.

176) Ding bedeutet so viel als Gericht. Henke a. a. D. §. 37, Anm. 1. Müller, Lehrbuch des Criminalproz. §. 53, Anm. 3.

177) Littmann, Handbuch der Strafrechtsw., 2. Ausg., Bd. 3, §. 623.

178) Schon Quistorp, Grunds. des peinlichen Rechtes Th. 2, §. 537, erkannte diesen Standpunkt richtig, indem er sagte: Die Pflicht des Richters geht nicht bloß auf die Ausforschung und Berichtigung derjenigen Umstände, die zur Bestrafung dienen, sondern sie erstreckt sich auch auf die Entdeckung derjenigen Umstände, die zur Vertheidigung des Angeschuldigten und zur Milderung der Strafe abzwecken.

179) Müller, Lehrb. des Criminalproz. §. 5, bemerkt treffend: Es bleibt jeder, der Natur seines Objectes wegen, im Civilprozeße gestattete Einfluß der

Die Gerichtsstände zerfallen auch hier wieder in gemeine und privilegirte (forum commune und forum privilegiatum seu exemptum).

A. Die gemeinen Gerichtsstände sind von dreierlei Art.

1) Der Gerichtsstand des begangenen Verbrechens¹⁸⁰⁾ (forum delicti commissi).

Unstreitig hat dieser Gerichtsstand das Meiste für sich, weil er die Möglichkeit einschließt, die Materialien zur Untersuchung schnellig und möglichst erschöpfend zusammenzubringen und zu verarbeiten; denn die Erfahrung lehrt, daß eine jede Untersuchung, die nicht am Orte der That geführt wird, langsamer vor sich geht und in der Regel lückenhaft ausfällt. Durch Requisitionen können Untersuchungsgegenstände immer nur nothdürftig erfüllt werden, weil es dem requirirten Richter niemals möglich ist¹⁸¹⁾, sich in die Lage der Dinge und den Plan des Hauptuntersuchungsrichters so lebhaft hineinzuversetzen, wie dieser selbst.

Es spricht aber für diesen Gerichtsstand noch der weitere Grund, daß ein Jeder, der eine Handlung begeht, deren Folgen nach den Gesetzen des Ortes, wo er sich damals befand, zu leiden hat. Dieses ist hier nicht bloß civilrechtlich, nicht als obligatio ex quasi-contractu¹⁸²⁾, oder ex quasi-delicto¹⁸³⁾ zu verstehen, sondern als allgemeinpolitischer Satz¹⁸⁴⁾.

So wurde auch die Sache schon im römischen Rechte¹⁸⁵⁾ angesehen, indem dort das forum delicti commissi als Regel erklärt war. Eben so war die Ansicht des älteren teutschen Rechtes¹⁸⁶⁾; allmählig aber gewann hier der Gerichtsstand des Wohnsitzes das Uebergewicht¹⁸⁷⁾, indem es vielen Gerichtsherrn unerwünscht sein mochte, die Transportkosten zur Verbringung des entflohenen Angeklagten an den Ort der That

Privatwillkür und des Verzichts, und beziehungsweise die hierauf gebauten Grundsätze für die richterliche und Parteithätigkeit und für die, zur Herstellung der Wahrheit zu gebrauchenden Mittel, in dem, auf rechtlicher Nothwendigkeit beruhenden Criminalprozeß ausgeschlossen.

180) Rheden, de loco delicti. Brem. 1717. Kleinschrod, Einleitung in die Lehre von der prinl. Gerichtsbarkeit und dem Gerichtsstände S. 122.

181) Einmal fehlt hier das unmittelbare Interesse am Fortgange der Untersuchung; dann mangelt die Local- und Personalkenntniß, und endlich kann der requirirte Richter nie genau wissen, wie weit er in der Nachforschung gehen soll. — v. Sagemann, Handb. der gerichtl. Untersuchungskunde Bd. 1, S. 529—534.

182) Böhmer ad Carpov Pract. rer. crim. Quaest. 110. obs. 2.

183) Hierüber wird im Abhäsionsprozeß entschieden. Mühlentbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes Bd. 2, §. 325. P. G. D. Art. 11, 207, 208.

184) Es ist am natürlichsten, daß da, wo die Strafgesetzübertretung begangen wurde, auch die Untersuchung über die Art und Weise der Begehung geführt werde.

185) Am vollständigsten führt die Quellenzeugnisse auf Martin, Lehrb. des Criminalprozeßes, 4. Ausg. (1836), §. 36, Anm. 2.

186) Capitul. Reg. Francor. Lib. VII. cap. 365. — Sachsensp. B. 1, Art. 59.

187) Zacharia, Grundlinien des Criminalproz. (Göttingen 1837), gibt im §. 41 eine Uebersicht der neueren Gesetzgebung über diesen Punkt.

aufzuwenden und anderentheils die Richter am Gerichtsstande des Wohnsitzes die damals häufig auferlegten und ihnen zukommenden Geldbußen sich nicht gern entgehen lassen mochten¹⁸⁸⁾.

Hier wird übrigens noch die Frage praktisch, an welchem Orte ein Verbrechen als versucht, oder als vollbracht anzusehen ist. Am richtigsten ist wohl der Grundsatz, daß derjenige Ort maßgebend sei, wo die letzte zum Thatbestande des Verbrechens gehörende Handlung des Hauptthäters geschehen ist. Denn man kann sich eine unerlaubte That nicht eher als Gegenstand der Strafsjustiz denken, als bis so viel Momente freier Handlung zusammen gekommen sind, daß der Thatbestand eines Verbrechens in Erfüllung¹⁸⁹⁾ getreten ist und zwar beim Versuche mit der Beschränkung, welche hier das Gesetz gezogen hat.

Damit wäre denn auch die an und für sich nicht sonderlich praktische Streitfrage entschieden, wo der Gerichtsstand eines auf der Grenze zwischen zwei Bezirken begangenen Verbrechens sei¹⁹⁰⁾. Auf den Standpunkt des Thäters, d. h. also desjenigen, von welchem die gesetzwidrige Handlung und deren Wirkung ausgeht, kommt es an, und wenn dieser z. B. durch einen Schuß den weit über der Grenze stehenden Feind niederstreckt, so ist zwar für den Anfang, so lange man nämlich keinen Beweis gegen den Thäter hat, der Gerichtsstand des Ortes, wo der Leichnam gefunden wird, begründet; aber es ändert sich die Sache, so wie der Thäter aufgegriffen und sein damaliger Standpunkt ermittelt ist.

Bei fortgesetzten Verbrechen erscheint derjenige Ort, wo die zusammenhängenden Handlungen beschlossen¹⁹¹⁾ wurden, als *forum delicti commissi*; wogegen beim wiederholten Verbrechen eben so

188) Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. 4, S. 251.

189) Die L. 1. C. ubi de crim. (3. 15.) gab zu dieser Controverse Anlaß. Sie lautet so: *Quaestiones eorum criminum, quae legibus aut extra ordinem coercentur, ubi commissae vel inchoatae sunt, vel ubi reperiuntur, qui rei esse perhibentur criminis, perfici debere, satis notum est.* — Es ist hiernach der Fall zu unterscheiden: 1) wo bloß ein versuchtes, 2) wo ein vollendetes, 3) wo mehrere versuchte und 4) wo mehrere vollendete Verbrechen concurriren. Da nun die *crimina commissae* im Gesetze vorangestellt sind, so geht auch der Gerichtsstand der Vollendung dem des Versuches überall vor; wo aber mehrere Versuche concurriren, so ist der Gerichtsstand des letzten Versuches naturgemäß entscheidend, weil sich hier der Begriff des fortgesetzten Vergehens zur qualificirten That gestaltet; daneben kann aber der Gerichtsstand der Ergreifung (*ubi reperiuntur*) allen Gerichtsständen zuvorkommen. S. übrigens eine andere Auslegung dieser Gesetzesstelle von Birnbaum im Archive des Criminalrechtes Bd. 8, S. 690.

190) Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. 4, S. 255, bemerkt allerdings mit Recht: daß der Gang der Rechtslehre zur Casuistik die Erörterung dieser Frage herbeigeführt habe; denn praktisch wird sie kaum jemals in solcher Schärfe hervorgetreten sein und wenn es einmal der Fall wäre, so wird sich nicht leicht ein Streit um den Gerichtsstand daran knüpfen.

191) Das heißt also: da, wo die letzte aus einem verbrecherischen Antriebe hervorgegangene That verübt wurde. Rittermaier, in Demme's fortgef. Annalen der Criminalrechtspflege Bd. 1, S. 8 flg.

viel Gerichtsstände sind¹⁹²⁾, als bei der That der Ort gewechselt wurde. Dem letzteren Satze widerspricht übrigens die Praxis und die neuere Gesetzgebung, wonach ebenfalls der Gerichtsstand des Ortes der letzten That¹⁹³⁾ competent sein soll.

Ähnlich gestaltete sich das Verhältniß der Haupt- und Nebentheilnehmer¹⁹⁴⁾ eines Verbrechens zur Lehre von der Competenz. Während man früher zweifelhaft war, ob nicht für jeden derselben der Gerichtsstand gelte, in dessen Bezirke er seine Mitwirkung an den That legte, vereinigen sich die neueren Gesetzgebungen¹⁹⁵⁾ meistens dahin, daß alle demjenigen Gerichtsstande unterliegen, in dessen Bezirke die Haupt-handlung, d. h. die That, wodurch das eigentliche Verbrechen consummirt erscheint, verübt wurde. Wirklich dürfte auch diese Ansicht am sachgemäßesten sein; denn man muß sich eine That, zu welcher Mehrere mitwirkten, als ein Ganzes¹⁹⁶⁾ denken, und es würde daher widersprechend sein, die Bestandtheile der That nach dem zufälligen Auseinanderliegen der agirenden Personen zu zerreißen, und die Untersuchung in verschiedene Gerichte zu verweisen. Der losgerissene Theil kann möglicher Weise gar nicht den Thatbestand eines Verbrechens erfüllen, während er als Beitrag zu der Gesammthandlung ein nothwendiges Mittelglied bildet und mithin relativ sehr strafbar erscheint. Wenn z. B. A. auf briefliche Bestellung des entfernt wohnenden B. einen Prägstock zur Falschmünzerei¹⁹⁷⁾ machte und dieser mit dem C. wieder an einem anderen Orte die Metallcomposition fabricirte und solche nach Hause verbrachte, wo er dann die falschen Münzen allein verfertigte und wenn er darauf dem D. und E., von denen jeder wieder in einer anderen Gegend wohnt, das betrügerische Geld zur Verpartirung übersandte, letztere aber darüber auf der That betreten wurden, so ist für alle fünf Personen, so lange keine Verhaftung eintrat, gewiß kein anderer Gerichtsstand begründet, als der, wo

192) Spangenberg, in seiner Abhandlung: Ueber die Untersuchung der in mehreren Gerichtsbezirken begangenen Verbrechen, im Archive des Criminalrechtes Bd. 10, S. 141 fig., meint, daß bei solcher Concurrenz entscheidend sei, wo das schwerste Verbrechen begangen wurde.

193) Preussische Criminalordnung §. 77, Nr. 2. Kleinschrod, Lehre von der peinlichen Gerichtsbarkeit S. 126.

194) Zu den ersteren gehören die physischen und Intellectualurheber; zu den letzteren die Gehilfen, Beiständer und Begünstiger. Peffter, Lehrbuch des Criminalrechtes, 2. Aufl. (Halle 1840), §. 82—84.

195) Baier, Strafgesetzb. Bd. 2, Art. 24. Württemb. Edict. v. 1818 S. 207. Sächsisch. Verordn. v. 7. Febr. 1820 §. 6. Hannover. Entw. Art. 34.

196) Luben, über den Thatbestand des Verbrechens (Göttingen 1840), bemerkt S. 260 in dieser Beziehung: Im Falle einer Theilnahme haben zwar diejenigen, deren verbrecherische Handlungen durch einen Andern veranlaßt waren, ebenfalls ein Verbrechen begangen; allein ihre Handlungen erscheinen zugleich als die Handlung dessen, der sie zu denselben veranlaßt hatte.

197) Bei diesem Verbrechen kommt eine Mehrheit von Theilnehmern am häufigsten vor, weil es nicht nur sorgfältige Vorbereitung, sondern auch Unterstützung zur Ausführung und zum Genusse der Früchte erfordert.

die Hauptthatlung, nämlich die Fälschung selbst, durch B. vollzogen wurde.

2) Der Gerichtsstand des Wohnortes (*forum domicilii*) war zwar bei den Römern zur Zeit der Republik herrschend¹⁹⁸), wurde aber im späteren Criminalrechte nicht mehr förmlich anerkannt¹⁹⁹), sondern es kommen darüber bloß zweifelhafte Stellen²⁰⁰) vor. Die teutsche Gesetzgebung führte ihn jedoch ausdrücklich ein²⁰¹).

Der Begriff des Wohnsitzes ist auch hier von der Hauptniederlassung abhängig und zwar mit der Erweiterung, daß auch ausländische Diensthoten und Gesellen nach dem Wohnorte ihres Herrn und Meisters beurtheilt werden.

In vielen Fällen muß es den Behörden so wie den Angeschuldigten gleich erwünscht sein, von diesem Gerichtsstande Gebrauch zu machen, theils weil die persönlichen und ökonomischen und socialen Verhältnisse des letzteren, welche oft auf eine richtige Beurtheilung der That so wesentlichen Einfluß haben, nirgendwo besser bekannt sein können, theils aber auch, weil die Transport- und Reisekosten an den, vielleicht sehr entfernten, Ort des begangenen Verbrechens dabei zu ersparen sind²⁰²). Es wird von diesem Gerichtsstande besonders dann die Rede sein, wenn Jemand ein Verbrechen im Auslande beging und sich nach Hause flüchtet. Die Auslieferung²⁰³) an das ausländische *forum delicti commissi* gehört überall zu den gesetzlichen Ausnahmen²⁰⁴) und es ist daher Pflicht des Wohnsitzgerichtes die That zu untersuchen und zu bestrafen.

Die Natur der Sache bringt es übrigens mit sich, daß ein Gerichtsstand des Wohnortes nicht eher zur Untersuchung schreiten kann, als bis ihm der Thatbestandsbeweis anderswoher geliefert, und hiernach bereits eine bestimmte Person in Anschuldigungsstand versetzt werden kann.

3) Der Gerichtsstand der Ergreifung (*forum deprehensionis*²⁰⁵) wird an dem Orte als begründet erkannt, wo ein Verbrecher zufällig betroffen²⁰⁶) und zur Haft gezogen wird. Es kommt also wieder

198) Zacharia, Grundlinien des Criminalproz. §. 43. Die altrömische Civität brachte es mit sich, daß jeder angeklagte Bürger von den Gerichten seines wirklichen oder fingirten Ursprungsortes gerichtet wurde; es war daher auch in Rom eigentlich ein *forum originis*. Vgl. oben Note 88.

199) Martin, Lehrb. des Criminalproz. §. 37.

200) Zacharia a. a. D.

201) Sachsenp. B. 1, Art. 58, B. 3, Art. 25, 33. Schwabensp. Cap. 3 u. 74, §. 9. Reichsgutachten v. Juli 1668.

202) Ueber die Gründe der historisch-praktischen Ausbildung dieses Gerichtsstandes s. besonders Henke a. a. D. §. 39.

203) S. hierüber Abergg, Lehrb. des Criminalproz. (Königsberg 1838), S. 78, Anm. 33.

204) Wo nicht etwa Staatsverträge ganz unzweifelhaft den Untersuchungsbeamten das Recht und die Pflicht zur Auslieferung zuweisen, mögen dieselben nie ohne Einwilligung der Oberbehörden sich dazu verstehen. Rittermaier, das teutsche Strafverf. Th. 1, S. 277.

205) Die Literatur vollständig bei Zacharia a. a. D. §. 44.

206) Durch Verhaftung mittels Requisition kann dieser Gerichtsstand nicht begründet werden. Martin, Lehrb. des Criminalproz. §. 38.

darauf an, wo die That geschehen, noch von wo der Thäter her ist, sondern es genügt damit, daß ein Gericht officielle Kenntniß von dem Thatbestande und dem Verdachte der Thäterschaft habe²⁰⁷), auch Mittel und Wege wisse, um die darüber sprechenden Acten von anderen Gerichtsständen, sei es des Wohnortes oder der begangenen That, zu erhalten.

Das römische Recht thut dieses Falles nur beiläufige Erwähnung²⁰⁸), während die teutschen Reichsgesetze ihn allgemein bestätigen²⁰⁹). Damals war derselbe freilich eine politische Nothwendigkeit; jetzt aber wird nicht leicht Jemand demselben das Wort reden²¹⁰), weil unverkennbar eine gewisse Voreiligkeit darin liegt, daß ein Gericht, welches weder zur That noch zum Thäter in irgend einer Beziehung steht, den letzteren vor seine Schranken zieht, auch heutzutage nicht mehr leicht zu besorgen ist, daß Verbrechen, wenn sie nicht von demjenigen Gerichte, dem der Thäter gerade in die Hände fällt, gerügt werden, strafflos bleiben würden.

B. Einen privilegirten Gerichtsstand in Straffachen haben anzusprechen: 1) die Geistlichen, 2) die Militärpersonen und 3) die akademischen Bürger²¹¹), jedoch in unseren Tagen meistens nur noch mit großen Beschränkungen; unbedingt aber 4) die Mitglieder regierender Häuser, 5) die Grund- und Standesherrn²¹²), so wie 6) die höheren Staatsbeamten²¹³), welche alle das Vorrecht haben, ein Gericht von Ebenbürtigen (*iudicium parium*)²¹⁴) zur Aburtheilung der ihnen angeschuldigten Verbrechen zu verlangen.

Die Geistlichen können schon um deswillen in Deutschland nicht mehr vor geistliche Strafgerichte²¹⁵) gezogen werden, weil solche fast überall nicht mehr existiren. Nur höhere Geistliche, etwa Bischöfe und Prälaten, welche überhaupt nicht ohne Specialbefehl des Souveräns²¹⁶)

207) Der Grund liegt darin, daß der teutsche Untersuchungsrichter immer im Namen des Staatsoberhauptes und im allgemeinen Interesse der Gerechtigkeit und Rechtsordnung zu handeln und mithin auf keinen besonderen Impuls zu warten hat. Bauer, Lehrbuch des Strafprocesses (Göttingen 1835), §. 217.

208) In der oben Note 189 citirten Lrr.

209) Landfrieden von 1548 Art. 16. Reichsabsch. von 1559 Art. 26. Reichspolizeiordn. v. 1577 Tit. 23, §. 2.

210) Almenbinger, in der Biblioth. für rechtliche Rechtsw. Bd. 3, S. 47. Kleinschrod, im alten Archive des Criminalrechtes Bd. 7, S. 384.

211) Quistorp, Grundsätze des veinl. Rechtes Bd. 2, §. 583—585.

212) Rheinbundsacte Art. 28 u. Bundesacte Art. 14. Preuss. Criminalordn. §. 251, 255. Bayer. Strafgeszb. B. 2, Art. 28.

213) Die Ministerien konstitutioneller Staaten haben wegen Anklage auf Verfassungsverletzung vor einem, fast überall anders zusammengesetzten, Staatsgerichtshofe Recht zu nehmen.

214) Weiss, de iudicio parium in causis crim. Lips. 1828.

215) Schon das Concil. Trident. Sess. XXIII. de reform. cap. 6. unterstellte die Geistlichen in Bezug auf eigentliche crimina den ordentlichen Richtern.

216) So wenig Staatsdiener ohne die Genehmigung der höchsten Aufsichtsbehörden in Criminaluntersuchung gezogen werden dürfen, so wenig kann ein

in Untersuchung gezogen werden können, dürften etwa noch heutzutage, wo nicht das Gegentheil gesetzlich ausgesprochen ist, nach Analogie der *Pairs*²¹⁷) ein privilegiertes Strafgericht in Anspruch nehmen.

Die Militärgerichte²¹⁸) (Auditorate und Kriegsgerichte) urtheilen bei uns überall noch über niedere Vergehen und Verbrechen der Soldaten, verweisen aber die Untersuchung und das Erkenntniß über schwerere Verbrechen in manchen Staaten an die gemeinen Landesgerichte²¹⁹), weil in solchem Falle der Soldat des Privilegiums nicht mehr würdig gehalten und schon vor dem Erkenntniße aus diesem Ehrenstande ausgestoßen wird²²⁰).

Nicht minder ist die akademische Strafgerichtsbarkeit²²¹) des Universitätsgerichtes und Senates jetzt nur noch²²²) auf niedere Vergehen, oder eigentlich nur Polizei- und Disciplinavergehen beschränkt und es werden die Acten in Betreff eigentlicher Verbrechen von dem Universitätsgerichte an den gemeinen Strafgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

Von sachlich privilegierten Gerichtsständen²²³) (*forum privilegiatum ratione rei im Gegensatz des fori privilegiati ratione personarum*) sollte wohl in unseren Zeiten gar nicht mehr die Rede sein. Man verstand früher darunter den kirchlichen oder militärischen Gerichtsstand, welcher auch für Nichtgeistliche²²⁴) und Nichtsoldaten²²⁵) in solchen Fällen competent war, wo ein Verbrechen gegen die Kirche oder gegen den Militärstand begangen war, und man führte als Grund gewöhnlich an, daß die gemeinen Gerichte die hierbei obwaltenden besonderen Verhältnisse nicht zu erkennen vermöchten; welches aber offenbar nur ein Vorwand war, um die Specialgewalt dieser Staaten im Staate zu vergrößern.

Das Einzige, was hiervon übrig geblieben, ist das sogen. Standrecht, welches von dem im Felde stehenden Militär gegen alle Personen, die sich gegen die Kriegsgesetze oder überhaupt gegen die Kriegszwecke

Diener der Kirche ohne weitere Anfrage von den niederen Behörden aufgegriffen werden.

217) *Als personae illustres. Quistorp a. a. D. §. 586.*

218) L. 9. D. de cust. et exhib. reor. (48. 5.): *De militibus ita servatur, ut ad eum remittantur, si quid deliquerint, sub quo militabant.* Cf. L. 2. D. de re milit. (49. 16.) Nov. 8. c. 12.

219) Chauveau et Hellie, *théorie du Code pénal* T. I. p. 53. 60.

220) Im Felde werden natürlich alle Verbrechen der Soldaten vom Kriegsgerichte abgeurtheilt. S. übrigens die Eintheilung der Militärgerichtsbarkeit bei Cavan, *Anweisung zu Criminalproceffen bei Civil- und Militärgerichten* (Berlin 1805), §. 9—51.

221) Man hat versucht, dieselbe auf die *Auth. Habita Cod. Ne filius pro patre* (4. 13.) zurückzuführen. Vgl. aber L. 2. C. de privil. schol. (12. 30.)

222) *Bermüde Bundesbeschlusses v. 13. Nov. 1835 Art. 13.*

223) *Tittmann, Handb. der Strafrechtsw., 2. Aufl., Bd. 3, §. 636. Abegg, Lehrb. des Criminalproz. §. 58.*

224) *Böhm er, ius eccles. prot. Lib. II. tit. 2. §. 32.*

225) *Reiterbestallung v. 1570 §. 40. Reichsabschied v. 1641 §. 47.*

verfehlen, ausgeübt wird²²⁶), welches aber den Namen eines Rechtsverfahrens eigentlich gar nicht verdient.

Ueberhaupt sind die sämmtlichen Strafgerichtsprivilegien um so stricter zu handhaben²²⁷), als es in diesem Gebiete, wo der reine Mensch und niemals die seinem Stande anklebenden Rechte und Verbindlichkeiten Gegenstand der Beurtheilung sind, und als es fernerhin oft zu großen Inconvenienzen Anlaß gibt, wenn über eines und dasselbe Verbrechen von verschiedenen Gerichten die Untersuchung geführt werden muß; denn jeder Practiker wird bestätigen, daß es der schleppendste und unzweckmäßigste Geschäftsgang ist, welcher von sogen. gemischten Untersuchungscommissionen²²⁸) eingehalten wird; wie dieß besonders in Fällen vorkommt, wo zugleich Civil- und Militärpersonen als Angeschuldigte erscheinen. Es wäre hier ein Gesetz zu wünschen, wonach für den einzelnen Fall das Civil- oder Militärgericht allein für competent erklärt werden dürfte.

Zum Theil wird auch noch ein außerordentlicher²²⁹) Criminalgerichtsstand²³⁰) für den Fall aufgeführt, daß der Angeschuldigte den ordentlichen Richter abgelehnt²³¹), und der Doerrichter darauf einen andern Richter bestellt hat. Die Recusation findet nämlich jedesmal statt, wenn der Angeschuldigte mit Gründen dargethut, daß sein ordentlicher Richter gegen ihn feindselig oder voreingenommen ist. Es kann sogar von Amtswegen ein außerordentlicher Richter ernannt werden, wenn der ordentliche umgekehrt als ein naher Freund oder Verwandter

226) Oesterreich. Gesetzb. Th. 2, Cap. 16. Baier. Gesetzb. Th. 2, Tit. 8, Art. 441 flg. Ludovici, Einleitung zum Kriegsprozesse Cap. 7.

227) In neuerer Zeit wird den Kirchenbehörden nur das rein geistliche Correctionsrecht zugestanden. Henke, Handbuch Bd. 4, S. 280. Ueber die bei der Militärgerichtsbarkeit eingetretenen Beschränkungen s. Rittermaier, das teutsche Strafverf. Th. 1, S. 303.

228) Preuß. Criminalordn. §. 78, 79. Bayer. Strafgesetzb. Art. 27. Kurheffisches Gesetz v. 1. Oct. 1831. Cavan, Anweisung zu Criminalprozessen §. 26.

229) Nicht zu verwechseln mit der oben berührten außerordentlichen Strafgerichtsbarkeit, d. h. dem Falle, wo für einzelne Fälle ganz neue urtheilende Behörden geschaffen werden sollen, welche als Werkzeuge der Willkür h. handelt werden könnten.

230) Die Zollgerichte, welche in den Zollvereinsstaaten errichtet wurden, kann man keine sachlich privilegirte fora nennen, indem die ordentlichen Landesgerichte dadurch nur einen andern Namen erhalten haben, übrigens aber in gewohnter Weise verfahren und erkennen. Die summarische Voruntersuchung ist allerdings den Zolladministrationsbehörden überlassen; allein sie dürfen nur unter dem Vorbehalte, daß der Denunciant sich nicht einer gerichtlichen Untersuchung unterziehen will, Strafen aussprechen. — In gleicher Weise verhält es sich mit der, in manchen Ländern noch in den Händen der Forstämter befindlichen, Forstrevellhätigung.

231) A. Schulting, de recusatione iudicis suspecti. Lugd. Batav. 1714. Wildvogel, de recus. iudicis eiusque usu et abusu. Jenae 1724. Seuffert, von dem Rechte des peinlich Angeklagten, seinen Richter auszuschließen. Nürnberg 1787. A. Apell, de remediis et causis recusandi iudicem. Erf. 1793.

des Angeklagten bekannt ist. Mit der Nachweisung der Recusationsgründe darf man es zwar nicht leicht nehmen, weil sonst die Organisation der Gerichte ganz illusorisch werden könnte; auf der anderen Seite würde es aber auch zu weit gehen, wenn man einen förmlichen Beweis²³²⁾ verlangen wollte; es genügt vielmehr eine Bescheinigung im juristischen Sinne.

Streitig ist übrigens, ob einer Ablehnung auch wegen behaupteter, physischer oder moralischer, Unfähigkeit des Richters Folge gegeben werden könne oder müsse²³³⁾. Nimmt man das Kämterrecht der Krone im strengsten Sinne, so läßt sich freilich gegen einen solchen Antrag anführen, daß ein Jeder, der vom Regenten zu einer Stelle berufen ist, so lange, als er in Amt und Würde belassen wird, die Rechtsvermuthung für sich habe, daß er seinem Amte gewachsen sei²³⁴⁾; aber es können doch, und besonders in einem großen Staate, Fälle vorkommen, wo einzelne Richter den bei der Anstellung von ihnen gehegten Erwartungen keineswegs entsprechen, oder nach längerer Dienstzeit so stumpf und oberflächlich werden, daß man ihnen nicht mehr gern ein wichtiges Geschäft anvertrauen mag.

Für solche Fälle²³⁵⁾, zumal wenn sie durch ärztliche oder sonstige Zeugnisse gehörig wahrscheinlich²³⁶⁾ gemacht sind, ist ohne Zweifel eine innere Nothwendigkeit vorhanden, entweder schleunig einen anderen Dienstverwalter zu ernennen, oder für die Sache des aufgetretenen Bittstellers einen benachbarten Richter zu committiren.

Ein Gerichtsstand der materiellen²³⁷⁾ Connextität (forum connexitatis causarum, oder forum ex identitate fundamenti²³⁸⁾) dürfte im Criminalrechte nur alsdann begründet sein, wenn

232) Es würde sogar der Schicklichkeit widerstreiten, ein solches Probationsverfahren einzuleiten, weil es indirect eine Anklage wegen Dienstvergehen in sich schließen könnte.

233) Sehr richtig bemerkt Henke, Handbuch Bd. 4, S. 284: Was von der Recusation der *iudices selecti* des älteren römischen Rechtes oder der Geschwornen der neueren Zeit gilt, leidet keine unbedingte Anwendung auf die rechtskundigen Mitglieder stehender Gerichtshöfe.

234) L. 2. C. de offic. iud. civ. (l. 45.) Nov. 17. cap. 3.

235) Quistorp, Grundr. des peinl. Rechtes Bd. 2, §. 540, zählt als Hauptablehnungsgründe auf: die *exceptiones iudicis suspecti, inhabilis, non iurati, incompetentis, iudicii non rite constituti et iurisdictionis non fundatae*. Die letzteren beiden gehören aber nicht hierher.

236) Wollen Beifall verdient es, wenn Müller, Lehrb. des Criminalproz. §. 47, Nr. 8, den Perhorrescenzeid, als nirgends in Gesetzen gegründet, unbedingt verwirft. Es sollte jetzt davon eben so wenig mehr, als vom Gesefährdecide im Civilprozesse die Rede sein.

237) Das forum bei einer ideellen Concurrrenz kann der Natur der Sache nach immer nur eines sein. Mittermaier, das teutsche Strafverf. Th. 1, S. 307.

238) Henke, Handb. Bd. 4, S. 286, ist gegen die Annahme dieses Gerichtsstandes. Ebenso Mittermaier a. a. D. S. 306. Nirgends kann aber ein verbietendes Gesez nachgewiesen werden, und es liegt doch unbestreitbar im Zwecke des Untersuchungsprincipes, Einheit und Raschheit in der Wahrheitserforschung zu begünstigen.

der Anschuldiungsgrund gegen mehrere Verbrecher nicht nur ein gleicher ist, sondern im Zusammenhange einer und derselben That wurzelt, wo also sämtliche Angeklagte als Mitschuldige zu betrachten sind, wo dann aber auch eigentlich nichts anderes als das *forum delicti commissi*, nämlich der Gerichtsstand des Ortes, wo die Hauptthatung geschah, vorliegt. — Manche zählen hierher auch die Conterität des Civilentschädigungspunktes, wovon aber bereits oben das Nöthige gesagt wurde.

Noch ist zu erörtern, wie die Collision der vorgenannten Gerichtsstände²³⁹⁾, d. h. die gleichzeitige Geltendmachung der Zuständigkeit für einen einzelnen Fall von Seiten mehrerer Gerichtsstände geschlichtet werden soll. Es kann sich ereignen, daß z. B. ein Mensch außerhalb seines Wohnortes ein Verbrechen beging und an einem dritten Orte aufgegriffen wird. Die drei Gerichtsstände des Wohnortes, der begangenen That und der Ergreifung concurriren hier und zwar alle mit gleichen Rechten^{239a)}. Würde mit denselben ferner noch ein privilegierter Gerichtsstand concurriren, so wäre die Collision am schnellsten gehoben, indem der letztere, als auf einem *ius singulare* beruhend, unbedingt vorgeht²⁴⁰⁾. Ebenso würde die Bewilligung eines außerordentlichen Gerichtsstandes jeden ordentlichen in den Hintergrund stellen.

Wenn die Particulargesetzgebung Bestimmungen darüber enthält, welcher von den gemeinen Gerichtsständen im Concurrnzfalle dem anderen vorgehen soll, so kommt es in der Praxis nur noch darauf an, von welcher Seite und mit welchen Gründen Competenzansprüche²⁴¹⁾ gemacht werden, und diese werden dann entweder durch unmittelbare Erörterung oder durch Bescheid der Obergerichte nach den gegebenen Normen erledigt. Wo aber dergleichen Fragen nach dem gemeinen Rechte zu lösen sind, da muß man eine andere Entscheidungsnorm ausfinden, weil die Reichsgesetze²⁴²⁾ über Priorität gar Nichts²⁴³⁾ enthalten. Auch aus der Criminalpolitik kann kein Grund des Vorzuges für den einen oder anderen Gerichtsstand hergenommen werden, indem es bei der Pflicht

239) Vgl. was oben bei Gelegenheit des *fori del. comm.* über Theilnehmer gesagt wurde.

239a) Littmann, Handbuch des Criminalrechtes Bd. 3, §. 646. Wie schwierig man in älteren Zeiten die Sache ansah, beweist der Titel der Dissert. von Melchior, de concurrentium iurisdictionum labyrintho. Giessae 1682.

240) Ahegg, Lehrb. des Criminalproz. §. 60. Bauer, Lehrb. des Strafproz. §. 42. Müller, Lehrb. des Criminalproz. §. 65.

241) Die Regel ist sogar, daß concurrirende Gerichtsstände negative Competenzscliffe erheben und die Untersuchung nicht eher führen, bis sie den Befehl dazu erhalten. Dieser umgekehrte Fall ist in unserer Prozeßliteratur viel zu wenig, ja zum Theil gar nicht berücksichtigt. Vgl. bayer. Strafgesetzb. I, Art. 22. Hannov. Entw. Art. 23.

242) Das römische Recht kannte eine solche Streitfrage gar nicht, weil das *forum delicti commissi* als allgemeine Norm an die Spitze gestellt war. Ahegg a. a. D. S. 87. Henke a. a. D. S. 293.

243) Vgl. Zacharia, Grundlinien des Criminalproz. §. 51, 52.

der Gerichte, jedes Verbrechen von Amtswegen zu verfolgen, jederseits Billigung verdient, wenn alle competenten Behörden zugleich dem verletzten Strafgesetze Genugthuung zu verschaffen suchen. Eben darin ist aber auch der Schlüssel zur Lösung vorkommender Zweifel zu finden. Dasjenige Gericht, welches die ersten Maßregeln ergriff, um den muthmaßlichen Thäter in seine Gewalt und zur Strafe zu bringen, muß dafür, daß es am schleunigsten eingeschritten ist, den Vorzug vor allen anderen erhalten²⁴⁴); denn dasselbe hat dem Interesse der Strafgerechtigkeit am besten entsprochen. Der Gerichtsstand, welcher solchergestalt die Priorität unter mehreren concurrirenden Gerichten erlangt, wird in der Rechtsprache der prävenirende²⁴⁵) genannt, und sobald die Prävention actenmäßig nachgewiesen ist, haben sich die anderen Gerichte zu beruhigen und aller weiteren Untersuchungshandlungen, insoweit sie nicht dazu requirirt werden, zu enthalten²⁴⁶).

Durch welcherlei Handlungen die Prävention begründet wird, ist wiederum bestritten²⁴⁷). Die richtigere Ansicht dürfte wohl die sein, welche nicht unbedingt jedes Decret und jeden mündlichen Befehl, wodurch auf einen noch ungewissen Thäter gefahndet wird, dafür gelten läßt, sondern verlangt, daß eine förmliche Ladung²⁴⁸) oder Verfolgungsmäßregel, wie Steckbriefe, Racheile, Güterbeschlagnahme oder Verhaftung, gegen eine bestimmte Person verhängt worden sei; denn nur erst in diesem Stadium kann man von Unterwerfung eines Angeeschuldigten unter dem Gerichtszwang eines Inquirenten sprechen. Die Verbeugung eines Verdächtigen in provisorische Haft²⁴⁹) darf daher, so lange nicht derselbe förmlich in Anschuldigungsstand versetzt wird, wohl ebenfalls keine Prävention begründen.

Ueber die Concurrenz von in- und ausländischen Gerichtsständen²⁴⁹) können nur besondere Staatsverträge²⁵¹) die zu befolgenden Grundsätze an Handen geben. Meistentheils verfährt die Praxis in der Art, daß 1) Inländer niemals an das concurrirende Gericht im Aus-

244) Henke, Handbuch Bd. 4, S. 294.

245) Mittermaier, das teutsche Strafverf. Th. 1, §. 58.

246) Ganz in Wahrheit gegründet ist, was Abegg, a. a. D. §. 61, sagt: Die gleiche Thätigkeit mehrerer Behörden würde eben so sehr wie deren Unthätigkeit störend für die Zwecke der Rechtspflege selbst sein.

247) Böhmer ad Carpzov., pract. rer. crim. quaest. 110. obs. 10. Quistorp, Grundsätze des peinl. Rechtes §. 574. Mathaeus, de crim. L. 48. t. 13. §. 5.

248) Nicht das Erkenntniß der Specialinquisition ist gerade nöthig, sondern, wie Mittermaier, a. a. D. S. 312, sagt: eine Handlung, welche die Stellung des Angeklagten vor Gericht bezweckt.

249) Wie z. B. wenn alle am Orte der That Betroffenen, bis zur Ausmittelung der wahrscheinlichen Teilnehmer, in Verwahrung gebracht wurden und ein anderes Gericht einen Tag später die wahren Thäter ausfindig macht und festsetzt. Bauer, Lehrb. des Strafproz. §. 75, Ziff. 4.

250) S. hierüber besonders Mittermaier, Strafverfahren Th. 1, §. 59. Abegg, Lehrbuch §. 63. Müller, Lehrb. §. 63. Bauer, Lehrb. §. 43.

251) S. Zacharia, Grundlinien §. 53, wo auch die Literatur dieser Lehre vollständig zu finden ist.

lande²⁵²), dagegen 2) Ausländer, die politischen Verbrecher ausgenommen²⁵³), immer an die requirirende Behörde, der sie untergeben sind, ausgeliefert werden.

Eudwig von Jagemann.

Gerichtsbarkeit, geistliche. — Der Ausdruck *iurisdictio ecclesiastica* bezeichnet im kirchenrechtlichen Sinne die ganze kirchliche Verwaltung, ist also gleichbedeutend mit *potestas ecclesiastica*. Diese Gewalt ist ihrem Gegenstande nach eine dreifache, indem sie sich auf das Lehramt, die Austheilung der Sacramente und die Regierung bezieht (*potestas magisterii, ministerii und iurisdictionis s. str.*). Die letztere begreift ihrem ganzen Umfange nach die Gesetzgebung, Aufsicht und Vollziehung in sich. In der Vollziehung, als dem letzten Resultate der kirchlichen Regierung, zeichnet das canonische Recht als einen wesentlichen Bestandtheil die Gerichtsbarkeit aus und sieht sie im eigentlichsten, strictesten Sinne als *iurisdictio ecclesiastica* an. Sie soll hier Gegenstand unserer Betrachtung sein.

Von vorn herein drängt sich aber die Frage auf, ob die Kirche überhaupt Anspruch auf Gerichtsbarkeit habe?, welche nach dem verschiedenen Standpunkte der Schriftsteller, nach der Differenz der Confession und vor allen nach der abweichenden Auffassung des Verhältnisses zwischen Staat und Kirche im entgegengesetztesten Sinne beantwortet worden ist. Eine Darlegung der Principien muß daher der vollständigen Entwicklung der ganzen Lehre vorangehen¹).

Nach einer von Vielen getheilten Ansicht sind Staat und Kirche zwei in ihrem Wesen völlig getrennte Begriffe, welche in zwei schlechthin gesonderten und unvereinbaren Instituten zur Verwirklichung des Rechtes und der Politik, so wie der Religion und Moral bestimmt sind. Der Staat ist die Welt, die Kirche das Reich Gottes. — Dagegen wird nach der Ansicht Anderer begriffmäßig jeder Unterschied von Staat und Kirche geleugnet, und die letztere nur als ein integrierender Bestandtheil des ersteren betrachtet, weil die Kirche, als die Trägerin der religiösen Interessen, wie diese selbst nur ein inneres, unsichtbares Moment bildet und sobald sie aus der durch ihre Natur gebotene Innerlichkeit hinaustritt und äußere Gestalt annimmt, damit schon von sich selbst abfällt, auf das fremde Gebiet des Staates anlangt und folglich diesem anheimfällt.

Nach der ersten Annahme bestimmen sich die Functionen des Staates und der Kirche sowohl im allgemeinen als im besonderen nach objectiven und subjectiven Rücksichten. Der Kirche wird daher überwiesen: die Entscheidung über alle diejenigen Gegenstände, welche an und für sich

252) Preuß. Criminalordn. §. 96, 97. Bayer. Strafges. II. Art. 30. Hannov. Entw. Art. 31.

253) Bei Verbrechen, welche gegen die Integrität eines teutschen Bundesstaates gerichtet sind, findet jedoch die Austlieferung statt. Bundesbeschl. v. 18. Aug. 1836, Art. 2. Vgl. auch noch v. Grohman, Grundf. der Criminalrechts. §. 420, Anm. f.

1) Die weitere Begründung dieser Principien kann jedoch an diesem Orte nicht erfolgen.

schon einen religiösen Zweck haben oder als nothwendiges und nütliches Mittel zur Realisirung und Beförderung desselben erachtet werden müssen. Als solche Gegenstände werden aber genannt: 1) der Lehrvortrag der amtsbevorzugten Kirchendiener, 2) die Acte des Cultus und der Liturgik, 3) die mit dem religiösen Momente in Berührung stehenden Handlungen der Kirchenglieder außer der Kirche, und 4) diejenigen Handlungen und Objecte, welche sich auf Sachen, Güter und sonderheitliche Institutionen und Mittel beziehen, die für die Erreichung des Kirchenzweckes bestimmt sind ²⁾.

Nach der Ansicht derer, welche die Kirche nur Moment des Staates sein lassen, fällt dagegen die ganze äußerliche Thätigkeit dem Staate selbst zu ³⁾.

Beide Auffassungen sind einseitig und verkennen das Wesen des Staates und der Kirche; dennoch fehlt beiden nicht eine relative Wahrheit, welche verbunden mit dem wirklichen Begriffe des Staates und der Kirche eine vermittelte Einheit derselben erzeugen, so daß der Staat und die Kirche als zwei zusammengehörige, sich gegenseitig ergänzende Seiten eines und desselben Institutes erscheinen, in welchem das politisch-rechtliche und das religiös-kirchliche Moment, obwohl an sich verschieden, doch ohne Gegensatz, das Reich Gottes auf Erden ausmachen. Zunächst und in der Wirklichkeit streng geschieden werden der Staat, als Rechtsanstalt und Träger des Gesetzes, und die Kirche, als religiöse Gemeinschaft und Trägerin des Evangeliums, durch die Einheit ihres Zieles, die sittliche Vollendung des menschlichen Geschlechtes, immer im Conner stehen, mehr und mehr in einander verwachsen, bis sie am Ende der Tage eine vollendete Einheit bilden.

Je nachdem nun einer oder der andere dieser Standpunkte festgehalten wird, muß über die Berechtigung einer eigenen kirchlichen Gerichtsbarkeit offenbar eine sich durchaus widersprechende Ansicht bilden. Nach der ersten Annahme muß sich die Kirchengewalt, ganz analog mit der Staatsgewalt, nur innerhalb ihrer Rechtsperipherie, für verpflichtet halten, das zuständige Recht zu exerciren und überall da Recht zu sprechen, wo solches verfassungsgemäß zur Erreichung des kirchlichen Zweckes nothwendig erscheint. . . . Sie muß daher, wenn über die Anwendung und Auslegung der Kirchengesetze unter ihren Genossen Streit entsteht, und wenn menschliche Schwachheit, Leichtsinn und Bosheit verleiten, sich über die Kirchengesetze hinauszusetzen und denselben zuwider zu handeln, im ersten

2) Frey, kritischer Commentar über das Kirchenrecht, fortgesetzt von Scheitl, Th. V, Abth. 1, S. 10—12.

3) Wurm, über den Begriff der sichtbaren Kirche, in den Studien der evangelischen Geistlichkeit Württembergs, herausgegeben von Klaiber, B. II, S. 2, S. 49—84. Stuttgart 1830. 8. Dagegen meine kirchenrechtlichen Versuche B. II, Nr. VI. — Die Vernichtung der Kirche durch den Staat ist eins der Hauptprobleme der linken Seite der Hegel'schen Schule (vgl. bes. Bauer, die evangelische Landeskirche Preußens [Leipzig 1840. 8.], und desselben Aufsatz: Der christliche Staat und unsere Zeit, in den Hallischen Jahrbüchern für teutsche Wissenschaft [1841], Nr. 135—140).

Falle befugt sein, ihre Gesetze durch richterliche Entscheidung auf den eben vorliegenden Fall anzuwenden, und im anderen die Verletzung ihrer Gesetze und der dadurch gestörten verfassungsmäßigen Vereinsordnung — Disciplin — zu ahnden, weil ohne Ausübung der ersteren Befugniß der kirchliche Zweck nicht befördert, ohne letzteres aber wohl gar nicht erreicht werden könnte⁴⁾.

Nach der entgegengesetzten Annahme kann der Kirche gar kein Anspruch auf eine gerichtliche Thätigkeit zugestanden werden, weil sie nur durch ihre innere Macht, nicht durch äußere Mittel wirken kann⁵⁾.

Von unserem Principe aus müssen wir aber allerdings der Kirche eine Jurisdiction zuerkennen, deren Grenzen jedoch von der jedesmaligen Stellung, welche sie dem Staate gegenüber einnimmt, abhängen lassen. Nicht durch eine abstracte Bestimmung⁶⁾ kann daher über den Inhalt der Gerichtsbarkeit entschieden werden, sondern die fortschreitende Entwicklung und der Standpunkt, den die Kirche gerade als Theil des Gottesreiches auf Erden erlangt hat, muß darüber den Ausschlag geben. Nur so kann es gelingen, wie für die Geschichte kirchlicher Institute überhaupt, insbesondere auch für die der kirchlichen Gerichtsbarkeit den rechten Maßstab zu erhalten, den bald größeren, bald kleineren Umfang kirchlicher Thätigkeit zu erklären und auch für die Gegenwart die Anwendbarkeit einer geistlichen Jurisdiction zu rechtfertigen.

Demgemäß ist es hier die Aufgabe, den jetzigen Zustand der kirchlichen Gerichtsbarkeit in seiner genetischen Entwicklung darzulegen, fern von vorgefaßter Meinung, ohne schon im Voraus zurecht gemachte Resultate in die Quellen hinainzutragen⁷⁾. Es scheidet sich aber einfach die Darstellung der Straffurisdiction und der Gerichtsbarkeit in Rechtsstreitigkeiten, und zwar gesondert der katholischen und evangelischen Kirche.

I. Die Strafferichtsbarkeit⁸⁾.

A. Katholisches Kirchenrecht.

1. Geschichte.

Auf Beförderung der Sittlichkeit soll jede Religion ihre vorzügliche Thätigkeit richten. Bei allen Völkern, die nicht in ihrem Cultus selbst

4) Frey-Scheill a. a. D. S. 15, 16.

5) Burm a. a. D. S. 55 flg., 81 flg.

6) Eine solche finden wir aber regelmäßig bei katholischen Schriftstellern, welche die geistliche Gerichtsbarkeit für *iuris divini* und unveränderlich erklären. So z. B. Hedderich, *elementa iuris can.* (ed. II. Bonn 1791. 8.) P. I. §. 12.: *Haec potestas (iudiciaria) ecclesiae essentialis est a Deo tradita, consequenter perpetua, quousque ecclesia Christi perseverat. Igitur in alium, quam cui Christus dedit, transferri nequit adeoque ab ecclesia est inabdicabilis.* S. auch Scheill a. a. D. S. 21. Anders dagegen v. Droste-Hülshoff, über die Einrichtung geistlicher Gerichte und den Wirkungskreis derselben, bei Weiß, *Archiv der Kirchenrechtswissenschaft* B. III, Nr. I.

7) Befang'n sind die Forschungen vieler katholischen Schriftsteller, wie namentlich Riffel's, geschichtliche Darstellung des Verhältnisses zwischen Kirche und Staat. Mainz 1836. 8. (S. Note 21 flg.)

8) Außer den bei den einzelnen Materien angeführten Quellen ist neben dem *Decrete Cau.* I—VI. XI. XV. XXIV. XXVI. XXXI sq. u. a.,

der Sünde fröhnten, finden wir daher auch Anstalten für Zucht und Ordnung. Wenn schon das mosaische Recht dafür besondere Sorge trug⁹⁾, so mußte wohl das Christenthum, als die Religion in ihrer ganzen Fülle, die Sittlichkeit als eine unbedingte Voraussetzung für alle aufstellen, die sich zu ihr bekennen wollten, und die Kirche konnte nicht umhin, als ihre Aufgabe zu betrachten, der Sünde zu steuern.

Christus erklärt diejenigen für seine rechten Jünger, welche Gottes Gebote befolgen, erkennt aber zugleich, daß es an bösen Gliedern in der Gemeinde nicht fehlen werde, deren Ausrottung für die Zeit des Christenthums durch die Apostel wurde hierauf besonders geachtet und gegen jede Unreinheit mit Ernst eingeschritten¹¹⁾, deshalb auch jeder bei seiner Aufnahme in die Gemeinschaft ausdrücklich zum sittlichen Leben verpflichtet¹²⁾. Wer seinem Gelübde zuwider handelte, ward brüderlich vernahmt und Falls dieß nichts fruchtete, aus der Gemeinde ausgeschlossen. Der in die Diptychen (Kirchenbücher) eingetragene Name wurde dann gelöscht¹³⁾.

Solche Personen, die man damals *αἰρετικοί* nannte, konnten erst, wenn sie genügende Reue und Buße (*ἐξομολόγησις*) an den Tag gelegt hatten, wieder in die Gemeinde aufgenommen werden¹⁴⁾. Hatte gar ein kirchlicher Beamter sich einer solchen Verletzung schuldig gemacht, so wurde er, den Umständen nach, mit Entsetzung (Deposition) und Reduction in den Laienstand bestraft¹⁵⁾.

vorzüglich das fünfte Buch der Decretalen, des *liber sextus*, der *Clementinen* und der *Extravagantes communes*, so wie tit. 8—10 der *Extrav. Johann's XXII.* hervorzuheben. — Wegen der Literatur, welche sehr reich ist, muß auf die Artikel: *Archidiaconus*, *Absylrecht*, *Buße* u. a. hingewiesen werden. Außerdem mögen auszeichnen sein: *Thomassin, vetus ac nova ecclesiae disciplina* P. II. lib. III. cap. 76. 95 sq. *Bingham, origines ecclesiasticae* lib. XVI. cap. 4—14. — *Morinus, de disciplina in administratione sacramenti poenitentiae.* Paris 1651. fol. *Van Espen, ius eccl. universum* P. III. tit. III sq. *Scheil* a. a. O. S. 2—6 cit. *Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechtes* B. II, S. 67 fig. S. auch *Tittmann, de causis auctoritatis iuris canonici in iure criminali germanico.* diss. II. *Lipsiae* 1798. (Auch in *Martin, dissertationum et commentationum selectarum iuris criminalis collectio.* Vol. I. *Jenae* 1822. 8.)

9) *Scholz*, *Handbuch der biblischen Archäologie* (Bonn 1834), S. 84.

10) Man vgl. z. B. die Parabel vom Unkraut und Weizen *Ev. Matth. XIII*, 28—30.

11) *S. I. Corinth. V*, 1 fig., 13, verb. mit *Ev. Matth. XVIII*, 15 fig. *Tit. I*, 10 fig. *I. Timoth. I*, 20. *II. Timoth. III*, 6. *Epistel Judä* u. a.

12) *Plinius epist. lib. X. ep. 97.*: *Sacramento, non in scelus aliquod se obstringere, sed ne furta, ne latrocinia, ne adulteria committerent, ne fidem fallerent, ne depositum appellati abnegarent.* Vgl. *Tertullian, Apologeticus* cap. 2. 38. *Constit. Apostol. lib. I. cap. 8. 9. lib. II. cap. 5 sq.* — *J. H. Böhmmer, dissert. iuris eccl. antiqui* nr. III. p. 71 sq.

13) *Dodwell, dissertat. Cyprianicae.* diss. V. S. 13. sq. S. 27. Vgl. *Wibstein*, im *Archiv für civil. Praxis* B. XV, S. I, S. 30. *Anm. 5.*

14) *II. Corinth. II*, 5—8. *Gieseler, Lehrbuch der Kirchengesch.* B. I, S. 52, *Anm. ee, ff, S. 199, §. 69.* Vgl. auch den *Art. Reichre* *Wd.* I, S. 329.

15) *C. I. Conc. Neocaesar. a. 314.* (c. 9. dist. XXVIII.) c. 10. *Conc. Nicaen. a. 325.* (c. 5. dist. LXXXI.)

Anfangs übte dieses Strafrecht die ganze Gemeinde (s. Note 11 cit. Stellen), seit dem dritten Jahrhunderte der Bischof mit Zuziehung derselben, welche bei Beurtheilung der Cleriker schon fortfiel. Das Gericht über den Bischof selbst bildeten seit dem vierten Jahrhunderte die Provinzialsynoden.

Bürgerliche Folgen konnte die Ausübung der kirchlichen Disciplin so lange nicht herbeiführen, als die Kirche selbst vom Staate nicht anerkannt war. Die Reception des Christenthums durch Constantyn den Großen mußte daher auch Aenderungen veranlassen. Im allgemeinen wurde seitdem die kirchliche Zucht in der bisherigen Weise gehandhabt, zugleich aber auch ein bestimmtes Bußsystem begründet¹⁶⁾. Bei der Zuerkennung der Bußmittel hatte die Gemeinde keine weitere Berücksichtigung und es blieb die Festsetzung des Maßes ganz dem arbiträren Ermessen der Geistlichkeit überlassen. Schon zeitig wurde aber durch eigene Bußordnungen (*Libri poenitentiales*)¹⁷⁾ darüber eine genauere Norm vorgezeichnet. Das leitende Princip, der Geist des ganzen kirchlichen Strafrechts war aber immer gerechte Vergeltung, Genugthuung, mittelst Unterordnung des bisher dem göttlichen Gesetze entgegen gerichtet gewesenen Willens, unter dasselbe im Wege der Buße, Reue und daraus hervorgehenden Besserung¹⁸⁾.

Die practischen Verhältnisse selbst waren, durch die veränderte Stellung der Kirche zum Staate bedingt, seit dem vierten Jahrhunderte folgende. Gemeine Verbrechen gehörten schlechthin vor die weltlichen Gerichte, was die Kirche auch als der Natur der Sache und den Forderungen der heiligen Schrift gemäß anerkannte¹⁹⁾. Insofern in dem Verbrechen aber doch zugleich eine Sünde enthalten war, konnte die Kirche auch ihrerseits mit Zuchtmitteln hinzutreten²⁰⁾. An sich war es übrigens hierbei gleichgültig, ob ein Laie oder ein Geistlicher der Schuldige war; doch konnte allerdings bald die Rücksicht auf die Person und das nähere Verhältniß des Clerus zur Kirche bedeutende Unterschiede herbeiführen²¹⁾.

16) S. den Art. Buße Bd. II, S. 506.

17) Vgl. den Art. Quellen des Kirchenrechts. Inzwischen vgl. man Wasserfchleben, Beiträge zur Geschichte der vögratianischen Kirchenrechtsquellen Nr. IV. Leipzig 1839. 8.

18) Vgl. überhaupt A begg, die verschiedenen Strafrechtstheorien in ihrem Verhältnisse zu einander und zu dem positiven Rechte und zu dessen Geschichte (Neustadt a. d. D. 1835. 8.), §. 29, und die daselbst cit. Literatur. S. auch Kleuzs, Lehrbuch des gemeinen Strafrechtes (Berlin 1833. 8.), Wort. S. VI. 19) C. 39. 40. Cau. XXIII. qu. V.

20) Vgl. z. B. cau. 24. Apostol. S. dazu v. Drey, neue Untersuchungen über die Constitutionen und Kanonen der Apostel S. 268.

21) Riffel (Note 7 cit.), S. 183 flg., hat, von vorgefaßter Meinung geleitet, als ob die Kirche von jeher über den Clerus bei wirklichen bürgerlichen Verbrechen eine freie Jurisdiction besessen habe, die Zeugnisse der Quellen theils mißverstanden, theils absichtlich gemißdeutet und die Ansicht der späteren Zeit, namentlich Pseudo-Isidor's und der späteren Decretalen, welche eine ganz andere Praxis voraussetzen, auf die früheren Gesetze und Aussprüche der Synoden und Kirchenscribenten übertragen. Den Beweis dieser Behauptung habe ich rücksichtlich des hier vorliegenden Gegenstandes in der Beurtheilung der Riffel'schen

Abgesehen von rein temporären, durch Parteinahme der Kaiser für bestimmte dogmatische Richtungen veranlaßten abweichenden Constitutionen²²), ist bis zum sechsten Jahrhundert anerkannt, daß der Staat die Cognition über den Clerus bei allen gemeinen Delicten besaß, und daß die Kirche nur über leichtere Disciplinarvergehen und über Amtsverletzungen der Geistlichen zu entscheiden berechtigt war²³). Da die Kirche durch Verbrechen und Bestrafung der Cleriker unmittelbar berührt wurde und ein Eingreifen derselben neben dem Verfahren des weltlichen Gerichtes wohl gerechtfertigt werden konnte, so bedurfte es einer Vorschrift, welche das gegenseitige Verhältniß regelte. Daher bestimmte Justinian, daß, wenn ein Geistlicher ein bürgerliches Verbrechen begangen hatte, für den Fall, daß die Klage darüber zuerst an das kirchliche Forum gelangte, der Bischof die Amtsentsetzung (depositio) aussprechen und die Vollziehung der bürgerlichen Strafe dem weltlichen Richter überlassen solle. Wenn dagegen das Verfahren beim weltlichen Gerichte begonnen und dieses das Urtheil gefällt hatte, sollte der Verbrecher erst dem Bischöfe zur Vollziehung der Deposition ausgeliefert und hierauf die bürgerliche Strafe in Vollzug gesetzt werden²⁴). Sobald die Sache an den Bischof kam, konnte derselbe indessen noch beim Kaiser ein Milderungsgesuch anbringen, welches nicht selten fruchtete²⁵). Andererseits wurde dagegen auch von der Kirche unter Umständen der weltliche Arm zu Hilfe gerufen²⁶).

Die strafrichterliche Gewalt stand jetzt übrigens in der ersten Instanz eigentlich nur dem Bischöfe zu, der jedoch andere Cleriker mit der Untersuchung beauftragen konnte²⁷). Von ihm ging seit der Ausbildung der Metropolitanverfassung die Berufung an die Provinzialsynode, deren regelmäßiges Zusammentreten insbesondere veranlaßt war, um sich über den Bischof beschweren zu können²⁸). War man mit der Entscheidung der Synode nicht zufrieden, so konnte man sich an einen anderen Bischof

Schrift in Richter's Krit. Jahrb. für deutsche Rechtswissenschaft (1838), Bd. III, S. 341 flg. geführt. Mit diesen Resultaten stimmen auch Canonisten überein, denen man den Vorwurf eines antikatholischen Interesses wenigstens noch nirgend gemacht hat. Man s. z. B. Walter, Lehrbuch des Kirchenrechtes, 17. Aufl., §. 184, Note x, vgl. mit §. 92, Note c, S. 175.

22) C. g. B. c. 12. C. Th. de episcopis et clericis. (16. 2.) (Constantin. a. 355.)

23) C. c. 17. 23. 41. 47. C. Th. de episc. et cleric. (16. 2.) c. 1. C. Th. de religione (16. 11.) und vgl. dazu den Commentar von Jacobus Gothofredus, insbesondere zu der zuletzt citirten Stelle. Tom. VI. fol. 334. ed. Ritter.

24) Nov. XLII. pr. a. 536. Nov. LXXXIII. pr. in fin. a. 539. und ganz besonders Nov. CXXIII. cap. XXI. §. 1. a. 546. Vgl. Juliani epit. Nov. const. LXXVII. c. I. in c. 45. Cau. XI. qu. I.

25) Ueber dieses ius intercedendi s. Hebenstreit, historia iurisdictionis eccl. diss. III. §. 21—23. de Meysenbug, de christianae religionis vi etc. (Gotting. 1828. 4.) p. 25.

26) c. 38. Conc. Carthag. III. a. 397. (c. 19. Cau. XI. qu. I.) c. 4. dist. XXVII. c. 20. Cau. XI. qu. I. (Pelagius I. † 559.)

27) C. die Commentatoren zum c. 38. (39.) Canon. Apostol.

28) v. Drey a. a. D. C. 334 zu dem cit. 38. Canon.

wenden, damit dieser die Angelegenheit aufs Neue einer Synode vorlegte, oder an den Kaiser, welcher durch eine besondere Commission oder ein ökumenisches Concil eine neue Beurtheilung herbeiführte. Bei der Ausbildung des römischen Primats entwickelte sich auch die höhere Instanz des apostolischen Stuhls, durch Ausführung der Vorschläge, welche bereits auf dem Concil zu Sardica im Jahre 347 gemacht worden waren²⁹). Das zur Entscheidung dienende Recht war, insofern ein religiöser Gegenstand zur Sprache kam, neben den eigenthümlichen Satzungen, die sich in der Kirche gebildet hatten, die weltliche Gesetzgebung. Justinian verordnete darüber ausdrücklich ein *procedere secundum sacros canones et secundum nostras leges*³⁰).

Bei den Germanen fällt ursprünglich so wie Religion und Recht, auch die priesterliche und richterliche Qualität zusammen. Die Priester, als Gesezhüter (*ewarto*) wachen leitend über die Ordnung bei den Gerichten und vollzogen die Strafen, besonders bei Beleidigung der Götter³¹). Mit der Einführung des Christenthums tritt aber der Unterschied von Recht (Gesetz) und Religion (Evangelium) bestimmt hervor und das Strafrecht wird nun ein zweifaches. Neben den gemeinen Verbrechen gibt es auch eigenthümlich religiöse, welche nach kirchlichen Grundsätzen beurtheilt werden. Ueber jene erkannte das weltliche Gericht, auch wenn ein Cleriker sich der That schuldig gemacht hatte³²). Die Kirche selbst gestand dieß zu. So erklärte das Concilium Matisconense I. im Jahre 581³³): *Ut nullus clericus de qualibet causa extra discussionem episcopi sui a saeculari iudicio iniuriam patiatur aut custodiae deputetur: quod si quicumque iudex cuiuscumque clericum, absque causa criminali, id est homicidio, furto aut maleficio, hoc facere fortasse praesumpserit, quamdiu episcopo loci illius visum fuerit ab ecclesiae liminibus arceatur.* Gleichzeitig bestimmte aber dieß Concil³⁴), nach dem Vorgange älterer Synoden³⁵), daß kein Cleriker einen anderen im weltlichen Gerichte belangen dürfe, wodurch den Umständen nach das von Justinian angeordnete Verfahren (s. Note 24) eintreten konnte. Bald gelangte aber die Kirche zu weiteren Rechten. Auf

29) Vgl. Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechtes Bd. I, S. 62 flg. mit Richter's Lehrbuch des Kirchenrechtes S. 20.

30) Nov. CXXXVII. cap. 4. (a. 564 oder 565.)

31) S. Tacitus, Germania c. 7. 9. u. a. Vgl. Phillips, deutsche Geschichte Bd. I, S. 58 flg. Die äußere Leitung in der Volksversammlung durch die Priester findet sich noch im achten Jahrhunderte bei den heidnischen Sachsen (s. Huchald vita S. Lebuini c. 4. bei Pertz, Monumenta Germaniae Tom. II. fol. 361.). Mit der Einführung des Christenthums haben die Geistlichen nicht mehr solche Verehrung. Nur bei den Friesen finden wir auch später eine ähnliche Einrichtung (s. Brodmerbrief S. 173 bei v. Richtofen, friesische Rechtsquellen S. 175). Vgl. Unger, die altdeutsche Gerichtsverfassung (Göttingen 1842. 8.), S. 223, 379.

32) Beispiele bei Phillips a. a. D. S. 533 flg.

33) C. 7. (bei Bruns, bibliotheca eccl. Vol. I. P. II. p. 243.).

34) C. 8. (l. c., auch in c. 6. Cau. XI. qu. I.)

35) S. mehrere Stellen in Cau. XI. qu. I. Vgl. auch unten.

der fünften Pariser Synode im Jahre 614 ward hierüber verhandelt und ein königliches Edict Chlothars II. ausgewirkt³⁶), nach welchem der niedere Clerus wegen delicta manifesta vom weltlichen Richter beurtheilt werden darf. Ist es ein Capitalverbrechen, dann soll unter Zuziehung des Bischofs nach canonischem Rechte verfahren werden. Bei allen andern Vergehen und wenn höhere Cleriker bestraft werden sollen, muß der Bischof zugezogen werden³⁷). Dieses Edict bestimmte den auf der Synode selbst abgefaßten Schluß der Geistlichkeit näher und beschränkte ihn zugleich; denn da es im 4. Canon heißt: *Ut nullus iudicium neque presbyterum neque diaconum vel clericum ullum aut iuniores ecclesiae sine scientia pontificis per se distringat aut damnare praesumat*³⁸), so ergibt sich, daß die Kirche eigentlich in jedem Falle und bei jedem Geistlichen die Zuziehung des Bischofs beansprucht hatte, eine Forderung, die auch schon von dem Concil. Matisconense II. im Jahre 585 ausgegangen war³⁹).

Es entschied nun regelmäßig ein gemischtes Gericht, welches auch später wiederholt bestätigt wurde⁴⁰). Noch im Jahre 794 erkannte Carl der Große dieses Verfahren an⁴¹) und gestattete zugleich, daß Presbyteri, die bei einem Verbrechen ergriffen würden, zum Bischofe gebracht und nach den canonischen Grundsätzen gegen sie verfahren werden sollte⁴²). Wenn daher in einer bereits fünf Jahre älteren Verordnung es allgemeiner heißt: *Ut clerici et ecclesiastici ordines, si culpam incurrerint, apud ecclesiasticos iudicentur, non apud saeculares*⁴³); so kann dieß immer nur unter gewissen Beschränkungen verstanden werden, etwa so, wenn ein Geistlicher wegen eines geistlichen oder bürgerlichen Vergehens seines Amtes entsetzt oder von einem andern Geistlichen belangt werden würde⁴⁴).

Allgemeiner wurde die Freistellung des Clerus seit dem Anfange des

36) Cap. 4. (Pertz, Monum. Germ. T. III. fol. 14.) S. folg. Note.

37) Die von Planck, Gesch. der kirchlichen Gesellschaftsverfassung Bd. II, S. 165 flg. Eichhorn, deutsche Staats- und Rechts gesch. Bd. I, §. 185 (S. 777 der 4. Ausgabe). Unger a. a. D. S. 338 abweichend ge deutete Stelle scheint wohl obigen Sinn zu haben, denn sie lautet: *Ut nullus iudicium de quolibet ordine clericos de civilibus causis, praeter criminalia negotia per se distringere aut damnare praesumat, nisi convincitur manifestus. Qui vero convicti fuerint de crimine capitali, iuxta canones distringantur et cum pontificibus examinentur.*

38) S. c. 2. Cau. XI. qu. I.

39) C. 10. (Bruns l. c. p. 252.)

40) Capit. Caroli M. a. 769. c. 17. (Pertz, Mon. Germ. T. III. fol. 34.)

41) Capit. a. 794. c. 30. (Pertz l. c. fol. 30.)

42) Capit. a. 794. c. 39. (l. c.)

43) Capit. a. 789. c. 38. (Pertz l. c. fol. 60.)

44) So Eichhorn a. a. D. (Note 37) S. 778. Die in dem Capitulare in Bezug genommene Stelle aus dem Conc. Carth. c. 15. findet sich bei Dionysius (Bibl. iuris can. ed. Voelli et Justelli fol. 146.) und bei Gratian c. 43. Cau. XI. qu. I. (a. 397.) und enthält nach der im 4. und 5. Jahrh. bestehenden Praxis (s. oben) nicht eine größere Begünstigung.

neunten Jahrhunderts, zunächst in der Lombardei⁴⁵), dann auch weiter. — Der Grund übrigens, welcher die Kirche bewog, sich von der weltlichen Cognition gänzlich zu befreien, war theils das Streben nach Selbstständigkeit schlechthin, dem Staate gegenüber, theils und besonders die Abneigung gegen das germanische Gerichtsverfahren. Carl der Große suchte dieses für den Clerus zur Anwendung zu bringen, ließ aber auf die Vorstellung der Geistlichen, daß auch nach den canonischen Principien vollständige Hilfe gegen die Verbrecher geboten sei, davon ab und gab der Kirche erweiterte Freiheiten⁴⁶).

Pseudo-Isidor faßte diese im vollsten Umfange auf und deutete demgemäß die älteren Gesetze, denen er somit einen anderen Sinn unterlegte⁴⁷). Er erklärte daher, daß kein Geistlicher vor ein weltliches Gericht gezogen werden dürfe⁴⁸), daß keine Anklage eines Laien gegen einen Cleriker statthast sei⁴⁹), und daß auf das Zeugniß von Laien Geistliche nicht verurtheilt werden sollen⁵⁰).

Bischöfe sollten nach der Gesetzgebung des achten Jahrhunderts von einem Concilium mixtum (Reichsversammlung) oder einer Synode unter dem Vorsetze des Königs beurtheilt werden⁵¹). Dieses suchte Pseudo-Isidor durch dem römischen Stuhle beigelegte höhere Befugnisse zu alteriren⁵²) und überhaupt die Anklagen gegen Bischöfe durch erschweren Beweis u. s. w. zu beseitigen⁵³).

Die Bestimmungen wegen der alleinigen Cognition des geistlichen Gerichtes in Criminalsachen der Cleriker gingen nun in die kirchenrechtlichen Sammlungen, insbesondere auch in das Decret Gratian's mit über, und wurden von den Päbsten in ihren Decretalen stets festgehalten⁵⁴). Dessenungeachtet ward zwischen den geistlichen und weltlichen Behörden

45) Capit. Longobard. a. 803. c. 12. (Pertz I. c. T. III. fol. 110.) Leges Longob. Caroli M. cap. 99. Ludov. Pii cap. 4. (Walter, corp. iur. Germ. T. III. p. 598. 623.)

46) S. Rogge, über das Gerichtswesen der Germanen S. 236—238. Unger a. a. D. S. 390, 391. Vgl. Karl Hiltbrand, die purgatio canonica und vulgaris. München 1841. 8.

47) C. c. 12. 41. 47. C. Th. de episcopis et clericis. (16. 2.) S. Note 21 flg.

48) C. 1. Cau. XI. qu. I. (Decr. Cui P. c. 2.)

49) C. 3. eod. (Marcellinus P. epist. c. 2.) Vgl. Richter, Kirchenrecht §. 24, Anm. 9.

50) C. 9. eod. (Silvester P. in Syn. Rom. c. 14.) und dazu die Correct. Rom. wegen der Uebersart testimonium laici adversus clericum.

51) Capitulare Caroli M. a. 794. c. 9. (Pertz I. c. T. III. fol. 73.) Beispiele bei Phillips a. a. D. Bb. I, S. 533 flg.

52) S. den Art. Erzbischof Bb. IV, S. 69. Richter a. a. D. Anm. 11.

53) S. Walter a. a. D. §. 92, Note h, S. 181.

54) C. 8. (Lucius III. a. 1160.) c. 4. (Alexander III. a. 1180.) c. 10. Coelestin III. a. 1189. verb. c. 14. X. de sent. excommunic. [5. 39.] c. 17. X. (Innoc. III. a. 1206.) de iudiciis. (2. 1.) c. 12. 13. X. de foro compet. (2. 2.) (Innoc. III. a. 1206.) Vgl. auch c. 4. X. de institutionibus. (3. 7.) i. p. d. (Clem. III. a. 1190.)

noch öfter über das Princip gestritten, weshalb Kaiser Friedrich II. durch ein allgemeines Gesetz zu Gunsten der Kirche entschied: Statuimus ut nullus ecclesiasticam personam in criminali quaestione vel civili trahere ad iudicium seculare praesumat, contra constitutiones imperiales et canonicas sanctiones⁵⁵). Dieser Grundsatz blieb nun in Deutschland auch bis zum sechzehnten Jahrhunderte in Kraft, so oft dagegen gehandelt werden mochte, wie man daraus schließen muß, daß wiederholt die Synoden sich veranlaßt fanden, die strengste Bestrafung gegen die weltlichen Richter zu drohen, welche Geistliche vor ihr Forum zogen und gegen die Cleriker, welche der Ladung jener folgten⁵⁶).

In den geistlichen Staaten konnte diese Praxis auch später aufrecht erhalten werden⁵⁷), während in denjenigen Territorien, in welchen sich die weltliche Landeshoheit selbstständiger ausbildete, die Kirche in engere Grenzen gezogen wurde, und theils überhaupt nachgab⁵⁸), theils ein bloß vorläufiges Einziehen des der Flucht verdächtigen Verbrechers gestattete⁵⁹), theils sich auf Protestationen beschränken mußte⁶⁰).

Außerhalb Deutschland gelangte die Kirche überhaupt gar nicht, zum Theil erst später zu dem umfassenderen Strafrechte, welches dann aber auch schon wieder zeitig geschmälert wurde, wie in Frankreich seit dem vierzehnten, in England seit dem sechzehnten Jahrhunderte⁶¹). Der römische Stuhl hat sich aber aufs Beharrlichste für die kirchliche Immunität und gegen jeden Eingriff des Staates ausgesprochen⁶²).

In Betreff der Strafgerichtsbarkeit über Laien erlangte die Kirche in Deutschland auch schon früh einen großen Einfluß. Nach der kirchlichen Gesetzgebung bereits des vierten Jahrhunderts war den Bischöfen die Visitation ihrer Diöcesen zur strengen Pflicht gemacht. Die spanischen und dann die fränkischen Synoden seit dem sechsten Jahrhunderte erkannten dieselbe an und die weltliche und gemischte Gesetzgebung der Reichsversammlungen erließ nähere Bestimmungen. Diese Visitation wurde zugleich zur Handhabung der Religions- und Sittengesetze benutzt und mit Synoden, Senden, Sendgerichten verbunden⁶²). Im neunten

55) Auth. Statuimus, ad c. 33. C. de episc. et clericis. (1. 3.)

56) Man s. z. B. Synod. Olomuc. a. 1318. c. 14. 15. (Hartzheim, Conc. Germ. Tom. III. fol. 272.) Syn. Pragensis a. 1355. c. 23. (a. a. D. fol. 386.) Syn. Magdeburg. a. 1370. c. 14. (a. a. D. fol. 419.) Syn. Frising. a. 1440. c. 3. (a. a. D. Tom. IV. fol. 269.) u. a.

57) S. z. B. Syn. Coloniens. a. 1662. P. III. tit. 3. c. 2. (Hartzheim l. c. Tom. IX. fol. 1015 sq.)

58) Vgl. Syn. Harlem. a. 1564. tit. de immunitate ecclesiast. (Hartzheim l. c. Tom. VII. fol. 16.)

59) Syn. Salisburg. a. 1569. Constit. 39. c. 3. (Hartzheim l. c. VII. fol. 339.) Dieß ward auch in einem Concordate zwischen Herzog Wilhelm von Bayern und dem Erzbischof von Salzburg 1583 wieder bestätigt.

60) Syn. Constant. a. 1609. Tit. 2. (Hartzheim l. c. T. VIII. fol. 930 sq.) Syn. Osnabrug. a. 1628. P. IV. c. un. (eod. T. IX. fol. 487.)

61) Scheill a. a. D. Bd. V, Abth. 1, S. 70 flg.

62) c. 3. 4. de foro comp. in 7to. (2. 1.) (Leo X. in Conc. Lateran. a. 1513 sq.)

Jahrhunderte hatte dieß Institut schon eine genaue Entwicklung erlangt, wie Hincmar von Rheims⁶³⁾ und besonders Regino von Prüm⁶⁴⁾ bekunden. Anfangs waren es vor allen Vergehen gegen das Christenthum von Seiten der Neubekehrten, die oft ins Heidenthum zurückfielen, dann überhaupt offenkundige Verbrechen und solche, die nach der Mahnung des Geistlichen nicht geföhnt wurden. Die Handhabung dieser Disciplin erfolgte in verschiedenen Kreisen und nach einer bestimmten Steigerung.

Zur festgesetzten Zeit, welche vorher vom Pfarrer bekannt gemacht wurde, ward die Gemeinde zur Sende (Laienynode) versammelt und es erschien dann der Visitator, früher der Bischof selbst, später regelmäßig der Decan, Archipresbyter, Archidiaconus. Aus der Gemeinde wurden Sendeschöffen (Eidgeschworene, testes synodales) gewählt, welche die Pflicht zur Anzeige aller ihnen bekannt gewordenen Verbrechen hatten. Die denunciirten Vergehen wurden unter dem Präsidium des Visitators untersucht und die Bußen aufgelegt. Reservatfälle wurden dem competenten Kirchenoberen zur Entscheidung überwiesen. Auf dem Sendgerichte wurden aber auch die, welche sich der Mahnung und Buße des eigenen Priesters nicht fügten, bestraft. — In den einzelnen Diocesen gab es indessen hierbei mannigfache Abweichungen, wobei zum Theil die Standesverhältnisse mit in Betracht gezogen wurden. Die Hörigen erschienen wohl regelmäßig gar nicht auf der Sende, sondern über sie urtheilte der Hauspriester des Herrn. Die freien Landsassen folgten der Sende des Decans, Archipresbyters, Archidiaconus, der Herrenstand erschien auf der bischöflichen Synode⁶⁵⁾. — Die auf den Senden getügten Handlungen waren übrigens meistens nach dem Standpunkte des teutschen Strafrechtes bloße Privatvergehen, welche durch Compositionen geföhnt wurden⁶⁷⁾. Die Kirche machte es sich daher zur Aufgabe, die größeren Verbrechen der bloßen Privatübereinkunft und Willkür zu entziehen und die Strafrechtspflege im Ganzen auf einen höheren öffentlichen Standpunkt zu führen.

63) Vgl. Montag, Geschichte der teutschen staatsbürgerl. Freiheit Bd. II, S. 411 flg. Wiener, Beiträge zur Gesch. des Inquisitionsprocesses S. 28 flg. Phillips, teutsche Geschichte Bd. II, S. 350 flg. Hildenbrand, die purgatio canonica §. 25 flg. Unger, die altteutsche Gerichtsverfassung S. 394 fl. Vgl. auch den Art. Archidiaconus Bd. I, S. 429, Note 13.

64) Capitula, quibus de rebus magistri et decani per singulas ecclesias inquirere et episcopo renunciare debeant und Capitula anno XII. episcopatus superaddita. (Opera ed. Sirmond. Tom. I. p. 716. 730.)

65) Libri duo de synodalibus causis et disciplinis ecclesiasticis (ed. Wasserscheben). lib. II. cap. 3 sq.

66) Sächsisches Landrecht Buch I, Art. 2, §. 1. Schwäb. Landrecht Art. 45. s. noch Montag und Unger a. a. O. — Im Erzbisthume Geln erschien der Adel auf der erzbischöflichen Synode. S. Statuta Engelberti a. 1266. cap. 14. (Hartzheim, Conc. Germ. T. III. fol. 623.): Nobiles.. ad nostram synodum noscuntur specialiter pertinere. — Ueber die Einrichtung in den ost- und westpreussischen Diocesen s. m. Jacobson, Gesch. der Quellen des preussischen Kirchenrechtes Bd. I, Th. I, S. 120 flg. und die dazu gehörigen Urkunden.

67) S. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 75 und l. c.

Sie wirkte daher auf den Staat und vermochte diesen, im neunten Jahrhundert ein Strafgesetz gegen willkürliche Tödtungen zu erlassen. Indem sich aber die Cognition des Staates allmählig erweiterte⁶⁸⁾, indem nach Art der Senden Rügegerichte entstanden und auf bösen Leumund gerichtet ward, da bedurfte es in den vom Staate bestrafteu Fällen nicht mehr des Einschreitens der Sendgerichte. Daher bestimmte Bonifacius VIII.⁶⁹⁾, daß die geistlichen Richter auf die *exceptio de re per iudicem secularem iudicata* achten und nicht mehrmals strafen sollten⁷⁰⁾. Nur pro foro interno, des Seelenheiles wegen, konnte noch besondere Buße eintreten; auch machte die Verletzung des Friedens an den gebundenen Tagen eine Ausnahme, die in beiden Gerichten bestraft wurde⁷¹⁾. Wenn jedoch der weltliche Richter säumig blieb, dann trat die Kirche wieder ein, was Lucius III. im Jahre 1181 als allgemeines Princip aussprach⁷²⁾; ebenso, wenn sich eine besondere kirchliche Beziehung vorfand⁷³⁾, woraus die Canonisten eine förmliche Prävention zu Gunsten der Kirche entwickelten und die Verbrechen, bei welchen diese vorhanden, gemischt wurden (*crimina mixta* oder *mixti fori*)⁷⁴⁾.

Die Sendgerichte fanden somit noch immer einen, freilich beschränkteren Wirkungskreis, indem auf ihnen verschiedene Frevel, besonders Sabbathschänden (Vernachlässigung und Entheiligung der Sonn- und Festtage), Fornicationsfälle und dergleichen Gegenstand der Rüge blieben. So haben sie sich mehrfach bis ins achtzehnte Jahrhundert erhalten und sind zum Theil, wo sie eingegangen waren, in der neuesten Zeit wieder hergestellt worden.

Außer den Senden haben aber auch andere kirchliche Organe, namentlich verschiedene bischöfliche Behörden, wie die Generalvicariate, Officialate, archidiaconalische Untergerichte, in größerem und kleinerem Umfange eine förmliche Strafgerichtsbarkeit geübt, welche indessen mit der Veränderung der Zeitverhältnisse wesentlich umgestaltet worden ist. Zum Theil geschah dies schon seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts, wie in Oesterreich⁷⁵⁾, allgemeiner in Folge der französischen Revolution, namentlich des Decretes

68) Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte Bd. II, §. 379.

69) C. 2. de except. in 6to. (2. 12.)

70) Mit Beziehung auf diese Stelle sagt auch die Glosse zum sächsischen Landrechte B. 1, Art 2, die Sendschöffen sollen rügen, was unter ihnen offenbar ist und so was wider die 10 Gebote unseres Herrn geschehen. Es sei denn, daß allbereit weltlich Gericht darüber ergangen wäre. Vgl. noch Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 81, Anm. 14.

71) S. die cit. Glosse zum sächs. Landrechte.

72) C. 8. X. de foro compet. (2. 2.) Man s. auch einen Fall vom J. 1371 in *Antiquitates Saynenses* a Joh. Phil. de Reiffenberg a. 1684 collectae (Aachen und Leipzig 1830. 8.), S. 24 flg. Vgl. Limburger Chronik, herausgeg. v. Vogel (Marburg 1828. 8.), S. 91—93.

73) Arg. c. 2. X. de iudiciis. (2. 1.) (Eugenius III. a. 1148.)

74) Vgl. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 85 flg.

75) Rechberger, Handbuch des östereich. Kirchenrechtes, 3. Aufl., Bd. II, §. 283.

der Nationalversammlung sur la constitution civile du clergé vom 24. August 1790⁷⁶⁾, und der Secularisationen von 1802 und 1803.

Indem die Erörterung des Einzelnen der weiteren Darstellung vorbehalten bleibt, muß jetzt im Besonderen von den kirchlichen Strafen, Verbrechen und von dem Verfahren die Rede sein.

II. Die kirchlichen Strafen⁷⁷⁾.

Die von der Kirche zu verhängenden Strafen können nach der Bedeutung des kirchlichen Vereines sich nur auf die aus demselben hervorgehenden Vortheile beziehen, und nach dem eigentlichen Principe des kirchlichen Strafrechtes selbst nur auf die Versöhnung des Sünders mit seinem eigenen Gewissen und mit der Kirche im Ganzen, wie mit der Gemeinde im Besonderen. Dieß war auch ursprünglich in der Kirche der leitende Gesichtspunkt, während später in der Anwendung der Strafmittel davon abgewichen wurde. Auch hatte die Reception des Christenthums im römischen Reiche zugleich die Folge, daß bürgerliche Nachtheile mit der kirchlichen Strafe verbunden wurden, wodurch dem nun mit theiligtigen Staate ein bestimmter Einfluß auf die kirchliche Disciplin nicht entzogen werden konnte.

Schon im dritten Jahrhunderte waren die beiden Momente der Strafe, als einer versöhnenden bessernden und die Verletzung rechtlich herstellenden, anerkannt⁷⁸⁾. Das ganze Strafrecht der Kirche theilte sich darnach in eine *iurisdictionis disciplinariae* und *coercitiva*, und die Strafmittel wurden *censurae* und *poenae*⁷⁹⁾. — Im allgemeinen heißt *censura* so viel als *recensio*, *inspectio*, im besonderen so viel als *poena*⁸⁰⁾. In den canonischen Quellen hat *censura* die Bedeutung von Ordnung, Disciplin überhaupt, Strafdisciplin insbesondere⁸¹⁾. Innocenz III. erklärte nun auf eine an ihn gerichtete Frage, welche Strafen

76) Hermens, Handbuch der Staatsgesetzgebung über den christlichen Cultus Bd. I, S. 169 sq.

77) Quellen: *Cau. XI. qu. II. III.* — *Tit. X. V. 37. in 6to. V. 9. Clem. V. 8. Extrav. comm. V. 8. de poenis.* — *Tit. X. V. 38. in 6to. V. 10. Clem. V. 9. Extr. comm. V. 9. de poenitentis et remissionibus.* — *Tit. X. V. 39. in 6to. V. 11. Clem. V. 10. Extr. comm. V. 10. de sententia excommunicationis.* Literatur: Außer mehreren älteren Abhandlungen von Joann. d'Avezan, Jos. Gibalinus und den Commentatoren zu den eben genannten Titeln der Decretalen (vgl. insbesondere J. H. Böhm, *ins eccl. Protest. lib. V. tit. XXXVII.*) s. m. Renazzi, *elementa iuris criminalis lib. II. Paul. Jos. a Riegger, diss. de poenitentis et poenis ecclesiasticis.* (Viennae 1772.) cap. II. (in Schmidt, *thesaurus iuris eccl. Tom. VII. p. 170 sq.*) Heffter, im neuen Archive des Criminalrechtes Bd. XIII, S. 53 sq.

78) Vgl. Tertullian, *de pudicitia cap. 2.*

79) Martin. Gall. Kuhn, *diss. de genuina poenarum ecclesiasticarum indole.* Halae 1727. 4.

80) S. Dirksen, *manuale latinitatis s. h. v. Vgl. c. 3. C. Th. de crimine peculatus.* (9. 28.)

81) S. z. B. c. 118. *dist. IV. de consecr.* (Felix III. a. 488.) c. 38. *Cau. XII. qu. II. (Concil. Ilerd. a. 546.): haec censura placuit custodiri.* — c. 13. *dist. XII. (Concil. Toletan. a. 653.): poenitentiae censura.*

die *censura ecclesiastica* unter sich begreife, daß dahin nicht bloß das Interdict, sondern auch die Suspension und Excommunication gehöre⁸²). Da der Zweck dieser Censuren nur Besserung ist⁸³), werden sie auch *poenae medicinales* genannt⁸⁴). Die Besserung ist indessen auch, wenigstens accessorisch, die Aufgabe vieler anderen Strafen, und manche Canonisten haben daher bisweilen noch die Bußen, Irregularität wegen eines Verbrechens u. a. m. zu den Censuren gerechnet, während andere streng an der Entscheidung Innocenz III. festhalten⁸⁵). Von den Censuren unterscheiden sich die *poenae* (*vindicativae*), deren nächster Zweck in der Zufügung eines wirklichen Leides zur Vergeltung und Sühne wegen der Verletzung einer kirchlichen Vorschrift liegt. — Die Strafmittel der Kirche kommen übrigens theils gegen jedes Mitglied der Kirche, theils nur gegen die Beamten zur Anwendung. Demnach sind zuerst die *poenae communes*, dann die *propriae* in Betrachtung zu ziehen.

a) Allgemeine Strafen.

Ehe die Kirche strafend einschreitet, sucht sie das Herz des Sünders zu rühren und in demselben Reue und Buße zu bewirken. In bestimmten Abstufungen wurden anfangs öffentlich, später (bei Geistlichen seit dem fünften, bei Laien seit dem siebenten Jahrhunderte) *privatim* die auferlegten Uebungen und Leistungen übernommen⁸⁶). Nur öffentlichen Sündern legte man auch nachher noch öffentliche Buße auf. Die kirchliche Disciplin entwickelte dabei bestimmte Unterschlebe der Censur (s. Note 134), insbesondere bei der Ausschließung aus der kirchlichen Gemeinschaft die *excommunicatio maior* und *minor*.

Die Ausschließung aus dem kirchlichen Verbands bezeichnete man bald mit dem Ausdrücke *excommunicatio*, bald umschrieb man sie: *a communione prohibeatur*, *a communione fiat extraneus*, *ab ecclesia habeatur alienus* u. a. m.⁸⁷). Darunter verstand man aber eben sowohl die Ausschließung von den Heilmitteln der Kirche (*a sacris*, *a participatione sacramentorum*), als vom ganzen Gottesdienste und jeglicher Gemeinschaft (*a communione fidelium*)⁸⁸), so daß der concrete Fall darüber den Ausschlag geben mußte, ob die härtere oder mildere Censur gemeint sei. Indessen unterschied man auch genauer, wie *prohibitio medicinalis* und *mortalis*⁸⁹), oder *excommunicatio* und *anathema*⁹⁰),

82) C. 20. X. de Verb. Sign. (5. 40.) Vgl. c. 23. eod.

83) *Disciplina est excommunicatio, non eradicatio.* c. 37. Cau. XXIV. qu. III. (Gelasius ?)

84) C. 1. de sent. excomm. in Vito. (5. 11.) (Innocent. IV.)

85) S. die verschiedenen Meinungen bei J. H. Böhm er (Note 77 cit.), S. 3 sq.

86) S. den Art. Buße Bd. II, S. 506. Vgl. dazu noch Riegger (Note 77 cit.), cap. I.

87) C. 42. Cau. XI. qu. I. — c. 69. dist. L. c. 8. dist. XCII. u. a. Vgl. J. H. Böhm er zu c. 33. Cau. VII. qu. I.

88) C. 18. 28. Cau. XI. qu. III. (Isidorus † 636.) Vgl. c. 2. X. de except. (2. 20.) (Innocent. III.) S. auch Note 92.

89) C. 18. Cau. II. qu. I. (Augustin. sermo 351.)

90) C. 3. Cau. III. qu. 5. (Ps. Isidor.) C. 41. Cau. XI. qu. III. (Concil. Meldense a. 845.) c. 12. Cau. III. qu. IV. (Johann. VIII. a. 888.)

und später excommunicatio minor und anathema, oder excommunicatio minor und maior⁹¹). Gregor IX. declarirte aber⁹²): Si quem sub hac forma verborum: illum excommunico: vel simili, a iudice suo excommunicari contingat: dicendum est, eum non tantum minori, quae a perceptione sacramentorum, sed etiam maiori excommunicatione, quae a communione fidelium separat, esse ligatum. Die größere Excommunication wurde bisweilen mit besonderen Solennitäten vollzogen, wie unter öffentlicher Verkündigung und Anschlagen des Namens in der Kirche⁹³), bei Glockengeläute, Auslöschen von Kerzen und mit Aussprechung harter Bannformeln⁹⁴). Dann heißt sie recht eigentlich anathema⁹⁵), oder auch maran-atha⁹⁶), d. h. des Herrn Rückkehr, indem bis zu derselben, also zum Tage des letzten Gerichtes, der Gebannte aus der Gemeinschaft ausgeschlossen sein soll. — Man unterscheidet bei allen Censuren, insbesondere bei der Excommunication, den Fall, wo der Richter aus seiner eigenen rechtlichen Befugniß wegen des Ungehorsams die Censur auferlegt (censura hominis), von demjenigen, wo das Gesetz dieselbe als Folge eines Vergehens bestimmt hat (censura iuris). Die censura iuris beruht entweder auf einem besonderen Urtheilsprüche des Richters nach vorangegangener Untersuchung (ferenda sententiae), oder ist unmittelbar Folge einer im Gesetze damit bedrohten Handlung, ohne daß es der richterlichen Sentenz bedarf (latae sententiae). Man hat behauptet, daß sich vor dem zehnten Jahrhunderte keine Excommunicationen latae sententiae finden⁹⁷), indessen sind schon im vierten Jahrhunderte dergleichen vorhanden⁹⁸), doch ist freilich die Zahl derselben später bedeutend vermehrt worden. Während im Decrete und den Decretalen kaum 26 Fälle nachweisbar sind, enthält der liber sextus allein 32, die Clementinen 50 und viele finden sich in den späteren Sammlungen, der Bulle in coena domini u. s. w.⁹⁹), so daß man weit über 200 anzugeben pflegt¹⁰⁰).

c. 108. Cau. XI. qu. III. (Gregor. VII. a. 1078.) Bgl. Gratian ad c. 12. Cau. III. qu. IV. u. ad c. 24. Cau. XI. qu. III.

91) C. 10. X. de clerico excommunic. (5. 27.) c. 59. X. de sent. excomm. (5. 39.) (Gregor IX. a. 1237.)

92) C. 59. X. cit. (5. 39) Bgl. c. 1. de except. in 6to. (2. 12.) (Innocent. IV. a. 1274.)

93) S. Beispiele in Gesta Trevirorum edd. Wytenbach et Müller. Tom. I. cap. 72. (August. Trevir. 1836. 4.) Bgl. dazu die Ann. daselbst S. 44.

94) S. Formulae veteres... excommunicationum bei Balazius ed. Capitalarium Tom. II. fol. 639 sq. Pez, thesaur. novus anecdot. T. II. P. II. p. 635 sq.

95) C. 106. 107. Cau. XI. qu. III.

96) Benedict XIV., de synodo diocesana lib. X. cap. I. §. 7.

97) Riegger l. c. §. XLVIII. p. 176.

98) S. §. B. c. 1 sq. dist. XXX.

99) Glosse zum c. 22. de sent. excomm. in 6to.; zum c. 1. Clement. eod. n. a.

100) Pichler zählt 223 auf (v. Droste-Hülshoff, Kirchenrecht Bd. II, Abth. 2, §. 220, Anm. 428a).

Die Wirkung der kleineren Excommunication bestand in der Entziehung der Theilnahme an den Sacramenten, die der großen dagegen jeglicher Gemeinschaft mit den Gläubigen im Leben und im Tode. Daher war jeder Umgang mit den Excommunicirten verboten, nach einem alten Verse: *Os, orare, vale, communico, mensa negatur, oder, wie es in dem 1318 vom Erzbischof Heinrich von Eöln über den Grafen Theoderich von Limburg ausgesprochenen Bann heißt: ne quis dicto Th. et suis in hac parte complicitibus communicet verbo, cibo, potu, venditione, emptione, stando, gradiendo, furno vel molendino aut quovis alio humanitatis solatio*¹⁰¹). Wer dagegen handelte, der versiel selbst in die Excommunication und zwar anfangs die größere¹⁰²), später jedoch nur die kleinere, aber ipso facto¹⁰³). Nur die Gemeinschaft des Verbrechens selbst und die amtliche wissenschaftliche Verbindung eines Clerikers mit einem vom Pabste Excommunicirten sollte auch fernher die größere nach sich ziehen¹⁰⁴). — Den Excommunicirten durfte übrigens gepredigt werden¹⁰⁵), woraus man folgerte, daß sie den Predigten beiwohnen können, was jedoch nicht auf den übrigen Gottesdienst auszudehnen ist¹⁰⁶).

Aus diesen Wirkungen gingen von selbst viele hürgerliche Nachteile hervor, wie namentlich das Verbot, irgend welche gerichtliche Geschäfte zu vollziehen. Dieß sprach nicht nur die Kirche aus¹⁰⁷), sondern der Staat bestätigte es und verfügte über den, der sich in Jahr und Tag aus der Excommunication (Bann) nicht befreite, die Acht¹⁰⁸). Selbst der Beklagte konnte nicht vor Gericht erscheinen, indessen von einem anderen vertreten werden¹⁰⁹). — Wegen der Uebereinstimmung des Staates mit der Kirche traf den Excommunicirten auch eine infamia magna, vermöge deren die Bande des Gehorsams und der Treue gelöst wurden¹¹⁰). — Da die Excommunication auch die Gemeinschaft im Tode hebt, war

101) v. Steinen, westphälische Geschichte Stück XXI, S. 1432—1434. Vgl. auch den Fall von 1403 bei Wigand, Archiv für die Geschichte Westphalens Bd. V, Hft. 4, S. 393, 394.

102) C. Can. XI. qu. III.

103) C. 15. X. de sent. excomm. (Clemens III.) c. 29. eod. (Innoc. III. a. 1199.) c. 2. X. de except. (2. 25.) (Innoc. III.)

104) C. 29. X. cit. c. 3. eod. in Vito. (5. 11.) (Concil. Lugdun. a. 1245. c. 12.) — c. 18. X. de sent. exc. (Clemens III.)

105) C. 43. X. de sent. excomm. (Innoc. III.)

106) S. v. Droste-Hülshoff a. a. D. Anm. 420.

107) C. 24. X. de sent. et re iudicata. (2. 27.) (Alex. III.) c. 8. de sent. excomm. in Vito. (5. 11.) (Alex. IV.)

108) Vgl. den Art. Bann Bd. I, S. 601 flg.

109) C. 7. X. de iudiciis. (2. 1.) (Alex. III.) Vgl. c. 5. 8. 10 sq. de except. (2. 25.)

110) C. 4. Can. XV. qu. VI. (Gregor. VII. c. 1079.) c. 5. eod. (Urban. II. c. 1090.) — II. feud. 28. pr.: Quod quemadmodum dominum excommunicatum, vel a rege bannitum, non est obligatus vasallus ad adiuvandum, vel servitium ei praestandum, imo solutus est interim sacramento fidelitatis, nisi — fuerit restitutus.

das kirchliche Begräbniß versagt¹¹¹⁾ und die bereits beerdigte Leiche sollte wieder ausgegraben werden.

Mit der Zeit kam es indessen zu mehrfachen Milderungen und Beschränkungen. Manchen Personen, Gatten, Verwandten und Abhängigen ward die Gemeinschaft mit den Excommunicirten nicht mehr schlechthin untersagt¹¹²⁾, nach dem Verse *utile, lex, humile, res ignorata, necesse*. Die Excommunication sollte auch nicht mehr gegen Collegia, sondern nur gegen die wirklich Schuldigen in denselben ausgesprochen werden¹¹³⁾, und Martin V. verordnete durch die Constitution: *Ad evitanda*, daß niemand verpflichtet sei, sich des Umganges zu enthalten, *nisi sententia vel censura huiusmodi fuerit in vel contra personam, collegium, universitatem, ecclesiam, communitatem, aut locum certum vel certa, a iudice publicata vel denunciata specialiter et expresse, salvo si quem pro sacrilega manuum iniectione in clericum sententiam latam a canone.. notorie constiterit incidisse etc.*¹¹⁴⁾. Seitdem unterschied man stets genauer, ob der Excommunicirte *vitandus* oder *non vitandus* sei und erklärte sich daher auch nicht ohne Grund dafür, daß nur dem *vitandus* das kirchliche Begräbniß entzogen werden könne¹¹⁵⁾.

Während des Mittelalters wurde die Excommunication sehr häufig und um der verschiedensten Gründe willen verhängt. Um Gewaltthaten zu begegnen, gab es kein wirksameres Mittel¹¹⁶⁾, oder um die Befriedigung einer Forderung zu erlangen, zu welchem Behufe selbst vertragmäßig, so wie im weltlichen Gerichte Geschäfte mit der Bannlausel eingegangen wurden, auch der geistliche Bann in den sogen. Cameralobligationen *cum susceptione censurarum et mandati executivi* zugelassen ward¹¹⁷⁾. Als Zwangsmittel zur Vollziehung der Urtheile des Kammergerichtes diente die Excommunication noch im sechzehnten Jahrhunderte¹¹⁸⁾. Seit die Justiz des Staates selbst aber eine bessere geworden, bedurfte es für bürgerliche Verhältnisse nicht mehr einer solchen Stütze, und auch in kirchlichen Angelegenheiten nöthigten die veränderten Zeitverhältnisse zu

111) C. 12. X. de sepulturis. (3. 28.) (Innoc. III.)

112) C. 102. Can. XI. qu. III. (Nicolaus VIII. a. 863.) c. 103. eod. (Gregor. VII.) c. 31. 34. X. de sent. excomm. (5. 39.) (Innoc. III.)

113) C. 5. de sent. excomm. in VIto. (5. 11.) (Innoc. IV. a. 1245.) Vgl. J. H. Böhmcr zum c. 10. X. de except. (2. 25.) Anm. 89.

114) Diese Constitution findet sich selbstständig nicht vor (s. Benedict. XIV., de synodo lib. XII. cap. V. §. IV.) und ist nur im Costnizer Concordat Martin's V. mit Sigismund v. 1418 c. 7. erhalten. (Concil. Constant. edid. v. d. Hardt, Tom. I. fol. 1055. Hartzheim, Conc. Germ. Tom. V. fol. 147. Münch, Samml. der Concordate Bb. I, S. 30.) S. noch Riegger l. c. §. LXXI. p. 189. 190.

115) Kann und soll der Leiche eines Selbstmörders oder ähnlichen Verbrechers das kirchliche Begräbniß verweigert werden? (Edm 1830. 8.), S. 33 flg.

116) S. c. 2. X. de raptoribus. (5. 17.) (Eugenius III. a. 1150.)

117) Vgl. vorzüglich Briegleb, Geschichte des Executivprocesses (Nürnberg 1839. 8.), Cap. III, S. 189 flg. S. auch den Art. Bann Bb. I, S. 606.

118) S. v. Droste-Hülshoff a. a. D. Bb. I, §. 71, Anm. 343.

einer beschränkteren Anordnung überhaupt. Die Stellung, welche der Staat seit dem 17. und 18. Jahrhunderte der Kirche gegenüber erlangte, führte zugleich dahin, daß, insofern eine Excommunication bürgerliche Folgen haben sollte, es zuvor des Consensus des weltlichen Richters selbst bedürfte, was jetzt allgemein in den Gesetzgebungen ausgesprochen ist, wie in Preußen (allg. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 56, 57), Baden (constit. Edict von 1807, §. 11), Bayern (constit. Edict von 1818, §. 13) und in anderen Ländern.

Hieraus ergibt sich, daß nach der Praxis jede Excommunication zunächst nur in foro interno Effect haben kann. Dieß gilt insbesondere auch von der excommunicatio latae sententiae, namentlich von der, welche wegen Verletzung eines Geistlichen gemäß dem privilegium canonis eintritt¹¹⁹). — Das Recht zu excommuniciren gebührt für die ganze Kirche dem Papste, für die Diocese dem Bischöfe, dem Pfarrer aber nur vermöge bischöflicher Delegation¹²⁰). Bei der excomm. latae sententiae, damit diese nach den Grundsätzen der Kirche auch in foro externo wirksam sei, ist noch eine declaratorische Sentenz nothwendig¹²¹), bei der ferendae sententiae muß eigentlich eine dreimalige Ermahnung vorhergehen, die jedoch wie eine peremptorische Ladung in eine einmalige zusammengezogen werden konnte¹²²), während das Concil von Trient immer eine zwiefache Admonition verlangt¹²³). — Die Befugniß zu excommuniciren gebührt aber auch den Vorstehern der Klöster über ihre Untergebenen¹²⁴), ohne daß letztere aber auch bei sonstiger Exemption der bischöflichen Censur entzogen sind¹²⁵), so wie allen, welche eine iurisdictio quasi episcopalis haben, wie den Capiteln während der Sedisvacanz¹²⁶).

Die Einwendung der Appellation gegen eine Excommunication ist zwar zulässig, doch suspendirt das Rechtsmittel die Wirkung der Censur nicht¹²⁷). Darauf muß vielmehr besonders erkannt werden und dieß geschieht durch Absolution, regelmäßig abhängig von der erfolgten Besserung. Insofern nicht Reservatfälle vorhanden sind, wie bei der excomm. latae sententiae¹²⁸) für den Papst, wo, wenn der casus occultus ist,

119) S. Note 114. Vgl. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. I, St. 533.

120) Benedict XIV., de synodo lib. V. cap. IV.

121) Benedict XIV. l. c. lib. X. cap. I. §. V.

122) C. 48. X. de sent. excomm. (5. 39.) (Innoc. III. in Conc. Lateran. a. 1216.) c. 5. eod. in VIto. (5. 11.) (Innoc. IV. in Conc. Lugdun. a. 1245.) c. 9. eod. (Gregor. X. in Conc. Lugdun. a. 1274.)

123) Sess. XXV. cap. 3. de ref.

124) C. 10. X. de M. et O. (1. 33.) (Innoc. III. a. 1214.), nicht aber Keibtsinnen. c. 12. X. eod. (Honor. III. a. 1222.) Vgl. c. 10. X. de poenit. et remissionibus. (5. 38.) (Innoc. III. a. 1210.)

125) S. den Art. Bisthum Bd. II, S. 236. Vgl. bes. Conc. Trid. sess. XXV. c. 12. de regularib.

126) S. den Art. Canonicus Bd. II, S. 560, Note 133.

127) C. 8. X. de off. iud. ord. (1. 31.) (Innoc. III. a. 1198.) C. 53. X. de appellat. (2. 28.) (Idem a. 1213.)

128) S. §. B. c. 18. 19. X. de sent. excomm. (5. 39.) u. a.

der Bischof oder sein Vicar in foro interno absolviren kann¹²⁹), geht die Absolution regelmäßig von dem aus, der sie verhängt hat¹³⁰). Bezieht sie sich nur auf das forum conscientiae, so erfolgt sie nach den Grundsätzen über das Sacrament der Buße, also von jedem Beichtvater und in articulo mortis von jedem Priester¹³¹), im äußersten Falle selbst vom Diaconus¹³²). Die Absolutionsform entspricht der Form der Aufserlegung. Bei der excomm. maior publica soll daher auch eine öffentliche Lösung eintreten. So bestimmt die Ermländische Agende von 1616 (fol. 64): Si excomm. fuerit maior publica, absolutio quoque publice fiat et humerum eius, qui absolvendus est, virga leniter ad singulos versus Psalmi 85 vers. 2. 88 vers. 23. 60 vers. 48. percutiat. — Dieser Gebrauch des Züchtigens mit Ruthen hat sich in Polen bis zur neuesten Zeit erhalten. In Westpreußen wurde er durch Verordnung der Regierung erst im Jahre 1810 abgeschafft¹³³). Uebrigens kann der Bischof stets die öffentliche Buße in eine geheime verwandeln¹³⁴).

Während die Excommunication nur eine Censur gegen einzelne bestimmte Personen ist, erscheint gewissermaßen als eine generelle Excommunication das Interdict, d. i. die Untersagung des Gottesdienstes für eine Mehrheit von Personen (interdictum personale), oder für ganze Orte und Länder (int. locale). Angewendet wurde dasselbe bereits im neunten Jahrhunderte¹³⁵), vollständiger ausgebildet seit dem elften¹³⁶), doch noch mit der Excommunication gleichmäßig beurtheilt und von dieser besonders geschieden, seit strenger nicht eine völlige Aufhebung der Kirchengemeinschaft darin erkannt, zugleich auch die Verhängung der Excommunication nur über Einzelne fester bestimmt wurde (s. Note 115). Man unterscheidet das interdictum generale und particulare¹³⁷). Ein generelles locales bezieht sich auf größere Districte, ein particulares locales auf eine einzelne Kirche¹³⁸), ein generelles persönliches auf ein Volk, das particulare persönliche auf mehrere Personen, ja selbst auf ein Individuum, insofern es mit einer Mehrheit zusammenhängt und dadurch auf diese mittelbar Einfluß geübt wird, wie beim Vorsteher der Kirche, dem

129) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 6. de ref. Vgl. die Facultates pro foro conscientiae von J. 1823 bei Jacobson, Gesch. der Quellen des preuß. Kirchenrechtes Bd. I, Th. I, Urkunde Nr. III.

130) C. 21. §. 2. X. de off. iud. deleg. (1. 29.) (Colectan. III. a. 1194.) c. 8. X. de off. iud. ord. (Note 127 cit.)

131) S. den Art. Buße Bd. II, S. 505.

132) Benedict. XIV., de synodo dioec. lib. VII. cap. XVI. §. VII.

133) Unter anderen gewöhnlichen Formeln s. m. z. B. die Synode zu Strasburg von 1435 (Hartzheim, Conc. Germ. Tom. V. fol. 369.), zu Basel von 1508 (l. c. Tom. VI. fol. 10.). Ueber die in Rom üblichen Gebräuche vgl. m. Münter, Beiträge zur Kirchengeschichte (Kopenhagen 1798. 8.), S. 176 ff.

134) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 8. de ref.

135) S. Gonzalez Felles zum c. 5. X. de consuetud. (1. 4.) nr. 19.

136) Ivo Carnot. epist. 94. Baronius annal. eccl. ad a. 1034. nr. 18.

137) Vgl. Riegger l. c. §. LXXIV. p. 191.

138) C. 17. X. de V. S. (5. 40.) c. 10. 17. de sent. excomm. et interdicti in Vito. (5. 11.)

Herrn, denen der Eingang zur Kirche interdicirt wird¹³⁹). Nach dem gemeinen Sprachgebrauche wurde später das persönliche generelle Interdict schlechthin als Interdict bezeichnet.

Eigentlich müßte bei dieser Censur der ganze Cultus ruhen, so weit er öffentlich ist. Die vielen daraus hervorgehenden Nachtheile veranlaßten aber mannigfache Milderungen. So gestattete schon Alexander III. im Jahre 1173 die Taufe und Buße der Sterbenden¹⁴⁰), Innocenz III. auch die Predigt und Firmung¹⁴¹), so wie unter gewissen Beschränkungen die Buße überhaupt¹⁴²) und das stille kirchliche Begräbniß der Geistlichen¹⁴³), so wie in den Klöstern das Lesen einer stillen Messe, was zwei Jahre später auch den Bischöfen erlaubt wurde¹⁴⁴). Doch sollten die Excommunicirten und Interdicirten nicht zugegen sein, das Gotteshaus selbst geschlossen und das Glockengeläute nicht angewendet werden. Dief erweiterte Bonifacius VIII., indem er an den Festen der Geburt des Herrn, Ostern, Pfingsten und Mariä Himmelfahrt feierlichen Gottesdienst, bei offenen Thüren, unter Glockengeläute und mit Zulassung der Interdicirten verstattete¹⁴⁵). Martin V. dehnte dieß auf die ganze Octave des Frohnleichnamfestes aus¹⁴⁶). Besondere Privilegien für andere Feste wurden außerdem den Franciscanern und anderen Orden bewilligt.

Die allgemeinen Grundsätze stimmen mit denen über die Excommunication überein. Das Recht zur Auflegung des Interdictes hat ordentlicher Weise der Bischof mit den Capiteln¹⁴⁷). Seit dem siebzehnten Jahrhunderte ist das Interdict nicht mehr zur Anwendung gekommen¹⁴⁸), die Anwendbarkeit selbst ist aber auch später von der katholischen Kirche nicht bezweifelt worden, und Benedict XIV. empfiehlt dabei, daß nicht wegen leichter Vergehen dazu geschritten werden soll¹⁴⁹).

Als particulare Interdicte findet sich aber noch das Verbot des Eintrittes in die Kirche für einen Geistlichen¹⁵⁰), so wie das theilweise Ein-

139) C. 16. de sent. exc. in Vito. (5. 11.) S. Note 150.

140) C. 11. X. de sponsalibus. (4. 1.) Vgl. c. 11. X. de poenit. (5. 38.) c. 24. de sent. excomm. in 6to. (5. 11.)

141) C. 43. X. de sent. excomm. (5. 39.) (Innoc. III. a. 1208.) Vgl. c. 57. eod.

142) C. 11. X. de poenit. (5. 38.) (Innoc. III. a. 1214.) Vgl. c. 24. de sent. exc. in Vito.

143) C. 11. X. cit. (5. 38.)

144) C. 11. X. cit. c. 25. X. de privilegiis. (5. 33.) (Innoc. III. a. 1216.)

145) C. 24. de sent. exc. in Vito.

146) Constit. ineffabile v. 3. 1429 (Bullar. Magnum ed. Luxemburg T. I. fol. 308.). Desgl. Constit. Excellentissimum Eugens IV. v. 3. 1433 (eod. fol. 323.)

147) C. 2. X. de his quae fiunt. a mai. p. cap. (3. 11.) (Coelestin III. a. 1190.)

148) Zuleßt im 3. 1606 gegen Benedig. S. Riegger I. c. §. LXXVI. p. 192.

149) De synodo dioec. lib. X. cap. I. §. III.

150) S. Note 139 und 175. Vgl. c. 48. X. de sent. exc. (5. 39.) (Innoc. III. in Conc. Lateran. a. 1216.) c. 20. eod. in Vito. (5. 11.) (Bo-

stellen gottesdienstlicher Feiertlichkeiten (*cessatio a divinis*), namentlich des Gebrauches der Glocken und Orgel, bald zum Zeichen öffentlicher Trauer wegen eines Vergehens oder einer der Kirche zugefügten Beleidigung¹⁵¹), bald Seitens des Capitels gegen den Bischof, der die Gerechtfame desselben zu beschränken sucht¹⁵²). Unter den ersten Gesichtspunkt fällt die im Jahre 1839—1840 im Erzbisthume Posen-Gnesen angeordnete Maßregel bei der Bestrafung des Erzbischofs Martin v. Dunin.

Die gemeinschaftlichen *poenae vindicativae* sind der weltlichen Justiz entlehnt. So Geldstrafen¹⁵³). Die ältere Kirche überließ diese dem Staate. So sprach sich noch das fünfte Carthagische Concil von 401 aus¹⁵⁴). Bei der Verwandlung der Buße mit Rücksicht auf das germanische Compositionswesen wurden aber Geldstrafen üblich¹⁵⁵), und den geistlichen Richtern nur auferlegt, sich jedes Scheines der Habsucht zu enthalten¹⁵⁶). Die Geldbußen selbst sollen den Stiftungen überwiesen werden¹⁵⁷). Auch Züchtigung (Geißelung)¹⁵⁸) war früher gegen Geistliche der niederen Weihen besonders und gegen Regularen üblich. *Minores*, die einen Cleriker gegen die Vorschrift der Kirchengesetze bei einem weltlichen Richter belangten, sollten 39 Hiebe empfangen¹⁵⁹). Eine Ausartung war das förmliche Schlagen bei der Wiederaufnahme Excommunicirter (s. oben bei Note 133). Viel gebräuchlicher war und ist noch jetzt die Gefängnißstrafe (*murus, immurare*)¹⁶⁰), auch bei Geistlichen. Sie kam oft vor als Einsperren in

nifac. VIII.) c. 9. de officio ind. ord. in Vito. (1. 31.) (Idem.) Conc. Trid. sess. VI. cap. 1. de reform in fin. (zur Strafe wegen Verletzung der Residenz der Bischöfe und Erzbischöfe).

151) Vgl. c. 18. de sent. exc. in Vito. (Bonifac. VIII.) §. auch c. 2. de off. ind. ord. in 6to. (1. 16.) (Gregor X. a. 1274.) c. 8. eod. (Bonifac. VIII.)

152) C. 55. X. de appellat. (2. 28.) (Innoc. III. a. 1213.) c. 13. §. 1. X. de off. ind. ord. (1. 31.) (Innoc. III. a. 1216.) §. auch die in der vor. Note cit. Stellen.

153) Riegger l. c. §. LXXVIII—LXXXI. p. 193 sq.

154) Bei Gratian c. 3. Cau. XXI. qu. V. corrumpit.

155) C. 2. X. de poenis. (5. 37.) (Capitul. lib. IV. c. 15.) c. 4. X. de raptoribus. (5. 17.) (Alex. III. a. 1179.) c. 18. X. de off. ind. ord. (1. 31.) (Honor. III. a. 1220.)

156) C. 3. X. de poenis. (5. 37.) (Alex. III. a. 1179.) c. 13. X. de off. ind. ord. (1. 31.) (Innoc. III. a. 1216.)

157) Conc. Trid. sess. XXV. cap. 3. de ref. Benedict XIV., de synod. dioec. lib. X. cap. IX.

158) C. 6. Cau. XI. qu. I. (Conc. Matiscon. I. a. 581.) c. 8. dist. XLV. (Concil. Bracar. III. a. 675.)

159) §. J. H. Böhmer zum c. 6. (vor. Note cit.)

160) §. Du Cange s. h. v. Baluzius, Miscellanea lib. I. p. 207.: *Definimus.. Bernardum perpetuo immurandum... Quod si de dicto muro sive carcere fugeret etc.* Vgl. noch Gramer, Kleine Schriften, herausgegeben von Ratjen §. 206.

ein Kloster¹⁶¹) wegen der verschiedenartigsten Vergehen¹⁶²), aber auch in andere Gefängnisse, welche in der älteren Zeit neben den Kirchen besonders angelegt wurden (decanica, diaconica, secretaria)¹⁶³), mit Entziehung besserer Lebensmittel (carena)¹⁶⁴), selbst lebenswierig (in perpetuum carcerem . . . pane doloris et aqua angustiae)¹⁶⁵). Langwieriges Gefängniß erscheint aber der Kirche als poena morti proxima¹⁶⁶), da sie keine Todesstrafe vollzieht (ecclesia non sitit sanguinem)¹⁶⁷), sondern bei todeswürdigen Verbrechen die Execution dem Staate überläßt, namentlich aber den Feuertod empfiehlt: ut quam clementissime et citra sanguinis effusionem puniatur¹⁶⁸). Auch infamirende Strafen, Brandmarken, Relegation u. s. w., sind der älteren kirchlichen Praxis nicht unbekannt¹⁶⁹). Nach den neueren Gesetzgebungen dürfen aber alle solche Strafen nur als Correctionsmittel in bestimmten genau bezeichneten Grenzen angewendet werden. So erlaubt das preuß. Recht dem Bischöfe, die untergeordnete Geistlichkeit durch Geldbuße bis 20 Thlr. und Gefängnißstrafe bis 4 Wochen zum Gehorsam und zur Beobachtung der Amtspflichten anzuhalten. Doch sind auch geistliche Busübungen auf längere und unbestimmte Zeit in einer Demeritenanstalt oder in einem Kloster statthaft, in welchem Falle aber dem Oberpräsidenten die Acten jedes Falles eingeschickt werden müssen¹⁷⁰). Ähnliche Beschränkungen bestehen fast nach allen Particularrechten, wie in Weimar (Edict von 1823), Kurhessen (Regulativ vom 31. August 1829), Baden (Erlaß vom Juli 1839) u. a.

161) Chr. Friedr. Ayrmann, comm. de monasterio carcere. Freo-
furt 1747.

162) Vgl. Nov. 123. c. 11. 30. — Nov. 117. 127. c. 4. 134. c. 11. u.
a. — c. 7. dist. L. (Conc. Agathense a. 506.) c. 6. §. 7. X. de homici-
dio. (5. 12.) (Alex. III. a. 1174.) c. 6. X. de poenis. (5. 37.) (Innoc. III.
a. 1212.)

163) C. 30. C. Th. de haereticis. (16. 5.) c. 3. C. J. eod. (1. 5.)
Vgl. Jac. Gothofredus zu c. 30. cit. Tom. VI. P. I. fol. 165. Nov. LXXIX.
c. 3.

164) Gaertner, de incarcerationis clericorum cum et sine carena.
Altorf. 1727.

165) C. 27. §. 1. X. de V. S. (5. 40.) — c. 3. de poenis in VIto.
(5. 9.)

166) S. Note 162 cit. c. 7. dist. L. und vorige Note.

167) S. Cau. XXIII. qu. V. c. 4. X. de raptoribus. (5. 17.) (Alex. III.
a. 1179.)

168) C. 9. X. de haereticis. (5. 7.) (Lucius III. a. 1185.) c. 10. X.
de iudiciis. (2. 1.) (Coelestin. III. a. 1192.) Die obige Sentenz, als die
gewöhnliche, ist z. B. im J. 1600 bei der Verbrennung des Jordanus Bruno
ergangen. S. Kirner und Siber, Leben und Lehren berühmter Physiker
des 16. Jahrh. Hft. 5. Sulzbach 1824. Schröckh, Kirchengesch. seit der
Reform. Bd. III, S. 136 flg.

169) c. 3. X. de crimine falsi. (5. 20.) (Urban III. a. 1186.) Rieg-
ger I. c. §. CIII. p. 205.

170) Allg. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 124, 125. Circ. des geistl.
Ministerium an sämtliche Bischöfe vom 30. Juni 1828.

b) Besondere Strafen für Geistliche.

Abgesehen davon, daß jede Strafe, auch wenn sie einen Laien treffen kann, durch die Anwendung gegen einen Geistlichen immer mehr oder weniger sein Amtsverhältniß berührt, gibt es einzelne Strafmittel, welche nur in Beziehung auf die amtliche Stellung selbst verhängt werden können.

Als Censur findet sich die Suspension vom Amte (*suspensio ab officio*)¹⁷¹⁾, vom Genusse des Beneficium (*a beneficio*)¹⁷²⁾ oder von beiden zusammen (*susp. generalis*, während jene beiden nur *speciales* sind). Rücksichtlich des Umfanges kann die Amtssuspension nur einen Theil des officium ergreifen, nämlich als *suspensio ab ordine*, während die Rechte der äußeren Jurisdiction unverkürzt bleiben, was natürlich erst möglich war, seit jemand den *ordo* ohne Amt besitzen konnte¹⁷³⁾. Mit dem officium selbst ist jedoch der *ordo* genau verbunden, er ist die Voraussetzung jenes. In der *suspensio ab officio* liegt darum auch immer die *ab ordine*¹⁷⁴⁾. Die Suspension wird eine *particulare* auch insofern, als nicht alle Amtsrechte oder der Gesamtgenuß des Beneficium oder der mehrerer Beneficien, die ein Geistlicher zugleich besitzen kann, in *suspensio* sind¹⁷⁵⁾. — Von der Suspension als Censur unterscheidet sich die als Strafe, insofern sie in *perpetuum* oder auf eine bestimmte Zeit verhängt ist¹⁷⁶⁾, da die Besserung des Suspendirten nicht Grund der Aufhebung oder Abkürzung wird. Auf jede Suspension muß förmlich nach vorausgegangener Untersuchung erkannt werden¹⁷⁷⁾, es sei denn, daß sie als eine bloß provisorische Maßregel vom geistlichen Gerichte verfügt wird, wenn über einen Geistlichen eine Untersuchung schwebt. Ergibt sich später die Schuldllosigkeit, so verliert sich auch der mit der Suspension verbundene Nachtheil bis auf den Moment der Verfügung hin. — Die Suspension soll übrigens nicht länger als ein Jahr dauern, da sonst das *beneficium* verloren geht¹⁷⁸⁾.

Härter als die bloße Suspension ist die förmliche, dauernde Entziehung des Amtes und des Amtsrechtes¹⁷⁹⁾. Ein kirchlicher

171) Riegger l. c. §. LXXXII. LXXXIII. p. 195 sq. Sam. Stryk, select. diss. vol. IV. disp. IV. de suspensione ab officio.

172) C. 16. de electione in VIto. (1. 6.) (Nicolaus III. a. 1278.)

173) Vgl. c. 32. dist. L. (Conc. Ancyr. a. 814.) c. 28. Cau. VII. qu. I. (c. 15. Conc. Aurelian. a. 538.): *Transgressor canonum uno anno a celebratione missarum cessabit.*

174) C. 1. de sent. et re iud. in VIto. (2. 14.) (Innoc. IV. in Conc. Lugdun. a. 1245.)

175) S. Conc. Trid. sess. VI. c. 1. de ref. — Als eine theilweise *suspensio* erscheint auch die *interdictio ingressus ecclesiae*. S. oben Note 150.

176) S. z. B. die Note 173 cit. Stelle (uno anno). c. 7. §. 3. X. de electione. (1. 6.) (Alex. III. a. 1179.) (triennio suspensus.)

177) C. 26. X. de appellat. (2. 28.) (Alex. III. in Conc. Lateran. a. 1179.)

178) C. 8. X. de actate. (1. 14.) (Coelestin. III. a. 1195.)

179) Wegen der hier eigentlich zu berücksichtigenden *Irregularitas ex delicto* f. m. Riegger l. c. §. LXXXV sq. Ueber die Deposition und Degradation baselbst §. XCI sq.

Beamter, dem in der ältesten Zeit sein Amt genommen wurde, hörte damit zugleich auf, Geistlicher zu sein und wurde wieder Laie¹⁸⁰). Dieß drückte man mit den Worten aus: a ministerio alienus sit et vacet a clero, alienus sit a dignitate, a sacerdotio, deiciatur a clero et alienus existat a regula¹⁸¹), ab officio degradari¹⁸²), und schon im sechsten Jahrhunderte ab honore deponi¹⁸³). Eine Deposition konnte aber auch in der Versetzung aus einem höheren ordo in einen geringeren bestehen¹⁸⁴). Seitdem aber die selbstständige Cognition der Kirche über die Geistlichen feststand (s. oben Note 45 flg.), und nur die gröblichen Verbrecher, nachdem sie des geistlichen Privilegium von der Kirche selbst entkleidet waren, dem weltlichen Richter zur Vollziehung härterer Strafen überwiesen wurden, auch, seitdem die Priesterweihe dem Cleriker einen unauslöschlichen Charakter imprimirte, für die zwei oder drei höheren ordines eine Reduction in den Laienstand nicht mehr erfolgen konnte¹⁸⁵), bildeten sich neue Unterschiede zwischen der Deposition und Degradation, im Verhältnisse zur bloßen Privation des Beneficium. Die Deposition ist seitdem die Entziehung des Amtes und Beneficiums, zugleich mit der Unfähigkeit zum Erwerbe eines neuen, während die bloße Privation nur das bisherige Amt entzieht, aber die Möglichkeit der Erlangung eines anderen voraussetzt¹⁸⁶). Jede amtliche Verrichtung wird von nun an ein strafbarer Exceß. Dazu gehört aber nicht das Lesen einer einfachen oder sogenannten Messe, weil die Befugniß dazu unabhängig vom Amte schon durch die Priesterweihe verliehen wird¹⁸⁷). Der Deponirte soll nach Vorschrift der Kirchengesetze¹⁸⁸) übrigens in ein Kloster oder in eine unter der Aufsicht des Bischofs stehende Anstalt gebracht werden, um dort Buße zu thun. Zwang ist jedoch hierbei meist unzulässig, und gewöhnlich muß

180) Vgl. J. H. Böhmer zum c. 7. dist. L. mit Bevergius zum c. 11 (12). Apostol. S. auch Kopp, die kathol. Kirche im 19. Jahrhunderte S. 270 flg.

181) S. J. H. Böhmer zum c. 33. Cau. VII. qu. I. Vgl. c. 8. Cau. I. qu. I. (Conc. Chalced. a. 451.) c. 9. eod. (Cap. incert.) c. 12. dist. XXXIV. und c. 1. dist. XXVII. (Martin Bracar. a. 572.) c. 33. Cau. VII. qu. I. (Conc. Rothomag. a. 878.)

182) c. 5. dist. XLVII. (Concil. Eliberit. a. 310.) c. 3. 5. dist. XLVI. (statuta eccl. antiqua c. 398.) c. 8. dist. LXXXI. (Concil. Cabilon. a. 813.)

183) C. 7. dist. L. c. 35. Cau. XII. qu. II. (Concil. Agath. a. 506.)

184) C. 9. dist. XXVIII. (Conc. Neocaesar. a. 314.), wo das; ab ordine deponi und inter laicos redigi unterschieden wird.

185) Vgl. den Art. Diaconus Bd. III, S. 349. S. Richter, Lehrbuch des Kirchenrechts S. 103.

186) C. 13. X. de vita et honestate clericor. (3. 1.) (Innoc. III. in Conc. Lateran. 1216.), wo der Unterschied der privatio und depositio so ausgedrückt wird: Non solum ecclesiasticis beneficiis spoliatur, verum etiam pro duplici culpa perpetuo deponatur.

187) Vgl. die königl. preuß. Cabinetsordre vom 16. Februar und das Ministerialrescript vom 28. April 1841 (Justizministerialblatt 1841, S. 159).

188) C. 8. dist. LXXXI. (Conc. Cabillon. a. 813.) c. 6. X. de poenis. (5. 37.) (Innoc. III. a. 1212.)

es genügen, daß polizeiliche und kirchliche Aufsicht stattfindet, um Uergerechten vorzubeugen¹⁸⁹). Die Strafe ist natürlich immer nur Folge eines richterlichen Erkenntnisses, wobei nach den jetzigen Verhältnissen der Staat stets mitwirkt. — Von der Deposition unterscheidet sich aber die Degradation, welche in der Entziehung der geistlichen Würde, insbesondere des privilegierten geistlichen fori, besteht, während der Charakter allerdings unberührt bleibt. Sie erfolgt, ehe das Verbrechen dem weltlichen Gerichte zur Bestrafung übergeben wird¹⁹⁰). Die Vollziehung einer solchen Strafe sollte eigentlich auf einer Synode oder durch eine concors sacerdotum sententia erfolgen¹⁹¹). Bei der Degradation des Bischofs sollten 12, bei der des Presbyter 6, bei der des Diaconus und Subdiaconus 3 Bischöfe zugegen sein. Später ist indessen gestattet worden, daß der Bischof unter Zuziehung anderer Prälaten die Degradation bewirke¹⁹²). Dabei werden verschiedene Solemnitäten angewendet (degradatio realis, actualis, solennis), indem öffentlich außerhalb der Kirche der mit allen Insignien bekleidete Geistliche derselben entkleidet und geschoren wird¹⁹³). Doch kann auch, selbst ohne Anwesenheit der Prälaten, durch bloße Verkündigung des Urtheils (degradatio verbalis) die Degradation vollzogen werden, was bei den niederen ordines regelmäßig geschieht. — Die Fälle, in denen dazu geschritten wird, sind durch das gemeine und particulare Recht bestimmt¹⁹⁴). Es sind dies namentlich die Ketzerei, Verfälschung apostolischer Schreiben, Mord, wiederholte Sodomie, Anreizung zu Schmäblichem in der Beichte, Feier der Messe oder Beichtthören von einem Nichtpriester, Falschmünzen, Kirchenraub und andere schwere Verbrechen, durch welche der Tod oder Verstümmelung verschuldet sind. — Einzelne Abweichungen finden sich in den Territorialrechten, die indessen die kirchliche Wirksamkeit bei der Degradation unbeschränkt lassen. So beruft sich das preussische Recht hierbei geradezu auf das canonische¹⁹⁵). In der Praxis wird jetzt übrigens die Degradation meist mit der Deposition zusammen vollzogen, da für die leichteren Fälle die Privation oder selbst nur eine Strafversetzung genügt, für die größeren dagegen, in Folge schwerer Vergehen, die Jurisdiction des Staates begründet wird, und daher der vom bürgerlichen

189) S. z. B. bayer'sches Concordat Art XII. d.

190) C. 10. X. de iudiciis. (2. 1.) (Coelestin. II. a. 1192.) c. 2. de poenis in VIto. (5. 9.) (Bonifac. VIII. a. 1298.)

191) Cau. XV. qu. VII. c. 3. X. de sent. et re iud. (2. 27.) (Gregor I. a. 596.)

192) Conc. Trid. sess. XIII. cap. 4. de ref.

193) C. 2. de poenis in VIto. cit. und besonders das Pontificale Romanum.

194) S. Benedict XIV., de synodo dioec. lib. IX. cap. VI. §. VII sq. Heffter a. a. D. S. 159.

195) Aug. Sandrecht Th. II, Tit. XI, §. 107: Wenn und wie ein katholischer Priester, bei der Entsetzung, auch seines geistlichen Charakters verlustig werde, ist nach den Grundsätzen seiner Kirche zu beurtheilen, wo statt des Ausdrucks Charakter, der ja indelebilis ist, Stand gelesen werden müßte.

Richter zu vollziehenden Strafe die Degradation, zugleich mit der Deposition, vorhergeht¹⁹⁶).

III. Die kirchlichen Verbrechen¹⁹⁷.

Aus der obigen historischen Entwicklung der kirchlichen Strafgerichtsbarkeit ergibt sich der Unterschied der kirchlichen und der gemischten Verbrechen, im Gegensatz der bloß bürgerlichen. Die einzelnen zu jeder dieser Classe gehörigen Verbrechen sind nicht stets dieselben gewesen, und die Ansichten über die Strafwürdigkeit, so wie die Strafbestimmungen selbst haben mit der Zeit gewechselt. Es muß daher von allen besonders die Rede sein und zwar zunächst von den rein kirchlichen, sowohl denen, die von jedem Mitgliede der Kirche begangen werden können (*delicta ecclesiastica communia*), als denen, die nur unter Voraussetzung eines kirchlichen Amtes möglich sind (*del. eccl. propria*).

a) Gemeine kirchliche Verbrechen.

Zu den *delicta ecclesiastica communia* gehören nach der älteren Auffassung alle diejenigen Handlungen, bei welchen die Moral und die Glaubenslehre verletzt werden. Nicht wenige derselben haben aber, wenigstens in *foro externo*, den Charakter des strafbaren Verbrechens ganz verloren oder sind der Cognition des Staates anheim gefallen. Es sind daher hier nur diejenigen *Delicta* auszuzeichnen, bei welchen die Kirche stets einen vorzüglicheren Einfluß sich erhalten hat. Dazu gehört vor allen 1) die Ketzerei (*haeresis*)¹⁹⁸. Der Ausdruck¹⁹⁹ wird oft in einer weiteren Bedeutung von jedem kirchlichen Vergehen gebraucht, da die Abweichung von der Lehre gleichsam als die Wurzel aller übrigen Verbrechen betrachtet wird. Die katholische Kirche geht aber von dem Grundsatz aus, daß von ihr abweichend weder gedacht, noch gelehrt werden soll²⁰⁰, und erklärt daher jeden für einen Keger, welcher einen unkirchlichen Satz vertheidigt, insbesondere einen solchen, den die Kirche ausdrücklich verworfen hat²⁰¹. Zum Begriffe des Verbrechens gehört daher

196) S. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 102, Anm. 7.

197) Quellen und Lit. im allgemeinen s. oben Note 8. Die besonderen werden bei den einzelnen Verbrechen selbst genannt.

198) S. Cod. Theod. lib. XVI. tit. V. Cod. Just. lib. I. tit. V. de haereticis, Manichaeis et Samaritis. — Gratian Cau. XXIV. — Tit. X. V. 7. in 6to. V. 2. Clem. V. 3. Extrav. comm. V. 3. de haereticis.

199) Bei den alten Classikern ist *αἵρεσις* eine Partei, eine Secte, mit einer eigenthümlichen Ansicht und Lebensweise, namentlich in philosophischer und politischer Beziehung. Damit verband man schon früh den Begriff des Irrthums, wie öfter im neuen Testamente und später in der Kirche. Hieronymus erklärt: *Haeresis graecae ab electione dicitur, quod scilicet eam sibi unusquisque eligat disciplinam, quam putat esse meliorem* (c. 27. Cau. XXXIV. qu. III.). Das teutsche Keger, welches man von Kage, Gdge u. s. w. hat herleiten wollen, kommt her von *καθαρός* (*Kathari*, *Gazzari*), wie schon die Novatianer, dann andere Häretiker sich selbst nannten. Vgl. übrigens Suicer, thesaurus s. v. *αἵρεσις* und *καθαρός*.

200) C. 22. Cau. XXIV. qu. I. (Gregor I. a. 590.) c. 15. eod. (Pseudo-Isidor.) c. 9. X. de haereticis. (5. 7.) (Lucius III. a. 1184.)

201) C. 26 sq. Cau. XXIV. qu. III.

die Hartnäckigkeit (*qui resistunt contumaciter, pertinaci animositate sententiam suam falsam defendunt*). Wo diese fehlt, die Bereitwilligkeit sich überzeugen zu lassen vorhanden ist, wird eine materiale Kegerlei angenommen, während die andere formal ist²⁰²).

Bei der Beurtheilung dieses Verbrechens schloß sich die Kirche an das römische Recht an, erweiterte indessen den Begriff, namentlich auch diejenigen für Häretiker erklärend, *qui alios, cum possunt, ab errore non revocant*²⁰³). Die kirchliche Strafe ist die Excommunication²⁰⁴). Auch sollen die Kinder väterlicher Seite in den beiden ersten, die mütterlicher Seite im ersten Grade von der Erlangung kirchlicher Beneficien und weltlicher Ämter ausgeschlossen sein²⁰⁵). Dazu trat noch die bürgerliche Strafe: Infamie, Verlust der väterlichen Gewalt, der Testamentsfaction, Confiscation des Vermögens u. a.²⁰⁶). Die Kirche billigte diese Strafen²⁰⁷) und verordnete selbst Auslieferung an den weltlichen Richter zur Vollziehung der Todesstrafe²⁰⁸). Kaiser Friedrich II. bestätigte diese Vorschriften und bestimmte den Feuertod²⁰⁹). So wurde auch in Teutschland die Kegerinquisition eingeführt, und bis zum sechzehnten Jahrhunderte aufs strengste verfahren²¹⁰). Die Bambergensis von 1507, Art. 130, schreibt noch den Feuertod vor. Die Carolina von 1532 schweigt dagegen, in Folge der Reformation, und die ältere weltliche Gesetzgebung mußte ihre Anwendbarkeit verlieren²¹¹). Die vom Staate recipirten oder

202) v. Droste-Hülshoff, Kirchenrecht §. 122 (Bd. II, Abth. II, S. 142).

203) C. 2. X. de haereticis. (5. 7.) (Leo a. 440.)

204) C. 6. Cau. XXIV. qu. II. (Synod. V. a. 553.) Tit. X. de haereticis a. a. D.

205) C. 15. de haereticis in Vito. (5. 2.) (Bonifac. VIII. a. 1298.)

206) S. Cod. Theod. und Just. h. t. Bgl. v. Buchholz, juristische Abhandlungen auf dem Gebiete des heut. röm. Rechtes (Rdnigsberg 1833. 8.), Nr. 5, S. 118 flg. v. Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. II, S. 232.

207) C. 10. 18. §. 5. X. de haereticis. c. 2. §. 4. c. 8. §. 7. eod. in 6to.

208) C. 9. X. de haereticis. (5. 7.) (Lucius III. a. 1184.) c. 10. eod. (Innoc. III. a. 1199.) In der oben Note 160 cit. Stelle aus Baluzius ist die Auslieferung an die curia secularis bestimmt, wenn der eingekerkerte Geistliche flieht. S. Furter, Innocenz III. Bd. II, S. 248 u. u. S. oben Note 168.

209) S. die Auth. Si vero. Credentes. Gazaroa, Cod. de haereticis. (1. 5.) nach der c. 4 u. 19. Bgl. Const. Ad decus von 1220. Catharos von 1232 (Pertz, Monum. Germ. T. IV. fol. 284. 287.), u. a. Hartzheim, Conc. Germ. Tom. III. fol. 506 sq. Tit. de haereticis in Vito. (5. 3.) S. auch Eichhorn, teutsche Rechtsgefch. Bd. II, §. 322.

210) S. z. B. Syn. Trevir. a. 1238. c. 31. (Hartzheim, Conc. Germ. Tom. III. fol. 560.) Syn. Ultraiect. a. 1310. c. 40. (l. c. Tom. IV. fol. 173.) Syn. Pragena. a. 1355. c. 56. (eod. fol. 399.) u. v. a. S. auch die Bulle Innocent VIII. vom 5. Dec. 1484 zur Kegerverfolgung in Teutschland bei Eisen Schmid, Bullarium Bd. I, S. 364 flg.

211) S. noch Schmidt, Handbuch des Civillrechtes Bd. II, S. 42—44: Was ist von Justinian's Vorschriften über die Keger zu halten? v. Savigny a. a. D.

tolerirten Religionsparteien fallen demnach nicht mehr unter den Gesichtspunkt der Häresis, und die Bezeichnung: Keger, für einen Nichtkatholiken durch einen Katholiken wird als der Vorwurf einer früher als Verbrechen angesehenen religiösen Richtung eine Injurie²¹²). Nur insofern andere Delicte concurriren, wie unerlaubte Proselytenmacherei, Sectenstiftung, Aufruhr (*haeresis turbulenta*), tritt besondere Strafe ein²¹³). Der katholischen Kirche selbst ist aber dadurch ein Einschreiten gegen ihre eigenen Glieder nicht benommen, und eine Privation des Beneficiums oder eine in foro conscientiae wirksame Disciplin resp. gegen Geistliche und Laien ihr allerdings überlassen. Wenn daher das preuß. allg. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 55 bestimmt: Wegen bloßer von dem gemeinen Glaubensbekenntnisse abweichender Meinungen kann kein Mitglied ausgeschlossen werden, und §. 74: Inwiefern Geistliche, bei innerer Ueberzeugung von der Unrichtigkeit der Grundbegriffe ihrer Religionspartei, ihr Amt dennoch fortsetzen können, bleibt ihrem Gewissen überlassen, so ist dieß mit den Principien der katholischen Kirche nicht vereinbar und kann auch in der Praxis nicht festgehalten werden²¹⁴). Von der Häresis unterscheidet sich

2) das Schisma²¹⁵), der Abfall von der sichtbaren Einheit der Kirche. Anfangs erscheint das Schisma mit der Häresis identisch, später wird diese auf die Lehre, jenes auf die äußere hierarchische Ordnung bezogen. Die Interpreten der heil. Schrift fassen schon früh also den Unterschied²¹⁶) und daher erklärte auch Hieronymus: *Inter haeresin et schisma hoc interesse arbitrantur, quod haeresis perversum dogma habeat, schisma propter episcopalem dissensionem pariter ab ecclesia separat*²¹⁷). Ist dieser Dissens gegen eine niedere Kirchengewalt gerichtet, so wird es ein schisma particulare, wenn aber gegen den Pabst selbst und das allgemeine Concil, ein schisma universale. Vor allen ist daher die Nichtanerkennung des Primates des Bischofs von Rom schismatisch, indem die Annahme desselben als: *de necessitate salutis* gefordert wird. So erklärt noch Leo XII. im J. 1826: *Quisquis a catholica ecclesia fuerit separatus, quantum libet laudabiliter se vivere existimet, hoc solo scelere, quod a Christi unitate disiunctus est, non habebit vitam, sed ira dei manet super eum*, und damit harmonirend Pius VIII. in der Encyclica vom 24. Mai 1829, Gre-

212) J. P. O. art. V. §. 35. Edict Carl's VI. vom 18. Juli 1715 u. a. Preuß. Edict für Schlesien v. 28. August 1742 (Korn'sche Edictensammlung Bd. I, S. 171). Vgl. Simon und v. Strampff, Rechtsprüche der preuß. Gerichtshöfe Bd. I, S. 377 und loc. cit.

213) Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. III, §. 209.

214) Mit Recht deutet darauf auch hin Caspeyres, Gesch. und heutige Verfassung der katholischen Kirche Preußens Bd. I, S. 469, Anm. 17.

215) S. die Quellen Note 198 verb. mit Tit. de schismaticis et ordinatis ab iis X. V, 8. in VIto. V, 3. Extr. Comm. V, 4. S. noch Jacob. Gothofredus zur c. 1. C. Th. de haereticis. (16. 5.) Tom. VI. P. I. fol. 123. Gonzalez Tellez zum c. 5. X. de electione (1. 6.) nr. 9 sq.

216) S. Suicer, thesaurus eccl. s. v. *σχισματικός*.

217) C. 26. Cau. XXIV. qu. III.

gor XVI. unterm 27. Mai 1830, 15. August 1832. — In der juristischen Beurtheilung wird übrigens das Schisma ganz wie die Häresis aufgefaßt²¹⁸). Dem Staate kann der Schismatiker nur dann strafbar erscheinen, wenn der Gesichtspunkt der Sectirerei hervortritt. — Als Verbrechen betrachtet die Kirche auch

3) Die Apostasie²¹⁹), d. h. das strafbare Aufgeben eines status ecclesiasticus. — In der älteren Zeit nannte man vorzüglich diejenigen Apostaten, welche sich nur zum Scheine hatten taufen lassen und im Verborgenen heidnischen Cultus trieben, so wie die, welche in den Verfolgungen abfielen (lapsi). Später sonderte man genauer die einzelnen Fälle. Die Apostasie ist darnach a) apostasia fidei oder perfidia, d. i. das Aufgeben des status ecclesiasticus communis, also der Abfall vom Glauben. So lange die katholische Kirche als die allein herrschende und berechnete angesehen wurde, war nicht bloß derjenige, welcher vom Christenthume ganz abtrat, also sich zum Paganismus, Muhamedanismus oder Judenthum wendete, ein Apostat, sondern auch jeder Häretiker und Schismatiker. Die Principien über Ketzerel kamen daher für infideles und haereticis als apostatae gleichmäßig zur Anwendung²²⁰). Seit der Uebertritt von jener zu dieser (wie umgekehrt) nicht mehr nach diesem Gesichtspunkte zu beurtheilen und völlig freigestellt. Dies ist ebenso im gemeinen²²¹), wie im Particularrechte²²²) anerkannt. Nach allgemeinen Grundsätzen kann auch der Uebertritt zu einer nicht-christlichen Confession nicht als ein Verbrechen angesehen werden, „denn es muß jedem freistehen, einen Glauben zu bekennen, den er wahr findet, wenn er keinen anderen deshalb beleidigt oder angreift, noch durch Unsittlichkeit Argerniß gibt²²³).“ Die katholische Kirche sieht indessen Christen, die sich zum Judenthume wenden, als strafbar an und will, daß sie wie Häretiker beurtheilt werden²²⁴), fordert auch, daß Alles vermieden werde, was den Verdacht einer Apostasie erwecken könne, selbst da, wo unter fremder nichtchristlicher Herrschaft Christen ihren Aufenthalt haben²²⁵). Indessen hat doch nach

218) C. 2. Cau. IV. qu. I. (Nicolaus a. 865.) — C. 5. X. de electione. (l. 6.) (Alex. III. a. 1179.) u. a.

219) Tit. Cod. Theod. XVI. 7. Cod. Just. I. 7. de apostatis. — Tit. X. V. 9. de apostatis et reiterantibus baptisma. Vgl. G. M. Amthor, de apostasia liber singularis. Coburg 1833. 8.

220) S. Tit. Cod. Theod. XVI. 8. Cod. Just. I. 9. de Judaels, coelicolis (et Samaritanis). Cod. Theod. XVI. 10. Cod. Just. I. 11. de paganis, sacrificiis et templis. v. Savigny a. a. D. S. 231 flg.

221) S. J. P. O. art. V. §. 34. 35. Deutsche Bundesacte Art. XVI u. a. m.

222) S. z. B. preuß. allg. Landr. Th. I, Tit. 4, §. 9, Tit. 12, §. 63, Th. II, Tit. 11, §. 40 flg. S. auch Andr. Müller, Verikon des Kirchenrechtes u. d. B. Convertiten.

223) v. Droste-Hülshoff, Kirchenrecht Bd. II, Abth. II, §. 122, S. 144.

224) C. 13. de haereticis in VIto. (5. 2.) (Bonifac. VIII. a. 1298.)

225) M. s. die Auseinandersetzung Benedict's XIV., de synodo dioec. lib. XIII, cap. XX. über das Verhältnis der Christen in der Türkei.

den jetzigen Verhältnissen die katholische Kirche kein Recht mehr, gegen eine Person, die sich zu einer anderen Confession begibt, einzuschreiten²²⁶). Was aber die Stellung eines Apostaten dem Staate gegenüber betrifft, so entscheiden darüber die besonderen Verhältnisse der einzelnen Länder selbst. Bis zur Mitte des vorigen Jahrhunderts und vielfach noch später zog der Abfall zum Judenthume in ganz Deutschland den Verlust der bürgerlichen Gerechtsame, Verbannung und andere harte Strafen nach sich. Man stützte sich dabei besonders auf den westphälischen Frieden Art. VII, §. 2: Praeter religiones (catholicam et augustanae confessioni addictorum) nulla alia in sacro imperio romano recipiatur vel toleretur. — Nur in einem beschränkten Umfange (nach Zahl der Familien u. s. w.) war den Juden Duldung zugestanden und jeder neu eintretende, nicht schon verleitete und privilegierte Jude bedurfte der persönlichen Reception. Diese wurde dem Apostaten nicht zu Theil. Eine mildere Behandlung erfolgte besonders seit der Zeit Friedrich's des Großen und Napoleon's, jedoch keine Gleichstellung mit den recipirten christlichen Confessionen. Wenn auch die älteren Strafen abgeschafft wurden²²⁷), so hat doch der Unterschied der Religion noch immer Einfluß auf die bürgerlichen Gerechtsame²²⁸), und dieß gilt vorzüglich vom Judenthume. Da, wo nicht eine förmliche Emancipation bewilligt ist, oder specielle Gesetze wegen einzelner Institute das Nähere regeln, wie z. B. bei der Ehe zwischen Christen und Juden²²⁹), also auch den Uebertritt zum Judenthume freistellen, wird derselbe nicht gebilligt werden können. Eine gewaltsame Verhinderung ist indessen weder statthaft, noch überhaupt möglich. Insofern daher nicht besondere strafbare Umstände obwalten, wie unerlaubte Proselytenmacherei und dergleichen, wird im allgemeinen dieser Religionswechsel mit Entziehung der Vortheile verbunden sein, die an das christliche Bekenntniß geknüpft sind. Particularrechtlich kann dieß verschiedene Folgen herbeiführen. In Preußen waren die Juden bis zum Jahre 1812 nur als eine Colonie ohne förmliche Staatsbürgerrechte geduldet. Die Befugniß, sich durch christliche Proselyten zu erweitern, fehlte ihnen. Durch Gesetz vom 1. März 1812 wurde den damals im Staate befindlichen Juden das Staatsbürgerrecht gewährt. Andere, welche ihren Wohnsiß in Preußen aufschlagen wollen, bedürfen dazu eines besonderen Consenses. Dieser wird aber Apostaten versagt, und so verlieren christliche Einwohner, welche zum Judenthume übertreten, indem sie nun als

226) Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 121.

227) v. Savigny a. a. D. S. 233: Apostaten (im Sinne der römischen Kaisergesetze) sind in unseren Staaten nicht mehr vorhanden, so daß insofern selbst die Möglichkeit der Anwendung fehlen würde. Eine solche Unmöglichkeit läßt sich für die Apostasie zum Judenthume allerdings nicht behaupten: dennoch wird schwerlich Jemand die Anwendung der römischen Gesetze auf diesen Fall, vom Standpunkte des heutigen römischen Rechtes aus, in Schutz nehmen. S. auch das preuß. allg. Landr. Th. II, Tit. XI, §. 1 flg.

228) S. z. B. allg. Landr. a. a. D. §. 5, 6.

229) S. den Artikel Ehe Bd. III, S. 551.

fremde, nicht recipire zu betrachten sind, ihr bisheriges Bürgerrecht²³⁰). — Anders verhält es sich mit der b) *apostasia ordinis*, dem Aufgeben des *status specialis clericorum*²³¹). In Uebereinstimmung mit der kirchlichen Gesetzgebung²³²) verbot die weltliche²³³) unter schweren Strafen, nach Uebernahme eines *ordo* in die Welt zurückzukehren und sich den Laien zuzugesellen. In Deutschland wurde durch die Capitulationen diese Apostasie ebenmäßig für strafbar erklärt²³⁴), und auch durch spätere Decretalen²³⁵) Zwang und Strafe gestattet. Da zwischen den *ordines maiores* und *minores* die Gesetze nicht unterschieden, seit dem Eheverbote für *minores* aber von selbst der Abschluß der doch giltigen Ehe die Entfernung aus dem Clericate zur Folge hatte, verordnete die Kirche, daß nur solche Personen überhaupt die Tonsur und einen *ordo* erhalten sollten, von denen zu erwarten stehe, daß sie auch die höheren Weihen zu erlangen suchen würden²³⁶). Ein *minor*, der aber seinen *ordo* aufgibt, kann auch nach kirchlichen Grundsätzen nicht zurückgehalten werden, wohl aber der *maior*, zumal der Priester, der nie mehr Laie werden kann²³⁷). Practisch ist aber ein Zwang für jemand, im Clericate zu verbleiben, nicht mehr möglich. Die Apostasie vom *ordo* führt daher nur zum Verluste aller mit demselben verbundenen Befugnisse. Strenger sind die Grundsätze der Kirche bei der c) *apostasia a religione* oder *monachatus*, beim Verlassen des Klosters und der Ordensregel²³⁸). Was von der Verpflichtung durch den Empfang der Weihe die frühere Legislation vorgeschrieben hatte, war immer auch auf die *professio religionis* mit ausgelehnt worden²³⁹). Ein gewaltsames Zurückhalten im Kloster oder ein Zurückführen in dasselbe ist indessen particularrechtlich nicht statthaft²⁴⁰). Als ein gemeinsames kirchliches Verbrechen erscheint

4) die *Simonie*²⁴¹), der Handel mit geistlichen Gütern (*emtio*

230) Vgl. noch die Rescripte vom 19. Nov. 1814, 10. März 1818 und 28. Dec. 1834. S. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 211, 212. v. Droste-Hülshoff a. a. D. Bd. I, §. 71, Anm. 337.

231) S. Thomassin, *vetus ac nova eccl. disciplina* P. II. lib. I. cap. XI. XIV.

232) Vgl. §. B. c. 7. Conc. Chalced. a. 451. (c. 3. Cau. XX. qu. III.)

233) Nov. VI. c. 7. CXXIII. c. 15.

234) S. Cap. Aquisgran. a. 789. c. 26. (Pertz, *Mon. Germ. T. III. fol. 58.*) bestätigt den c. 7. Conc. Chalc. (Note 232). Cap. Francoford. a. 794. c. 24. u. a.

235) C. 1. 3. 5. X. de apostatis. (5. 9.)

236) Conc. Trid. sess. XXIII. cap. 4. de ref.

237) Conc. Trid. sess. XXIII. cap. 4. u. can. 4. de sacram. ord.

238) S. Benedict XIV., de synodo dioecesana lib. XIII. cap. XI. XII. verb. Thomassin, Note 231 cit.

239) Außer den vorhin cit. Gesetzen s. m. noch c. 69. dist. L. (Conc. Arelat. III. a. 452.) c. 24. X. de regularibus. (3. 31.) (Gregor. IX.) Conc. Trid. sess. XXV. cap. 19. de regularib. Vgl. auch den Art. *Gezühbe*.

240) Vgl. §. B. allg. preuß. Landr. Th. II, Tit. XI, §. 1179.

241) S. Cau. I. — Tit. X. V. 3. Extr. Comm. V. 1. de simonia et ne aliquid pro spiritualibus exigatur. Tit. X. V. 4. Ne praelati vices

venditio rei spiritualis aut temporalis spirituali annexae)²⁴²). Die heilige Schrift²⁴³) und ihr gemäß die kirchliche Gesetzgebung²⁴⁴) fordert, daß jedes geistliche Gut, ebenso wie die Gnade Gottes, der es verdankt wird, unentgeltlich gegeben werde: denn gratia si non gratis datur vel accipitur, gratia non est. Wer daher für eine gratia etwas gibt oder empfängt, erlangt dieselbe nicht (simoniaci autem non gratis accipiunt, igitur gratiam, quae maxime in ecclesiasticis ordinibus operatur, non accipiunt), er macht sich aber auch zugleich einer verbrecherischen Handlung schuldig, eines sacrilegium, crimen capitale u. s. w.²⁴⁵), ähnlich dem Simon, der den heiligen Geist kaufen wollte, um ihn mit Vortheil zu verkaufen²⁴⁶). Er ist also ein simoniacus, haereticus, begeht das Verbrechen der Simonie.

Dieses Princip wendete die Kirche nun auf alle diejenigen Verhältnisse an, welche mit der Weihe und den daraus hervorgehenden Rechten und Pflichten in irgend einem Zusammenhange stehen. Der wichtigste Fall bezog sich aber auf die Ordination selbst und die Verleihung von Beneficien, wenn dieselbe nicht gratis erlangt wird. Man erklärte daher auch geradegu die Simonie für einen ambitus ecclesiae²⁴⁷) und unterschied dabei folgende Fälle: a) Simoniaci simoniace ordinatores vel ordinati, wo die unmittelbar Beteiligten selbst contrahiren²⁴⁸). b) Simoniaci simoniace a non simoniacis ordinati, wo der Ordinirte nicht davon weiß, daß seine consilarii bestochen worden seien²⁴⁹). c) Non simoniaci simoniace a simoniacis ordinati, der umgekehrte Fall von b, indem der Ordinirte nicht von vorgekommener Bestechung Kunde hat²⁵⁰). d) Non simoniaci simoniace a non simoniacis ordinati, wo nur Unterhändler auf beiden Seiten delinquiren²⁵¹).

Man unterscheidet eine simonia conventionalis (simplex), wenn ein Vertrag geschlossen, aber noch nicht geleistet ist, und eine simonia realis, wenn der Vertrag geschlossen und erfüllt wurde, so wie eine simonia mentalis, wenn ohne förmlichen Vertrag die

suas vel ecclesias pro annuo censu concedant. Tit. X. V. 5. Clem. V. 1. de magistris et ne aliquid exigatur pro licentia docendi. — Thomas-sin, vetus ac nova eccl. disciplina P. III. lib. I. cap. XLIX—LXXII. J. H. Böhmer, diss. de involucris simoniae detectis. Halae 1715. 4. Pertsch, de crimine simoniae; praemissa est J. H. Böhmer, diss. epist. de intentione patrum circa doctrinam de simonia. Halae 1719. 4. Sauter, fundamenta iuris eccl. §. 1229 sq.

242) Gratian vor c. 1. Cau. I. qu. III.

243) Ev. Matth. X, 8.

244) C. 99 sq. c. 116 sq. Cau. I. qu. I. u. a.

245) C. p. B. c. 11. Cau. I. qu. I. c. 1. Cau. I. qu. III.

246) Apostelgesch. VIII, 14 fig. c. 5. 6. 11. 16. Cau. I. qu. I. u. a.

247) C. c. 118. Cau. I. qu. I. c. I. Cau. I. qu. III. u. a. C. den

Art. Amtsverbrechen Bb. I, C. 233—235.

248) C. 107. Cau. I. qu. I.

249) C. 113. Cau. I. qu. I.

250) C. 107 sq. Cau. I. qu. I. c. 1. 3. Cau. I. qu. V. Gratian

post c. 3. Cau. I. qu. VI. c. 22. 25. X. de simonia. (5. 3.)

251) Gratian post. c. 2. Cau. I. qu. V.

Leistung erfolgt²⁵²). Ferner eine *simonia iuris divini seu naturalis*, wenn der Gegenstand wirklich eine *res spiritualis* ist, die man durch eine *res temporalis* erlangen will, und eine *simonia iuris ecclesiastici*, wenn nur mittelbar durch Hingabe der *res temporalis* die *spiritualis* berührt wird, und das Kirchengesetz diesen Vertrag verboten hat. Hier können daher verschiedene Fälle eintreten, bei denen das Verbrechen nicht begangen wird; wie die Entrichtung einer dos beim Eintritte in ein Kloster, die Abgabe eines *Canonicus* bei Erlangung einer Pfründe u. a.²⁵³). Verschiedene andere Fälle, die nach kirchenrechtlicher Bestimmung als Simonie erscheinen, verlieren aber das verbrecherische Moment, wenn sie durch eine gute Gewohnheit gerechtfertigt werden, oder zur Kenntniß des Kirchenoberen gelangen und von diesem gebilligt werden. So wenn jemand ein *Beneficium* erhält, bei welchem die Früchte des ersten Jahres den Erben des verstorbenen Vorgängers abgetreten werden müssen²⁵⁴), wenn jemand zu Gunsten einer bestimmten Person mit Genehmigung des Bischofs resignirt²⁵⁵), wenn jemand mit Consens des Kirchenoberen darüber transigirt, um früher zum Besitze eines *Beneficium* zu gelangen²⁵⁶). Sonst ist jede Abtretung des *Beneficium* mit irgend welchen Reservationen, namentlich einer Pension, der Bedingung des Abtretens an einen Dritten (*simonia confidentialis* — *simoniaci fiduciarii*), jede Alienation, also auch ein *Transact*, strafbare Simonie²⁵⁷).

Nach der Strenge des Begriffes müßten eigentlich alle geistlichen Functionen gratis erfolgen. Da indessen die Einkünfte des *Beneficium* meistens nicht ausreichen, um den Geistlichen zu erhalten, dieser aber von seiner Stelle leben soll, so sind theils freiwillige Gaben erlaubt (s. den Art. *Stolgebühren*), theils hat die Kirche selbst gewisse Gebühren bestimmt und durch *Stoltaxen* deren Maß festgesetzt. Doch gibt es, abgesehen davon, daß niemals die Gaben erzwungen werden sollen²⁵⁸), einzelne Gegenstände und Verrichtungen, bei welchen selbst freiwillige Gaben unstatthaft sind. So bei der Verabreichung des geweihten Oeles, des *Christma* und der *Reliquien*²⁵⁹), für die Ertheilung der Weihen, der *Dimissorialien*, Zeugnisse und für die *Concursprüfung* zu einer Pfarre²⁶⁰), mit Ausnahme üblicher *Expeditionsgebühren*.

252) C. 34. X. de *simonia*. (5. 3.) (Innoc. III. a. 1207.) *Lancelott*, institut. iuris can. lib. IV. tit. III. §. 2.

253) C. 44. X. de *simonia*. (5. 3.) (Gregor. IX.) *Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 14. de ref.* *Const. Pius V. Durum nimis. Const. Innoc. XII. Ecclesiae Catholicae*, und überhaupt *Benedict XIV., de synodo dioec. lib. XI. cap. VI. §. III—VIII.*

254) *Benedict XIV. l. c. lib. XII. cap. VII. §. III.*

255) L. c. lib. XIII. cap. X. §. XVII.

256) L. c. lib. XII. cap. VI. §. IX.

257) C. 4. 7. X. de *transactionibus*. (1. 36.) c. 5. 7. X. de *rarum permutatione*. (3. 19.) c. 38. X. de *simonia* (5. 3.) u. a.

258) C. 42. X. h. t. (5. 3.) (Innoc. III. in *Conc. Lateran. a. 1216.*)

259) C. 16. 36. X. h. t. (5. 3.) c. 2. X. de *reliq. et venerat. Sanctorum*. (3. 45.)

260) *Conc. Trid. sess. XXI. cap. I. sess. XXIV. cap. 18. de ref.*

Was die strafbaren Leistungen selbst betrifft, so gehört dahin jede Gabe, jeder Dienst, jede Gunst²⁶¹⁾, möge sie vorher, zur Zeit der Erlangung des Begehrten oder nachher erfolgen²⁶²⁾.

Die Kirche hat von jeher die Simonie als eins der strafwürdigsten Verbrechen angesehen, und erklärt: *Omnia crimina ad comparationem simoniacae haeresis quasi pro nihilo reputantur*²⁶³⁾. Genauere Strafbestimmungen finden sich übrigens nur für die Simonie bei der Ordination und Provision, während in den anderen Fällen der geistliche Richter ex arbitrio die Strafen abzumessen hat. Im allgemeinen ist das pactum wirkungslos und der Act selbst nichtig²⁶⁴⁾. Der Ordinator verliert sein ius ordinationis, und der Ordinierte selbst wird suspendirt und irregularis ex delicto²⁶⁵⁾. Das erlangte Amt geht verloren, der Providierte wird irregulär, und alle Theilnehmer sind ipso facto excommunicirt²⁶⁶⁾. Ist der Providierte selbst unschuldig, so wird er in Folge ertheilter Dispensation in der Stelle erhalten²⁶⁷⁾. Regularen, die durch Simonie ins Kloster aufgenommen sind, sollen eingesperrt werden und werden excommunicirt. Der, welcher sie aufgenommen, wird gleichfalls excommunicirt und vom Amte suspendirt²⁶⁸⁾. — Das Dispensationsrecht hat im allgemeinen der Pabst und der Bischof, der selbst unbetheiligt ist, nur bei der simonia occulta²⁶⁹⁾. Die simonia mentalis wird nur als Sünde im Beichtstuhle bestraft.

Aller Verdacht der Simonie soll aufs eifrigste vermieden und wo derselbe vorhanden ist, durch die Leistung eines Reinigungsweides (iuramentum simoniae) beseitigt werden²⁷⁰⁾. Selbst unabhängig vom Verdachte ist particularrechtlich öfter dieser Eid von den Ordinanden oder Providenden gefordert worden. So bestimmt bereits eine Synode zu Rütlich vom J. 1287: *Archidiaconi vel Decani nullum admittant ad*

261) C. 114. Cau. I. qu. I. c. 8. Cau. I. qu. III. — Petrus Damiani erklärt darüber: *Tria dicuntur esse munerum genera, scilicet munus a manu i. e. pecunia, munus ab obsequio i. e. obedientia subiectionis, et munus a lingua i. e. favor adulationis.* Gratian vor Cau. I. qu. I. mit obsequium, preces, pecunia.

262) C. 21. in fin. Cau. I. qu. I. c. 7. 15. Cau. I. qu. III. c. 18. X. h. t. (5. 3.)

263) C. 27. Cau. I. qu. VII. (Paschalis?) Bgl. c. 16. in fin. c. 115. Cau. I. qu. I. c. 13. Cau. I. qu. III.

264) C. 8. X. de pactis. (1. 35.) (Gregor. IX. a. 1229.)

265) C. 43. Cau. I. qu. I. c. 24. Cau. XXV. qu. II. (episcopi — ordinationis ius alterius non habebunt nec illi unquam sacramento intendant. — Leo a. 442.) c. 37. 45. X. h. t. (5. 3.)

266) C. 6. 11. 13. 27. 34. X. h. t. (5. 3.) Extrav. comm. c. 2. h. t. (5. 1.) (Pius II. 1464.)

267) C. 27. 33. X. h. t. (5. 3.) Bgl. c. 59. X. de electiona. (1. 6.)

268) C. 19. 25. 40. X. h. t. (5. 3.) c. 1. Extr. comm. eod. (5. 1.) (Urban. IV. a. 1262.)

269) C. 22. 25. X. h. t. (5. 3.) Conc. Trid. sess. XXIV. c. 6. de ref. (f. den Art. Dispensation Bb. III, S. 459, 460). Die Bischöfe selbst haben sich diesen Fall regelmäßig reservirt.

270) Bgl. deshalb schon Nov. CXXXVII. cap. 2.

aliquod beneficium ecclesiasticum, nisi primo iuret, quod ipsum beneficium canonicè sit adeptus... et quod in adeptione beneficii simoniam vel pactionem illicitam non commiserit, nec credit ab aliquo commissam²⁷¹⁾, und in ähnlicher Weise später viele Synoden Deutschlands²⁷²⁾. Die neuere Praxis hat dieß aber nicht beibehalten.

b) Besondere Verbrechen der Geistlichen²⁷³⁾.

Schon durch die Verübung eines gemeinen Verbrechens wird immer in gewisser Weise auch das Amt verletzt, und die gewöhnliche Strafe erhält einen Beisatz, mit Rücksicht darauf. Doch kann ein Geistlicher auch im Besonderen die durch das Amt und den Stand gebotenen Verpflichtungen übertreten, und es entsteht ein Amtsvergehen, welches eine besondere Strafe trifft. Eine solche Verletzung heißt überhaupt excessus²⁷⁴⁾, und es lassen sich dabei weniger die einzelnen Fälle erschöpfend angeben, als nur die Gesichtspunkte für die Beurtheilung selbst bezeichnen. Es wird nämlich Amt und Stand entweder im allgemeinen verletzt, oder eine specielle Pflicht derselben durch positives Zuwohnen oder Vernachlässigung. Auch kann durch widerrechtliche Ausdehnung der Befugnisse über die gebührenden Grenzen, Mißbrauch der geistlichen Amtsgewalt²⁷⁵⁾, ein Excess herbeigeführt werden.

Eben darum können die geeigneten Strafen immer erst in jedem vorliegenden Falle abgemessen werden. Sie sind im allgemeinen arbiträr, insofern nicht ein bestimmtes mit eigener Strafe bedrohtes Delict concurrirt. Die Grundsätze über die Ordination, die Sacramente (z. B. bei der Bewahrung des Reichsiegels), den Eclibit (namentlich beim Concubinat) u. s. w. dienen zur näheren Motivirung. Kirche und Staat sind in den meisten Fällen hier zugleich theilhaftig, und die Strafen beider werden nach den bestehenden Verhältnissen (s. oben) zur Anwendung gebracht.

c) Gemischte Verbrechen.

So lange das weltliche Strafrecht sich im wesentlichen auf dem privatrechtlichen Standpunkt erhielt, und bei vielen Verbrechen seine Cogni-

271) Hartzheim, Conc. Germ. Tom. III. fol. 702.

272) S. z. B. Synod. Colon. a. 1536. P. I. c. 84. Moguntia a. 1549. c. 91. Synod. Salzburg. a. 1569. Const. XIII. cap. 6. (Hartzheim l. c. Tom. VII. fol. 254.) Vgl. überhaupt Pyrrhus Corradus, praxis beneficiaria, (Colon. 1679.) lib. IV. cap. 5.

273) Vgl. Tit. X. III. 1. in Vito. III. 1. Extr. comm. III. 1. de vita et honestate clericorum. Tit. X. V. 24. de clerico venatore. V. 25. de clerico percussore. V. 26. de maledicis. V. 27. de clerico excommunicato, deposito vel interdicto ministrante. V. 28. de clerico non ordinato ministrante. V. 29. de clerico per saltum promoti. V. 30. de eo, qui furtive ordinem suscepit. Tit. X. V. 31. in Vito. V. 6. Clem. V. 6. de excessibus subditorum et pœclatorum. Vgl. den Art. Amtsverbrechen und die daselbst cit. Literatur. S. bes. J. H. Böhmer, ius eccl. Prot. lib. V. tit. 31.

274) S. J. H. Böhmer, de excessuum poenis in den Exercitationes ad Pandectas Tom. VI. p. 1 sq.

275) Wegen der deshalb zulässigen appellatio ab abusu s. unten Note 825 flg.

tion ruhen ließ, übernahm die Kirche die Zucht, welche sie durch die Sündhaftigkeit der zu rügenden Handlungen rechtfertigte. Indem der Staat aber nach und nach, größtentheils durch die Mahnungen der Kirche selbst veranlaßt, zum Bewußtsein des ihm competirenden Rechtes, zugleich seiner Pflicht, gelangte, fiel die kirchliche Einwirkung entweder ganz fort oder nahm nur einen accessorischen Charakter an. Bei einzelnen Verbrechen bestritt jedoch die Kirche gänzlich die Strafbefugniß des Staates, bei anderen behauptete sie ein gleiches Recht mit dem Staate. Gestützt auf c. 8. X. de foro competenti (2. 2.), c. 2. de exceptionibus in 6to. (2. 12.) und andere (s. oben Note 72 flg.) entwickelten die Canonisten daraus die Theorie der gemischten Verbrechen, bei denen die Prävention den Ausschlag für die Competenz geben sollte. Zwar sind später manche der hier in Betracht kommenden Delicte ganz aus der Reihe der Verbrechen geschieden oder doch dem Staate zur Beurtheilung zugefallen; die Hervorhebung der wichtigeren rechtfertigt sich indessen daraus, daß bald die Begriffsbestimmung, bald die ganze Entwicklung von der Kirche ausgegangen ist. Es gehören hierher

1) die Blasphemie, Gotteslästerung²⁷⁶), unmittelbar gegen Gott selbst, mittelbar gegen die heilige Jungfrau und die Heiligen²⁷⁷). Das canonische Recht droht mit Deposition für Cleriker, und Pönitenzen und Kirchenbuße für Laien²⁷⁸). Die Reichsgesetze bestimmten Strafe an Leib oder Leben²⁷⁹). Das spätere Recht hebt mehr den Gesichtspunkt der Injurie und des öffentlichen Aergernisses hervor, besonders insofern es im Interesse des Staates liegt, das Ansehen der Religion zu schützen²⁸⁰). Kirchlich wird es außerdem in foro conscientiae gerügt.

2) Die Zauberei (magia)²⁸¹), die Bewirkung übernatürlicher Dinge durch den Bund mit bösen Geistern, von der Kirche mit der Excommunication bestraft. Dazu traten die schwersten weltlichen Maßregeln, selbst Feuertod. Jetzt entscheidet die Rücksicht auf Betrug und angeflisteten Schaden²⁸²).

3) Das Sacrilegium begreift im weiteren Sinne jede Verletzung eines heiligen Gegenstandes, eines Ortes, einer Person, einer Sache (Quicquid in sacratis Deo rebus et episcopis iniuste agitur, pro sacrilegio reputatur)²⁸³). Daher macht sich dieses Verbrechen

276) Vgl. Tit. X. V. 26. de maledicis in VIIto. de blasphemis et aleatoribus. (5. 7.) S. v. Preuschen, Beiträge zu dem Verbrechen der Blasphemie, durch Rechtsfälle erläutert: im Archive des Criminalrechtes Jahrg. 1841, St. II, Nr. XI und daselbst S. 292, Anm. 1 die cit. Literatur.

277) C. 2. X. h. t. (5. 26.) (Gregor. IX.)

278) C. 10. Cau. XXII. qu. I. (Pius Papa cf. Nov. LXXXVII.)

279) Reichspolizeiordn. v. 1530. S. Bamberg. Art. 127. Carolina Art. 106 u. a.

280) S. überhaupt Penke, Handbuch des Criminalrechtes Bb. III, §. 208.

281) S. Tit. X. de sortilegiis. (5. 21.) Vgl. Causa XXVI.

282) S. Penke a. a. D. §. 209 im Eingange.

283) C. 7. X. de R. J. (5. 41.) (Stephanus Papa a. 257. Ps.-Is.) Vgl. c. 3. Cau. XII. qu. II. (Pius Papa. Ps.-Is.) c. 5. eod. (Capital. lib.

schuldig, wer die Kirche in ihren Functionen stört, also wer eine Kirche nicht einrichten oder weihen läßt²⁸⁴), und besonders, wer den öffentlichen Gottesdienst hindert oder beunruhigt (*turbatio sacrorum*)²⁸⁵). Sodann wer sich eines Rechtes der Kirche anmaßt²⁸⁶), namentlich kirchliche Sachen veräußert²⁸⁷), Legate der Kirche vorenthält²⁸⁸) und ganz besonders die Kirche bestiehlt. Der einfache Diebstahl heißt daher, wenn er gegen die Kirche verübt wird, Kirchenraub²⁸⁹). Dazu gehört das *auferre sacrum de sacro, sacrum de non sacro, non sacrum de sacro*²⁹⁰). So wie aber schon das römische Recht bestimmte, daß eine aus einem heiligen Orte geraubte nicht heilige Sache nicht ein *sacrilegium*, sondern ein einfaches *furtum* begründe²⁹¹), ist dieß auch bisweilen in der Kirche angenommen worden²⁹²). — Der Begriff des *sacrilegium* wurde dann auch auf diejenigen angewendet, welche gegen göttliche Gesetze fehlten oder sich eines Irthums in Glaubenssachen schuldig machten. Mit Rücksicht auf das römische Recht erklärte darüber Gratian: *Committunt etiam sacrilegium, qui contra divinae legis sanctitatem aut nesciendo committunt, aut negligendo violant et offendunt: aut qui de principali iudicio disputant, dubitantes, an is dignus sit, quem princeps elegerit etc.*²⁹³), und was vom Urtheile des Kaisers, sollte auch von dem des Papstes gelten, wegen des Primats²⁹⁴). Auch gilt es für ein *Sacrilegium*, Juden öffentliche Ämter zu übertragen: *quia sub hac occasione christianis iniuriam faciunt*²⁹⁵). Als der größte Fall wird das *sacrilegium luxuriosum* betrachtet, die Verführung einer Nonne, indem darin vier Ver-

VI. c. 405.) c. 21. Cau. XVII. qu. IV. (Conc. Ravenn. a. 877. et Johann. VIII. a. 878.) S. insbesondere Gratian vor c. 21. cit. Sam. Fr. de Böhmer, diss. de variis sacrilegii speciebus ex mente iuris canonici. Halae 1724.

284) C. 125. Cau. I. qu. I. (Paschalis II. c. 1100.)

285) C. 10. C. de episcopis et clericis. (1. 3.) Nov. CXXIII. cap. 31., woraus die Auth. *sed novo iure* (nach c. 10.) C. cit. (1. 3.) S. Bülow und Hagemann, praktische Erörterungen Bb. I, S. 73 fig.

286) C. 16. X. de foro comp. (2. 2.) (Gregor. IX. a. 1230.)

287) C. 55. Cau. XVII. qu. IV. (Lucius Episcopus. Ps.-Is.)

288) C. 4. Cau. XVII. qu. IV. (Gregor. I. a. 599.) Bgl. c. 10. Cau. XIII. qu. II. (Conc. Vasense a. 442.)

289) C. 18. Cau. XVII. qu. IV. (Ps.-Is.) c. 21. cit. eod. c. 3. Cau. XXIII. qu. IV. (Augustin. a. 412.): *Qui aliquid de ecclesia furatur, Judae proditori comparatur.*

290) Gratian vor c. 21. Cau. XVII. qu. IV. und c. 21. selbst.

291) L. 5. D. eod. L. Julian. *peculatus et de sacrilegis*. (48. 13.) (Marcian. lib. V. regular.) So entschieden Sever und Antonin. Bgl. aber L. 16. §. 4. D. de poenis. (48. 19.) (Claudius Saturninus de poenis paganorum.) Im vierten Jahrhunderte stritt man deshalb. S. Jul. Victor *ars rhetorica*. c. III. §. 3. c. VI. §. 4. 5. c. XVI.

292) C. 3. in fin. Cau. XXIII. qu. IV. mit offenerer Andeutung auf den Inhalt der L. 5. D. cit. (48. 13.)

293) Gratian §. 1 vor c. 30. Cau. XVII. qu. IV. Bgl. Cod. J. IX. 29. de crimine sacrilegii.

294) Gratian cit. §. 2 und c. 30. selbst. (Nicolaus c. a. 863.)

295) C. 31. Cau. XVII. qu. IV. (Conc. Tolet. IV. a. 633.)

brechen concurriren: das sacrilegium selbst, indem eine heilige Person verletzt wird, ein stuprum carnale, ein stuprum spirituale, weil die Nonne mit der Kirche vermahnt ist, und ein Incest, weil die Nonne gleichsam die Mutter des Verbrechers ist²⁹⁶). Für diesen Fall war daher Todesstrafe gedroht. Sonst ist die gewöhnliche Strafe Excommunication und Gelbbuße²⁹⁷). Dazu traten aber mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse die härtesten weltlichen Strafen²⁹⁸). Diese werden, freilich in milderem Maßstabe, auch jetzt angewendet²⁹⁹), und die Kirche wirkt außerdem in foro conscientiae.

4) Der Meineid³⁰⁰), sowohl eigentlicher Mein- (falscher) eid (peieratio) beim assertorischen, als Eidesbruch (periurium) beim promissorischen Eide, war von der Kirche mit Pönitenzen, Excommunication, Infamie bedroht, für Geistliche mit Deposition³⁰¹). Jetzt rügt die Kirche dieß Verbrechen, das als ein bürgerliches besonderen Strafen unterliegt, noch im Reichstuhle.

5) Der Zinswucher (usuraria pravitas)³⁰²) nach dem Begriffe des canonischen Rechtes jedes Zinsennehmen (qui amplius recipit, quam cuiquam commodaverit, sive pecuniam det, sive quam libet speciem)³⁰³), wurde bei Laien mit Excommunication, Infamie u. s. w., bei Geistlichen mit Irregularität, Deposition bestraft³⁰⁴). Die weltliche Gesetzgebung hat aber den canonischen Begriff nicht recipirt, und so ist jetzt nur das Ueberschreiten des gesetzlichen Zinsfußes, der Anaticismus u. s. w. noch als Zinswucher anzusehen.

296) Tit. Cod. IX. 13. de raptu virginum seu viduarum nec non sanctimonialium. Nov. CXXIII. cap. 43., übergegangen in c. 30. Cau. XXVII. qu. I. §. auch c. 14. (Gelasius a. 494.) c. 17. eod. (Conc. Tribur. a. 895.)

297) Sacrilegium duplicem continet poenam, pecuniariam videlicet et excommunicationis. Pecuniaria eis persolvenda est, ad quos querimonia sacrilegii pertinet. Gratian vor c. 21. §. 2. Cau. XVII. qu. IV. c. 21. eod. c. 2. 3. 5. X. de raptoribus. (5. 17.) c. 22. X. de sent. excomm. (5. 39.) u. a.

298) Gratian vor c. 30. §. 1. Can. XVII. qu. IV.: Ad instar publici criminis et laesae maiestatis accusabitur: et convictus sive confessus, capitali sententia a rectoribus provinciae ferietur: sicut in primo libro Codicis legitur, tit. de episc. et cleric. si quis in hoc genus et in Dig. tit. ad L. Juliam repetund. L. ultima.

299) Vgl. Note 285. Henke a. a. D. Bd. II, §. 145, 147, §. 442, 443.

300) §. Can. XXII. Tit. X. II. 24. in Vito. II. 11. Clem. II. 9. de iurjurando. Vgl. den Art. Eid Bd. III, §. 632 flg.

301) C. 18. Cau. VI. qu. I. c. 12. 17. Cau. XXII. qu. I. c. 2. 3. 4. 14. Cau. XXII. qu. V. c. 14. X. de praesentationibus. (2. 23.) c. 10. X. de iurjur. (2. 24.) c. 8. de haereticis in Vito. (5. 2.)

302) §. dist. XLVI. XLVII. Cau. XIV. qu. III—VI. Tit. X. V. 19. in Vito. V. 5. Clem. V. 5. de usuris. S. Marezoll, de usuraria pravitate quaestiones. (Lipsiae 1837. 4.) cap. III. p. 11—15.

303) C. 1 sq. Cau. XIV. qu. III. c. ult. X. h. t. (5. 19.) u. v. a.

304) C. 1. dist. XLVII. (can. 44. Apost.) c. 2. eod. (Conc. Nic. c. 17. a. 325.) c. 4. eod. (Gregor. I. a. 600.) c. 2. 4. 7. Can. XIV. qu. IV. c. 3. 5. 7. X. h. t. (5. 19.) c. 2. eod. in Vito. (5. 5.)

6) Fleischartverbrechen (*delicta carnis*)³⁰⁵, eine große Menge strafbarer Handlungen umfassend, welche die Kirche von jeher als die größte Verletzung der Sittlichkeit ihrer Beurtheilung unterwarf und mit Pönitenzen, Geldbußen (Sünden und Hurenbrüchte), Excommunication und besonders streng bei Geistlichen bestrafte. Der Staat verfuhr früher zum Theil mit großer Härte gegen einzelne dieser Vergehen, später milderte er aber die Gesetze und hob hin und wieder namentlich alle Fornicationsstrafen auf³⁰⁶. Die dadurch veranlaßten Nachtheile haben mehrfach eine Erneuerung älterer Vorschriften nothwendig gemacht. Gerade hier aber ist eine den Zeitverhältnissen entsprechende kirchliche Zucht wohl ein wahres Bedürfnis. Dieselbe wird auch in der katholischen Kirche bei mehreren der hier in Betracht kommenden Delicte angewendet³⁰⁷.

7) Viele andere rein bürgerliche Verbrechen (*delicta secularia*) unterlagen während des Mittelalters ebennmäßig der kirchlichen Strafgewalt, wie die Quellen des canonischen Rechtes angeben. So Tödtungen verschiedener Art (s. Tit. X. V. 10. de his qui filios occiderunt. V. 12. in Vito. V. 4. Clem. V. 4. de homicidio voluntario et casuali), Kinderaussetzung (Tit. X. V. 11. de infantibus et languidis expositis), Duelle und gefährliche Turniere (Tit. X. V. 13. Extr. Joh. XXII. tit. 9. de torneamentis. Tit. X. V. 14. de clericis pugnantibus in duello. Tit. X. V. 15. de sagittariis), Verleumdung und Collusionen (Tit. X. V. 2. de calumniatoribus. V. 22. de collusione detegenda), Fälschung (Tit. X. V. 20. Extr. Joh. XXII. tit. 10. Extr. comm. V. 6. de crimine falsi), Injurien, Beschädigungen, Diebstahl (Tit. X. V. 18. Extr. comm. V. 5. de furtis — Tit. X. V. 36. in Vito. V. 8. de iniuriis et damno dato), Raub und Brandstiftung (Tit. X. V. 17. de raptoribus, incendiariis) u. a. m. Die Kirche wirkte bei allen diesen durch Irregularität, Bußen, Excommunicationen³⁰⁸ und hat auch jetzt noch durch das forum conscientiae im Beichtstuhle nicht geringen Einfluß, den eher zu unterstützen, als zu beschränken im Interesse der gesellschaftlichen Ordnung liegt. Die Kirche kann, ohne daß eine Verletzung des Beichtgeheimnisses dazu gefordert würde, zur Restitution, zur Bestrafung Schuldiger, zur Abwendung vieler Gefahren wohlthätig beitragen. Auf eine bestimmte strafrechtliche

305) S. dist. XXVI. Cau. XXXI—XXXIII. Tit. X. I. 21. in Vito. 1. 12. de bigamis. Tit. X. III. 2. de cohabitatione clericorum et mulierum et clericis concubinariis. Tit. X. IV. 7. de eo qui duxit in matrimonium, quam pollicit per adulterium. Tit. X. V. 16. de adulteriis et stupro u. a. Vgl. Wächter, Abhandlungen aus dem Strafrechte Bd. I. Leipzig 1835. 8. Henke a. a. D. Bd. II, §. 113 fig.

306) S. z. B. preuß. Gesetz v. 20. Juni 1746, 8. Febr. 1765. Rescr. v. 14. Nov. 1791 (Absehung der Hurenbrüchten im Ermland) u. a. Großherz. hess. Verordn. v. 30. Mai 1821. S. Bopp in Alex. Müller, Archiv für die neueste Gesetzgebung Bd. III, §. 2. Vgl. v. Dppen, Revision der Gesetze (Edin 1833. 8.), S. 107.

307) v. Droste-Hülshoff a. a. D. Bd. II, Abth. 2, §. 122, Anm. 541, 542, S. 154.

308) v. Droste a. a. D. Anm. 544.

Wirksamkeit hat sie aber auch einen wohlbegründeten rechtlichen Anspruch. Derselbe ergibt sich schon aus ihrer Reception mit dem Rechte eines öffentlichen Exercitiums, dessen Annexum eine gewisse correctionelle Jurisdiction bildet. Dieß bestätigt der westphälische Friede³⁰⁹⁾ und nicht minder der Reichsdeputationsrecess³¹⁰⁾, welcher vorschreibt, daß die bisherige Religionsübung eines jeden Landes gegen Aufhebung und Kränkung jeder Art geschützt sein soll. Theils haben daher auch die neueren Vereinbarungen mit dem römischen Stuhle, theils die Staatsgesetze das Erforderliche angeordnet. Außerhalb Deutschland ist die Competenz der Kirche selbst bedeutend erweitert worden³¹¹⁾.

IV. Das Verfahren.

Die Betrachtung des Verfahrens selbst nöthigt zu einem Hinblick auf die Organisation der Gerichte, mit Berücksichtigung der Instanz, und dann zu einer kurzen Darstellung des förmlichen procedure selbst.

Während des Mittelalters waren die geistlichen Gerichte, in welchen das Strafverfahren gegen Laien gehandhabt wurde, vorzüglich die Sennen (s. oben Note 63 flg.). Spuren derselben haben sich bis in die neueste Zeit erhalten, die Hauptwirksamkeit ging aber theils durch die Einwirkung des Staates unter, theils durch die Vorschrift des Tridentinischen Concils³¹²⁾, daß alle zum geistlichen Forum gehörige Sachen vor den Bischöfen verhandelt werden sollen. Dieß kommt indessen, wie die vorstehende Ausführung ergibt, jetzt nur in höchst beschränktem Umfange vor³¹³⁾, da die Jurisdiction regelmäßig nur ein forum conscientiae begründet. Wer sich dadurch gravirt fühlt, hat das Recht, beim geistlichen Oberen Beschwerde zu führen³¹⁴⁾, erforderlichen Falles sich an den Staat zu wenden.

Ueber den niederen Clerus entscheiden nach wie vor in den zusehenden Fällen die bischöflichen Gerichte. Diese sind das Consistorium, Officialat, Generalvicariat, verschieden in den einzelnen Diocesen³¹⁵⁾. Im allgemeinen sind es iudices delegati, welche der Bischof dazu erwählt, und denen er speciell die potestas inquirendi, corrigendi, puniendi excessus, a beneficiis, officiis, administrationibus amovendi überträgt³¹⁶⁾. Ein förmlich organisiertes Collegium bildet dieses Gericht

309) J. P. O. art. V. §. 31. 32.

310) §. 63. S. auch Klüber, Staatsrecht §. 292, 429, Nr. IV.

311) Vgl. die Convention des Papstes mit dem Könige beider Sicilien vom 29. Sept. 1839 (allg. Ausg. Zeitung 1839, Nr. 326, S. 2604, Berliner allg. Kirchenzeit. 1839, S. 455, 456). Desgl. mit dem Herzoge von Modena, mit dem Könige von Sardinien vom 2. April 1841 (Berliner allg. Kirchenzeit. 1841, Nr. 78, S. 729, 730).

312) Sess. XXIV. cap. 20. de ref.

313) S. z. B. kurbess. Verordn. v. 31. Aug. 1829, §. 2 (Longner, Darstellung der Rechtsverhältn. der Bischöfe in der oberhein. Kirchenprovinz S. 398).

314) S. z. B. allg. preuß. Landr. Th. II, Tit. XI, §. 76, 79.

315) Vgl. Alex. Müller, Verikon des Kirchenrechtes, Art. Consistorium.

316) C. 2. de officio vicarii in Vito. (1. 13.)

häufig nicht. Sonst hat es aber auch einen Justitiar, dem die Instruction der Sache übertragen wird, der an der Urtheilsfällung indessen nicht Theil nimmt³¹⁷). — Von dem bischöflichen Gerichte ging die Appellation früher an den Erzbischof und die Provinzialsynode³¹⁸). Die weltliche Gesetzgebung bestätigte dies³¹⁹), und auch jetzt ist das Metropolitangericht als Behörde zweiter Instanz vielfach anerkannt³²⁰). Nicht selten ist aber in der Diocese selbst ein Appellationsgericht vorhanden, zumal wenn sie ermt ist. Von den delegirten Richtern geht die Berufung oft an das Generalofficialat oder Generalvicariat. — Die dritte Instanz ging an den Primas³²¹), oder auch wohl an den Pabst³²²), dem es mit der Zeit gelang, sich in den vollen Besitz des Entscheidungsrechtes zu setzen, wobei indessen die Erledigung durch *iudices in partibus* erforderlich wurde (s. unten).

Hier ist indessen zu erwägen, daß die Appellation bei offenkundigen Verbrechen (*notoria*) oder nach erfolgtem Geständnisse nicht zulässig ist³²³) und daß auch bei bloßen Disciplinarverfügungen nicht appellirt werden kann³²⁴). Indessen ist doch die Beschwerde beim höheren Kirchenoberen nicht ausgeschlossen, und insbesondere der Recurs an den Staat zulässig³²⁵). Schon im vierten Jahrh. wendeten sich Geistliche zur Erledigung von Beschwerden gegen ihre Vorgesetzten an den Staat. So bereits Athanasius gegen das Urtheil der Synode zu Tyrus u. a.³²⁶). Festerer Grundsatz entwickelte sich darüber zuerst in Frankreich, wo der Appel comme d'abus (*appellatio tanquam ab abusu*) an den König ging, der das Parlament zur Entscheidung authorisirte. Nach den Parlamentsstatuten war der Appel zulässig, wenn die Bischöfe sich Eingriffe in weltliche Rechte erlaubten, die in Frankreich recipirten *canones*, königlichen Erbonnanzen, Gewohnheiten und Gebräuche des Reiches, die gallitanischen Kirchenfreiheiten, die Particulargebräuche der Kirchen und Klöster verletzten, oder die Rechtspflege verweigerten und sich sonst offenbare Ungerechtigkeiten zu Schulden kommen ließen³²⁷). Die neuere Gesetzgebung hat dies bestätigt³²⁸). Auch in Deutschland wurden diese Be-

317) Vgl. z. B. die preuß. Verordn. vom 28. Januar 1804 (Jacobson, Gesch. der Quellen des preuß. Kirchenrechtes Bd. I, Abth. I, Anhang S. 326, 327).

318) C. 2. Cau. XXI. qu. V. (c. 12. Conc. Antioch. a. 332.) c. 4. Cau. XI. qu. III. (c. 17. Conc. Sardic. a. 347.) c. 5. eod. (Conc. Carthag. II. a. 390.) u. a.

319) C. 29. C. de episc. audientia. (1. 4.) (Justinian a. 530.)

320) S. bayer'sche Verordn. vom 7. Mai 1826.

321) C. 46. Cau. XI. qu. I. (c. 9. Conc. Chalced. a. 451.)

322) Vgl. Capit. lib. VII. c. 814.

323) C. 61. X. de appellat. (2. 28.) (Innoc. III. a. 1216.)

324) Conc. Trid. sess. LXI. cap. 6. de ref.

325) Vgl. Brendel, Handbuch des Kirchenrechtes Bd. I, §. 218 (3. Ausg.).

326) S. Nov. CXXIII. cap. 11. — c. 6. Cau. XXIV. qu. III. (Hincmar Rhemensis.)

327) S. die bei Brendel a. a. D. S. 674, Anm. p, cit. Literatur.

328) Vgl. die bei Hermens, Handbuch über den christlichen Cultus Bd. II, S. 922 u. d. B. Appellation, nachgewiesenen Stellen, und Brendel a. a. D. S. 676, Anm. b.

stimmungen angenommen und allgemein ist der Recurs jetzt anerkannt. In Oesterreich ist seit Maria Theresia darüber Näheres bestimmt, in Preußen durch das allgemeine Landrecht und spätere Verordnungen³²⁹⁾, und in den übrigen teutschen Bundesstaaten durch die Verfassungsurkunden u. a.³³⁰⁾.

Das Urtheil über delinquirende Bischöfe stand der Provinzialsynode zu³³¹⁾, das über Erzbischöfe dem Primas in Gemeinschaft mit der Synode³³²⁾. In Folge der Realisirung der Bestimmungen des Concils zu Sardika von 347 (s. oben Note 29) gelangte der Pabst zu einer bedeutenden Mitwirkung, ja zu einer alleinigen Cognition in bischöflichen Sachen, als *causae maiores*. Schon Gregor VII. declarirte: *Qua solus romanus pontifex possit deponere episcopos vel reconciliare — absque synodali conventu*³³³⁾, was Innocenz III. im Jahre 1198 ebendamäßig hervorhob³³⁴⁾. Daran ist seitdem stets festgehalten und das Concil von Trident hat, das Princip bestätigend, darüber verordnet³³⁵⁾, daß in gröberen Criminalfällen, welche mit Deposition oder Privation verbunden sind, nur der Pabst zu entscheiden habe, welcher, wenn an Ort und Stelle verfahren werden muß, dazu Erzbischöfe oder Bischöfe vermöge eines persönlich von ihm vollzogenen (*manu ipsius Sanctissimi Pontificis signata*) Specialmandates committiren will. Der Auftrag geht aber immer nur auf die Instruction der Sache, während das Urtheil ihm vorbehalten bleibt. In geringeren Criminalsachen der Bischöfe sollen Provinzialsynoden oder von denselben dazu Deputirte entscheiden. Da die Provinzialsynoden jetzt nicht gehalten werden, würde in vorkommenden Fällen der Erzbischof einer päpstlichen Facultät zur Ernennung von Profynodalrichtern, ähnlich wie in Civilsachen (s. unten) bedürfen. Das Recht, Censuren gegen einen Bischof zu verhängen, steht aber dem Erzbischofe wohl jetzt noch selbstständig zu³³⁶⁾. — Diese Bestimmungen sind unzweifelhaft in Betreff derjenigen Vergehen, welche bloß gegen Kirchengesetze verstoßen, noch anwendbar. Die katholische Kirche geht aber weiter und will, daß in allen *causis episcopalibus*, auch wenn gegen die Gesetze des Staates bei Ausführung kirchlicher Verhältnisse gefehlt worden, dieselbe Praxis bestehe³³⁷⁾. Hierin kann indessen der Staat nicht nachgeben und demgemäß ist, wie früher, auch in der neuesten Zeit in Sachen des Erzbischofs von Eöln und Gnesen-Posen selbstständig

329) Th. II, Tit. XI, §. 534. Cabinetsordre vom 12. April 1822 (Gesessammlung d. J. S. 105) u. a.

330) Bayer'sches Relig.-Gebiet §. 52—54. Babilisches Reg.-Gebiet v. 1807, Art. 41. Großherz. hessische Verfassungsurk. Art. 41 u. a. S. Longner a. a. D. S. 66, 390, 397, 398 u. a.

331) C. 1. 5. Cau. VI. an. IV. (Conc. Antioch. a. 332.) u. a. m.

332) S. die Note 321 cit. Stelle.

333) Nach den, wenn ihm auch nicht zugehörigen, doch in seinem Geiste abgefaßten *dictatus* nr. 3. nr. 25. (hinter *Epistolar. lib. II. ep. 55.*)

334) C. 2. X. de *translat. episcop.* (1. 7.)

335) *Sess. XIII. cap. 8. Sess. XXIV. cap. 5. de ref.*

336) S. den Art. Erzbischof Bb. IV, S. 69, Note 51.

337) Bgl. die Denkschriften des römischen Stuhles von 1838 und 1839.

vom Staate eingeschritten worden. Der Bischof ist nicht bloß Kirchenbeamter, sondern in gewissem Umfange auch Staatsbeamter und insbesondere Unterthan. Daher kann sowohl auf dem Wege der Administration, als der Justiz vom Staate gegen sie verfahren werden. Nach preussischem Rechte kann eine Entlassung oder Strafversetzung gegen die Beamten, deren Ernennung vom Könige ausgeht, nur in Folge eines Vortrages im Staatsministerium und königlicher Entscheidung selbst verhängt werden³³⁸). Dieß würde daher auch bei den Bischöfen zur Anwendung kommen müssen.

Was nun das förmliche Verfahren selbst³³⁹) betrifft, so hat sich dieß im Laufe der Zeit in folgender Weise gestaltet.

Das Verfahren in der Kirche erfolgte anfangs einfach in der unter Mitwirkung der Gemeinde³⁴⁰) ausgesprochenen Sentenz. Grund zum Einschreiten gab die Offenkundigkeit (Notorietät) des Vergehens oder die erhobene Anklage. Später finden wir das Presbyterium, und erweitert die Synode von Zeit zu Zeit mit der Handhabung der Disciplin beschäftigt. Darüber berichten schon Tertullian³⁴¹), Eyprian³⁴²) und genauer, nach den auf den Synoden vorliegenden Beispielen, die apostolischen Constitutionen und Canones³⁴³). Seit der Prozeßgang erst festere Gestalt annahm, war es das gewöhnliche römische Accusationsverfahren, das man befolgte. Man forderte daher einen geeigneten (legitimus et idoneus) Accusator³⁴⁴), die inscriptio³⁴⁵) und subscriptio in crimen³⁴⁶). Dadurch bezeichnete der Kläger im allgemeinen das Verbrechen und dessen Umstände, und unterwarf sich der Strafe der Lallion für den Fall, daß es ihm nicht gelänge, den Beklagten zu überführen. Der Beschuldigte ward hierauf citirt, der Beweis geführt und darnach das Urtheil gefällt.

338) S. Cabinetsordre v. 12. April 1822.

339) Vgl. Tit. X. V. 1. in Vito. V. 1. de accusationibus, inquisitionibus et denunciationibus. Tit. X. V. 2. de calumniatoribus. V. 22. de collusionibus detegenda. V. 34. de purgatione canonica. V. 35. de purgatione vulgari. S. Steiner, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses. Leipzig 1827. 8. Hilbenbrand, die purgatio canonica und vulgari. München 1841. 9. Vgl. v. Droste-Hülshoff, Kirchenrecht Bb. II, Abth. 2, §. 224, 225.

340) S. I. Corinth. V, 4, 5.

341) Apologeticus cap. 39.

342) Epist. 75 ict. epist. 52.

343) Constit. lib. II. c. 37. 46 sq. Canones 74. 75. Dazu vgl. n. Drey a. a. D. S. 335 flg.

344) C. 19. §. 1. 2. Cau. II. qu. I. (Augustin. c. a. 400.) c. 9. Cau. III. qu. IX. (Concil. Toletan. VI. c. 11. a. 658.), woraus Pseudo-Isidor schöpfte. c. 4. Cau. II. qu. I. vgl. mit Cau. II. qu. VIII. Cau. III. qu. IX. c. 1. X. de accusat. (5. 1.) (Ps.-Isidor.)

345) C. 19. §. 2. Cau. II. qu. I. cit.: Ego nolo illum publice corripere, et tu quaeris inscribere? — c. 14. X. de accusationibus. (5. 1.) (Innoc. III. a. 1198)

346) S. c. 6. Cau. II. qu. III. (Gregor. I. a. 595.) c. 2. 3. eod. (Ps.-Isidor.) Eine altkirchliche Formel bei Brissonius, de formulis lib. V. nr. CLXXXVIII. (s. v. Droste-Hülshoff a. a. D. S. 163, Ann. 574.

— Dieses Verfahren konnte eben so gegen Geistliche, als gegen Laien stattfinden³⁴⁷).

Der Accusationsprozeß, mit den erwähnten *solemnia accusationis*, unterblieb übrigens oft, da die Beforgniß, als Calumniator wegen nicht geführten Beweises bestraft zu werden, viele von der Accusation abhielt (s. Note 347). So beschränkte sich das Verfahren nicht selten auf private Ermahnungen und Auslegung von Bußen Seitens des Bischofs, der von dem Vergehen erfuhr, das sonst aber geheim blieb³⁴⁸). War ein Verbrechen dagegen notorisch, so konnte auch ein anderes gerichtliches Verfahren *per denunciationem evangelicam*³⁴⁹) angewendet werden. Gestützt auf die Vorschrift Ev. Matth. Cap. XVIII, 15—17, konnte der klagende Theil den Schuldigen zunächst blos persönlich zur Rede stellen, wenn dieß nichts fruchtete, vor Zeugen, und wenn auch dieß keinen Erfolg hatte, bei der Gemeinde, die den Beklagten zur Genugthuung nöthigte und, wenn er nicht folgen wollte, aus der Gemeinschaft ausschloß. In die Stelle der Gemeinde trat, wie überhaupt, später der Bischof³⁵⁰).

Ein Verbrechen konnte auch durch bloße *exceptio*³⁵¹) zur Sprache kommen, indem man demjenigen, der als Kläger oder Zeuge auftrat, eigene Vergehen *exciendo* vorwarf. Der Erfolg war hier indessen keine Bestrafung, sondern nur eine Zurückweisung des Klägers und Zeugen³⁵²).

Bei offenkundigen Verbrechen (*delictum manifestum*, später *notorium*)³⁵³) konnte auch ohne *accusatio* und *denunciatio* von Amtswegen

347) Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 76 flg., sucht, gestützt auf die cit. c. 18. 19. C. II. qu. I., rücksichtlich der Laien das Gegentheil zu erweisen. Allein in diesen Stellen ist nur von den dem Bischofe allein befohlenen gemordenen Vergehen die Rede, bei welchen er als Seelsorger, nicht als Accusator wirksam wird. Die cit. Stelle im Originale bei Augustin *sermo* 351. (ed. Maurin.), auszugsweise auch in c. 27. Cau. II. qu. VII., spricht eher gegen Eichhorn, indem es heißt: *nam plerique propterea nolunt alios accusare, qui a se per illos cupiunt excusare; plerique autem boni Christiani propterea tacent et sufferunt aliorum peccata, quae noverunt, quia documentis saepe destituuntur, ut ea, quae ipsi sciunt, iudicibus ecclesiasticis probari possint.* (S. Richter, Kirchenrecht §. 211, Anm. 5.) S. folg. Note.

348) C. 2. Cau. VI. qu. III. (Concil. Vasense I. a. 442.)

349) Wiener a. a. D. S. 17, 18. Vgl. Eichhorn a. a. D. Bd. II, S. 83, Anm. 21.

350) c. 17. dist. XLV. (Origenes.) c. 19. Cau. II. qu. I. (Augustin c. a. 400.) c. 23. Cau. XXXII. qu. V. (Innoc. I. a. 405.)

351) Wiener a. a. D. S. 18, 19.

352) S. c. 22. Cau. II. qu. VII. (Augustin a. 387.) c. 1. dist. LXXXI. (idem a. 412.) c. 24. Cau. II. qu. VII. (Conc. Tolit. IV. a. 633.) c. 23. 25. eod. (Ps.-Isidor.) — c. 1. X. de except. (2. 25.) (Coelstin. III. a. 1195.)

353) S. Wiener a. a. D. S. 19, Anm. 16 über den Ausdruck. Wegen des entsprechenden deutschen: *handhafte That*, vgl. Albrecht, *doctrinae de probationibus secundum ius germanicum medii aevi adumbratio*. P. I. (Regimont. 1825. 8.) p. 25 sq.

eingeschritten werden, gemäß Galater V, 19—21³⁵⁴). Dasselbe war auch bei einem bösen und glaubwürdigen Rufe der Fall (*infamatio, mala fama, diffamatio, infamia, suspicio*)³⁵⁵). Damit Strafe eintrat, war Ueberführung nöthig³⁵⁶). Da aber hier leicht, weil der Bezüchtigte nicht vollständig überführt werden konnte, ein Verdacht zurückbleiben konnte, der dem Ansehen des Geistlichen beim Volke schadete, ließ man ihn sich von dem Makel durch eidliche Versicherung seiner Unschuld befreien (*satisfactio, purgatio*). Dasselbe geschah, wenn beim Accusationsverfahren der Kläger gar nicht den Beweis der Schuld hätte führen können, seine Klage aber doch nicht ganz unbegründet schien, so daß er von der Strafe der *calumnia* frei blieb. Der Beklagte reinigte sich dann ebenmäßig eidlich³⁵⁷). Eine Spur dieses Eides findet sich in Irland in der Mitte des fünften Jahrhunderts, üblicher wird er im sechsten Jahrh.³⁵⁸). Der Ursprung dieses Eides ist ein rein kirchlicher und unabhängig von dem germanischen Reinigungsseide, der als ein gerichtliches Vertheidigungsmittel mit Eidhelfern üblich war und von Laien in den Sendgerichten gebraucht wurde³⁵⁹). Im fränkischen Reiche kam aber dieser germanische Eid auch beim Clerus zur Anwendung³⁶⁰), was einfach schon dadurch veranlaßt wurde, daß der weltliche Richter anfangs in vielen Fällen über Geistliche zu richten befugt war (s. oben Note 36 flg.). Seitdem aber die Kirche ein selbstständiges Strafrecht über den Clerus erlangte, wurde der kirchliche Reinigungsseide angewendet, jedoch durch das germanische Verfahren modificirt, indem Eideshelfer hinzutraten. Wegen der Zahl der Conjuratoren war dabei nichts Festes bestimmt, bis das Concil zu Mainz vom J. 851 oder 852 für Presbyteren sechs, für Diaconen drei verordnete³⁶¹). Da in Italien bisher der Reinigungsseide in seiner alten Gestalt ohne Conjuratoren üblich geblieben, dieser auch von Gregor II. im Jahre 726 der fränkischen Kirche vorgeschrieben war³⁶²), so mußte eine Rechtfertigung der germanischen Form versucht werden, und diese bewog Pseudo=Isidor zu mehrfachen Verfälschungen, indem er angeblich älteren Synoden und Capitularien die Mainzer Vorschrift beilegte³⁶³). Durch den Einfluß Pseudo=Isidors ward in der Kirche der

354) C. 15. Cau. II. qu. I. (Ambros. c. a. 384.) c. 16. eod. (Nicol. I. a. 867.) c. 17. eod. (Stephan V. a. 887.)

355) S. Wiener a. a. D. S. 20 flg.

356) Conc. Aurelian. III. a. 538. c. 4. (ed. Bruns. T. II. p. 192.)

357) Hildenbrand a. a. D. S. 35 flg.

358) C. 6. 8. 9. Cau. II. qu. V. (Gregor I. a. 592. 599.) u. a. m.

359) S. den Art. Eid Bd. III, S. 665 flg.

360) Hildenbrand a. a. D. S. 51 flg.

361) Pertz, Monum. Germaniae T. III. fol. 410.

362) C. 5. Cau. II. qu. V.

363) Diese falschen Stellen sind Capit. lib. I. c. 35. 36. lib. III. c. 281. — c. 12. Cau. II. qu. V. c. 2. X. de purgatione canonica (5. 34.), angeblich aus dem Concil. zu Agde von 506. — c. 13. Cau. II. qu. V., angeblich aus dem Concil. zu Clerbo von 524 (hiernach ist Wiener a. a. D. S. 23 zu ergänzen). Vgl. Richter, Kirchenrecht §. 211, Anm. 8 flg. Hildenbrand a. a. D. S. 59 flg., S. 69.

Reinigungseid mit Eideshelfern statt des bisherigen isolirten immer üblicher. Der Schluß der Mainzer Synode wurde auf späteren Synoden wiederholt bestätigt, wie zu Erfurt im J. 932³⁶⁴), auch von den Bischöfen, die sich dem Eide bisher entzogen hatten, geleistet³⁶⁵), ja selbst von den Päbsten die Zuziehung der Compurgatoren genehmigt³⁶⁶). Durch die Leistung des Eides reinigte sich der Beschuldigte von der mala fama, die Verweigerung des Schwures galt dagegen als Zeichen der Schuld und zog Strafe nach sich. Der Gebrauch erweiterte sich aber mehr und mehr, kam auch bei Laien zur Anwendung³⁶⁷) und erhielt nun den Charakter eines eigentlichen Beweismittels. Seit der Mitte des zwölften Jahrhunderts heißt er purgatio canonica³⁶⁸). Für Laien war außerdem noch die Reinigung durch Gottesurtheile, Ordale (purgatio vulgaris)³⁶⁹) üblich und erhielt sich lange Zeit, ungeachtet die Päbste sich mit Entschiedenheit dagegen erklärten³⁷⁰). Eine Gattung des Ordale, durch Empfang des heiligen Abendmahls (sancta offa), ward selbst beim Clerus üblich³⁷¹).

Das bisherige Verfahren erfuhr nun durch Innocenz III. eine wesentliche Umgestaltung³⁷²). Den Fall der notoria und des Verfahrens ex officio ließ er fortbestehen³⁷³). In die Stelle des Verfahrens auf infamia setzte er aber eine inquisitio ex officio³⁷⁴), und die bisherige denunciatio gestaltete er zu einem mildereren accusatorischen Verfahren, so daß, wenn nicht zugleich mala fama vorhanden war, der Denunciant bei der Beweisführung zwar mitwirken mußte, jedoch von den alten strengen Folgen der Calumnia frei blieb, wenn der Beweis nicht gelang³⁷⁵). Die

364) C. 4. bei Pertz l. c. T. IV. fol. 18.

365) Synod. Altheimensis a. 916. c. 16. bei Pertz l. c. T. IV. fol. 557. Theiner, disquisitiones criticae in praecipuas cau. et decret. collectiones. (Romae 1836. 4.) p. 327.

366) C. 7. Cau. II. qu. V. verb. mit c. 11. eod. (Alex. II.) (f. Correct. Rom. ad h. l.) c. 17. eod. (Innoc. II. a. 1131.) Der alte Eid (iuramentum secretum) findet sich noch c. 1. Cau. XV. qu. V. (Stephan. V.) c. 2. Cau. VIII. qu. III. (Urban. II. c. a. 1089.)

367) C. 6. X. de purg. can. (5. 34.) (Alex. III. a. 1172.)

368) Hildenbrand a. a. D. S. 97.

369) Hildenbrand a. a. D. S. 98 flg.

370) Tit. X. V. 35. Hildenbrand a. a. D. S. 161 flg. S. unten Note 381.

371) C. 23. 26. Cau. II. qu. V. (Conc. Wormat. a. 868.) c. 4. eod. (Concil. Triburiense a. 895.) u. a.

372) Wiener a. a. D. S. 38 flg. Hildenbrand a. a. D. S. 123 flg.

373) C. 31. X. de simonia. (5. 3.) (Innoc. III. a. 1199.) c. 8. X. de cohabit. clericorum. (3. 2.) (Idem a. 1200.) c. 15. X. de purg. canonica. (5. 34.) (Idem a. 1207.) c. 24. X. de V. S. (5. 40.) (Idem a. 1207.) c. 24. X. de accusat. (5. 1.) (Idem a. 1216.)

374) C. un. X. ut ecclesiastica beneficia sine deminut. confer. (3. 12.) (Innoc. III. a. 1198.) c. 31. X. de simonia cit. c. 17. 24. X. de accusat. cit.

375) C. 14. X. de accusat. (5. 1.) (Innoc. III. a. 1198.) c. 19. eod. (a. 1205.)

exceptio blieb unverändert³⁷⁶), und fo gab es jetzt fünf Veranlaſſungsgründe und Verfahrensweiſen in kirchlichen Straffachen: *accusatio*, *denunciatio*, *inquisitio*, *exceptio* und *notoria*. Die *inquisitio* erhielt das Uebergewicht und umfaſste nun auch den Fall, bei welchem bisher die *purgatio canonica* zur Anwendung gelangte. Die letztere konnte indessen nicht ganz entbehrt werden und erhielt jetzt also einen ſubſidiären Charakter, indem erſt, wenn die übrigen Mittel nicht zum Ziele führten, der Reinigungseid vom Richter auferlegt wurde³⁷⁷). Zu gleich wurde aber die Strafe gemildert, wenn jemand die Ableiſtung des Eides verweigerte. Es kam höchſtens zur Depoſition und Buſſe, nicht zur Degradation und Auslieferung an den weltlichen Richter³⁷⁸). Die Anſichten der Späteren wechſelten aber, und öfter wurde auch auf die ordentliche Strafe gedrungen. Die *communis opinio* blieb indessen in Uebereinstimmung mit Innocenz III. Allmählig kam der Eid aber ganz außer Gebrauch³⁷⁹), findet ſich ſeit der Mitte des vorigen Jahrhunderts nicht mehr im gemeinen kirchlichen Strafproceſſe und hat ſich bis jetzt nur particular erhalten³⁸⁰). — Zugleich war Innocenz auch aufs Neue gegen die *Ordale* (*purgatio vulgaris*) eingetreten, und das Lateranconcil von 1215 hatte dieſelben allgemeiner verboten, worauf ſie, freilich erſt nach und nach, zum Theil erſt in der neuſten Zeit abgeſchafft wurden³⁸¹).

Das Inquiſitionsverfahren, welches ſeit den Anordnungen Innocenz III. die Regel bildete, beruhte auf folgenden näheren Beſtimmungen: Nur der ordentliche Richter oder ſein Deſegat iſt zur Inquiſition beſugt. Die Unterſuchung erfolgt *in foro domicilii*, kann aber nicht begonnen werden, bis die Verüchtigung (*diffamatio*) ſelbſt conſtatirt iſt. Erſt dann iſt auch das Zeugenverhör ſtatthaft. Sobald auf Inquiſition erkannt worden, müſſen dem gegenwärtigen Inquiſiten die Anklagepunkte vorgelegt und die Namen und Ausſagen der Zeugen eröffnet werden. Hierauf kann ſich der Bezüchtigte aller Vertheidigungsmittel bedienen, und das Urtheil ergeht nach geführtem Beweiſe³⁸²). Dieſes Verfahren wurde mit einzelnen Modificationen auch von den weltlichen Gerichten angenommen und iſt auch jetzt noch, neben dem ausnahmsweiſe üblichen *Accusationsproceſſe*, das herrſchende. Nach der Praxis zerfällt es in drei Abſchnitte: 1) die vorbereitende Unterſuchung, zur Begründung der in-

376) C. 16. X. de *accusat.* (5. 1.) (Innoc. III. a. 1202.) c. 23. eod. (a. 1203.) c. 2. §. 1. X. de *ordin. cognit.* (2. 10.) (a. 1206.)

377) C. 10. X. de *purg. can.* (5. 34.) (Innoc. III. a. 1199.) c. 12. eod. (a. 1206.) c. 19. X. de *accusat.* (5. 1.) (a. 1206.) c. 21. eod. (a. 1212.) S. Hildenbrand a. a. D. S. 130 ſg.

378) C. 30. X. de *simonia.* (5. 3.) (Innoc. III. a. 1199.) c. 15. X. de *accusat.* (i. p. d.) c. 24. eod. cit.

379) S. den Art. Eid a. a. D. und Hildenbrand a. a. D. S. 151 ſg.

380) So in England (Hildenbrand S. 160).

381) Hildenbrand a. a. D. S. 171 ſg. Vgl. den Note 353 cit. Albrecht p. 57 sq.

382) v. Droſtze-Hülshoff a. a. D. S. 166 ſg.

quisitio, 2) die summarische Untersuchung, zur Feststellung des Thatbestandes selbst und 3) in Capitalsachen das articulirte Verhör, d. i. eine wiederholte solenne Vernehmung nach Artikeln. Die geistlichen Gerichte selbst sind aber in Teutschland gehalten, die im Lande bestehende Prozeßgesetzgebung zu befolgen. Selbstständiger urtheilt die Kirche jedoch nur über Amtsvergehen, bei anderen Verbrechen tritt der Staat mit ein³⁸³). Dabei bestehen folgende Principien³⁸⁴). Entweder wird 1) dem geistlichen Gerichte überlassen, alle Verbrechen eines Geistlichen zu untersuchen und in den Fällen, in welchen nach der weltlichen Gesetzgebung eine Leibes- oder Lebensstrafe eintritt, die Thäter zu degradiren und sie dem bürgerlichen Richter auszuliefern. Hier hat der Staat das Recht, die Acten des Prozeßes sich vorlegen zu lassen, oder 2) die Competenz des geistlichen Gerichtes ist genau begrenzt. Ist ein Verbrechen begangen, bei welchem die Indicien darauf hinweisen, daß es nicht zur Cognition der Kirche gehört, so tritt sogleich der weltliche Richter ein, bewirkt den Umständen nach bei dem zustehenden geistlichen Gerichte die Suspension oder Degradation und vollzieht dann die bürgerliche Strafe.

B. Evangelisches Kirchenrecht³⁸⁵).

I. Geschichte.

Wenn die bisherige Erörterung dazu diene, nachzuweisen, daß der jedesmalige Standpunkt, den die Kirche dem Staate gegenüber einnimmt, die wirkliche Beschaffenheit des kirchlichen Strafrechtes bedingt, so gilt dieß in ganz gleicher Weise von dem Strafrechte der evangelischen Kirche. Die Bedeutung und der Umfang desselben muß verschieden werden, je nachdem das Territorial-, Episcopal- oder Collegialsystem als das richtige anerkannt wird. Keins dieser Systeme ist aber geeignet, als Princip des evangelischen Kirchenrechtes Geltung zu beanspruchen. Die heilige Schrift selbst, die Symbole und das particulare Recht können allein zu einer rechten Würdigung der hier vorkommenden Verhältnisse dienen.

Die Reformatoren erkannten alsbald die Mißbräuche, welche sich bei der Handhabung der Disciplin in die Kirche eingeschlichen hatten und brangen auf Abstellung, indem sie das weltliche und geistliche Regiment, deren Vermischung Schuld an allem Verderben sei, sorgfältig von einan-

383) S. außer den schon oben im Einzelnen cit. Stellen noch Longner a. a. D. S. 389 flg. Preuß. Landr. Th. II, Tit. XI, §. 530 flg. Cabinetsordre v. 17. Dec. 1805 und Circ. v. 18. Febr. 1806 (Edictensamm. 1806, S. 53 u. 859). Cabinetsordre v. 10. Dec. und Rescr. v. 24. Nov. 1809 (Mathis, jur. Monatschrift Bd. X, S. 290). Cabinetsordre v. 12. April 1822 cit. Wegen Anwendung der letzteren in der Rheinprovinz s. Cabinetsordre v. 8. Nov. 1835 (v. Kampff, Jahrbücher Hft. XCII, S. 598, 599).

384) S. Pfeffer a. a. D. S. 66 flg. Eichhorn a. a. D. Bd. II, S. 106 flg.

385) Außer der unten zu cit. Literatur sind hier besonders zu erwähnen: A. W. P. Möller, über kirchliche Disciplin, in Aschenberg, für Kirche, Kirchenverfassung, Cultus und Amtsführung Bd. I (Schwelm 1818. 8.), Hft. II, Nr. 3. Aug. Schröder, über die jetzige Gestalt des Disciplinar-, Buß- und Beichtwesens in der evangelischen Kirche. Brandenburg a. d. H. 1840. 8.

ber geschieden wissen wollten³⁸⁶). Die „geistliche Gewalt“ sollte, ohne Unrecht zu thun, fortbestehen, „denn sie schadet, wenn sie läßt anstehen ihr Amt..., das Volk im Glauben zu Gott zu führen³⁸⁷).“ „Darum muß man die beiden Regimente mit Fleiß scheiden, und Beides bleiben lassen. Eins, das fromm macht, das andere, das äußerlich Frieden schafft und bösen Werken wehret; Keins ist ohne das Andere genug in der Welt. Denn ohne Christi geistlich Regiment kann Niemand fromm werden vor Gott, durchs weltliche Regiment³⁸⁸).“ Zu Christi geistlichem Regimente gehört aber auch die Kirchenzucht, die nicht verabsäumt werden darf, sich aber in ihren Grenzen halten muß. Lutheraner und Reformirte stimmten hierin überein, ihre Disciplin ging aber bald auseinander, und ihre verschiedene Stellung zum Staate begründete eine abweichende Praxis.

In der lutherischen Kirche überweisen die Symbole die Uebung der Kirchenzucht dem bischöflichen Amte. So bestimmt die Augsburger Confession³⁸⁹): Das bischöfliche Amt ist nach göttlichen Rechten... die Lehre, so dem Evangelium entgegen, verwerfen, und die Gottlosen, deren gottlos Wesen offenbar ist, aus christlicher Gemeinde ausschließen. — Dieß entwickelte die Apologie der Confession³⁹⁰) näher also: Bischöfliche Gewalt steht in der potestas ordinis und iurisdictionis. — Jeder Bischof hat Gewalt eines geistlichen Gerichtszwanges in der Kirche, das ist, Macht und Gewalt aus der christlichen Gemeinde zu schließen diejenigen, so in öffentlichen Lastern funden werden, und dieselben, wenn sie sich bekehren, wieder anzunehmen —. Sie haben aber nicht eine tyrannische., auch keine königliche Gewalt... Auch streckt sich die iurisdiction nicht auf Sünde, wider ihre neuen Gesetze; sondern allein auf solche Sünden, die wider Gottes Gebot sind. Nächstdem wird noch anerkannt: daß die sollen verbannt und ausgeschlossen werden, die in öffentlichen Lastern leben... Item so die heiligen Sacramente verachten³⁹¹).

Anfangs werden die Bischöfe noch von den Predigern geschieden, später wird der Unterschied aufgehoben und jedem Prediger das Recht der Zucht überwiesen, diese selbst aber auf den kleinen Bann beschränkt, „daß man offenbahrliche, halsstarrige Sünder nicht soll lassen zum Sacramente, oder ander Gemeinschaft der Kirche kommen, bis sie sich bessern und die Sünde meiden. Und die Prediger sollen in diese geistliche Strafe oder Bann nicht mengen die weltliche Strafe.“ Weltlich ist aber der große Bann, der die Kirchendiener nichts angeht³⁹²), und „dieß ist gewiß, daß die gemeine Jurisdiction die, so in öffentlichen Lastern liegen, zu bannen, alle Pfarrherren haben sollen, und daß die Bischöfe, als

386) S. Aeußerungen Dr. M. Luther's über das Verhältniß der Kirche zum Staate. Mit einem Vorworte über geistliche Strafgerichtsbarkeit. Bonn 1839. 8.

387) Luther's Werke, herausgeg. v. Balch Bd. X, S. 1655.

388) X. a. D. S. 436.

389) Art. XXVIII (der Mißbräuche Art. VII.).

390) Art. XIV.

391) X. a. D. Art. IV.

392) Schmalcaldische Artikel Th. III, Art. IX.

Tyrannen, sie zu sich gezogen, und zu ihrem Genies schädlich mißbraucht haben. Denn die Official haben unerbittlichen Muthwillen damit getrieben, und die Leute entweder aus Geiz, oder andern Muthwillen wohl geplagt, und ohne alle vorgehende rechtliche Erkenntniß gebannt. — Weil nun die Bischöfe solche Jurisdiction als Tyrannen an sich gebracht, und schädlich mißbraucht haben, dazu sonst gute Ursachen sind, ihnen nicht zu gehorchen; so ist's recht, daß man diese geraubte Jurisdiction auch wieder von ihnen nehme, und sie den Pfarrerren, welchen sie aus Christi Befehl gehört, zustalle, und trachte, daß sie ordentlicher Weise, den Leuten zur Besserung des Lebens, und zu Mehrung der Ehre Gottes gebraucht werde³⁹³.)“

Eigentlich bekennen aber die Reformatoren, daß die Kirchengewalt der ganzen Kirche gehöre, überlassen die Ausübung derselben den Laien jedoch nur im Nothfalle. „In der Noth kann auch ein schlechter Laie einen andern absolviren und sein Pfarrer werden³⁹⁴.“ Consequent und der heiligen Schrift gemäß (s. oben Note 11 cit. Stelle) hätte der ganzen Kirche, also jeder einzelnen Gemeinde die Mitwirkung bei der Vollziehung des Bannes nicht versagt werden sollen³⁹⁵). So erklärten sich auch schon 1540 die Reformatoren in einem Sendschreiben an die Nürnberger: Restituatur et excommunicatio, non ante ut in litibus rerum profanarum, sed de iudiciis manifestis, adhibitibus in hoc iudicium senioribus in qualibet ecclesia³⁹⁶), und sonst sehr häufig³⁹⁷). — In der Ausführung wurde indessen nicht dieser Grundsatz gemäß verfahren, und die Praxis gestaltete sich in den einzelnen lutherischen Landeskirchen meistens anders. Nachdem die Reformation Eingang gefunden hatte, begann man mit einer allgemeinen Visitation und traf dann die erforderlichen Maßregeln durch besondere Kirchenordnungen. So geschah es zuvörderst in Sachsen³⁹⁸). Hier wurde nach der: Instruction und Befehl darauf die Visitationes abgefertigt seyn³⁹⁹), von 1527 der kirchliche Zustand des Landes untersucht, und dann als Organ für die Ueberwachung der Ordnung das Institut der Superintendenten bestellt. Melanthon's, Unterrecht der Visitationen an die Pfarrerren im Churfürstenthume Sachsen, von 1528 gab weitere Verhaltensregeln. Die Pfarrer unter Zuziehung der Gemeinde sollten hantiren. Als obere Behörde trat 1542 dazu das

393) Anhang der Schmalcald. Artikel: Von der Bischöfe Gewalt und Jurisdiction.

394) Anhang vor. Note cit.

395) Vgl. besonders die treffliche Abhandlung von Richter, die Grundlagen der Kirchenverfassung nach den Ansichten der sächsischen Reformatoren, in Reyscher und Wilda, Zeitschrift für deutsches Recht Bd. IV, S. 1 flg., besonders S. 15 flg.

396) Carpus Reformatorem ed. Bretschneider T. III. p. 965.

397) Die Belege bei Richter aus Melanthon's Schrift de abusibus emendandis u. a.

398) Richter, Lehrbuch des Kirchenrechtes §. 30. Art. evangelische Kirchenverfassung im Rechtslexikon Bd. IV, S. 76 flg.

399) Bei Richter in der cit. Zeitschrift S. 45 flg.

Conffistorium, gemäß: der Theologen Bedenkenn vom wegen der Conffistorien so vfericht sollen werden⁴⁰⁰), von 1538, und diese Behörden übernahmen nun den Bann. — Einen ähnlichen Entwicklungsgang finden wir auch in anderen Ländern, wie namentlich im Herzogthume Preußen, wo 1526 die: Artikel der Ceremonien und anderer Kirchenordnung⁴⁰¹), wegen der Excommunication bestimmten, „daß hierinnen nichts fürgenommen werde ohne fürgehende warnung, und daß die Gemeinde mit dem Diener das Urtheil fälle.“ Zur weiteren Ausführung dienten Visitationen, welche ganz nach dem Muster der alten Sendgerichte gehalten wurden⁴⁰²). An die Spitze traten, neben dem Landesherrn, in die Stelle der bisher noch erhaltenen Bischöfe und Officiale im J. 1587 Conffistorien⁴⁰³).

Dieser Einrichtung folgten nach und nach fast alle lutherischen Kirchen⁴⁰⁴), und die ursprüngliche Mitwirkung der Gemeinden bei der Handhabung der Zucht ging verloren. Anders wurde dagegen das Verhältniß bei den Reformirten⁴⁰⁵).

Die schweizerischen Reformatoren entwickelten die kirchliche Verfassung nach einem von dem der sächsischen abweichenden Principe, indem sie den Gemeinden selbst nicht bloß subsidiär und im Falle der Noth, sondern Principaliter und schlechthin größere Rechte an der ganzen kirchlichen Verwaltung beilegten. Die Handhabung der Kirchenzucht wurde von ihnen aber als ein wesentliches Stück der guten Ordnung anerkannt; nur waren sie unter sich selbst wegen der anwendbaren Disciplinarmittel nicht einig⁴⁰⁶). Ein eigentliches Strafrecht wurde überhaupt Seitens der Kirche nicht vertheidigt, dieses vielmehr dem Staate zugesprochen, aber eine Abwehr gegen diejenigen, welche der Kirche Verderben drohen, für nöthig erachtet. Zwingli sprach sich gleich anfangs in seinen Conclusionen im Jahre 1523 darüber aus, daß der Bann allein gegen den, der öffentlich verergert, von der ganzen Gemeinde verhängt werden solle⁴⁰⁷). Calvin erklärte sich damit übereinstimmend, indem er, wie Luther, das geistliche und weltliche Regiment streng gesondert wissen wollte: Quantum est Discrimen, quanta dissimilitudo ecclesiasticae et civilis potestatis. Non ius gladii habet ecclesia, quo puniat vel coerceat; non impe-

400) X. a. D. S. 62 flg.

401) Jacobson, Gesch. der Quellen des preuß. Kirchenrechtes Bb. I, Th. II, S. 25 flg.

402) X. a. D. S. 35, 36 u. a.

403) X. a. D. S. 55 flg.

404) S. die Kirchenordnung der evangelisch-lutherischen Kirche Deutschlands in ihrem ersten Jahrhunderte. Berlin 1824. 8. Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgeschichte Bb. IV, §. 563. Desselben Kirchenrecht Bb. I, S. 711 flg.

405) S. Richter, Kirchenrecht §. 31.

406) Stimmen aus dem schweizerischen Reformationszeitalter über die Excommunication ober den Kirchenbann. Bern 1839. 8.

407) Art. XXXI und XXXII. (Niemeyer, collectio confessionum in ecclesiis Reformatis publicarum. [Lipsiae 1840. 8.] p. 8. 9.)

rium, ut cogat; non carcerem, non poenas alias, quae solent infligi a magistratu. Est igitur longe diversa ratio, quia nec quicquam sibi sumit ecclesia, quod sit proprium magistratus... Severissima ecclesiae vindicta ut quasi ultimum fulmen est excommunicatio, quae non nisi in necessitate adhibetur; sed nec vim, nec manum desiderat, sed verbi Dei potentia contenta est⁴⁰⁸). Derselbe setzt auch voraus, daß die Kirchenzucht als wahres Bedürfnis vom Sünder erkannt werden, daß er sich ihr freiwillig unterwerfen soll: Non hoc agit ecclesia, ut, qui peccavit, invitus plectatur, sed ut voluntaria castigatione poenitentiam profiteatur, und fordert, daß die Auflegung der Buße als Ausspruch der Kirche erscheinen und daher von der Gemeinde ausgehen müsse: Non unius arbitrio, sed per legitimum ecclesiae consensum administranda est haec spiritualis potestas, a iure gladii prorsus separata⁴⁰⁹).

Diesen Grundsätzen gemäß sind auch die Symbole verfaßt. So lesen wir in der ersten Basler Confession⁴¹⁰): Man soll bannen, damit die Kirche je Gestalt, soviel möglich von Maser (macula) behalte. Dazu bestimmt die zweite Basler (erste helvetische) Confession⁴¹¹): Diejenigen, welche die Kirche lästern, ärgern und verwüsten wollen, sollen durch die so von den Dienern des Wortes und christlicher Oberkeit dazu verordnet sind, ausgestoßen werden. Die späteren reformirten Symbole bestätigen wiederholt diese Aussprüche⁴¹²), und bezeugen, wie in allen reformirten Landeskirchen die Kirchenzucht zur Anwendung gebracht worden sei. Dieß geschah aber theils durch eigene Rügen- und Sittengerichte, welche wie die lutherischen Visitationen eine Fortsetzung der alten Senden sind, theils und vorzüglich auf den verschiedenen mit der Presbyterialverfassung zusammenhängenden kirchlichen Versammlungen der Consistorien (in jeder Gemeinde), der Classen (Convente), der Provincial- und der Generalsynoden.

Eine diesem Principe gemäße Einrichtung findet sich zuerst in Hessen anerkannt, indem die Synode zu Homburg am 21. und 22. October 1526 und zu Marburg am 23. Juni 1527 festsetzte, daß wöchentlich in jeder Gemeinde ein Sendgericht gehalten und jährlich eine Landessynode versammelt werden sollte, gebildet von der Geistlichkeit und

408) Institut. christ. lib. IV. cap. XI.

409) A. a. D. §. 3.

410) Art. VII. (Niemeyer I. c. p. 82. 97.)

411) Art. XIX. (I. c. p. 111. 119. 120.)

412) S. belgische Confession Art. XXX. XXXII (I. c. p. 381. 383). Heideberger Catechismus Frage 82—85 (I. c. p. 411. 412. 449., vgl. dazu Flißgen, Zeitschrift für die historische Theologie Jahrgang 1838, Bd. II, p. II, S. 88 flg.). Zweite helvetische Confession im Tit. de ministris ecclesiae (I. c. p. 511). Synode zu Thorn von 1595 (I. c. p. 583). Thorer Declaration von 1645 (I. c. p. 683. 684). Böhmische Confession von 1535 Art. XIII (I. c. p. 806. 807). Anglicanische Confession Edmund's VI. von 1552 (I. c. p. 598). Anglican. Conf. von 1562 und 1571 Art. XXIII (I. c. p. 608).

Deputirten der Gemeinden⁴¹³). Die darüber erlassene Kirchenordnung⁴¹⁴) wurde aber auf Luthers Rath, der sich insbesondere gegen die darin festgesetzte Kirchenzucht erklärte⁴¹⁵), nicht publicirt; 1531 folgte dann die Bestellung von sechs Superintendenten⁴¹⁶), 1539 die Anordnung von Gemeindevätern, denen die geistliche Aufsicht übertragen ward⁴¹⁷), ohne das Recht auf den Bann, welcher vielmehr den Superintendenten zustehen sollte. Endlich drang aber das Princip der Consistorialverfassung vollständig durch, anerkannt in der Consistorialordnung vom 10. October 1610. In Württemberg wurde in der im Jahre 1526 von Joh. Brenz verfaßten Kirchenordnung den Presbyterien die Kirchenzucht übertragen⁴¹⁸), die später in bestimmten Graden den einzelnen kirchlichen Behörden anheimfiel, ohne daß aber den Presbyterien (Kirchenconventen) ein gewisser Antheil dabei entzogen wurde⁴¹⁹). Ein ähnlicher Entwicklungsgang kann in anderen Ländern nachgewiesen werden. Dagegen erscheint das in den reformirten Symbolen dargelegte presbyteriale Element wie überhaupt, so vorzugsweise rücksichtlich der Kirchengensur aufs vollständigste in der reformirten Kirche von Jülich-Berg und Cleve-Mark ausgebildet und bis in die neueste Zeit auch verwirklicht⁴²⁰). Schon nach der ersten Begründung der evangelischen Gemeindeverfassung ward die Kirchengensur durch alle Grade in den Consistorien jeder Gemeinde, gebildet von den Geistlichen und Kirchenältesten, geübt. Mit der Erweiterung der evangelischen Kirche bildete sich dabei ein bestimmter Instanzenzug an die größeren evangelischen Kreise der Classen und Synoden, welche von Deputirten des geistlichen und Laienstandes gehalten

413) S. Martin, Nachrichten von der Synode zu Homburg. Cassel 1804. 8. v. Kommel, Philipp der Großmüthige, Landgraf von Hessen Bd. I, S. 151 flg.

414) Gedruckt bei Schmincke, monumenta Hassiaca T. II. p. 588 sq. Vgl. Auszug bei Kopp, von den geistlichen und Civilgerichten in Hessen Bd. I, S. 206 flg. v. Kommel a. a. D. Bd. II, S. 114—116.

415) Vgl. das früher ungedruckte Schreiben Luther's an Philipp den Großmüthigen, d. d. Montag nach Epiphantas 1527 (in Köhr's kritischer Predigerbibliothek 1832 Bd. XIII, S. II, S. 362—364). Desgleichen ein Schreiben (von 1533) Melanthon's an Corvin in Hessen über Luther's befallige Meinung (v. Kommel a. a. D. Bd. II, S. 116).

416) v. Kommel a. a. D. Bd. II, S. 124, 125. Im Jahre 1537 ergingen Verhals nur nähere Bestimmungen (heßische Landesordnungen B. I, S. 100. Kopp a. a. D. B. I, S. 209).

417) Heß. Landesordnung B. I, S. 109. Kopp a. a. D. S. 212.

418) S. Hartmann und Jäger, Johann Brenz Bd. I (Hamburg 1840. 8.), S. 108.

419) Vgl. Wolff, die Zukunft der protestantischen Kirche in Deutschland (Stuttgart 1840. 8.), S. 200—202. S. Note 425.

420) S. (Pütter) Rechtsgutachten über die Gerechtfame der protestantischen Synoden in den Herzogthümern Jülich und Berg in Censur-, Disciplin- und Matrimonialsachen, nach Inhalt der Religionsrecessse, von der Juristenfacultät zu Göttingen. Cleve 1791. 4. v. Dven, die Presbyterial- und Synodalverfassung in Berg, Jülich, Cleve und Marl. Essen 1829. 8. Vgl. die älteren Presbyterialkirchenordnungen der Länder Jülich-Berg, Cleve-Mark u. s. w. herausgegeben von K. Sarthlage. Leipzig 1837. 8.

würden. In der Jülich-Bergischen Kirchenordnung von 1654, der Cleve-Märkischen von 1662⁴²¹), dem Religionsvergleich zwischen Brandenburg und Pfalz-Neuburg vom 26. April 1672 und dem Weselschen Recesse vom 6. (16.) April 1677⁴²²) ist dieß Censurrecht anerkannt. In diesen Ländern beruhte auch die Verfassung der lutherischen Kirche auf der presbyterialen Grundlage, und die Disciplin wurde, derselben entsprechend, gemäß den Ministerialgesetzen und dem summarischen Begriffe von 1677 für Jülich-Berg⁴²³), so wie der Cleve-Märkischen Kirchenordnung von 1687⁴²⁴), fortdauernd geübt⁴²⁵). Die katholische Landeshererschaft von Jülich-Berg trat später hindernd entgegen und in Folge der französischen Revolution hörte mit der veränderten Verfassung die bisherige Weise des Verfahrens auf. Seit der Herstellung und resp. Befestigung der preuß. Regierung erfolgte aber eine Restitution der Disciplinarbefugnisse und wurde in der untern 5. März 1835 publicirten Kirchenordnung für die Rheinlande und Westphalen anerkannt⁴²⁶). Die nähere Ausführung beschäftigte schon vorzüglich die zweite rheinische Provinzialsynode von 1838⁴²⁷) und steht jetzt ihrer Vollendung nahe. Auch hat sich in mehreren anderen Ländern die Handhabung der Kirchenzucht durch Sittengerichte und Synoden ununterbrochen bis jetzt erhalten, wie namentlich in der Schweiz⁴²⁸), in Württemberg⁴²⁹) und in anderen Ländern⁴³⁰). Da, wo es nach und nach zu Beschränkungen gekommen war, ist in der neuesten Zeit mit dem Erwachen des höheren Interesses für das kirchliche Leben die Herstellung in Antrag gebracht worden⁴³¹). Auch haben sich viele Stimmen für dieselbe vernehmen lassen⁴³²). An-

421) Cap. III. u. XVII. (s. Carthlage a. a. D. S. 34, 53, 96, 114.)

422) Die betreffenden Stellen bei Carthlage a. a. D. S. 209 flg.

423) Leges. lex XVII. (Carthlage a. a. D. S. 63.) Summar. Begriff Cap. I, §. 16, Cap. II (a. a. D. S. 70 flg.).

424) Cap. IX. XII. XIV. XX. (a. a. D. S. 119 flg.)

425) Die handschriftlichen Synodalprotocolle, deren Resultate in der Fortsetzung meiner Gesch. des preuß. Kirchenrechtes mitgetheilt werden sollen, dienen zum Beweise.

426) §. 118 flg., §. 144 flg. (s. Carthlage a. a. D. S. 203, 206) u. a.

427) Die Verhandlungen der zweiten rhein. Provinzialsynode. Als Manuscript gedruckt (Warmen 1838), S. 103 flg. Vgl. allg. Darmstädt. Kirchenzeit. 1838, Nr. 196, und die Auszüge in der Note 433 cit. Schrift von Bruno Bauer.

428) Vgl. die Note 406 cit. Schrift und Berliner allg. Kirchenzeit. 1839, Nr. 96, 1840, Nr. 14.

429) S. den Note 419 cit. Wolff und vorzüglich Eisenlohr, in der Einleitung zu Bd. VIII von Keyser's vollständige Sammlung der württembergischen Gesetze.

430) Namentlich in England, Schweden (s. die Auszüge aus Rabenius in den Berliner Jahrbüchern für wissenschaftl. Critik, 1841, Sept., Nr. 43.

431) S. allg. Darmstädt. Kirchenzeit. 1836, Nr. 28, 176—179; 1839, Nr. 140, 141. Der Antrag auf der badischen Synode zu Lahr im October 1841 wurde zurückgewiesen (Berl. allg. Kirchenzeit. 1841, Nr. 97, S. 895).

432) S. Schuberoff, über Kirchenzucht. 1809. 8. Pahl, das öffentliche Recht der evangelisch-lutherischen Kirche in Deutschland (Tübingen 1827.

bererseits hat es aber auch nicht an Segnern gefehlt, welche die förmlich geübte Kirchenzucht als dem evangelischen Principe widersprechend darzustellen gesucht haben und jede derartige Thätigkeit dem Staate vindiciren wollen⁴³³).

Fragen wir zunächst nach dem rechtlichen Ansprüche der evangelischen Kirche auf Handhabung der Kirchenzucht, so ist derselbe im allgemeinen nicht zu bestreiten. Die evangelische Kirche ist an sich da, wo sie wirklich recipirt ist, in demselben Rechte, welches der katholischen Kirche gebührt. Sie hat die Disciplinargewalt als ein *annexum exercitii publici*⁴³⁴), jedoch innerhalb der durch die Landesgesetzgebungen gesteckten Grenzen (s. unten). Daß die Kirchenzucht den Grundsätzen der heiligen Schrift und den Uebersetzungen der Reformatoren nicht widerspreche, folgt aber aus der obigen Erörterung. Somit würde es nur noch darauf ankommen, zu entscheiden, ob eine Weibehaltung und resp. Restitution kirchlicher Disciplin für die jetzigen Zeitverhältnisse zulässig sein dürfte? — Daß da, wo die Zucht noch gehandhabt wird, keinen Anstoß erregt und gute Ordnung zu unterstützen geeignet erscheint, eine Abstellung nicht erfolgen dürfe, wird jeder Unbefangene zugestehen müssen. Wo die wohlthätigen Erfolge guter Zucht sich nicht zeigen, sind die Gründe der Hemmung zu ermitteln und das den Umständen Entsprechende anzuordnen. Wo die Disciplin außer Uebung gekommen, da kann eine Einführung derselben erst dann bewirkt werden, wenn der Sinn für dieselbe geweckt, Lauheit und Indifferentismus in Angelegenheiten der Religion und des kirchlichen Lebens bewältigt und das Bedürfnis anerkannt worden ist. Die Zucht soll kein Zwang sein, der nur Heuchler hervorrufen würde, sie kann daher auch nicht von Außen her aufgedrungen werden, sondern muß von der Kirche und den Gemeinden selbst ausgehen. Die Freiheit des Evangeliums, nicht der Zwang des Gesetzes muß entscheiden, ob die Disciplin bestehen soll. Die wahre Freiheit besteht aber in der Ordnung. Ist deren Nothwendigkeit im allgemeinen anerkannt, so kann gegen den Einzelnen, der sich derselben nicht fügt, nur mit Entschiedenheit, aber mit brüderlicher Liebe, eingeschritten werden. Wer sich selbst von der Gemeinde ausschließt, der kann als ein zu ihr nicht weiter Gehörender auch declarirt werden.

II. Die kirchlichen Strafen.

Der natürliche Unterschied zwischen Lehrern (Geistlichen) und Lernenden (Laien) ist in der evangelischen Kirche nicht aufgehoben, und so sind die anwendbaren Disciplinarmittel auch hier allgemeine und besondere.

8.), S. 419 fg. S. auch die Note 385 cit. Abhandlungen von Möller, Schröder. Puchta, Recht der Kirche (Leipzig 1840. 8.), S. 142 fg. u. a.

433) S. Aug. Köhler, sind Kirchenstrafen ein wesentliches Stück der Kirchenzucht? In Beziehung auf zeitgemäße Kirchenordnung beantwortet (Magdeburg 1819. 8.), und ganz besonders Bruno Bauer, die evangelische Landeskirche Preußens (Leipzig 1841. 8.), 2. Aufl., S. 108 fg. Vgl. auch Klee, das Recht der Einen allgemeinen Kirche Christi Bd. II (Magdeburg 1841. 8.), S. 286 fg.

434) J. P. O. art. V. §. 31. Vgl. oben Note 310 fg. und den Note 420 cit. Pütter.

a) Allgemeine Strafen.

Wenn die Kirchenzucht nur da zur Anwendung zu bringen, wo wahrhaft kirchliches Leben vorhanden ist, so setzt dieß natürlich nicht einen vollendeten kirchlichen Zustand voraus, der auf Erden nicht stattfinden kann und bei dessen Eintritte es der Zucht vielmehr nicht bedürfte⁴³⁵). Die Zucht kann also nur eintreten, wo gegen die evangelische und kirchliche Ordnung gefehlt wird. Die Zuchtmittel sind auf die Zurückführung zur Ordnung berechnet, und zwar nicht allein auf dem Wege der Gewalt, sondern in brüderlicher Liebe, „ohne menschliche Gewalt, allein durch Gottes Wort⁴³⁶).“ Denn, sagt Luther, wir sollen die Kirche regieren mit dem Wort oder mündlichen Schwert, und die Ruthe des Mundes führen. Dagegen so hat die weltliche Obrigkeit ein ander Schwert, als, ein Faustschwert oder hölzerne Ruthe, damit der Leib geschlagen wird. Aber des Predigers Ruthe schlägt allein die Gewissen, welche fühlen, was man sage. Darum, so müssen diese zwei Ruthen und Schwertter unterschieden werden, auf daß Einer dem Anderen nicht in sein Amt falle⁴³⁷). So ist es zunächst das Princip der Seelsorge⁴³⁸), welches in den Ermahnungen, Warnungen u. s. w. hervortritt, also ein forum internum, wenn gleich die evangelische Kirche die Auf-erlegung von Bußen in foro conscientiae nicht kennt⁴³⁹). Nach den Vorschriften der Kirchenordnungen und Territorialrechte soll jede Kirchenzucht mit diesen Mitteln beginnen, und die Befugniß dazu haben die Geistlichen, Presbyterien, Kirchenconvente⁴⁴⁰). Das Moment der Seelsorge bleibt aber auch das belebende in den weiteren Stadien der Censur, der Kirchenbuße (excommunicatio minor) und dem Kirchenbanne (excommunicatio maior). Sobald nämlich geheime und öffentliche Vorhaltungen, allenfalls auch von der Kanzel, zuerst ohne, dann mit Nennung des Namens des Schuldigen die beabsichtigte Besserung nicht bewirken können, dann schließt sich der Bezüchtigte selbst und freiwillig, wenn auch mit Widerstreben, von der kirchlichen Gemeinschaft aus, und die Kirche ist befugt, dieß auszusprechen⁴⁴¹). Einen Zwang, sich der Ordnung zu fügen, würde man vom Standpunkte der evangelischen Kirche nicht rechtfertigen können⁴⁴²). Die Reformatoren, und nach

435) Moser, vertraute Briefe über das protestantische Kirchenrecht S. 372 flg., verlangt zur Anwendbarkeit der Zucht einen solchen Zustand.

436) Augsburg. Confession Art. XXVIII.

437) Luther's Werke von Walch Bd. VII, S. 1741.

438) Klee a. a. D. S. 305, 311 flg.

439) G. L. Böhmer, principia iuris canonici (ed. VII.) §. 857. not. a.

440) S. z. B. Jülich=Berg. ref. K.:D. §. 134, 135. Cleve=Märk. ref. K.:D. §. 136, 137. Summar. Begriff Cap. II. Cleve=Märk. luth. K.:D. §. 106, 147 flg. (bei Sarrthlage a. a. D.) u. a. Bgl. preuß. allg. Landr. Th. II, Tit. XI, §. 75 flg.

441) U. M. Klee a. a. D. S. 295. S. dagegen Puchta a. a. D. (Note 432).

442) Einen Zwang zum heil. Nable vertheidigt Schuderoff a. a. D. S. 24. Das Recht, seine Bürger zur Kirche zu treiben, gibt Kähler a. a.

berer Aussprüchen (s. oben) die Symbole und Kirchenordnungen, so wie die weltliche Gesetzgebung fordern die Excommunication, meist aber nur die minor, welche sie aber öfter bei beharrlicher Widerspenstigkeit in die maior übergehen lassen. So bestimmen die rheinischen Kirchenordnungen (s. Note 440): Es soll niemand, der in Verleugnung der Religion, Mord, Ehebruch, Hurerei, Verrätherei, offenbaren Diebstahl und dergleichen grobe Laster gefallen wäre, zum Tisch des Herrn zugelassen werden, bis er durch einen christlichen Wandel wahre Buße und Besserung in der That bewiesen hat. — Nach geschehener Excommunication soll die Gemeinde ermahnt werden, daß niemand mit dem Ausgeschlossenen, ausgenommen seine Ehe- und Hausgenossen, esse, noch trinke; oder sonst einige familiäre Gemeinschaft mit ihm halte, damit er dadurch veranlaßt werde, sich zu schämen und zur Erkenntniß seiner selbst zu kommen; doch sollen Prediger und Älteste denselben ohne Aufhören zur wahren Buße ermahnen und wieder zu gewinnen suchen. — Die Form, in der die Excommunication ausgesprochen wurde, war mitunter sehr hart; so in der mecklenburgischen Consistorialordnung: Verkündige ihm hiermit Gottes schrecklichen Zorn und Ungnade, und daß er von der Gemeinschaft aller Heiligen im Himmel und auf Erden abgeschnitten, und mit allen Teufeln in der Hölle verflucht und ewiglich verdammt sei, so lange er in dieser Unbußfertigkeit verharret. Versage ihm auch hiermit alle Kirchenrechte und aller h. Sacramente Gemeinschaft, ausgenommen die Anhörung der Predigt. Bitte auch und vermähne alle Christen, daß sie mit diesem Menschen forthin nichts zu schaffen haben und sich seiner Gemeinschaft ganz entschlagen, nicht mit ihm essen oder trinken, ihn nicht zu Gevatter bitten, zu keiner Hochzeit oder anderer ehrlichen Gesellschaft laden, auch auf der Straße oder sonst nicht grüßen⁴⁴³). Dieß war offenbar viel weiter gegangen, als ursprünglich von den Reformatoren bestimmt war und wurde auch da, wo solche Strenge gesetzlich zustand, wohl nur selten geübt. In den meisten evangelischen Ländern beschränkte man sich überhaupt auf die kleinere Excommunication, und die größere wurde seit dem siebzehnten Jahrhunderte nicht mehr verhängt. Insbesondere war auch von Anfang an die excomm. sententiae latae⁴⁴⁴) und die Anwendbarkeit wegen Civilsachen untersagt⁴⁴⁵), was aber katholischer Seits gegen evangelische Unterthanen nicht befolgt wurde⁴⁴⁶). Die Kirchenbuße

D. S. 74 dem Staate. Vgl. die Abhandlung: Hat der Staat das Recht, seine Diener und Unterthanen auf irgend eine gesetzliche Weise zur Beobachtung der öffentlichen Religionsfeier anzuhalten? Frankfurt a. M. 1841. 8. (im Auszuge in der Darmstäd. allg. Kirchenzeit. 1841, Nr. 192, 193).

443) S. J. H. Böhm er, ius eccl. Prot. lib. V. tit. XXXIX. §. 55 sq. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 97.

444) S. das Bedenken wegen der Consistorien von 1538 bei Richter, in der Zeitschrift für teutsches Recht a. a. D. S. 76.

445) S. Note 396. So bestimmt bereits die hessische Kirchenordnung von 1526 c. 16.: Nolumus ut quispiam excommunicetur pro causis civilibus.

446) Vgl. Reuther, diss. ad art. V. §. 48. J. P. O. etc. Mogunt. 1762, (in Schmidt, thesaur. iuris eccl. T. III.) Cap. III. §. 394 sq.)

selbst hat sich dagegen länger erhalten. So in Württemberg, wo sie besonders gegen Ehebrecher zur Anwendung kam, welche an drei auf einander folgenden Sonntagen am Schlusse des Morgengottesdienstes vor den Altar treten, eine Strafpredigt anhören und vor der ganzen Gemeinde nach einer bestimmten Formel sich als Sünder bekennen und Neue bezeugen mußten. Im Jahre 1621 abgeschafft, wurde sie 1642 wieder hergestellt, doch selten angewendet und durch das Gesetz vom 31. Juli 1806 gänzlich aufgehoben⁴⁴⁷). In Preußen war die öffentliche Kirchenbuße bis zur Mitte des vorigen Jahrhunderts besonders gegen Unkeuschheit im Gebrauche⁴⁴⁸). Friedrich der Große hob die öffentliche Handhabung auf⁴⁴⁹) und verordnete, daß kein Geistlicher eigenmächtig jemanden vom heil. Abendmahl ausschließen dürfe⁴⁵⁰). In solcher Weise, d. h. unter Genehmigung des Consistorii, ist sie jetzt noch üblich⁴⁵¹). Ebenso in Sachsen und in anderen Ländern⁴⁵²). Auch hat sich als Ueberrest des Kirchenbannes noch öfter die Versagung des kirchlichen Begräbnisses erhalten⁴⁵³). In die Stelle der Kirchenbuße ist für manche Fälle auch Geldstrafe getreten (Brüchten, Sabbathbußen u. a.)⁴⁵⁴) und selbst Gefängniß⁴⁵⁵).

b) Besondere Strafen.

Außer den allgemeinen, auch gegen Geistliche anwendbaren Strafen, finden sich folgende nur in Beziehung auf das Amt: die Translocation (Strafversetzung), namentlich zu einer schlechteren Stelle (Pönitenzpfarre), wenn ein Geistlicher das Vertrauen seiner Gemeinde verloren, oder wenn er sein Amt vernachlässigt und vorangegangene Admonition nicht gefruchtet hat⁴⁵⁶). Dagegen ist die bloße Versetzung zu einer gleich guten Pfarre nicht als Strafe anzusehen⁴⁵⁷). Die Suspension vom Amte oder den Einkünften ist nach den bei katholischen Geistlichen ein-

447) C. G. Wächter, die Strafarten und Strafanstalten Württembergs (Tübingen 1832. 8.), S. 252. S. auch Note 429 cit.

448) Vgl. bes. Gesetze vom 11. Februar, 30. März, 19. Dec. 1716 (Corp. Const. March. T. I. Abth. II, Nr. 101, 106, 107, 110 u. a.).

449) Gesetz v. 3. März und 20. Juni 1746 (Nov. Corp. C. March. T. III. Nachtrag Nr. 33).

450) Gesetz v. 27. März 1747.

451) Allg. Landr. Th. II, Tit. XI, §. 50 flg., §. 86 flg.

452) v. Weber, sächs. Kirchenrecht Th. I, Abth. II, S. 635. Ueber Hannover s. Spangenberg in Lippert's Annalen des Kirchenrechtes Bd. III, S. 26 u. a.

453) C. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 562. v. Droste-Hülshoff a. a. D. Bd. II, Abth. II, §. 226, Anm. 631. Wegen Sachsen s. m. den Erlaß von 1838 in der allg. Kirchenzeit. 1839, Nr. 37, S. 309, 310.

454) S. v. Droste-Hülshoff a. a. D. Anm. 630, S. 179.

455) Wie in Württemberg s. Note 429, 447 cit.

456) S. z. B. preuß. allg. Landr. Th. II, Tit. XI, §. 531. Circular v. 15. Nov. 1791 (Gebiete, Annalen des Kirchenwesens Bd. I, S. 67, 68). — Auf Antrag der Landstände in Sachsen durch Resolution v. 30. Sept. 1763 abgeschafft (Cober des im Königreiche Sachsen geltenden Kirchen- und Schulrechtes [Leipzig 1840], S. 145).

457) Peffter, im n. Archive des Criminalrechtes Bd. XIII, S. 55, 56.

tretenden Beziehungen (s. oben Note 171 fig.) zu beurtheilen; die un- freiwillige Emeritirung oder Pensionirung, mit einem nach dem Grade der Verschuldung abzumessenden geringeren Emeritengehalte oder Pensionsbetrage. Sie soll in Preußen zur Anwendung kommen, wenn eigentlich auf Strafversetzung zu erkennen gewesen, diese aber wegen des höheren Alters oder sonst verminderter Dienstfähigkeit des zu Versetzenden nicht für anwendbar zu erachten ist⁴⁵⁸); die Dienstenlassung (Dimission), wenn die gesetzliche Pension oder das ganze Gehalt dem Dimissus verbleibt, ist eine mildere Form der Amtsentsetzung (Remotion)⁴⁵⁹), welche als Degradation erscheint, wenn dabei gewisse Solennitäten angewendet, namentlich öffentlich in der Kirche dem bisherigen Geistlichen der Priesterrock und Halskragen abgenommen werden⁴⁶⁰). — Da nach evangelischem Rechte der Geistliche als solcher nur vermöge seines Amtes erscheint, so geht mit dem Verluste desselben stets sein Stand selbst verloren. — Die Verhängung aller dieser Strafen erfolgt bald durch das Consistorium, bald durch das geistliche Ministerium, nach vorangegangener richterlicher Untersuchung oder auch ohne eine solche, indem nach den Vorschriften der Particularrechte hierbei auf blos administrativem Wege verfahren werden darf, und auch, wenn die Sache zur gerichtlichen Verhandlung gekommen ist, wegen des veranlaßten Mergernisses nicht ein streng juristischer Beweis nothwendig ist⁴⁶¹).

III. Die kirchlichen Verbrechen.

Auch hier scheint es zweckmäßig, die allgemeinen und besonderen Delicte zu trennen, um daraus zugleich die verschiedene Auffassung des evangelischen Rechtes gegenüber dem katholischen, bestimmter zu erkennen.

a) Gemeine kirchliche Verbrechen.

Die bisherige Strafdisciplin der katholischen Kirche ging auf die evangelische nur beschränkt über, indem die veränderte Auffassung des Verhältnisses zum Staate viele bis dahin der kirchlichen Cognition unterworfenen Handlungen als zum Ressort des bürgerlichen Richters gehörig ausgeschieden wurden. Die Gesichtspunkte, welche für die evangelische Disciplin maßgebend bleiben mußten, waren: die Unwahrheit der Lehre, der unsittliche Wandel, die Verletzung der Ordnung der Gemeinde. — Darnach verzeichnen die Kirchenordnungen die einzelnen der Zucht zu unterwerfenden Handlungen. So nennt das Bedenken wegen der Consisto-

458) Cabinetsordre v. 27. April 1830 (Gesetzsamml. 1831, Nr. 11).

459) Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 103, 104. Vgl. Jütich-Berg. ref. R.-D. §. 48, 49 u. a.

460) S. Rosenmüller, Rede bei der öffentlichen Degradation des Pfarrers zu Poserna Tinius. Leipzig 1814. 8. Vgl. Pösig, Zeitschrift für die preuß. Criminalrechtspflege 1830, S. XXIX, Nr. 15, S. 12 fig., Anm. Allg. Landr. Th. II, Tit. XI, §. 532 fig.

461) S. z. B. preuß. Rescr. v. 10. und 24. Nov. 1809 (Mathis, jur. Monatschrift Bd. VIII, S. 497, Bd. X, S. 290) u. a. Art. 47 des Landtagsabschiedes im Herzogthume Braunschweig v. 13. Juni 1823 und herzogl. Rescr. v. 12. Nov. 1824 (v. Strombeck, staatswissenschaftliche Mittheilungen [Braunschweig 1831. 8.], Hft. II, S. 200—203).

rien vom Jahre 1538 1) die, welche rottische vorfäulisch Dogmata und Lere fureten; 2) die, so nach geschעהener Verwarnung in Ehebruch, Huzerei, Wucher verharren und sich nicht bessern; 3) welche Vater, Mutter schlagen, an Priester, Pfarrer u. s. w. gewaltig Hand anlegen; 4) alle Gotteslästerer und die von der Christlichen Lere honisch, vorechtlich oder unnuglich gerett haben; 5) die unter der heiligen Communion, unter der Predigt oder zur Zeit der Psalmodey in der Kirche aus Muthwillen, Troß, Leichtfertigkeit getrieben, die Prediger geschmäht, item die etliche Wochen, Monat oder Jahr aus Verachtung in kein Kirchen oder Predigt gangen; 6) die mit Zauberei, verdächtigen Segen umgehen, meineidig und ihres Eidespflicht Verächter befunden u. a.⁴⁶²). Da, wo die Presbyterialverfassung die Kirchenzucht mehr aufrecht erhielt, sind die meisten der hier genannten Delicte auch wirklich längere Zeit Gegenstand der Censur geblieben, und noch neuerdings sind von der rheinischen Provinzial-synode (s. Note 427) deßfallige Anträge gemacht worden. Die Synode bezeichnet als Gegenstand der Disciplin die zur öffentlichen Kunde gekommenen, Aergerniß gebenden Vergehungen und Laster und zwar 1) solche, durch welche eine Verachtung oder Geringschätzung der evangelischen Kirche an den Tag gelegt und derselben ihre natürliche Erhaltung und Ergänzung entzogen wird, nämlich a) wenn ein evangelischer Mann seine Kinder in der katholischen Kirche erziehen zu lassen verspricht oder wirklich erziehen läßt, b) fortgesetzte Theilnahme an den Ceremonien der katholischen Kirche; 2) solche, die wider die Ehrfurcht vor Gott und die Heiligung des göttlichen Namens angehen, namentlich a) gotteslästerliche Reden, b) Verspottung der christlichen Religion, c) Wahrsagerei als Gewerbe, d) Entweihung und Störung des öffentlichen Gottesdienstes und Beleidigung der in ihren amtlichen Functionen begriffenen Geistlichen und Presbyter, e) fortgesetzter und öffentlich kund werdender Gebrauch der Sonn- und Feiertage zur Ausübung der gewöhnlichen Erwerbsthätigkeit, insofern sie nicht durch die Nothwendigkeit geboten wird; 3) solche, durch welche Zucht und Ehrbarkeit in der Gemeinde untergraben wird, a) notorisch unzüchtiger Lebenswandel, so wie die öffentliche Beförderung dieses Lasters, b) notorischer Ehebruch, c) wilde Ehen, anstößiges Zusammenleben verlobter Personen und voreheliche Schwangerschaft, d) Laster des Trunkes und Spielens, e) grobe Vernachlässigung der Kinderzucht, f) notorische und fortgesetzte Unehreerbidtigkeit gegen Eltern, deren Stellvertreter und alle vorgesezte Obrigkeit, g) anstoßgebender Unfriede im Hause, h) Schlägerei und Duell; 4) alle entehrenden Handlungen, welche mit bürgerlichen Strafen belegt werden und zugleich durch das göttliche Gesetz verboten sind, als Diebstahl, Mord, Betrug, Meineid, Aufruhr u. dergl.; 5) solche, die sich auf die Handhabung der Kirchenzucht beziehen, nämlich das Nichterscheinen der vor einer Commission des Presbyteriums oder vor dem versammelten Presbyterium zu erscheinenden dreimal vorgeladenen Glieder der Gemeinde, als eine Verachtung der kirchlichen Behörden.

462) Richter, in der Zeitschrift für teutsches Recht a. a. D. S. 76.

Nach dem jetzigen Standpunkte des bürgerlichen Strafrechtes kann eine Gewährung kirchlicher Disciplin in allen diesen Vergehen wohl nicht gerechtfertigt werden, ja schon nach dem Standpunkte der Reformatoren würden viele dieser Fälle der Cognition des Staates schlechthin zu unterwerfen sein. Alle diejenigen aber, welche der Staat gar nicht zum Gegenstande seiner speciellen Sorge gemacht hat oder machen kann, würden der kirchlichen Censur anheimfallen. Die in der älteren Zeit auch in der evangelischen Kirche öfter gerügte Häresis (Ketzerei) fällt jetzt nur unter den Gesichtspunkt des Irrthums⁴⁶³) und wird im allgemeinen, wenn nicht besondere Vergehen concurriren, nur Gegenstand der Belehrung⁴⁶⁴). Ein Schisma im Sinne des canonischen Rechtes (s. oben Note 215 fig.) ist in der evangelischen Kirche nicht möglich, wohl aber kann der Separatismus und die Sectirerei strafbar werden, wie auch Conventikel, insofern den beßhalb vom Staate und der Kirche erlassenen Bedingungen entgegen gehandelt wird, da an sich Privatvereinigungen mit religiösen Zwecken, ecclesiolae in ecclesia, eher dem Principe der evangelischen Kirche gemäß sind, als demselben widersprechen⁴⁶⁵). — Die katholischen Grundsätze von der Apostasie sind schon darum meist unanwendbar, weil es am Objecte fehlt. Dagegen kann die Simonie auch in der evangelischen Kirche vorkommen⁴⁶⁶) und für den Patron, so wie für den Geistlichen selbst besondere, particularrechtlich bestimmte, Nachtheile herbeiführen. Ein iuramentum simoniae mußte öfter geleistet werden⁴⁶⁷), ist aber durch die spätere Praxis fortgefallen. Diese, wie andere Vergehen, gehören aber jetzt fast allgemein vor den bürgerlichen Richter. Auch kann jetzt der Ort, wo ein Verbrechen begangen wird, nicht mehr den Ausschlag geben, während früher die auf Gottesäckern und in Kirchen verübten Delicte bisweilen zur Cognition der Consistorien gehörten⁴⁶⁸).

b) Besondere kirchliche Verbrechen.

Die verschiedenen Beziehungen, welche oben (s. Note 273 fig.) rücksichtlich der Amtsvergehen katholischer Geistlicher nachgewiesen worden, sind gleichmäßig bei den evangelischen Kirchenbeamten anwendbar, und eben so ist die Strafe nach den Umständen des concreten Falles zu ermessen. Die Kirchenordnungen und Landesgesetze geben darüber öfter allgemeine Bestimmungen. Die rheinische Generalsynode von 1659 verordnet beß-

463) Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 122.

464) Preuß. allg. Landr. Th. II, Tit. XI, §. 55: Wegen bloßer von dem gemeinen Glaubensbekenntnisse abweichender Meinungen, kann kein Mitglied ausgeschlossen werden.

465) S. Puffendorf, Gutachten über die Rechtmäßigkeit und Nützlichkeit frommer Privatgemeinschaften und Zusammenkünfte innerhalb der protestantischen Kirche: in der allg. Kirchenzeit. 1837, Nr. 29—32. Rheinwald, Acta hist. ecol. 1835. p. 463—483. — Pohl, das Conventikelwesen (Wäffrow 1837. 8.) u. a.

466) Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 127, 128.

467) So in Preußen. S. die Verordnungen von 1698 und 1699 in Grube, corpus const. Prutenicarum. (Regiom. 1721.) fol. nr. 25. 26. Vgl. Arnold, preuß. Kirchenrecht Bd. I, Cap. IV, §. 6.

468) S. die Note 476 cit. mecklenb.-schwerinschen Gesetze.

halb 3. B. in einem concreten Falle⁴⁶⁹): Ein Prediger, der mit gewissen Documentis kann überwiesen werden, folgende Artickeln schuldig zu sein, 1) daß er das Consistorium calumniiert, 2) andere fromme ministros ordinarios vor Unredliche gescholten, 3) andere Gemeinden mit Abzwangung ihrer Renten zu betrüben sich unterfängt, 4) unbefugter Weise in Dienst anderer Gemeinden sich sucht einzudrängen, 5) ein öffentlicher Lügner ist, 6) synodi refractarius, 7) der niemals communiciert, 8) der von einer papistischen Kirche Renten genießt und einen Messpriester substituirt, dem er auch die Messe vorgesungen — daß ein solcher Prediger de facto des Ministerii unfähig. — Der hier angedeutete letzte Punkt, wenn er auch minder grell hervortritt, ist wohl vorzugsweise Anlaß zum Verluste der geistlichen Stelle. Der evangelische Geistliche ist für eine evangelische Gemeinde bestellt und kann nur so lange derselben vorstehen, als er dem Lehrbegriffe der evangelischen Kirche zugethan ist, also die heilige Schrift nach den Grundbestimmungen der symbolischen Bücher anerkennt. Wenn der evangelische Prediger auch nicht an die Symbole schlechtthin gebunden ist, so darf er doch die Grenzen seiner Lehrfreiheit nicht so weit ausdehnen, daß er mit denselben in Widerspruch tritt⁴⁷⁰).

IV. Das Verfahren⁴⁷¹).

Innerhalb der vorhin bezeichneten Grenzen haben Presbyterien, Synoden und Consistorien ein selbstständiges Cognitionsrecht. Ueber gemeine Verbrechen entscheidet dagegen der Staat, auch wenn Geistliche die Schuldigen sind. Darüber erklärten sich gleich anfangs die Reformatoren: Es ist zu viel, daß man so hoch im geistlichen Recht hebt der Geistlichen Freiheit, Leib und Güter, gerade als wären die Laien nicht auch so geistlich gute Christen, als sie, oder als gehörten sie nicht zur Kirchen... Wo kommt her solch' großer Unterschied in gleichen Christen? Allein aus Menschengesetzen und Dichten⁴⁷²). Darum sage ich: Dieweilen weltliche Gewalt von Gott geordnet ist, die Bösen zu strafen und die Frommen zu schützen, so soll man ihr Amt lassen frei gehen und unverhindert, durch den ganzen Körper der Christenheit, Niemand angesehen, sie treffe Pabst, Bischöfe, Pfaffen, Mönche, Nonnen oder was es ist u. s. w.⁴⁷³). Die Symbole sind demgemäß abgefaßt. Da aber den Consistorien und Synoden sogleich ein Antheil an der geistlichen Jurisdiction zugestanden wurde, so übten sie auch bei gemeinen Delicten der Kirchenbeamten die-

469) §. XXIII (handschriftlich im Archive der rheinischen Provinzialsynode zu Barmen).

470) Ueber diesen Gegenstand herrschen bekanntlich sehr abweichende Ansichten. Vgl. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 222 ff. Bickell, über die Verpflichtung der evangelischen Geistlichen auf die symbolischen Schriften, 2. Ausgabe. Cassel 1840. 8. Eine nähere Auseinandersetzung gehört nicht hierher.

471) Vgl. Chr. Friedr. Georg Meiser, Abhandlung des peinl. Prozesses in Teutschland (Göttingen 1776. 4.), S. 695 ff. Der oben cit. Pessler a. a. D. Eichhorn a. a. D. Bd. II, S. 109 ff.

472) Luther's Werke von Walch Bd. X, S. 436.

473) X. a. D. S. 307. Vgl. Bd. XIII, S. 207 u. v. a.

selbe in einem beschränkteren Umfange⁴⁷⁴). Regelmäßig eröffnete die geistliche Behörde die Untersuchung, außer wenn jemand in handhafter That ergriffen ward, in welchem Falle der weltliche Richter dem Kirchenoberen nur Anzeige machte. Ebenso, wenn das geistliche Gericht sich eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen ließ⁴⁷⁵); so wie umgekehrt, wenn der weltliche Richter säumig war, der geistliche sich der Sache unterziehen konnte⁴⁷⁶). Die Inquisition ward nun so weit geführt, bis sich ergab, ob eine schwere Strafe verhängt werden müsse, worauf vor der Specialuntersuchung die Sache der bürgerlichen Behörde übergeben wurde. In solcher Weise hat sich das Verfahren noch öfter erhalten⁴⁷⁷). Mitunter wurde aber auch bei jedem gemeinen Verbrechen das sofortige Einschreiten des weltlichen Richters üblich, welcher die geistliche Behörde dann nur zu benachrichtigen hatte, daß wegen der nöthigen Suspension des Inculpaten für die Amtsvertretung Sorge getragen wurde. Nach gesprochenem Urtheile erfolgte dann eine abermalige Anzeige, um definitiv die vacante Stelle zu besetzen, wenn der Geistliche mit dem Amtsverluste zu bestrafen war⁴⁷⁸). Die Cognition über Amtsvergehen ist dagegen regelmäßig dem geistlichen Gerichte verblieben. Die höhere Instanz ist bald bei den ordentlichen Gerichten, bald bei der vorgesetzten geistlichen Behörde.

In Preußen mußte früher wegen jedes gemeinen Delictes beim Hofgerichte verhandelt werden. In anderen Fällen erkannte das Consistorium, von welchem der Recurs an das Hofgericht ging⁴⁷⁹). Später wurde verordnet, daß die Untersuchungen gegen Prediger und Schullehrer wegen ihrer Amtsführung, übler Lebensart und anderer grober Vergehen von den Consistorien durch die geistlichen Inspectoren des Ortes oder einen anderen Geistlichen mit Zuziehung eines Justizbedienten geführt und wenn das Consistorium finde, daß auf das Vergehen eine höhere, als 30 Thlr. Geldstrafe oder eine längere als dreimonatliche Amtssuspension zu erkennen sein würde, die Acten zur Abfassung des Erkenntnisses an das Justizcollegium übergeben werden sollten⁴⁸⁰). Nach der neuesten Gesetzgebung

474) S. z. B. wegen der Synoden in Schleswig-Dolstein Burchardi, Gesch. der Synoden in Schleswig-Dolst. S. 11. Vgl. S. 74.

475) Instruction des Consistorii zu Meissen von 1545 (Weber, sächsisches Kirchenrecht Bd. I, Abth. II, S. 643, Anm. 69).

476) Mecklenburg-Schwerin'sche Kirchenordn. v. 1552, 1602, Consistorialordn. von 1670, anerkannt durch kaiserliche Resolution v. 19. Oct. 1724, §. 9 (Dekkers, Handbuch der Kirchengesetze des Großherz. Mecklenburg-Schwerin S. 657), und erneuert im grundgesetzlichen Erbvertrage v. 18. April 1755, §. 415—418 (a. v. D. S. 669).

477) Vgl. Weber, sächs. Kirchenrecht a. a. D. S. 623 ff. Die neueste sächs. Gesetzgebung hat aber Aenderungen getroffen. Vgl. die unten Note 638 cit. Gesetze und das Rescr. des Justizmin. v. 1. Juni 1839 im Godez des Kirchenrechtes cit. S. 501.

478) S. Schlegel, hannoversches Kirchenrecht Bd. I, S. 362 ff.

479) Umständliche Nachricht, wie künftig die Justizcollegia in Preußen bestellt werden sollen vom 16. Sept. 1751, Nr. III, §. 4, 5.

480) Edict v. 16. Mai 1760. Citr. vom 12. Januar 1771.

gehören Amtsvergehen vor die Consistorien, gemeine Verbrechen sind Justizsache⁴⁸¹⁾. Im Falle der Entsetzung auf administrativem Wege stand aber der Antrag auf gerichtliche Untersuchung frei, was jedoch aufgehoben wurde, indem nur der Recurs an's Ministerium und den König verstatet ist⁴⁸²⁾. Dabei hat der Recurirende das Recht einer Schlussbesetzung⁴⁸³⁾.

Biswetlen haben auch Superintendenten eine beschränkte Disciplinargewalt⁴⁸⁴⁾.

II. Die Civilgerichtsbareit⁴⁸⁵⁾.

Den Christen wurde die Friedfertigkeit vom Erlöser selbst als ein Zeichen wahrhafter Jüngerchaft empfohlen und damit eigentlich jeder Streit untersagt. Zwistigkeiten blieben indessen der menschlichen Schwäche halber unvermeidlich. Der Apostel gab deshalb die Weisung, daß unter Vermittelung der Gemeinde eine friedliche Ausgleichung gesucht, nicht aber vor heidnischen Richtern und dem Christenthume widersprechenden Formen Prozesse geführt werden sollten⁴⁸⁶⁾. Die ersten Christen galten dem Staate noch als Juden, und so wie diesen die Gesetze gestatteten, sich Schiedsrichter zu wählen⁴⁸⁷⁾, bedienten sich auch die Neubekehrten desselben Organs und wendeten sich vorzugsweise an die Leiter der Gemeinden.

481) X. E. R. Ab. II, Litt. XI, §. 530 fig. und die dazu gehörigen Ergänzungen.

482) S. X. E. R. cit. §. 533. Cabinetsordre v. 12. April 1822. Eichhorn a. a. O. S. 115, Anm. 16.

483) Circ. vom 30. Juli 1832 (v. Kampf, Annalen d. S. St. III, S. 646, 647).

484) Jedoch nicht nach preuß. Rechte. S. Ministerialrescr. v. 19. Dec. 1836, 30. Juni 1837, 28. Nov. 1840 (criminalistische Zeitung [Berlin 1841], S. 197).

485) S. Tit. Cod. Th. de episcopis ecclesiis et clericis. (16. 2.) Cod. Just. 1. 3. Tit. de episcopali iudicio (bei Jac. Gothofredus hinter dem lib. XVI. Cod. Theod. ed. Ritter. Tom. VI. p. 639 sq.). Cod. Just. de episcopali audientia (1. 4.) und mehrere unten zu citirende Novellen. — Im Decretum Can. XI. qu. I. — Tit. X. II. 1. in Vlt. II. 1. Clem. II. 1. de iudiciis. Tit. X. II. 2. in Vlt. II. 2. Clem. II. 2. de foro competenti. Thomassin, vetus ac nova ecclesiae disciplina P. II. lib. III. cap. CI — CXIV. Van Espen, ius ecclesiasticum universum P. III. Tit. I. II. V sq. Dav. Georg. Strubon, observat. iuris ad II. (Hannover 1769. 4.) obs. VI. de potestate iudicum ecclesiasticorum in causis civilibus. obs. VII. de iure dirimendi lites de bonis ecclesiasticis obortas. Hebenstreit, historia iurisdictionis ecclesiasticae ex legibus utriusque Codicis illustrata. Diss. I—III. Lipsiae 1773. (1780. ed. II. diss. I.) 1776. 1778. 4. Bruno Schilling, diss. de origine iurisdictionis ecclesiasticae in causis civilibus. Lipsiae 1825. 4. C. F. A. Jungk, diss. de originibus et progressu episcopalis iudicii in causis civilibus laicorum usque ad Justinianum. Berolini 1832. 8. Turk, diss. de iurisdictionis civilis per medium aevum cum ecclesiastica coniunctae origine et progressu. Monasterii 1832. 8. und vorzüglich Haenel, diss. de constitutionibus, quas Jacobus Sirmondus Parisiis a. MDCXXXI. edidit. Lipsiae 1840. 4.

486) I. Corinth. VI. 1 sq.

487) Vgl. die Cit. bei Gieseler, Lehrbuch der Kirchengeschichte Bd. I, §. 17, Anm. e.

Die Gewohnheit wurde für den Clerus bald ein Recht, insbesondere des Bischofs, und es bildete sich die *episcopalis definitio* oder *audientia*. Darüber, wie gegen Ende des dritten Jahrhunderts dieß Verhältniß beschaffen war, belehren uns die apostolischen Constitutionen⁴⁸⁸). Hiernach haben die Christen ein eigenes Gerichtsgebäude (*κουργιον*), in welchem am Montage Gericht gehalten wird. Der Bischof präsidiert (auf dem Gerichtsstuhle — *δυναστήριον*), die Parteien treten vor und die Zeugen werden abgehört. Hierauf bemühen sich die anwesenden Presbyteren und Diaconen eine gütliche Vereinigung zu bewirken; wenn diese aber nicht zu Stande kommt, fällt der Bischof das Urtheil. Dieses erzeugte aber nicht die Folgen einer wahren *res iudicata*, konnte also nicht mit Zwang durchgesetzt werden, sondern nur indirect durch Disciplinarmittel wurde die Erfüllung des Schuldners erwirkt. Nachdem Constantin der Große die Kirche recipirt hatte, bestätigte er im Jahre 318 dieß Herkommen, jedoch mit dem Zufügen, daß der scheidrichterliche Ausspruch des Bischofs auch direct vom weltlichen Richter zur Vollziehung gebracht werden sollte. Ein Rechtsmittel dagegen wurde nicht gestattet. Zugleich wurde auch genehmigt, daß wann selbst eine Streitsache bereits dem weltlichen (heidnischen) Richter übergeben worden, und der Prozeß schon begonnen sei, doch noch den Parteien frei stünde, sich zu vereinigen, dem bischöflichen Schiedspruche die Sache zu unterwerfen⁴⁸⁹). Bald ging der Kaiser aber noch weiter, indem er durch ein anderes Gesetz erlaubte, daß es in solchem Falle nicht einmal der Uebereinstimmung (des Compromisses) beider Theile bedürfe, sondern auch auf einseitiges Fordern die vom weltlichen Richter abgeurtheilte Sache der bischöflichen Entscheidung überwiesen werden solle: *Quicumque... inter initia litis vel decursis temporum curriculum, sive quum negotium peroratur, sive quum iam coeperit promi sententia, iudicium elegit sacrosanctae legis antistitis, etiamsi alia pars refragatur, ad episcopum cum sermone litigantium dirigatur*. Diese zuerst von Eusebius und Sirmond herausgegebene Constitution ist von Jac. Gothofredus und vielen Anderen als eine verfälschte verworfen, dagegen von Altaserra, Jo. Le Gendre, Lilemont, zuletzt von Jungk und Hänel als ächt vertheidigt worden⁴⁹⁰). Die für die Richtigkeit angeführten Gründe scheinen auch in der That vollständig überzeugen zu können, zumal wenn man das spätere Gesetz des Arcadius und Honorius vom Jahre 398 in der besseren Lesart hinzuzieht⁴⁹¹), woraus sich ergibt,

488) Lib. II. cap. 47. Vgl. v. Drey, über die apostolischen Constitutionen u. s. w. S. 50.

489) Const. XVII. im Anhang der von Jac. Sirmond besorgten Ausgabe des Codex Theod. Paris 1631. aus dem verloren gegangenen Titel des Cod. Theod. lib. I. tit. 27. de episcopali definitione, wofür Cod. Just. lib. I. tit. 4. de episcopali audientia. Vgl. Haenel I. c. p. 14. 15. 20. — Mit dieser Constitution steht in bestimmtem Zusammenhange der Bericht bei Sozomenus, hist. eccl. lib. I. cap. 9. und Eusebius, Vita Constantini lib. IV. cap. 27.

490) Vgl. die näheren Nachweisungen bei Haenel I. c. p. 16 sq.

491) C. 7, C. J. de episcop. aud. (I. 4.)

daß die bisherige wirklich bestandene einseitige Befugniß, eine Sache an den Bischof zu bringen, aufgehoben wurde. Das Gesetz lautet also: Si qui ex consensu apud sacrae legis antistitem litigare voluerint, non vetabuntur, sed experientur illius in civili dumtaxat negotio more arbitri sponte residentis iudicium. Quod his obesse non poterit nec debet, quos ad praedicti cognitoris examen coactos potius adfuisse⁴⁹²⁾ quam sponte venisse constiterit. Bisher war also das Urtheil entscheidend, auch wenn man gezwungen zum Bischofe kam; jest sollte dieß nicht mehr der Fall sein und nur ex consensu das iudicium episcopi angenommen werden. — Der Grund der älteren sowohl, als der späteren Bestimmung liegt übrigens in den Zeitverhältnissen: denn früher bestand die Besorgniß, daß die heidnischen Richter gegen Christen, welche mit einem zumal mächtigeren Nichtchristen in einen Prozeß gerathen, nicht die nöthige Unparteilichkeit anwenden würden, die von den Bischöfen mehr zu erwarten war. Später, seit auch die weltlichen Richterstellen mit Christen besetzt waren, konnte man zu der Regel des Compromisses (ex consensu) zurückkehren. Die bisher den bischöflichen Sentenzen beigelegte Autorität blieb dabei unverkürzt⁴⁹³⁾. Die Verordnung von 398 fand aber nicht sofort die allgemeine Anerkennung und mußte daher im Jahre 452 durch Valentinian III. aufs Neue eingeschränkt werden⁴⁹⁴⁾, und sollte eben sowohl für Geistliche, als für Laien in den geeigneten Fällen zur Anwendung kommen, da sonst nur in Religionsfachen (quoties de religione agitur) schon nach einer Vorschrift des Arcadius und Honorius vom Jahre 399 den Bischöfen eine selbstständige Cognition gebührte⁴⁹⁵⁾.

Indem Valentinian III. im übrigen die Cleriker an die bürgerlichen Gerichte wies, trat er mit der kirchlichen Gesetzgebung in Widerspruch, da diese die Geistlichen verpflichtete, im Streite mit Geistlichen sich nur an das kirchliche Forum zu wenden⁴⁹⁶⁾. Der Kaiser Marcian bestätigte nun das Concil von Chalcedon, weshalb nur im Streite mit Laien noch der weltliche Richter eintrat. In der Provinz sollte der Provincialstatthalter, in der Hauptstadt der praefectus praetorio dann entscheiden,

492) So Haloander und alte Handschriften, mit denen auch Haenel I. c. p. 22. 23. not. tit. Die lectio vulgata ist conventos potius adfuisse (abf.), welche auch Eichhorn, Kirchenrecht Bb. II, S. 134, Anm. 9, annimmt, der S. 132 flg. sich gegen die Richtigkeit der cit. Const. (Note 6) und gegen die hier mitgetheilte Interpretation der c. 7. C. cit. (1. 4.) erklärt.

493) C. 8. C. de episc. aud. (1. 4.) (Arcadius et Honorius a. 408.) Vgl. noch Beckmann-Pollweg, Handbuch des Civilprozeßes Bb. I (Bonn 1854. 8.), S. 133.

494) Nov. Valent. III. tit. XII. im Anhange des Cod. Theod. edd. Gothofred. Ritter. Tom. VI. P. II. p. 127 sq., bei Hugo, ius civ. Antiust. lib. II. tit. 36. Tom. II. p. 1347.

495) C. 1. C. Th. de religione. (16. 11.)

496) Genes Carthag. III. a. 897. c. 2. (c. 7. dist. XC. c. 43. Cas. XI. qu. I.) Conc. Chalced. an 453. n. 9. (a. 46. dist. XC.)

wenn nicht durch Compromiß der Bischof angezogen wurde⁴⁹⁷). Dieses Recht des Clerus erkannte auch Majorian an⁴⁹⁸). Die Einmischung in Testamentsachen verbot im Jahre 524 Justin den Geistlichen⁴⁹⁹). Nur Sachen, welche die Religion betrafen, gehörten daher nach wie vor an das geistliche Gericht. Mit diesem *forum causarum* entwickelte sich aber auch zugleich ein *forum privilegiatum personarum*, da Justinian verordnete, daß Laien die Geistlichkeit in solchen Sachen, und selbst allgemeiner (*si quis habet quam libet pecuniariam causam*) bei der bischöflichen Behörde belangen solle. Es war dabei ein summarisches, mündliches Verfahren vorgeschrieben. Gegen die bischöfliche Sentenz konnte aber noch innerhalb zehn Tagen das Mittel der Appellation beim weltlichen Richter angewendet werden. Bestätigte dieser das vorige Urtheil, so war die Sache definitiv erledigt, änderte er aber dasselbe, so wurde noch weitere Berufung gestattet⁵⁰⁰). Außerdem erhielten die Bischöfe noch dadurch Einfluß auf die Justiz, daß sie in Fällen erschwerter und verweigerter Rechtspflege diese selbst übernehmen durften, worauf die Sache, wenn man damit unzufrieden war, an den Kaiser ging. Wenn ein Richter suspect war, sollte der Bischof zur Beurtheilung zugezogen werden. Derselbe entscheidet auch bei Streitigkeiten zwischen Privatpersonen und dem Provincialstatthalter und wurde öfter vom Kaiser beauftragt, in einzelnen Sachen Recht zu sprechen⁵⁰¹).

In den germanischen Staaten gelangte die Kirche nicht sogleich zu den durch das römische Recht ihr gewährten Privilegien. Der Entwicklungsgang war hier derselbe, wie bei der Cognition in Strafsachen oben (Note 32 flg.) nachgewiesen worden ist. Die von Pseudo-Isidor aufgestellten Grundsätze⁵⁰²) drangen endlich durch. Insbesondere hatte der Verfälscher auch die ältere Bestimmung der Constantinischen Verordnung (s. oben Note 6) wieder aufzutriften gesucht⁵⁰³). Indessen wurde sie nicht practisch und auch die anderen Festsetzungen kamen nicht sobald zu unbedingter Geltung. Kaiser Friedrich II. bestätigte aber das Princip zu Gunsten der Kirche im Jahre 1220⁵⁰⁴). Darauf hin konnte das Forum der Kirche objectiv und subjectiv immer mehr erweitert werden und entwickelte sich auch in der umfassendsten Weise vom zwölften bis zum sechszehnten Jahrhunderte. Zu einer festen Begriffsbestimmung und übereinstimmenden Classificirung ist es indessen dabei niemals gekommen. Die vereinzeltten Entscheidungen der Päbste, das abweichende Herkommen,

497) C. 13. C. de episcop. audientia. (1. 4.) c. 25. C. de episc. eod. et clericis. (1. 3.) (Marcian. a. 456.) Flg. c. 83. pr. §. 1. C. eod. (1. 3.) (Leo et Anthemius. c. 469.)

498) S. die Interpret. zu der Note 494 cit. Nov. Valent. (vgl. Hoenstreit l. c. diss. II. §. 20. Ritter l. c. im Cod. Theod. p. 132.)

499) C. 41. C. de episcopis. (1. 3.) c. 23. C. de testamentis. (6. 23.)

500) Nov. LXXXIII. pr. CXXIII. cap. 21.

501) Nov. LXXXVI. CXXIII. cit.

502) S. Cau. XI. qu. I.

503) Capitularium lib. VI. cap. 366. c. 35. 36. 37. Cau. XI. qu. I. Flg. c. 5. eod.

504) Auth. Statimus C. de episc. et clericis. (1. 3.)

dem hierbei bedeutender Einfluß gehörte⁵⁰⁵), die auf die Theorie der Canonisten gebaute Praxis und die particulare Gesetzgebung weichen mannigfach von einander ab. Nur in dem Grundsätze stimmen sie überein, daß, da die lehrende Kirche allein im Besitze der ganzen Verwaltung und Regierung ist, es keinem Laien gestattet sein soll, über kirchliche Angelegenheiten zu urtheilen⁵⁰⁶), mögen sie principaliter, oder nur incidenter, also in Verbindung mit einer civilen Hauptsache Anlaß zu einem gerichtlichen Verfahren geben⁵⁰⁷). Zu diesen negotia ecclesiastica oder causae ecclesiasticae gehören aber

1) Causae mere, pure, intrinsece spirituales, welche sich auf den Glauben, die Religion, die Sacramente, den Gottesdienst beziehen. Meistens sind dieselben aber gar nicht geeignet, auf dem Wege des Processes entschieden zu werden. Anders aber ist es bei der Ehe, welche unter den Gesichtspunkt einer causa mere spiritualis jedoch nur in der rein sacramentalischen Rücksicht fällt, welche bei den Ehehindernissen und der Trennung bestimmt hervortritt⁵⁰⁸).

2) Causae ex pure spiritualibus dependentes, causae extrinsece spirituales. Dahin kann man besonders die Sacramentalien rechnen, wie Gelübde (s. den Art.), Eid⁵⁰⁹), Vergebniß⁵¹⁰), ferner Verlöbniße⁵¹¹), die mit dem Clerikate verbundenen Privilegien⁵¹²), so wie die Beneficien und damit verbundenen Rechtsverhältnisse, namentlich das Patronatrecht (causa.. ita coniuncta et connexa spiritualibus causis, quod non nisi ecclesiastico iudicio valeat definiri)⁵¹³), Zehnten, kirchliche Einkünfte anderer Art, geistliche Institute, Testamentssachen⁵¹⁴). Diese Gegenstände fallen größtentheils

505) S. c. 5. X. de foro comp. (2. 2.) (Alexander III.) c. 4. de immunitate ecclesiarum in Vlt. (3. 23.) (Bonifac. VIII.), wo causae etc. de iure et de consuetudine antiqua zum forum ecclesiasticum gehörig ganz gleichgestellt werden.

506) C. 11. dist. XCVI. (Joh. VIII.?) c. 8. 9. X. de arbitris. (1. 43.) c. 2. X. de iudiciis. (2. 1.) c. 3. X. de consuetud. (1. 4.)

507) C. 8. X. de ordine cognitionum. (2. 10.) c. 5. X. qui filii sint legitimi. (4. 17.)

508) C. 1. X. de consanguinitate et affinit. in fin. (14. 4.) (Alexander III.) Bgl. c. 12. X. de excessibus praelatorum. (5. 31.) (Innoc. III. in Conc. gen. a. 1216.) Bgl. Benedict XIV., de synodo dioecessana lib. IX. cap. IX. §. III. S. den Art. Ehe Bd. III, S. 532.

509) C. 13. X. de iudiciis. (2. 1.) (Innoc. III. a. 1204.) c. 8. de foro competenti in Vlt. (2. 2.) (Bonifac. VIII.) c. 2. de iureiurando in Vlt. (2. 11.) (Idem.) S. Benedict XIV. l. c. §. VIII.

510) C. 12. X. de sepulturis. (3. 28.) (Innoc. III.) c. 14. eod. (Gregor IX.)

511) S. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 140, Anm. 30.

512) C. 12. de sent. excomm. in Vlt. (5. 11.) (Bonifacius VIII.)... de re ecclesiastica et spiritali.. cognitio.

513) C. 3. X. de iudiciis. (2. 1.) (Alexander III.)

514) C. 3. 6. 17. X. de testamentis. (3. 26.) G. L. Böhmer, diss. de originibus irisdictionis ecclesiasticae in causis testamentariis. Götting. 1760. 4. und in den observationes iuris can. nr. IV. p. 106 sq. Rintshardt, das Recht der Hildesheim. katholischen Geistlichkeit, ohne Feiertlichkeit leghwillig zu verfügen. Hildesheim 1833. 8.

schon an sich oder in besonderen weiteren Beziehungen unter den Begriff der *causae mixtae* in dem Sinne, daß Temporalien von Spiritualien abhängig sind. Dahin kann man insbesondere das ganze Eigenthumsrecht der Kirche zählen. Bestimmter aber darf man absondern:

3) *Causae civiles, ecclesiasticis accessoriae*. Hierher gehören die Vermögensrechte der Ehegatten⁵¹⁵) und andere Incidenzpunkte bei Ehesachen⁵¹⁶), alle Angelegenheiten, die nach dem Principe der *denunciatio evangelica*, d. h. insofern ein sündhaftes Moment vorhanden ist, dem geistlichen Richter zugewiesen werden⁵¹⁷), wie bei der Klage einer Geschwächten auf Vollziehung der Ehe⁵¹⁸), bei der Erschwerung oder Verweigerung der Justiz⁵¹⁹), die Spolienklage⁵²⁰) u. a.

In subjectiver Beziehung gewährte schon das römische Recht der Weltgeistlichkeit⁵²¹) und den Regularen, sowohl Mönchen als Nonnen⁵²²), das *privilegium fori ecclesiastici*. Die Kirche dehnte dieß bald auf Arme und *personae miserabiles*⁵²³), insbesondere Wittwen und Waisen aus⁵²⁴) und wies auch die Büßenden an, ihre Angelegenheiten weltlicher Art lieber dem geistlichen Gerichte zu übergeben⁵²⁵). Die fränkische Gesetzgebung bestätigte dieß⁵²⁶), und die Decretalen hielten daran fest⁵²⁷). Auch auf bloß Consurirte wurde dieß bezogen, auf die Familie der Geistlichen, die verschiedenen kirchlichen Corporationen und Institute, namentlich auf die Universitäten und Scholaren⁵²⁸). Den letzteren wurde aber die Wahl gelassen zwischen dem eigenen und dem kirchlichen Forum⁵²⁹). Sonst aber sind die Geistlichen nicht befugt, auf das *privilegium fori*, welches nicht ein Vorrecht der Einzelnen, sondern des geistlichen Standes selbst ist, zu verzichten, dürfen also nicht prorogiren⁵³⁰), wogegen umge-

515) *§. Benedict XIV. l. c. §. IV. Bgl. c. 3. X. de donat. inter V. et U. (4. 20.)*

516) *§. B. c. 1. 5. 7. X. qui filii sint legitimi. (4. 17.)*

517) *C. 13. X. de iudiciis. (2. 1.) §. Note 509 und oben.*

518) *C. 12. de adulteriis et stupro. (5. 16.)*

519) *C. 6. 10. X. de foro compet. (2. 2.) §. Note 501.*

520) *C. 3. 4. Cau. III. qu. I. c. 15. X. de foro comp. (2. 2.)*

521) *Nov. LXXXIII. CXXIII. cap. 8. 21—23.*

522) *Nov. LXXXIX.*

523) *C. 10. Cau. XXIII. qu. III. (Conc. Carthag. V. a. 401.)*

524) *Conc. Matiscon. II. a. 585. c. 12. (ed. Bruns T. II. p. 263.)*

525) *C. 34. Cau. XI. qu. I. (Leo I. a. 434.)*

526) *Capit. Mantuan. a. 781. c. 1. (Pertz, Mon. Germ. T. III. fol.*

40.) *Capit. Francoford. a. 794. c. 40. (eod. fol. 74.)*

527) *C. 17. X. de iudiciis. (2. 1.) c. 1. 2. 9. X. de foro comp. (2.*

2.) — *c. 11. 15. X. de foro comp. (2. 2.) c. 26. X. de V. S. (5. 40.)*

Bgl. c. 38. X. de off. iud. deleg. (1. 29.)

528) *C. 9. X. de foro comp. (2. 2.) c. 7. X. de procuratoribus. (1. 38.)*

529) *§. Auth. Habita Friedr. I. C. ne filius pro patre. (4. 13.) (a. 1158.) Bgl. v. Savigny, Gesch. des röm. Rechtes im Mittelalter Bd. III, §. 152 flg. (ed. II. p. 168 sq.)*

530) *C. 12. 18. X. de foro compet. (2. 2.) (Innoc. III.) Selbst bei der Prorogation auf einen anderen geistlichen Richter ist der Consens des Bisthofs nöthig. c. 18. X. cit.*

fehrt den Laien die Prorogation auf das geistliche Forum verstattet wird, zumal, wenn sie von Geistlichen, die als Kläger das Forum des Laien wählen müssen, belangt werden⁵³¹). Auch wird die entgegenstehende Gewohnheit anerkannt, die sich namentlich in einzelnen Statuten der Städte vorfand, gebilligt⁵³²). So bestimmten die Statuten von Göttingen⁵³³): Welk man, de sek vor eynen papen hilt und en pape is, de mach umme syne schuld, de me ome sulven schuldich is, unse borgere und unse medeborgere laden vor gheistlik gherichte, wogegen andere dieß nur beschränkt zulassen, wie das Lübische Recht⁵³⁴): So welk unser borghere den andern unsen borgheren vorclagheth vor gestliken rechte umme so dane schult, also to wereltliken rechte to hort unde bringhet he ene an schaden unde wert he dar umme vor rechte beclagheth unde wert he des vortugheth, he schal dar umme beteren III. pund unse schal dar to ene ut den schaden nemen. Zu diesen weltlichen Sachen, in denen das weltliche Gericht eintrat, gehörten aber insbesondere Lehnsachen, was die Kirche selbst anerkennt⁵³⁵). Für dingliche Klagen trat nach der fränkischen Gesetzgebung ein gemischtes Gericht ein⁵³⁶), später nahm die Kirche nach ihrem Principe die Cognition bei denselben für sich allein in Anspruch, was jedoch practisch nicht durchgeführt werden konnte. Die bürgerlichen Richter urtheilten daher oft in foro rei sitae⁵³⁷), dergleichen bei der Reconvention⁵³⁸), in Fällen, bei denen es zur Litispandez gekommen, wie überhaupt in schwebenden Rechtsstreitigkeiten, welche von Geistlichen als Successoren übernommen wurden⁵³⁹). Ebenso in Handelsachen, wenn Geistliche als Kaufleute erschienen⁵⁴⁰) u. a.

Den höchsten Gipfel hatte die kirchliche Civiljurisdiction im funfzehnten Jahrhunderte erreicht. Dieß ergeben die Verzeichnisse der Synoden dieser Zeit, wie das des Concils zu Costniz⁵⁴¹), das der Synode zu Würzburg von 1446, mit welchem das von Bamberg 1491 und Re-

531) C. 5. X. de foro comp. (2. 2.) (Alexander III. a. 1180.)

532) C. 5. X. cit.

533) Puffendorf, observat. iur. T. III. App. p. 194.

534) Das Lübische Recht, herausgeg. von Sach, Codex III. art. 365. p. 525. Bgl. Cod. III. art. 175. p. 336. (aus dem 13. Jahrh.)

535) C. 5. X. de iudiciis. (2. 1.) c. 6. 7. X. de foro compet. (2. 2.)

536) C. Cap. Caroli M. a. 803. c. 12. (Pertz, Mon. Germ. T. III. fol. 110.)

537) C. Pöpfel, das alte Bamberger Recht (Heidelberg 1839. 8.), S. 100. Bgl. Eichhorn, Kirchenrecht Bb. II, S. 147, Num. 12.

538) C. c. 1. X. de mutuis petitionibus. (2. 4.)

539) C. c. 2. ut lite pendente nihil innovetur in Vito. (2. 8.) (Bonifacius VIII.)

540) C. 3. B. Beaumansir coutumes de Beauvoisis par Thaumassière chap. XI. (v. 3, 1283): Si cleric est marchean, il ne peut pas franchir sa marchandise par le privilege de clergie.

541) C. Acta Conc. Constant, ed. Herm. ab Hardt. Tom. I. p. 686.

gensburg 1512 übereinstimmen⁵⁴²), desgleichen das von Cöln 1550⁵⁴³), von Costniz 1567 und 1609⁵⁴⁴). Das letztere ist besonders vollständig und gibt zugleich die einzelnen Objecte nach einem bestimmten Principe an, weshalb es hier mitgetheilt zu werden verdient. Es werden hier nämlich aufgeführt 1) *Causae purae spirituales*, quae circa fidem Christianam, circa sacramenta et eorum administrationem, circa ecclesias et caeremonias ecclesiasticas versantur — causa haeresis, blasphemiae, matrimoniales et his similes. 2) *Ex spiritualibus dependentes*, quae ex matrimonio contrahendo vel contracto dependent et emergunt: ut sunt causae divortii, saevitiae, deflorationis, ascriptionis prolis, taxae dotis, legitimationis... Item violationis et spoliationis templorum aliorumque locorum sacrorum etc. 3) *Causae mixtae*, quae scilicet temporale aliquid spirituali annexum habent, beneficiales, iuris patronatus, fundationum, decimarum, omnium quoque iurium, servitutum, reddituum et proventuum quorumcunque ecclesiasticorum, episcopalium, archidiaconalium, decanalium et parochialium ecclesiarum, monasteriorum, sacellorum, fabricarum, xenodochiorum, leprosiorum et aliorum piorum locorum. Item causae testamentorum et legatorum ad pias causas. His annumerantur causae ratione personarum... reales, personales, civiles, criminales, etiam si eorum hereditates et bona derelicta concernunt. Item causae iniuriarum, quibus personae ecclesiasticae a laicis afficiuntur. Causae viduarum et miserabilium personarum atque eorum, quibus iustitiae administratio ab aliis denegata fuit: et tandem etiam eorum laicorum, qui in obligationibus suis foro suo seculari legitime renunciaverunt.. et aliae similes causae. Gegen die weltlichen Richter, welche in diesen Sachen eine Entscheidung übernehmen wollten, drohte das Gesetz Excommunication und andere Nachtheile. Dennoch wurde häufig genug dieser Drohung ungeachtet von den bürgerlichen Gerichten bei vielen dieser Sachen die Entscheidung übernommen, und seit der Reformation dieser bedeutende Umfang der Jurisdiction beschränkt.

A. Die katholische Kirche.

I. Gegenstände der kirchlichen Cognition.

In einzelnen Ländern wurde schon früh principmäßig darauf hingearbeitet, die Gerichtsbarkeit des Staates in dem durch die Natur der Justizsachen gebotenen Kreise zur Anwendung zu bringen. Namentlich geschah dieß in Frankreich bereits im vierzehnten Jahrhunderte in dem Streite Philipp's des Schönen mit Bonifaz VIII.⁵⁴⁵). Fester gestaltete

542) Bei Hartzheim, *Concilia Germaniae* Tom. V. fol. 325. 603. Tom. VI. fol. 85.

543) Hartzheim l. c. Tom. VI. fol. 770. Vgl. *Conc. Colon. a. 1662.* (l. c. Tom. IX. fol. 1016.)

544) Hartzheim l. c. Tom. VII. fol. 579. 580. Tom. VIII. fol. 930.

545) S. die *Actio Petri de Cugneriis, consilarii regis et Petri Bertrandi, episcopi Aeduensis coram Philippo Rege etc. v. 1329* (Auszüge in Siefeler's Lehrbuch der Kirchengesch. Bd. II, Abth. III, §. 106, Num. f, g; S. 160 fig.) Vgl. Abth. IV, §. 137, Note b.

sich das Verhältniß seit dem sechszehnten Jahrhunderte und der Kirche verblieben außer den Spiritualien nur die höchstpersönlichen Handlungen der Geistlichen (actions qui touchaient immediatement sa personne), wogegen die Realklagen und die gemischten Acte, d. i. die rein persönlichen, welche eine Beziehung auf Eigenthum und Temporalien haben, der weltlichen Cognition zufielen. In Teutschland folgte man im Ganzen diesem Vorgange. Während in den geistlichen Staaten der Kirche immer größere Macht verblieb, wurde in den unter Laienfürsten stehenden Territorien die Grenze strenger festgehalten⁵⁴⁶⁾; dennoch fehlte es auch hier nicht an wiederholten Klagen und Kompetenzconflicten. In den hundert Beschwerden der teutschen Nation vom Jahre 1522 finden sich mehrere darauf bezügliche Anträge, welche durch die Reichsgesetzgebung nach und nach zur Vollziehung kamen⁵⁴⁷⁾. Die römische Curie konnte nicht umhin, dabei selbst theilweise nachzugeben⁵⁴⁸⁾. Der gegenwärtige Rechtszustand beruht aber insbesondere auf den Maßregeln, welche seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts zunächst in Preußen⁵⁴⁹⁾ und Oesterreich⁵⁵⁰⁾, dann auch in den anderen Ländern ergriffen wurden.

Preußen war, mit Ausnahme der westphälischen Gebiete, bis zur Eroberung Schlesiens ein fast rein evangelischer Staat. Die Ausübung der geistlichen Jurisdiction über die in der Monarchie befindlichen Katholiken erfolgte daher in externis schlechthin durch die weltlichen Behörden. Anders mußte es natürlich werden, seit eine große Anzahl katholischer Unterthanen gewonnen ward. Ueberall wurde die Jurisdiction der geistlichen Gerichte in bestimmten Grenzen nun anerkannt, so weit diese mit der Landeshoheit vereinbar schienen, verschieden jedoch in den einzelnen Provinzen. In Schlesien selbst wurde durch das Notificationspatent vom 15. Januar 1742, das Reglement vom 7. Aug. 1750, in Verb. mit dem Rescr. v. 4. Nov. 1747 und 2. Mai 1759 die Jurisdiction in spiritualibus (d. i. Ehe und Verlöbniße, wenn beide Theile katholischer Religion sind) und quoad temporalia in den persönlichen Prozessen, Concursen, Liquidationsfachen, Injurien, Nachlassregulirungen den katholischen Geistlichen, welche officia curata besitzen, zugestanden. Dagegen gebührt in Ost- und Westpreußen nach dem Notificationspatente vom 28. Sept. 1772, der Regierungsinstruction vom

546) Beispiele bei Gieseler a. a. D. Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgeschichte Bd. III, §. 467.

547) S. Kammergerichtsordn. v. 1555, Th. II, Tit. XXIV, vgl. mit Concept von 1613, Tit. XXVI. Jüngster Reichsabsch. v. 1654, §. 164. Baplicapitulation Art. XIV, §. 4, 5 u. a.

548) M. vgl. Benedict XIV., de synodo dioec. lib. IX. cap. IX.

549) S. in Hinschius, jurist. Wochenschrift für die preuß. Staaten 1835: Edwenberg, Uebersicht der Verfassung der katholischen geistlichen Gerichtsbarkeit in den verschiedenen Landestheilen der preuß. Monarchie: für Posen Nr. 17—19, Ostpreußen Nr. 25, 26, Westpreußen Nr. 31, 32, Schlesien und Siles Nr. 41, 42, Erfurt Nr. 49, 50. Ueber alle diese, zugleich auch für Sachsen überhaupt, Pommern, Rheinprovinzen, Westphalen, s. m. noch Starke, Darstellung der Gerichtsverfassung in Preußen (Berlin 1839. 8.), §. 140 ff.

550) Rechberger, Handbuch des österrich. Kirchenrechtes Bd. II, §. 30.

21. Sept. 1773, dem Justizreglement vom 3. Dec. 1781 u. a., nur die Cognition in Ehesachen und in Fällen, bei denen Gefahr im Verzuge ist, beim Tode katholischer Geistlichen die Anlegung von Siegetn (Obsequation). Dasselbe gilt für Ehesachen, nach der wichtigsten Constitution vom 25. August 1796. In den übrigen Provinzen ist die Kirche auf die Spiritualien beschränkt; dagegen hat das geistliche Gericht zu Erfurt gemäß älteren Herkommens und der kurmainzlichen Verordn. vom 21. Februar 1733 außer den Disciplinar-, Sponsalien- und Ehesachen zwischen Katholiken, die Gerichtsbarkeit in Streitigkeiten über die geistlichen Personen, Corporationen und geistlichen Güter, so wie die freiwillige Jurisdiction hinsichtlich geistlicher und weltlicher Personen. Das allg. preuß. Landrecht wird hierbei offenbar durch diese provincialen Bestimmungen ergänzt⁵⁵¹).

In Oesterreich haben die kirchlichen Civilgerichte nur über diejenigen Gegenstände, die zur wesentlichen kirchlichen Gerichtsbarkeit gehören, das ist, wo es darauf ankommt, in Sachen des Glaubens, der heil. Sacramente und der Kirchenzucht, so weit sie auf den Staat keine Beziehung haben, Recht zu sprechen. Rücksichtlich der Ehesachen gehört die Klage auf Annullirung und Separation vor die weltlichen Gerichte.

In ähnlicher Weise sind die Verhältnisse auch in anderen deutschen Ländern gestaltet. Die rein bürgerlichen Sachen der Geistlichen sind selbst mit Zugeständniß des römischen Stuhles an die weltlichen Gerichte übergegangen⁵⁵²). Dies ist durch die neueren Verfassungsgesetze der Bundesstaaten und sonst anerkannt⁵⁵³). Die Ansprüche der katholischen Kirche auf innere Freiheit sind dadurch auch genügend anerkannt, da in ihrer Administration, welche bei den Spiritualien die Regel bildet, keine Hemmungen bestehen, die äußere Jurisdiction aber, insofern sie nicht beim Ehesacramente zur Anwendung kommt, Sache des Staates ist⁵⁵⁴).

In Betreff des privilegirten persönlichen Gerichtsstandes sind insofern von der katholischen Kirche selbst Beschränkungen erfolgt, als nur diejenigen, welche ein kirchliches Beneficium haben oder sonst in einem näheren Verhältnisse zur Kirche stehen, Anspruch auf die Vorrechte des geistlichen Standes haben sollen⁵⁵⁵). Regelmäßig haben dieselben jetzt ein erimirtes bürgerliches Forum⁵⁵⁶), welches auch auf die Hausgenossen ausgedehnt zu werden pflegt⁵⁵⁷).

551) S. Laspeyres, Gesch. und heut. Verfassung der kath. Kirche Preußens Bb. I, S. 521, 522.

552) Bayer'sches Concordat von 1817 art. XII. c. (Ebenso in dem Concordate mit Neapel von 1818, Art. XX.)

553) Bongner a. a. D. S. 389, 408 flg.

554) Vgl. die nähere Ausführung bei Eichhorn, Kirchenrecht Bb. II, S. 151 flg.

555) Conc. Trid. sess. XXIII. cap. 6. de ref.

556) S. z. B. preuß. allg. Gerichtsordn. Th. I, Tit. 2, §. 45—47. Doch gibt es auch theilweise Beschränkungen, wie in Bayern, wo nach einem Ministerialrefer. v. 17. Mai 1839 Geistliche vor die Ortsvorsteher, als Vermittelungsbeamte, vorgeladen werden dürfen.

557) Vgl. Gonzalez Tellez zum c. 10. X. de officio archidiaconi (1. 28.) nr. 8 sq. S. allg. Gerichtsordn. Th. I, Tit. 2, §. 100—102.

II. Ausübung der kirchlichen Gerichtsbarkeit⁵⁵⁸.
 Ursprünglich gebührte jedem Bischöfe in seiner Diocese die gesammte Kirchenregierung, welche pflichtmäßig unter Zugiehung des Presbyterii in schwierigeren Fällen verwaltet werden mußte. Insbesondere gehörte dazu auch die Gerichtsbarkeit, die der Bischof ordentlicher Weise selbst oder durch Stellvertreter ausübte. Der Bischof war hiernach der *ordinarius*, *dioecesanus*, und seine Jurisdiction eine *ordinaria*, demselben eigenthümlich zugehörige, *propria*. Durch die Entwicklung des römischen Primates und Supremates wurde die Stellung der Bischöfe eine abhängige, ihr Diocesanrecht hörte auf ein ursprüngliches zu sein und der Pabst wurde *ordinarius* der ganzen katholischen Kirche, die Bischöfe besaßen nur ein delegirtes Recht. Nach dieser Auffassung des Curialsystems ist allein die Jurisdiction des Pabstes eine *ordinaria*. In der Praxis gestaltete sich dieß Verhältniß aber so, daß nur für wichtigere Sachen die ordentliche Gerichtsbarkeit vom apostolischen Stuhle wirklich beansprucht wurde, für minder bedeutsame Angelegenheiten aber die *iurisdictio ordinaria* und *propria* der Bischöfe anerkannt blieb. Hiernach wurden die Bischöfe päpstliche *Vicare* und *Delegaten* bei der Verwaltung derjenigen Fälle, welche sich der Pabst reservirt hatte. So wie der Pabst, vermochten auch die Bischöfe nicht alle ihnen obliegenden Jurisdictionen persönlich wahrzunehmen und beauftragten daher Glieder ihres Presbyterii oder auch andere Geistliche mit der Verwaltung derselben. Die Grundsätze des römischen Rechtes über die mandirte und delegirte Gerichtsbarkeit⁵⁵⁹ wurden hierbei befolgt und nach den eigenthümlich kirchlichen Verhältnissen systematisch entwickelt.

Jurisdictio ordinaria ist die vermöge eines Amtes *nomine proprio*, kraft eigenen Rechtes geübte Gerichtsbarkeit. Im Besitze derselben befindet sich der Pabst, der Diocesanbischof und der Prälat, welcher von der bischöflichen Gewalt befreit und zugleich mit einer ordentlichen Jurisdiction begabt wird⁵⁶⁰, oder auch, ohne exemt zu sein, durch einen besondern Titel zum Besitze einer *iurisdictio ordinaria* gelangt ist⁵⁶¹. Den Gegensatz der *iurisdictio ordinaria* bildet die *extraordinaria* oder *delegata* (s. lato), übertragen, und zwar *delegata* im eigentlichen Sinne, wenn sie in eigenem Namen vom Inhaber geübt wird, weshalb sie zugleich *iurisdictio propria* ist, und *vicaria*, *mandata*, wenn sie nur nomine des Delegirenden geübt wird. Daraus ergibt sich, daß der *delegatus* selbstständig eine Stelle in

558) C. Tit. de officio et potestate iudicis delegati. X. I. 29. in Vlt. I. 14. Clem. I. 8. Vgl. Frey, krit. Commentar über das Kirchenrecht, fortgesetzt von Scheil, Th. V, Abth. I, §. 11, S. 165 fg. Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechtes Bd. I, S. 547 fg., 633 fg., Bd. II, S. 169 fg. Linde, Lehrbuch des Civilproceßes §. 68—70.

559) S. Thibaut, System der Pandekten §. 1061 fg. Bethmann-Pollweg a. a. D. S. 46 fg.

560) S. den Art. Bischof Bd. II, S. 235, 236.

561) So die Archidiaconen. S. den Art. Bd. I, S. 429.

der Verwaltung der Gerichtsbarkeit einnimmt und eine eigene Instanz bildet, während der Mandatar nur Repräsentant des Mandars ist.

Die Uebertragung der Gerichtsbarkeit erfolgt bald vermöge einer gesetzlichen Vorschrift (*delegatus a iure*), bald vermöge specieller Ueberweisung durch den *ordinarius* (*deleg. ab homine*). Jenes ist der Fall beim Verhältnisse des Papstes zu den Bischöfen, welche über die von ihrer Diöcesengewalt Ermirten als päpstliche Delegationen zu entscheiden haben⁵⁶²), und sonst nach besonderem Herkommen, *Privilegium u. s. w.*, dieses geschieht, so oft es die Umstände erheischen, aus eigener Bewegung des Richters oder auf Antrag der Parteien. Das Recht zu delegiren hat jeder *ordinarius*. Daher bestellten auch die Archidiaconen, so lange sie im Besitze einer ordentlichen Jurisdiction waren, häufig *vicare*. Delegirt werden kann aber jeder, welcher fähig ist, kirchliche Jurisdiction zu üben, daher auch Laien, insofern es der Gegenstand nicht verhindert, also nicht bei *Spiritualien*, wohl aber bei gemischten oder *Civilsachen*⁵⁶³), und bei *Spiritualien* die Instruction der Sache, was *particularrechtlich* oft dadurch selbst nothwendig wird, als nur durch einen geprüften Juristen (*Iustitarius*) solche Instructionen erfolgen dürfen⁵⁶⁴). Ob auch die Entscheidung der geistlichen Sache selbst von einem anderen, als dem Papste, der hierbei überhaupt ungebunden ist, einem Laien übertragen werden könne, ist bestritten⁵⁶⁵). Das erforderliche Alter ist das zwanzigste Jahr, doch dürfen unter Beistimmung der Parteien auch achtzehnjährige Richter delegirt werden⁵⁶⁶). Die Behauptung, daß auch Frauen delegirt werden dürfen, beruht auf einem Irrthume⁵⁶⁷). Im allgemeinen bringet aber die Kirchengeseze darauf, daß nur Cleriker delegirt werden⁵⁶⁸), und der Papst bestellt regelmäßig nur *Dignitarien* oder *Capitularen*⁵⁶⁹). Der Auftrag des Delegirenden erfolgt in der Regel durch ein schriftliches *Commissorium* (*rescriptum commissorium, literae commissionis, forma mandati*), mit welchem sich der Delegat vor den Parteien und den Umständen nach vor dem sonst competenten Richter rechtfertigen muß⁵⁷⁰). Da-

562) *C. de Art. Bisthum a. a. D. C. 236, 237.*

563) *C. oben Note 506. — Vgl. Glosse zu c. 2. X. de iudiciis. (2. 1.): Ut laici ecclesiastica negotia tractare non praesumant — auctoritate sua; delegari tamen possunt saltem causae pecuniariae sive huiusmodi mere civile, ut hic colligitur, et in laicos de talibus etiam potest compromitti.*

564) *Vgl. die Instruction vom 28. Januar 1804 (Jacobson, Gesch. der Quellen des preuss. Kirchenrechtes Bd. I, Th. I, Anhang Nr. CXVIII, C. 326).*

565) *S. Eichhorn a. a. D. Bd. II, C. 173, 174.*

566) *C. 41. X. de off. iud. deleg. (1. 29.)*

567) *Scheill a. a. D. C. 173, Anm. ***. C. die Bemerkung der Rectores Romani zu c. 7. Cau. H. qu. V.*

568) *C. 3. B. Synod. Salisburg. a. 1569. Const. 39. cap. 4. (Hartzhelm, Conc. Germ. Tom. VII. fol. 339.)*

569) *C. 11. de rescriptis in Vto. (1. 3.) (Bonifacius VIII.) Darauf bezieht sich das Note 596 cit. Conc. Trid.*

570) *C. 22. X. de rescriptis. (1. 3.) c. 31. 32. X. h. t. (1. 29.) C. 8. 15. in Vto. eod. (1. 14.)*

durch werden zugleich die Grenzen seiner Thätigkeit bestimmt. Er ist darnach bald auditor (testium), bald cognitor, executor, übernimmt das principium (Citation, allenfalls Litiscontestatio), medium (Instruction bis zum Actenschlusse), finis causae (Urtheil)⁵⁷¹). Das Commissorium ist strict zu interpretiren; doch schließt die Anwendung der stillschweigenden Voraussetzungen aus⁵⁷²). Sonst zieht die Ueberschreitung des Auftrages Nullität des Verfahrens nach sich⁵⁷³). Stillschweigend ist auch die persönliche Vollziehung vorausgesetzt. Das Recht zu subdelegiren haben nur die Delegationen des Papstes (so wie die des Kaisers und der Landesherren)⁵⁷⁴), andere bedürfen dazu einer speciellen Vollmacht. Jeder Delegat ist befugt, sich des Beistandes rechtsgelehrter Beisitzer zu bedienen, und insofern dieß Bedürfnis ist, müssen die Parteien auch für die Kosten aufkommen⁵⁷⁵). Häufig wird dem aber schon durch die Bestellung mehrerer Delegationen entprochen. Sind mehrere simpliciter coniunctim, ohne genauere Bestimmung delegirt, so können sie nur gemeinschaftlich handeln⁵⁷⁶); doch kann einer dem anderen oder selbst den Umständen nach einem Dritten seine Mitwirkung überlassen⁵⁷⁷). Ist die Delegation auf Jeden in solidum erfolgt, so hängt es von den angewendeten Formeln (Klauseln) ab, wie zu verfahren sei. Heißt es im Commissorium: Ut omnes, aut duo vel unus exequantur⁵⁷⁸), sammt und sonders, so handelt der Prävenirende. Heißt es dagegen: Quod si non omnes poteritis, non omnes interesse nequiverint, duo vel unus procedat⁵⁷⁹), sammt oder sonders, so vollziehen die nicht verhinderten den Auftrag, während die verhinderten den Grund der unterbleibenden Mitwirkung zu bescheinigen haben. Stirbt einer von mehreren, welche coniunctim beauftragt waren, so erlischt der Auftrag auch für die anderen, wenn nicht bereits subdelegirt war⁵⁸⁰). Sonst nimmt überhaupt die Delegation ein Ende a) beim Tode des Delegirenden, wenn in der Sache noch nichts geschehen ist (re integra)⁵⁸¹), b) beim Tode des Delegatus, wenn nicht die Sache vermöge des Amtes übertragen war, in welchem Falle sie auf den Successor übergeht⁵⁸²), c) durch Widerruf jederzeit, außer bei der Subdelegation rechtzeitig, d. h. so lange die Sache noch res integra ist⁵⁸³), d) nach Ablauf der Zeit, wenn der festgesetzte

571) C. 7. 26—28. X. h. t. (1. 29.) c. 1. 15. eod. in VIto. (1. 14.)
G. Gonzalez Tellez und c. 1. X. h. t. nr. 12 sq.

572) C. 31. 32. X. h. t. not. c. 21. §. 2. in fin. eod.

573) C. 22. X. de rescriptis. (1. 3.)

574) C. 3. 18. 28. 43. X. h. t. c. 62. X. de appellationibus. (2. 28.)

575) C. 11. §. 5. de rescriptis in VIto. (1. 3.)

576) C. 16. X. h. t.

577) C. 6. 42. X. h. t.

578) C. 8. h. t. in VIto.

579) C. 21—23. 27. §. 4. 84. X. h. t.

580) C. 42. X. h. t. Vgl. c. 80. eod.

581) C. 19. 20. 30. X. h. t.

582) C. 14. 42. X. h. t.

583) C. 6. 7. h. t. in VIto.

Termin von den Parteien nicht verlängert wurde⁵⁸⁴), e) mit Erfüllung des Auftrages selbst, insbesondere wenn die Angelegenheit bis zur Execution geführt ist. Die Execution selbst, insofern sie nicht speciell übertragen war, geht dann zur Verfügung des Delegans. Den päpstlichen Delegaten ist aber für die Vollstreckung immer noch ein ganzes Jahr bewilligt⁵⁸⁵).

Da der Delegat eine *iurisdictio propria* hat, so geht die Appellation von ihm auf den Delegans⁵⁸⁶). Von Subdelegaten geht dagegen die Berufung gleich an den ersten Delegirenden und nur, wenn bios einzelne Aufträge ertheilt, nicht die ganze Sache übertragen war, an den unmittelbaren Delegans, zur Verhütung widerrechtlicher Vervielfachung der Instanzen⁵⁸⁷).

III. Das Verfahren.

Die Einrichtung der geistlichen Gerichte ist in den einzelnen Diocesen verschieden, wovon der Grund in der particularen Entwicklung selbst liegt. Die *episcopalis audientia* und später die wirkliche Civilgerichtsbarkeit gehörte zunächst den Bischöfen, so wie den Delegaten derselben. Zu diesen gehörten auch die Archidiaconen, welche aber bald in den Besitz einer *iurisdictio ordinaria* und *propria* kamen⁵⁸⁸), worauf sie wie die Bischöfe selbst auch *Vicars* bestellten (*officiales foranei*)⁵⁸⁹). Die bischöflichen *foranei* verdrängten meistens die Archidiaconen selbst. Von den Archidiaconen ging die Appellation an die bischöflichen *officiales principales*, aus denen *Officialate* und *Generalvicariate* entstanden, welche nach der späteren Einrichtung für die wichtigeren Sachen die erste Instanz bildeten. So wurde überhaupt das bischöfliche Gericht die erste Instanz, was das Tridentinische Concil als allgemeinen Grundsatz aufstellt (s. oben Note 312). Früher wurden Civilstreitigkeiten auch oft vor den bischöflichen Synoden und den Sendgerichten verhandelt⁵⁹⁰).

Da das *Officialat* oder *Generalvicariat* nur die bischöfliche Jurisdiction verwaltet, so geht die Appellation an die dem Bischöfe selbst vorgesetzte Behörde, also an das *Metropolitengericht*, und die dritte Instanz an den Pabst⁵⁹¹). Von dieser Ordnung wurde aber während des Mittelalters häufig abgewichen, indem dem römischen Stuhle eine allgemeine concurrirende Jurisdiction beigelegt ward⁵⁹²), auch nach der Analogie des

584) C. 401. X. h. t.

585) C. 9. 26. X. h. t.

586) C. 18. 27. §. 2. X. h. t.

587) C. 18. X. h. t. c. 3. 10. 14. eod. in Vito.

588) Dies geschah indessen nicht immer und man muß daher wohl die Fälle sondern. S. Innoc. Cironii, observat. iuris can. lib. II. cap. 8.

589) C. 3. §. 1. de appellat. in Vito. (2. 15.) (Innoc. IV. a. 1245.) Clem. 2. de rescriptis. (1. 2.)

590) S. Beispiele in Riefert, Mönstersches Urkundenbuch. Montag, Gesch. der teutschen staatsbürgerl. Freiheit Bd. II, S. 413 u. a.

591) C. 52. 66. X. de appellat. (2. 28.) c. 3. de appellat. in Vito. (2. 15.) u. a.

592) C. 1. X. de officio legati. (1. 30.) (Alex. III. a. 1170.) C. 7. X. de appellat. (2. 28.) (Idem.) c. 56. eod. (Innoc. III. a. 1198.) C. 66. eod. (Innoc. III.)

römischen Rechtes, nach welchem die Stadt Rom als das gemeinsame Vaterland aller römischen Unterthanen ein allgemeines forum domicilii bildete⁵⁹³), angenommen, daß bei der römischen Kirche, quia omnium est ecclesiarum mater et magistra, alle geistlichen Prozesse angebracht, doch aus guten Gründen (ex necessaria et iusta causa) vor das specielle Forum gezogen werden dürften⁵⁹⁴). Gegen dergleichen Evocationen wurden aber schon frühzeitig Beschwerden erhoben und römischer Seits auch Privilegien ertheilt. Allgemeinere Festsetzungen ergingen deshalb auf den Synoden zu Costniz und Basel. In dem Costnizer Concordate von 1418 und auf dem Concil zu Basel⁵⁹⁵) wurde bestimmt, daß eine Appellation erst statthaft sein solle, wenn in der ersten Instanz definitiv geurtheilt worden, und bei allen Sachen, welche vier Tagereisen weit von Rom verhandelt würden, päpstliche Delegaten an Ort und Stelle, iudices in partibus, entscheiden mußten. Das Tridentinische Concil⁵⁹⁶) bestätigte dieß und traf zugleich die Bestimmung, daß in jeder Diöcese auf der Synode wenigstens vier geeignete Personen gewählt werden sollten, welchen als Delegaten der Pabst die betreffenden Sachen committiren könne. Für den Fall des Todes eines dieser Synodalrichter sollte der Bischof mit Zuziehung des Capitels einen Substituten ernennen, der bis zur nächsten Synode als Delegat benützt werden könnte. Seit Synoden nicht mehr gehalten wurden, bestellte der Bischof diese Richter (Prosynodalrichter) unter Consens des Staates und der römischen Curie. Diese Einrichtung bestätigte Benedict XIV. durch die Constitution: Quamvis paternae vom 26. August 1741⁵⁹⁷), und die kaiserliche Wahlcapitulation⁵⁹⁸), welche zugleich die dreifache hergebrachte Instanz anerkannte, so daß mit Ausnahme der causae maiores stets von teutschen Richtern geurtheilt werden solle⁵⁹⁹). So lange in Teutschland stehende Nuntiaturen vorhanden waren, hatten diese in appellatorio mit den Erzbischöfen concurrirende Gerichtsbarkeit, welche jedoch später fortgefallen ist.

Wegen der Zulässigkeit der Appellation selbst ergingen auch nähere Festsetzungen. 1) In manchen Sachen ist dieselbe nämlich ganz unstatthaft, 2) in anderen ist sie unumgänglich nöthig, 3) in noch anderen entscheidet der Wille der Parteien. Zur ersten Classe gehören alle Rechts-sachen, in Ansehung deren den Bischöfen selbst als Delegaten des Pabstes die Execution der Decrete erster Instanz mit der Clausel aufgetragen wird: appellatione et inhibitione quavis postposita, remota. Hier

593) L. 33. D. ad municipalem. (50. 1.) Vgl. L. 28. §. 4. D. ex quibus causis maiores. (4. 6.) Ein Aehnliches galt auch für Constantinopel. c. un. C. de privilegiis urbis Constantinopolitanae. (11. 20.)

594) C. ult. X. de foro compet. (2. 2.) (Gregor IX.)

595) Sess. XXXI. decr. de causis et appellat.

596) Sess. XXIV. cap. 20. Sess. XXV. cap. 10. de ref.

597) S. überhaupt Benedict XIV., de synodo dioec. lib. IV. cap. V. de iudicibus synodalibus.

598) Nach die von 1792 Art. XIV, §. 5.

599) S. überhaupt Estor, de appellatione ad curiam Romanam. Jenae 1751. 4.

darf weder der Richter erster Instanz die Appellation verstaten, noch der zweiten Instanz dieselbe annehmen⁶⁰⁰). Zur zweiten Classe gehören Ehescheidungsfachen, da bei diesen zwei gleichförmige Erkenntnisse gefordert werden⁶⁰¹). Da öfter in Polen Eheleute sich unter Androhung gegenseitiger Strafen verpflichteten, gegen das erste Urtheil kein Rechtsmittel einzuwenden, wurden dergleichen Verbindungen für nichtig erklärt, und die frühere Vorschrift erneuert⁶⁰²). Alle übrigen Sachen gehören zur dritten Classe.

Nach diesen Bestimmungen ist jetzt in ganz Teutschland die Organisation des geistlichen Gerichtswesens erfolgt⁶⁰³). Die Instanz selbst ist aber eine dreifache. Wegen der Ehesachen hat dieß jedoch Bedenken erregt. Da nämlich zwei gleichförmige Erkenntnisse nöthig sind, um eine Ehe zu trennen, so hat sich einerseits die Observanz gebildet, gegen zwei übereinstimmende Urtheile keine weitere Berufung zu gestatten, andererseits aber, wenn mit drei Instanzen ein streitiges Verhältniß nicht geregelt werden kann, eine vierte Instanz aber öfter verboten ist⁶⁰⁴), eine Reaffirmation des Prozeßes auf den Grund von nova zu gewähren, wobei von der Voraussetzung ausgegangen wird, daß Erkenntnisse in Ehesachen nicht unabänderliche Rechtskraft erlangen⁶⁰⁵).

Was die formellen und materiellen Bestimmungen des Verfahrens der geistlichen Gerichte betrifft, so handelt es sich hier vorzüglich um das Verhältniß der canonischen Grundsätze zur bürgerlichen Gesetzgebung der einzelnen Territorien⁶⁰⁶). In rein spirituellen Sachen tritt das canonische Recht als Entscheidungsnorm unbedingt ein. Insofern diese aber zugleich eine temporelle Bedeutung annehmen, also die weltlichen Rechtsverhältnisse mit berühren, kann die Forderung des Staates, daß hierbei kein Conflict mit seiner eigenen Legislation eintrete, nur gebilligt werden, zugleich freilich auch das Bestreben des Staates nothwendig erscheinen, die obwaltenden Gegensätze auszugleichen. Demgemäß ist z. B. in Preußen bestimmt worden⁶⁰⁷): Es sei zu gestatten, daß die geistlichen Gerichte

600) Die hierher gehörenden Fälle nennt Benedict XIV. in der Constitution: *Ad militantis ecclesias regimen*, vom 30. März 1742. (Bullar. Rom. ed. Luxemburg T. XVI. fol. 76 sq.)

601) Benedict XIV., *Constitutio: Dei miseratione*. d. 3. Nov. 1741. (Bullar. l. c. fol. 48 sq.)

602) Benedict XIV., *Constit.: Nimiam licentiam et libertatem*. d. 18. Mai 1743. (Bullar. l. c. fol. 160 sq.)

603) Nur in den Rheinlanden ist die Herstellung der durch die französische Regierung aufgehobenen Gerichte noch nicht bewirkt worden. Wegen der übrigen vgl. man die oben Note 549 fig. cit. Literatur.

604) Wie nach dem Rescripte vom 16. April 1801 an die westpreuß. Regierung (s. Jacobson, *Gesch. der Quellen des preuß. Kirchenrechtes* Bd. I, Th. I, Anhang Nr. CXIII, S. 320.)

605) S. die Note 601 cit. *Constit.* §. XI.

606) S. Eichhorn a. a. D. Bd. II, S. 178 fig. Caspeyres a. a. D. S. 817 fig., 829 fig.

607) S. Verf. des Min. v. 17. Juli 1800 auf den Bericht der westpreuß. Regierung vom 14. März d. J. bei Amelang, *neues Archiv* Bd. I, S.

in Sachen, die wirklich ihres Ressorts sind, das canonische Recht anzuwenden. Thun sie solches aber auf eine Art, welche der Wohlfahrt des Staates und den auf diese berechneten Grundsätzen des allgemeinen Landrechtes widerspricht, so kann existente casu durch die weltliche Macht Annullirung solcher Sentenzen und Verfügungen der geistlichen Gerichte erfolgen. Um den etwaigen Mißverhältnissen vorzubeugen, kann der Staat zugleich auf die Organisation und Besetzung der geistlichen Gerichte selbst einwirken und insbesondere die Zuziehung geprüfter Justizbeamten, als Assessoren u. s. w., fordern (s. oben).

Das Verfahren selbst beruhte Anfangs auf dem römischen Prozesse, erfuhr aber später manche Modificationen. Bis zum dreizehnten Jahrhundert war es regelmäßig öffentlich und mündlich. In Folge der Anordnungen Innocenz III.⁶⁰⁸) trat die Scriptur überwiegend ein und ging, wie in der Hauptsache das ganze canonische Prozeßverfahren, in die weltlichen Gerichte über. Zwar sind manche Abweichungen, zumal bei einzelnen Instituten selbst, eingetreten, im Ganzen sind aber die Differenzen minder bedeutend; doch pflegen die Landesgesetzgebungen vorzuschreiben, daß nach ihren Gerichtsordnungen das prozessualische Verfahren selbst geleitet werde⁶⁰⁹). Die Execution ist regelmäßig, so weit nicht der Kirche in bestimmtem Umfange dieselbe zusteht, Sache des weltlichen Richters, welcher auch während des Prozeßes selbst die etwaigen Requisitionen⁶¹⁰) des geistlichen Gerichtes auszuführen verpflichtet ist⁶¹¹).

B. Die evangelische Kirche⁶¹².)

Nach den Grundsätzen der Reformatoren, welche die Kirche auf das Religiöse beschränkt wissen wollten (s. oben Note 386), mußte eigentlich jede Gerichtsbarkeit in streitigen Rechtsachen dem Staate zufallen. So äußert Luther in Beziehung auf Ehesachen⁶¹³): Die kaiserlichen Rechte

269 flg. Leman, westpreuß. Provinz.-Recht Bd. II, S. 432. v. Rabe, Sammlung preuß. Gesetze Bd. VI, S. 185 flg.

608) S. bef. c. 11. X. de probationibus. (2. 19.) (in Concil. Lateran. a. 1216.)

609) Darüber bemerkt Walter, Lehrbuch des Kirchenrechtes §. 181: Bei den Fortschritten, welche die Wissenschaft des Prozeßes beständig macht, können die geistlichen Gerichte nicht bei der canonischen Prozedur stehen bleiben, sondern sie müssen sich darin nach den Gesetzen ihres Landes richten.

610) S. z. B. Rescr. des preuß. Min. v. 20. Januar und 21. März 1834 (v. Kampß, Jahrbücher Bd. XLIII, S. 241, Bd. XLV, S. 296, 297).

611) Ueber das Verfahren selbst vgl. man außer den gewöhnlichen Lehrbüchern des gemeinen Civilprozeßes Scheill a. a. D. Sauter, fundam. iuris eccl. P. VI.

612) S. G. L. Böhmer, obs. de finibus iurisdictionis imperialis quoad in causis ecclesiasticis competit. Gotting. 1754., und in den observationes iuris can. obs. V. p. 154 sq. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. I, S. 725 flg. und Cit. — Die geistlichen Gerichte in Neu-Vorpommern (besonderer Abdruck aus der evangelischen Kirchenzeitung 1841, Nr. 32—34). Berlin 1841. 8., verb. mit Starke, Darstellung der bestehenden Gerichtsverfassung in dem preuß. Staate §. 112.

613) Luther's Werke Bd. X, S. 956.

haben sich dem geistlichen Rechte unterworfen; darum ist nun Nichts, daß man sich mit dem weltlichen Recht wollte halten; weil sich dasselbige nun selbst unterthänig hält nach dem geistlichen, so müssen wirs auch also mit ihm halten. Antwort: Ich weiß es leider, allzumal, daß die Kaiser sich mit ihrem Recht wohl in mehr Stücken dem Pabst und geistlichen Recht unterworfen haben; aber wie gern sie dasselbige gethan haben, und wie lieb es Gott gewesen ist, wie fein es auch gerathen, überzeugen uns allzumal das unendliche, gräuliche Blutvergießen.... Weil denn das kaiserliche Recht sich der Ehesachen angenommen, als eines weltlichen Handels⁶¹⁴), und dieselbigen gefasset und geörtet, so sollte mein lieber Pabst dasselbige haben fein so bleiben lassen, und nicht in ein fremd Amt gegriffen haben.... Also weil dieß Stücke im kaiserlichen Recht gefasset und geordnet ist, sollte man sich darnach halten; wie man gethan hat vor Zeiten, da sowohl fromme Christen waren, als jetzt sind. Demgemäß wurde auch hier und da die Jurisdiction der bürgerlichen Behörde überwiesen, wie in Kursachsen, Hessen u. a.⁶¹⁵), in den Städten auch oft von den Magistraten übernommen⁶¹⁶). Indessen geschah dieß nicht allgemein und vielfach erhielten sich auch nach der Reformation geistliche Gerichte⁶¹⁷), oder es wurden wenigstens Geistliche, wenn der Gegenstand es erforderte, zu Rathe gezogen⁶¹⁸). Besonders in Betreff der Ehesachen erklärte schon die hessische Kirchenordnung von 1526, Cap. 14: Si qui graves casus matrimoniales inciderint, solo Dei verbo definitur. Quod si quis episcoporum perplexus in his est, consulat visitatores aut alios, qui ex scripturis sacris de eiusmodi causis iudicare possint, und hierauf äußerte sich das Bedenken der Theologen von 1538 für die Errichtung höherer Behörden, der Consistorien⁶¹⁹), ganz gemäß den schmalcalbischen Artikeln, welche im vorhergehenden Jahre für die Ehesachen ein neues Gericht gefordert hatten⁶²⁰). Das Bedenken von 1538 ging aber weiter, indem es auch in Streitsachen, „es belangt des Pfarerer Einkommen oder andere Sachen“, in Kirchenbau-sachen, „in Summa die Kirchensachen und äußerliche Kirchen-Zwang-Disciplin und Ordnung⁶²¹)“, die Cognition der Consistorien angewendet wissen wollte.

614) In ähnlicher Weise „die Ehe ist ein leblich äußerlich Ding, wie andere weltliche Handthierung.“ Luther's Werke Bb. X, S. 710.

615) E. Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgesch. Bb. IV, §. 553, Anm. 1, S. 428.

616) So fielen gemäß der Kirchenordnung der Stadt Soest in Westphalen vom J. 1532 die Ehesachen an den Magistrat.

617) So im Herzogthume Preußen, wo die Bischöfe mit Officialen geistliche Jurisdiction behielten (s. Jacobson, Gesch. der Quellen des preuß. Kirchenrechtes Bb. I, Th. II, S. 47 u. a.).

618) So nach der Note 616 cit. Kirchenordnung. Vgl. auch das Schreiben Melanthon's von 1533 an Spalatin im Corpus Reformatorum ed. Bretschneider T. II. p. 695.

619) Richter, in der Zeitschrift für deutsches Recht Bb. IV, S. 62 ff.

620) Schmalcalb. Artikel: Anhang von der Bischöfe Gewalt.

621) Richter a. a. D. S. 70, 72, 73.

Nach diesen und anderen Vorschlägen wurden nun auch die Consistorien angeordnet, zunächst als landesherrliche Behörden, dann als „Behörden der Kirche und christlichen Obrigkeit⁶²²⁾“, und ihr Geschäftskreis durch besondere Kirchenordnungen und Instruktionen näher bestimmt⁶²³⁾. Schon während des sechszehnten Jahrhunderts finden sich außer den Ehesachen verschiedene andere, welche zur Consistorialgerichtsbarkeit verwiesen wurden. So in Sachsen „alle Sachen, die der Kirchen, Schulen, Hospitalien und gemeiner Kastengüter, Lehen, Einkommen, Nutzung, Gebäud und Besserung, dazu der Kirchendiener Besoldung betreffen⁶²⁴⁾“, in Brandenburg: „Alle Sachen, so geistlich sein oder zwischen und mit geistlichen Personen der Religion oder geistlichen Beneficien und Gütern halber verfallen und was denselben anhängig ist⁶²⁵⁾.“ Ähnlich in Pommern und in anderen Ländern⁶²⁶⁾, wogegen aber auch bisweilen die Ehesachen bei den weltlichen Gerichten blieben⁶²⁷⁾. Da nach dem Principe der Reformatoren die geistliche Jurisdiction der Kirche in Rechtsstreitigkeiten nur als landesherrliche Verleihung erscheint, so konnte unter Umständen auch eine Reduktion und Aufhebung, wenn die Umstände es zu erheischen schienen, erfolgen. Dies ist denn auch seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts mehrfach geschehen, wie namentlich in Preußen, wo die in evangelischen Angelegenheiten vorkommenden Prozesse in einem nicht geringen Umfange früher den Consistorien gebührten⁶²⁸⁾, durch Friedrich II. aber auf die bürgerlichen Gerichte übertragen wurden „weil die Vielheit der Justiz-Collegiorum nichts als lauter Confusions- und Jurisdiction-Streitigkeiten mit sich führet⁶²⁹⁾.“ Die Ehesachen insbesondere⁶³⁰⁾ wurden den Hofgerichten und andern höhern Behörden zugewiesen⁶³¹⁾. In Württemberg besteht beim Tribunale ein eigner Senat für Ehesachen. In Sachsen ist in Folge der Beschlußnahme der Kammer von 1834⁶³²⁾ durch

622) S. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. I, S. 727, Anm. 7.

623) Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgesch. a. a. D. S. 556.

624) Kirchenordnung von 1580. Vgl. Weber, sächs. Kirchenrecht Bd. I, Abth. 1, S. 429 flg. (zugleich über die weitere Entwicklung).

625) Visitations- und Consistorialordnung von 1573 (Mylius, Corp. Const. March. T. I. Abth. I. nr. VII).

626) S. Note 612 Cit. Derselben Riccii, zuverläss. Entwurf von Stadtgesetzen (Frankf. 1740), S. 489 flg. Auch die oben Note 476 cit. mecklenburg-schwerinschen Gesetze, wo genannt werden: Kirchen, Schulen, Hospitalen- und gemeine Kastengüter, Lehen, Einkommen, Nutzen, Gebäud und Besserung, der Kirchen- und Schuldiener Besoldung, ingleichen die wider selbige eingebrachte persönliche Zusprüche.

627) Wie nach der kurpfälzischen Ehe- und Ehegerichtsordnung von 1582.

628) Jacobson, Gesch. der Quellen des preuß. Kirchenrechtes Bd. I, Th. II, S. 82, 83.

629) A. a. D. S. 111 flg.

630) Boltz, de consistorio diss. IV. §. 54 sq. p. 145 sq. Regimont. 1713. 4.

631) Edict v. 10. Mai 1748 (Mylius, Corp. Const. March. Contin. IV. p. 51.) Verordn. v. 8. August 1750. Vgl. allg. Landr. Th. II, Tit. I u. II.

632) S. die Verhandlungen in Ranke's historisch-polit. Zeitschrift Bd. II, Hft. IV, S. 367 flg.

die Gesetzgebung des Jahres 1835 die geistliche Gerichtsbarkeit und die Entscheidung in Verlöbniß- und Ehesachen von den Consistorien auf die weltlichen Gerichte und die Administration auf die Kreisdirectionen übergegangen⁶³³). Sehr umfassend ist dagegen noch die Jurisdiction des hannoverschen Consistorium. Die Appellation von den Consistorien ging, und wo sie zu entscheiden haben, geht auch jetzt an die höhere Justizbehörde, wogegen der Recurs an die Reichsgerichte nicht verstattet war, da diesen die geistliche Gerichtsbarkeit nicht zustand⁶³⁴). Actenversendung an auswärtige Consistorien, so wie an evangelische Facultäten, war auch allgemein hergebracht.

Was die Personen, welche dem geistlichen Gerichte unterlagen, betrifft, so rechnete man außer den Geistlichen auch den sogen. clerus minor, Kirchen- und Schulbediente dahin und nach der Observanz auch deren Familie und Gesinde⁶³⁵). Meistens wurde aber später nur das bürgerliche exemte Forum, und selbst dieß nicht einmal allgemein, angenommen (vgl. oben Note 556, 557).

Die Consistorialgerichtsbarkeit in katholischen Ländern beruht auf der besonderen Verfassung und war hier oft nur beschränkt den Evangelischen zugestanden⁶³⁶). So hatten in Jülich-Berg die Synoden nur das Recht, in streitigen Ehesachen unter den Parteien die Güte und Ausöhnung zu verhandeln⁶³⁷).

Das Verfahren richtet sich theils nach den besonderen Instructionen, theils nach den allgemeinen Landesordnungen.

D. H. Jacobson.

Gesandte¹⁾ (legati, ministres publics, agens politiques ou diplomatiques, agens de relations exterieures) sind alle Personen, in

633) S. die Gesetze v. 28., 30. Januar und 10. April 1835 im Gebräuch des im Königreiche Sachsen geltenden Kirchen- und Schulrechtes S. 374 flg., 380 flg., 395 flg.

634) S. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. I, S. 737, 738, Bd. II, S. 750 und die daselbst Cit.

635) Nach den oben Note 476 cit. mecklenb.-schwerin'schen Gesetzen die Familie, nicht aber Bediente oder Bauern.

636) S. Eichhorn a. a. D. Bd. I, S. 790 flg., Bd. II, S. 156.

637) Vgl. die oben Note 420 cit. Abhandlung von Pütter. Wegen der Cognition der Consistorien in Bayern s. Verordn. v. 22. Dec. 1822, 23. Dec. 1837 (Müller, Lexikon des Kirchenrechtes Bd. I, S. 725).

1) Die Literatur dieser Materie ist so umfanglich, daß sich schwerlich auch nur ein zweckmäßiges Spicilegium daraus geben läßt. Diejenigen Schriften, welche bei dieser Arbeit benutzt worden sind, werden nachstehend in den Noten angeführt werden. Eine Auswahl findet sich in Pöhlitz, die Staatswissenschaften im Lichte unserer Zeit Th. 5, Aufl. 2, §. 298, und Klüber, europäisches Völkerrecht Bd. 1, §. 169, Note b, S. 273. Schon umständlicher ist die Literatur abgehandelt in v. Römer, Grundsätze über die Gesandtschaften S. 6—18, am vollständigsten aber in desselben Handbuch für Gesandte Th. 1, S. 36—167. Die neuesten Werke sind verzeichnet in Rotteck u. Welcker, Staatslexikon Bd. 6, Bief. 4, S. 584. Im übrigen ist hier verwiesen auf v. Dmpteda, Literatur des Völkerrechtes Th. 2, S. 351 flg. u. v. Kampff, neue Literatur des Völkerrechtes S. 231 flg.

der Regel Staatsbeamte, welche von einem Staatsoberhaupte an ein auswärtiges Staatsoberhaupt gesendet werden, um im völkerrechtlichen (im Innern Deutschlands: im staatsrechtlichen) Verkehr die Geschäfte ihres Staates zu betreiben. Der Ausdruck *Minister* bezeichnet Gesandte jeden Ranges, sonst verstand man unter dem Ausdrucke *Gesandte* nur Gesandte ersten, unter *Abgesandten* nur Gesandte 2. und 3. Ranges²⁾. Daß unabhängige Völker, wenn sie mit einander verhandeln wollen, dazu gewisser Organe bedürfen, da eine Unterhandlung eines ganzen Volkes mit einem anderen nicht denkbar ist, daß diese Organe also ihr Volk, ihren Staat vertreten müssen, dieß liegt in der Natur der Sache, daher in den ursprünglichen Rechten der Völker, ist sonach auch Grundsatz des philosophischen Völkerrechtes. Daß diese Organe aber unverleßlich sein, daß das, was ihnen geschieht, als dem sie absendenden Staate geschehen, angesehen und jede Verletzung solcher Personen auf das Strengste geahndet werden muß, dieß folgt als Mittel zum Zwecke ebenfalls aus den ganzen Verhältnissen, weil sonst Verhandlungen mit den abgesendeten Personen nicht möglich sein würden, sich Niemand zu diesem Geschäfte hergeben würde. Dieß bestätigt die Geschichte des Alterthums und Mittelalters, nur war diesen Perioden unser Institut der stehenden Gesandtschaften unbekannt. Die Gesandten wurden blos für einzelne Fälle abgeordnet, oder es wurden die Verhandlungen unter den Souveräns brieflich abgemacht — Beides, bei entstehender Nothwendigkeit häufiger, ja fortdauernder Verhandlungen, so beschwerliche Mittel, daß, wenn auch die Nothwendigkeit stehender Gesandtschaft nicht durch die Verhältnisse und durch die steigende Geschäftsverwickelung sich Anerkennung verschafft hätte, doch durch die unausgesetztesten Verhandlungen mancher Staaten mit einander sich die stehenden Gesandtschaften factisch bilden mußten. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß der kluge päpstliche Hof, der sich im Mittelalter einen unausgesetzten politischen Einfluß auf alle christlichen Herrscher zu sichern wußte, zuerst zu diesem Institute Veranlassung gegeben hat. So viel aber sagt die Geschichte bestimmt, daß schon Ludwig XI. v. Frankreich an den Höfen Englands und Burgunds und diese bei ihm, hingegen der Minister Richelieu während der Dauer des dreißigjährigen Krieges als Kundschafter an den verschiedenen Höfen stehende Gesandten unterhielten, während wir seit dem westphälischen Frieden dieses völkerrechtliche Institut unter allen civilisirten Völkern (die hohe Pforte mit eingeschlossen) finden. Der Zweck der stehenden Gesandtschaften, so wie sie sich nunmehr ausgebildet haben, besteht „in der Erhaltung und Pflege der friedlichen und freundschaftlichen Verhältnisse zwischen den einzelnen Staaten; in der Vertretung des Staates bei allen Vorkommnissen; in der Wahrung aller Interessen desselben; in der möglichsten Verhinderung der Entstehung von Mißverhältnissen; in der gütlichen Beilegung entstandener Differenzen; in der Vertretung der einzelnen

2) Klüber a. a. D. S. 169, S. 272 und Note a, S. 273. Rottet u. Welcker a. a. D. S. 272.

Untertanen, Körperschaften u. s. w. bei allen erforderlichen Gelegenheiten; in der vermittelnden Beilegung der Streitigkeiten derselben; in der Schutzwährung da, wo einzelne Staatsgenossen des Schutzes in persönlichen und sächlichen Angelegenheiten bedürfen³⁾.

Unter diesen Umständen ist die Politik das Hauptfeld, in welchem sie sich bewegen, daher das Rechtslexikon, bei ihrem nur secundären Einflusse auf das Recht, sich einer umständlicheren Auseinandersetzung des Gesandtschaftswesens enthalten muß, dasselbe vielmehr in der Hauptsache nur so weit darstellen kann, als zur Verständlichkeit der deutschen Staatsrechtsprincipien über das Gesandtenwesen nöthig sind, und so weit diese Principien aus Grundsätzen des Völkerrechts entlehnt sind.

Ehe das Institut der bleibenden Gesandtschaften sich einrichtete, hatte man nur zwei Classen von Gesandten, die ambassadeurs (procureurs) in wichtigen, die gentils-hommes envoyés, gewöhnlich am Hofe dienende Edelleute, in minder wichtigen Angelegenheiten. Späterhin, als die Gesandtschaften stehend wurden, gab, statt der ambassadeurs, es — der Name deutet auf ihre Bestimmung — Residenten (résidens). Die Agenten, welche vorher bloß die Privatgeschäfte der Fürsten besorgt hatten, wurden nun auch mit Staatsgeschäften beauftragt (chargés d'affaires) — Geschäftsträger. Die oben erwähnten envoyés aber erhielten schon im 17. Jahrhunderte mehr Ansehen; seit dem Anfange des 18. Jahrhunderts bildeten sie eine besondere Classe der Gesandten, unter denen sich die bevollmächtigten Minister (ministres plénipotentiaires) befanden, und so entstanden drei Classen: a) ambassadeurs und päpstliche Legaten und Nuntien, b) envoyés und bevollmächtigte Minister, c) Residenten und Geschäftsträger. In jenen Zeiten, der Blüthe des höfischen Ceremoniells, wurde oft der Rang dieser Gesandten und das ihnen gebührende Ceremoniell Veranlassung zu Streit, der häufig in den wichtigsten politischen, Staats- und Völkerrechtsverhandlungen die Beschlüsse verzögerte, erschwerte, ja ganz hinderte. Dieß zu vermeiden, stellten die acht Mächte, welche den Frieden zu Paris am 13. Mai 1814 unterzeichnet hatten, durch den Wiener Congress am 19. März 1815 ein Reglement über den Rang der diplomatischen Agenten⁴⁾ auf, welches den übrigen gekrönten Häuptern zum Beitritte vorgelegt, von der deutschen Bundesversammlung durch Protocoll vom 12. Juli 1817⁵⁾ angenommen und wodurch drei Classen von Gesandten bestimmt wurden. Zwischen diese wurde eine vierte von Oesterreich, Rußland, Frankreich, Großbritannien und Preußen auf dem Congress zu Aachen am 21. November 1818 eingeschoben. So bestehen bei jenen fünf Mächten und folgeweise für Deutschland jetzt folgende Classen⁶⁾, von denen indeß zu bemerken ist, daß der Unterschied derselben

3) Kottel u. Welcker a. a. D. S. 586, 590. Pölik a. a. D. S. 292 fig. u. 294.

4) In Klüber, Acten des Wiener Congresses Bd. 6, S. 204 fig.

5) In de Martens, recueil etc. Suppl. 8, p. 648.

6) Ueber Vorstehendes vgl. Pölik a. a. D. S. 300. Kottel und Welcker a. a. D. S. 592 fig. Klüber, europ. Völkerrecht §. 179.

auf den verschiedenen Graden der Repräsentation und des Ceremoniells beruht, jedoch nur in Bezug auf die verschiedenen Staaten; unter sich selbst haben die diplomatischen Agenten, als solche, kein Recht auf einen Vorrang; sie nehmen unter sich den Rang nach dem Tage der amtlichen Anmeldung ihrer Aukunft ein. Es unterscheidet sich aber die erste Classe ganz von den übrigen drei Classen dadurch, daß sie die Staatswürde ihres Souveräns wesentlich repräsentirt, während die anderen nur die Qualität des Staatsoberhauptes, als solchen im allgemeinen, nicht seine besondere Würde repräsentiren⁷⁾.

Die erste Classe wird gebildet von den Botschaftern, Großbotschaftern (ambassadeurs, embasadores, ambasciatores, magni legati, oratores) und den päpstlichen legati a latere oder de latere und nuncii — sowohl ordentliche als außerordentliche (s. w. u.) Gesandten dieser Classe begreifend. Sie sämmtlich erhalten seit dem westphälischen Frieden den Titel Excellenz, überreichen ihr Creditiv (s. w. u.) jedesmal in öffentlicher Audienz (die anderen nur in einer Privataudienz) und da sie ihren Souverän nicht nur in den Geschäften, sondern auch rücksichtlich seiner Person repräsentiren, so werden ihnen alle die Ehren, wie jenem, erwiesen. Sie haben daher jeden Falles, sie mögen Fürsten sein oder nicht, ein fürstliches Gefolge (s. w. u.). Schon zur Zeit des teutschen Reichsbestandes hatten das Recht solche zu senden — jetzt bedienen sich auch die Monarchen, welche es haben, desselben nur noch in außerordentlichen Fällen bei Ceremonialgesandtschaften (s. w. u.) — nur Kaiser, Könige, der Pabst und, durch die Wahlcapitulation erst erlangt, die Kurfürsten, weil diese überhaupt königliche Ehren (honores regii) hatten. Unter den Republiken ward dieß Recht blos der Schweiz, den vereinigten Niederlanden und Venedig zugestanden. Noch jetzt ist dieß so, und den größeren Republiken wird das Recht gleichfalls nicht bestritten. Da aber gewöhnlich zwischen zwei Staaten in Bezug auf die Art der ambassade Reciprocität beobachtet wird, so verweigern die Souveräns mit königlichen Ehren das Recht, Gesandte erster Classe zu schicken, denen, welche keine königlichen Ehren haben, den kleineren Republiken und den halbsoveränen Staaten. Dieß hindert aber diejenigen Fürsten, welche der königlichen Ehren nicht theilhaftig sind, nicht, sich unter einander durch Gesandten ersten Ranges zu beschicken, da, solche Verhältnisse abgerechnet, es von der Wahl jedes Souveräns abhängt, welche Classe von Gesandten er senden will⁸⁾.

In die zweite Classe setzt das erwähnte Reglement die envoyés, ministres und anderen Gesandten, welche (gleich den Botschaftern, Legaten und Nuntien) bei den Souveränen selbst accreditirt werden, sonach die envoyés (ablegati, prolegati, inviati), die eigentlichen bevollmächtigten Gesandten, welche, weil der bloße Titel Gesandter oder envoyé or-

7) Gaalfeld, Handbuch des positiven Völkerrechtes S. 110. Pölig a. a. D. S. 305 u. 306. Rottck u. Welcker a. a. D. S. 593 u. 594.

8) Klüber a. a. D. §. 180, S. 291 flg., §. 183, 184, S. 296 flg. Pölig a. a. D. S. 306. Rottck u. Welcker a. a. D. S. 593 u. 596.

dinaire nicht gebräuchlich ist, gewöhnlich den Titel außerordentliche Gesandten (*envoyés extraordinaires*) führen, und Minister (*ministres plénipotentiaires*), den k. k. österreichischen Internuntius zu Constantinopel — den einzigen Civilbeamten dieses Titels — und die päpstlichen Internuntien. Diese Classe beschränkt sich auf das nothwendige Gefolge, hat also keine Gesandtschaftscavaliers, Edelknaben u. s. w., aber mehrere Secretärs⁹⁾.

Zur dritten Classe gehören eigentlich, dem Nacheren Beschlusse gemäß, nur die Minister-Residenten (*ministres résidens*). Weil aber die einfachen und die geschäftsbetrauten Minister (*ministres chargés d'affaires*) insofern einigen Vorzug vor den Gesandten der letzten Classe genießen, als sie gewöhnlich beim Souverän selbst accreditirt sind; so pflegen mehrere Publicisten, und wohl nicht mit Unrecht, diese alle zur dritten Classe zu rechnen¹⁰⁾. Die Diplomaten dieser Classe haben gewöhnlich nur Einen Secretär und einen oder mehrere Canzellisten, je nach der Menge ihrer Geschäfte.

Diejenigen endlich, welche, und wohl mit Recht, vorstehende Classe als so abgeschlossen, die Minister-Residenten nicht blos als die Spitze der dritten und letzten Classe, und daher noch eine vierte Classe annehmen, rechnen dahin alle diejenigen diplomatischen Agenten, welche, wenn sie auch häufig von ihrem Souverän selbst accreditirt werden, doch auch blos von dem Minister der auswärtigen Angelegenheiten des einen Staates, oder auch blos interimistisch für den Fall seiner Abwesenheit (*chargés d'affaires ad interim*) von dem an dem anderen Hofe residirenden ordentlichen Gesandten, bei dem Minister des Auswärtigen an diesem Hofe accreditirt werden können¹¹⁾, die Residenten (*agentes in rebus, résidens*), Geschäftsträger oder Geschäftsbetrauten (*chargés d'affaires*), die eigentlich so genannten diplomatischen Agenten (*agens diplomatiques*) und die Consuln, wenn ihnen ein gesandtschaftlicher Charakter beigelegt ist. Sie haben in ihrem Gefolge gewöhnlich keinen wirklichen Legationssecretär, sondern höchstens einen Schreiber unter dem Namen eines Secretärs. Die Agenten dieser letzten Classe pflegen blos die Privatgeschäfte der Fürsten, von denen sie bestellt worden sind, zu besorgen und keine gesandtschaftlichen Rechte, wenn sie auch diplomatische Titel, z. B. Legationrath, Legationssecretär u. s. w. führen, zu haben, bis man sie ausnahmsweise zuweilen in Staatsgeschäften gebraucht, wozu sie gewöhnlich durch besondere Empfehlungsschreiben (*lettres de provision*) accreditirt werden. Sie treten daher häufig auf, als Abgeordnete ohne einen bestimmten diplomatischen Charakter (*négociateurs sans qualité*), als geheime oder vertraute Abgeordnete (*ministres confidentiels, négociateurs secrets*). Endlich gar keinen gesandt-

9) Klüber a. a. D. §. 181, S. 293. Rottet u. Welter a. a. D. S. 594.

10) Rottet u. Welter a. a. D. Vgl. Klüber a. a. D. §. 182, S. 294. Pöblig a. a. D. S. 304.

11) Ebenda selbst.

schaftlichen Charakter — wenn sie nicht zu gesandtschaftlichen Geschäften ausdrücklich verwendet werden — haben auch die Commissäre¹²⁾, gewöhnlich zu Grenzberichtigungen, Liquidationsausgleichungen u. s. w. abgeordnet, und die zu Congressen gesendeten kloßen Deputirten¹³⁾.

Am wichtigsten sind unter den genannten Personen die Consuln, Handelsconsuln¹⁴⁾ (consuls), eigentlich Beamte, auf fremden Handelsplätzen, besonders in Seehäfen, zu Wahrung des Handelsinteresses des sie beauftragenden Staates und zum Schutze der dort mit dem Handel dieses Staates beschäftigten Personen, als Kaufleute, Schiffer u. s. w. bestellt. Die ersten Spuren derselben finden sich bei den Griechen, welche nicht nur für die fremden Kaufleute in Griechenland, sondern auch für die griechischen Kaufleute in Egypten eigene Richter anordneten und einsetzten. Eine ähnliche Einrichtung bestand zu Rom rücksichtlich des praetor peregrinus¹⁵⁾. Erst im 12. Jahrhunderte findet sich wieder die Nachricht, daß die italienischen, spanischen und französischen Seestädte durch die Kreuzfahrer das Recht erhielten, Consuln, als Richter in Handelsstreitigkeiten und zu Wahrung ihrer dortigen Handelsinteressen, in den asiatischen Seestädten zu bestellen. Dies wurde von den europäischen Mächten in den Handelsplätzen der Levante und der Barbareskenstaaten nachgeahmt und endlich auf andere See- und Handelsplätze angewendet. Seit dem 16. Jahrhunderte pflegen die europäischen Staaten sich so allgemein wechselseitig Consuln zuzusenden, daß z. B. von der preussischen Regierung dergleichen an 115 Orten des Auslandes eingesetzt sind. Man theilt sie in Generalconsuln (consuls généraux), welche für mehrere See- und Handelsplätze, oft für ein ganzes größeres Land, z. B. ein ganzes Königreich, bestimmt sind, Consuln im engeren Sinne (Particularconsuln, consuls particuliers), deren Wirksamkeit sich gewöhnlich auf einen einzigen Ort beschränkt, und Viceconsuln (vice-consuls), von welchen Jene vertreten werden, ihnen oft bei größeren Handelsplätzen zugeordnet. Die beiden letzten Classen pflegen unter den Ersteren zu stehen. Sie müssen, ein jeder an seinem Orte und in seinem Consulatsbezirke, Alles thun und wahrnehmen, was zur Beförderung der Rechte und Vortheile des Handels ihres Staates und dessen einzelnen Unterthanen dient, von den ein- und ausgehenden Waaren, Schiffen u. s. w. in Bezug auf ihren Staat Notiz nehmen, auf den dortigen Verkehr der Unterthanen ihres Staates achten, für Aufnahme des Handels des letzteren in dortiger Gegend sorgen, über die Beobachtung der Handelsverträge wachen, Streitigkeiten unter den Handel und Schifffahrt treibenden Unterthanen ihres Staates und mit denselben möglichst schlichten, für Erhaltung guter Ordnung dabei sorgen, den Unterthanen ihres Staates

12) S. den Art. Commission im Rechtslexikon Bd. 2, S. 701 flg.

13) S. den Art. Deputation ebenbas. Bd. 3, S. 326 flg.

14) Die Literatur darüber s. in v. Römmer, Handbuch für Gesandte S. 94 und bei Pölig a. a. D. S. 311.

15) Mirus, das Seerecht und die Flußschifffahrt Bd. 1 (Leipzig 1838), S. 94 flg.

gegen Beeinträchtigungen möglichst Schutz und Beistand leisten, bei den Dbrigkeiten des Consulsbezirktes vermittelnd einschreiten, Atteste, Seepapiere, Certificate ausstellen, Proteste, Vollmachten u. s. w. legalisiren, dießfallige Protocolle aufnehmen und Berichte erstatten. Es steht ihnen daher ein Schiedsrichteramt und eine Art von freiwilliger Gerichtsbarkeit in Bezug auf die Unterthanen ihres Committenten zu; Criminaljurisdiction über diese gar nicht. Wo dieß ist, beschränkt sie sich auf Auslieferung des Verbrechers zur weiteren Verfügung an sein Vaterland. Sie stehen gewöhnlich unter dem Handels-, häufig dem Finanzminister und zugleich unter dem Minister der auswärtigen Angelegenheiten ihres Staates. Zu diesen Stellen werden von dem Staate, der sie einsetzt, theils fremde, theils eigene Unterthanen ernannt, und zwar durch eine einfache Bestallung (*lettre de provision*), welche erst durch eine Bestätigung (*exequatur*) von dem Staate, in dem sie angestellt werden, Wirksamkeit erhält. Denn kein Staat ist berechtigt, in einem anderen, ohne dessen Zustimmung, einen Consul anzustellen. Dieser hat übrigens eigentlich keinen repräsentativen Charakter, genießt nicht die Vorrechte der Gesandten, z. B. Exterritorialität, hat kein Ceremoniell zu beanspruchen; doch ist die Exemption von Gerichtsbarkeit und öffentlichen Lasten des Staates, in denen er sich befindet, häufig bedungen. Beides fällt in der Regel bei denjenigen Consuln weg, welche Unterthanen des Staates sind, in welchem sie das Consulat für einen anderen verwalten. Diese werden wenigstens in Criminalfällen, auch auf Requisition des Staates, der sie bestellt hat, nicht ausgeliefert; es wird auch gar nicht um die Austlieferung requirirt. In Mangel bestimmter Verabredung genießen die Consuln gewöhnlich nur Unabhängigkeit in ihrem Amte und Unverletzlichkeit ihrer Person und ihres Archives. Doch hängen sie gewöhnlich die Wapen ihres Souveräns an ihren Wohnungen aus und beobachten unter sich den Rang ihrer Souveräne. Nur in der Levante und in Afrika haben sie eine, der der Gesandten sich mehr annähernde Stellung. Doch hat diese auch in Deutschland neuester Zeit sehr gewonnen. Denn es pflegen, bei den neuerlich nothwendig und gewöhnlich gewordenen Staatsersparnissen, häufiger die Staaten den Aufwand für Bestallung wirklicher Gesandten zu ersparen, besonders dann, wenn der Verkehr zwischen den beiderseitigen Staeten nicht bedeutend und so die Abordnung eines Gesandten mehr Ehrensache als Nothwendigkeit ist, und pflegen dessen Geschäfte den Consuln mit zu übertragen¹⁶⁾ — ein Fall, der in älteren Zeiten seltener vorkam¹⁷⁾.

16) So z. B. Dänemark, das seine Gesandtenstelle im Königreiche Sachsen eingezogen hat. Der österreichische Generalconsul für Letzteres ist ferner zugleich als *chargé d'affaires* an den kais. russischen, schwarzburg'schen und anhalt'schen Höfen *accreditirt*.

17) Ueber die ganze Materie vgl. Klüber a. a. D. §. 173 u. 174, S. 278 fig. Pblitz a. a. D. S. 309 fig. Saalfeld a. a. D. §. 55, S. 117. Rotted u. Welcker a. a. D. S. 595 fig. Mirus a. a. D. §. 97 fig., S. 88 fig.

Außer der angegebenen Verschiedenheit nach dem Range sind die Gesandten auch rücksichtlich der ihnen anvertrauten Macht verschieden. Zwar ist es gewöhnlich nur ein Titel, wenn die Gesandten *ministres plénipotentiaires* heißen, indem ihre Gewalt durch ihre Instruction und die vorbehaltenen Ratification gewöhnlich beschränkt ist. Indes kommt der Fall auch vor, daß einem Gesandten ganz unbeschränkte Gewalt gegeben wird, der dann *plénipotentiaire* (*plena potestate munitus*) ohne allen Zusatz heißt. Wenn ein Gesandter nicht ausdrücklich bloß als *Interims*gesandter gesendet wird, so kann er entweder ein ordentlicher oder außerordentlicher Gesandter sein (*ambassadeur ou envoyé ordinaire ou extraordinaire*); je nachdem ihm die gesandtschaftliche Eigenschaft für immer, bis auf Widerruf, oder nur auf eine gewisse Zeit, oder für ein gewisses Geschäft übertragen ist. Der zusammengesetzte Titel *envoyé extraordinaire et ministre plénipotentiaire* zeigt in der Regel einen ordentlichen Gesandten an. Endlich sind die Gesandten auch nach der Art ihrer Geschäfte verschieden. Einige sind in der Hauptsache zur Besorgung bestimmter allgemeiner oder einzelner Rechts- oder Politikgeschäfte bestimmt — Geschäftsgesandte (*ministres négociateurs*), andere bloß für Gegenstände des Staats- oder Familienceremoniells — Ceremoniell- oder Ehrengesandte (*ministres d'étiquette, m. figurans*). Beide Aufträge können eine und dieselbe Person zugleich haben, so wie andererseits es von der Willkür des Souveräns abhängt, wie viele Gesandten er zugleich bei einem und demselben Hofe accreditiren will. Ueberhaupt ist es, was das Erste betrifft, namentlich in Deutschland, in die Willkür jedes Monarchen gestellt, einem und demselben Gesandten mehrere Gesandtschaftsposten anzuvertrauen, daher sogar mehrere Souveräns einen gemeinschaftlichen Gesandten haben können — ein Fall, der besonders am deutschen Bundestage sehr häufig ist.

Wenn an einem bestimmten Orte, gleichsam in einem Mittelpunkte, von mehreren Staaten Gesandte zusammenkommen, um über gewisse Geschäfte in Staatsangelegenheit gemeinsam zu unterhandeln — *Gesandtencongrès*, so wird dieß so angesehen, als ob die verschiedenen Staaten, deren Gesandte dort sind, sich einander diese Gesandten zugesendet hätten¹⁸⁾. Verschieden aber davon ist das *diplomatische Corps*, d. i. die Summe der an einem Hofe (nicht zu einem solchen gemeinschaftlichen Zwecke, sondern) zu Förderung der Interessen jedes einzelnen Staates accreditirten Gesandten — so genannt, weil die Diplomatie die Wissenschaft ist, in welcher sie sich vorzüglich bewegen. Daher nennt man auch die wissenschaftlich gebildeten Personen bei einer Gesandtschaft *diplomatische Personen, Diplomaten*¹⁹⁾.

Wie groß der Aufwand für wirkliche Gesandten ist, ergibt sich schon aus dem Gesandtschaftsgefolge eines Botchafsters und aller ihm gleichstehenden Gesandten erster Classe; in den übrigen Classen ist dieß,

18) Klüber a. a. D. §. 177, 178 u. 185, S. 237 fig. u. 298 fig.

19) Kottek u. Welcker a. a. D. S. 588 u. u. d. B. Diplomatie Bd. 4, S. 426.

wie gedacht (s. oben S. 667), verhältnißmäßig, doch nur verhältnißmäßig, geringer. Das Gefolge eines Gesandten ersten Ranges besteht theils aus dem Geschäftspersonale, Gesandtschaftscanzler, Gesandtschaftscanzleidirector, Gesandtschafts- oder Legationsräthe (bei Gesandtschaften der ersten Classe Botschaftsräthe, *conseillers d'ambassade*, bei den päpstlichen Legaten Auditoren, Legationssecretäre, benannt), Uebersetzer oder *secrétaires interprètes*, *déchiffreurs*, Gesandtschaftscommis (*employés*), Praktikanten, *Attachés* (*commis attachés*, zur Aushilfe bei den Geschäften), Canzlisten (zuweilen mit dem Titel *Secretär*), Zahlmeister, Gesandtschaftsfourier, Canzleidiener, Dolmetscher (*drogmans*, *dragomans*, *truchemans* — sie werden jetzt fast nur noch bei Missionen an der osmanischen Pforte und in asiatischen und afrikanischen Staaten, so wie bei den von diesen Staaten an europäische Mächte geschickten Gesandten, gebraucht). — Ausschließend für die Ceremonialpartie, für Ehrendienste, sind bestimmt: der Gesandtschaftsmarschall, die Gesandtschaftscavaliere (*gentilshommes d'ambassade*), die Edelknaben oder Pagen, und zwar Marschall und Pagen nur bei Botschaftern, Gesandtschaftsgeistliche (*aumoniers d'ambassade*, da noch üblich, wo die Gesandtschaft eine eigene Hauscapelle unterhält). Seltener sind eigene Gesandtschaftsärzte. Außerdem gehören dazu Hausofficianten, Kammerdiener, Livreebedienten u. s. w. Militärisches Gefolge ist nicht mehr üblich, außer bei Gesandtschaften in uncultivirtere Länder und außer etwa einigen Schweizern, Heidenen oder Kammerhusaren²⁰⁾.

Mit dem Gesandten genießt gleichen Rang, gleiche Befreiungen und gleiches Ceremoniell die Gemahlin des Gesandten — ein Gebrauch, der erst seit Einführung stehender Gesandtschaften sich gebildet hat²¹⁾. Doch die wichtigste Person im Gesandtschaftsgefolge ist der Legations-, Gesandtschafts-, Botschaftssecretär (*secrétaire de legation*, *secrétaire d'ambassade*), zuweilen mit dem Titel eines Legationsrathes. Die Legationssecretäre sind Staatsdiener, bestimmen den Gesandten in seinen gesandtschaftlichen Geschäften und zwar sowohl in Ceremoniell als in den wirklichen Geschäften zu unterstützen. Außer den, in dem Namen selbst liegenden Canzelleigengeschäften, insonderheit Concepiren, bezüglich Mundiren, Aufsicht über das Archiv u. s. w., werden sie auch zu mündlichen Verhandlungen und zu Ueberreichung gesandtschaftlicher Noten gebraucht. Bei Verhinderung des Gesandten vertreten sie ihn, wenn sie zu *chargés d'affaires* ausdrücklich bestellt sind. Sie werden daher auch gewöhnlich dem Souverän, bei welchem der Gesandte *accreditirt* ist, vorgestellt. Sie genießen die Unverletzlichkeit und Befreiungen der Gesandtschaft²²⁾.

Der Unverletzlichkeit erfreuen sich auch, wiewohl nur in Friedenszeiten, die Eilboten, Couriere, Feldjäger, Staats- und Ca-

²⁰⁾ Wir sind bei diesem Verzeichnisse besonders dem europäischen Völkerrechte von Klüber, §. 189, S. 306 flg., gefolgt; vgl. jedoch auch Martens, Einleitung in das europäische Völkerrecht (Göttingen 1796), §. 231 flg., S. 274 flg., und Rotted u. Weidner a. a. D. S. 598.

²¹⁾ Martens a. a. D. §. 230, S. 273.

²²⁾ Martens a. a. D. §. 232, S. 274 flg. Klüber a. a. D. §. 188, S. 305.

binetscouriere, welche zur Sendung der Depeschen von den und an die Gesandtschaften gebraucht werden. Sie sind oft durch eine eigene Amtskleidung, mindestens durch ein Schild (Schildcouriere) bezeichnet; oft werden aber auch andere Personen zu gedachten Geschäften gebraucht. Sie müssen sich in ihrer Qualität legitimiren und sind dann in der Regel von Visitation ihres Gepäcks, auch Weg-, Brücken- und anderen Mauthen frei. Selbst im Kriege sind die Couriere, welche sich von den kriegsführenden Souveräns gegenseitig, oder welche an den und von dem Friedenscongreß gesendet werden, unverleglich²³).

Das gesammte einem Gesandten beigegebene und von ihm angenommene Personal — das Gesandtschaftspersonal — bildet im allgemeinen die Gesandtschaft, welche theils Subject, theils Object des Gesandtschaftsrechtes²⁴) (ius legationum, droit de légation ou d'ambassade) ist. Letzteres ist nämlich a) in staatsrechtlicher oder subjectiver Bedeutung, die Befugniß eines Staates, Gesandte zu schicken — actives Gesandtschaftsrecht — und von anderen Staaten anzunehmen — passives Gesandtschaftsrecht, b) in völkerrechtlicher, objectiver Bedeutung der Inbegriff der durch den gesandtschaftlichen Verkehr entstehenden und hierauf bezüglichen Rechtsverhältnisse²⁵). Das active und passive Gesandtschaftsrecht in staatsrechtlicher Bedeutung steht immer einem und demselben Subjecte zu, da in Europa der Grundsatz der Reciprocität in der Maße angenommen ist (s. oben S. 666), daß Staaten desselben völkerrechtlichen Ranges in der Regel auch Gesandten derselben Classe bei einander unterhalten²⁶). Abgesehen von dem, was in Hinsicht der Gesandten ersten Ranges oben (S. 666) erwähnt wurde, steht, da das Gesandtschaftsrecht unmittelbar und nothwendig aus dem, keinem Staate abzusprechenden Rechte hervorgeht, mit anderen Staaten in Unterhandlungen, Verträge u. s. w. zu treten, jedem mit dem Rechte des Krieges und Friedens versehenen Staate das Souveränitätsrecht zu, durch seinen Stellvertreter, also jedes regierende Staatsoberhaupt, es sei dieß ein Monarch, oder ein mit der obersten Verwaltung des Staates beauftragtes Collegium, Gesandten an andere Souveräns zu schicken und von ihnen anzunehmen. Halbsouveräne, abhängige Staaten haben dieß Recht nur so weit, als dadurch ihr Abhängigkeitsverhältniß zu dem Staate, von welchem sie abhängen, namentlich die mit demselben abgeschlossenen Verträge solches gestatten. Während daher, was die Staatenbunde, namentlich auch die Staaten des teutschen Bundes anlangt, die einzelnen Cantone der Schweiz und die einzelnen mit den übrigen vereinigten Staaten von Nordamerika das fragliche Gesandtschaftsrecht nicht haben, steht solches doch nicht nur dem

23) Klüber a. a. D. §. 190, S. 309.

24) Moser, Grundsätze des europäischen Völkerrechtes Buch 3. Saalfeld, Grundriß des europäischen Völkerrechtes §. 36 flg.

25) So wird unterschieden und definiert, und zwar mit Recht, bei Rotteck u. Welcker a. a. D. u. d. W. Gesandter S. 588.

26) Rotteck u. Welcker a. a. D. S. 596.

teutschen Bunde im allgemeinen, sondern auch den einzelnen teutschen Bundesstaaten unbestritten zu. Es steht ihnen aber dieß Recht nicht nur unter sich zu, wie solches z. B. durch die gesandtschaftliche Beschickung der Bundesversammlung zu Frankfurt a. M. ganz klar vorliegt, sondern auch gegen auswärtige Staaten. Dieß Recht hatten von jeher die teutschen Landesherren nicht nur seitdem sie durch den Rheinbund die volle Souveränität erhalten haben, sondern auch schon vorher zur Zeit des teutschen Reichsverbandes, wobei nur zu erwähnen ist, daß das oben schon (S. 666) bezeichnete Recht der Kurfürsten, *regii honores* zu verlangen, nach mehrerer Publicisten Meinung, auf die Großherzoge übergegangen zu sein scheint²⁷⁾. Eine Zwangspflicht, Gesandte an auswärtige Staaten zu schicken oder anzunehmen, besteht nach allgemeinen Völkerrechtsgrundsätzen nicht. Personen oder Gemeinheiten, welche einer Staatsregierung ganz untergeordnet sind, haben aber dieß Recht gar nicht²⁸⁾.

Das Gesandtschaftsrecht in völkerrechtlicher objectiver Bedeutung erhält der Gesandte, so daß er in alle Rechte desselben eintritt, sobald er dem Monarchen, bei dem er accreditirt ist, sein Creditiv überreicht und sich den übrigen accreditirten Gesandten vorgestellt hat, somit als Gesandter anerkannt ist. Er bekommt nämlich zu seiner Legitimation ein Creditiv, Beglaubigungsschreiben (*lettre de créance*), d. i. ein versiegeltes officielles Schreiben an das Staatsoberhaupt, an das er abgeschickt ist, von dem seinigen, worin sein Name, diplomatischer Charakter, Zweck der Mission und das Gesuch, ihn in dieser Weise anzuerkennen, enthalten ist. Davon übergibt er bei seiner Ankunft dem Minister des Auswärtigen eine beglaubte Abschrift und bittet um eine Audienz (s. oben S. 666), in der er dem Staatsoberhaupte das Original überreicht. Für mehrere an denselben Staat abgeordnete Gesandten langt Ein Creditiv hin; ist aber ein Gesandter bei mehreren Staaten accreditirt, so muß er für jeden Staat ein besonderes Creditiv haben²⁹⁾. Statt desselben erhalten Gesandte, welche nicht an ein Staatsoberhaupt, sondern nur zu einer Minister- oder Gesandtenconferenz gesendet werden, oft auch außerdem neben dem Creditiv, zu ihrer Legitimation für besondere Fälle, eine gewöhnliche Vollmacht (*mandatum procuratorium, pouvoir*) in forma *patenti*, nach den Regeln über Vollmachten überhaupt eingerichtet. So weit Creditiv oder Vollmacht, oder Beide langen, muß der absendende Staat die Handlungen des Gesandten genehmigen, selbst wenn sie einer ihm erteilten geheimen Instruction zuwider sein sollten, in welcher Hinsicht der Gesandte

27) Schmalz, das teutsche Staatsrecht §. 516.

28) Klüber a. a. D. §. 175, 176, S. 282 fg. Derselbe, öffentliches Recht des teutschen Bundes 3. Ausg., §. 186 (182a) u. 556 (461). Pblig a. a. D. S. 296 fg. Maurenbrecher, Grundsätze des teutschen Staatsrechtes §. 74, 96, 186.

29) Klüber, angez. Völkerrecht §. 194, S. 315. Pblig a. a. D. S. 312. Rotteck u. Welcker a. a. D. S. 599.

dann nur seinem Staate verantwortlich wäre³⁰⁾. Außer diesen Legitimationsurkunden bekommt der Gesandte über sein Benehmen bei der vorliegenden Gesandtschaft gegen den Staat, zu dem er geschickt ist, und gegen die anderen dort accreditirten Gesandten, eine Instruction theils im allgemeinen beim Antritte seines Amtes (Hauptinstruction), theils noch, wie kaum ausbleiben kann und wie dann durch besondere Depeschen geschieht, für jeden einzelnen vorkommenden wichtigeren Fall. Je nach ihrem Inhalte ist sie theils öffentlich (ostensible), theils geheim (secrète)³¹⁾. Die Adress- oder Empfehlungsschreiben, welche der Gesandte gewöhnlich mitbringt, haben keinen officiellen Charakter, sind nicht bloß an Geschäftsmänner, sondern auch an andere Personen gerichtet, um ihnen eine gute Aufnahme zu verschaffen. Rückfichtlich der Reisebeglaubigung ist zu bemerken, daß sie bei einem Gesandten häufig nicht bloß, wie bei anderen Reisenden, in Einem Passe von der Regierung, von der er gesendet wird, sondern öfter in mehreren Pässen besteht, nämlich dergleichen auch von der Regierung, an die er geht, und unter gewissen Umständen von den Regierungen, durch deren Gebiet er reist³²⁾. Hat der Gesandte durch gedachte Urkunden und in der erwähnten Weise seine Anerkennung erlangt und seine Function angetreten, so hat er dadurch Anspruch auf die in dem ihm zustehenden Gesandtschaftsrechte liegenden Vorrechte, welche, neben dem Ceremoniell, das, so weit es nicht nebenher erwähnt worden ist, nicht hierher gehört, und neben der Aushängung des Wappens seines Souveräns an seinem Logis, welche jedoch den Gesandten 3. und 4. Ranges hier und da verweigert wird³³⁾, in Folgendem bestehen:

1) Unverletzlichkeit, die dem Gesandten, wenn er die Person seines Souveräns selbst repräsentirt, um so sicherer zukommt, als dieser heilig und unverleßlich ist³⁴⁾ (s. oben S. 664). Diese muß sogar fortbauern und dauert fort, wenn zwischen den beiderseitigen Staaten, für welche die Gesandtschaft besteht, Mißhelligkeiten entstehen, so daß nur bei den rohsten Nationen Ausnahmen davon vorkommen. Gesandtenmord ist daher ein vorzüglich verabscheutes Verbrechen. Der Gesandte und sein Personal genießen des besonderen Staatschutzes. Dagegen muß der Gesandte und sein Personal Alles vermeiden, was den Gesetzen und Interessen des Landes zuwider ist, wo er sich als Gesandter befindet³⁵⁾.

2) Die Extraterritorialität, bestehend in dem Rechte zu verlangen, daß der Gesandte, sein Personal und seine Effecten so angesehen

30) Klüber a. a. D. §. 193 fig., S. 313 fig.

31) Klüber a. a. D. §. 196. Rotteck u. Welcker a. a. D. S. 600.

32) Klüber a. a. D. §. 195, S. 317. Rotteck u. Welcker S. 600.

33) Klüber a. a. D. §. 192, S. 312.

34) Paccassi, Einleitung in die sämmtlichen Gesandtschaftsrechte (Wien 1777), S. 161. Rotteck u. Welcker a. a. D. S. 585.

35) Klüber, Staatsrecht §. 466 (380).

werden, als hätten sie nie die Staaten des Souveräns, der den Gesandten schickt, verlassen³⁶⁾. Daraus entspringen folgende Rechte:

a) Befreiung von den Gesezen des Landes, in das der Gesandte abgeschickt ist, jedoch unter der in der Natur der Sache und der Annahme des Gesandten liegenden stillschweigenden Bedingung, daß er Ruhe, Ordnung und Sicherheit in dem fraglichen Staate nicht störe³⁷⁾. Er ist deshalb

b) frei von der voluntarischen und contentiosen Civilgerichtsbarkeit jenes Staates, der er sich jedoch freiwillig unterwerfen kann, so wie es sich von selbst versteht, daß, wenn er in dortige bürgerliche Verhältnisse tritt, z. B. als Executor eines Testaments, oder bei Treibung von Handel und Gewerbe, er auch die dortigen Geseze befolgen muß, weil er dann von den Rechten der dortigen Bürger profitiren will, er sich mithin auch den jenen correspondirenden Pflichten unterwerfen muß. Hat er aber Schulden gewirkt, so kann er deshalb nicht nur nicht vor der dortigen Obrigkeit belangt, sondern auch sein Vermögen nicht mit Arrest belegt werden. Ob, wenn seine Mission beendet ist, bei seinem Wegzuge dieß ist streitig, in manchen Staaten geradezu erlaubt. Die Grundsätze über die Unverletzlichkeit des Gesandten (s. oben S. 674) möchten wohl entgegenstehen. Ist er aber Unterthan des fraglichen Staates, oder gar dessen Staatsdiener, so bleibt er solches auch in diesen Eigenschaften. Ebenso versteht es sich, wenn er Klage erhebt, von selbst, daß er dem Gerichtsstande des Beklagten, auch rücksichtlich der Widerklage, folgen muß. Die Immobilien des Gesandten sind von dieser Befreiung ausgenommen, auch diejenigen Mobilien, die er nicht als Gesandter besitzt, z. B. Waaren, wenn er Handel und Wandel treibt. Es folgt aus dem Allen auch, daß er die Civilgerichtsbarkeit über sein Gefolge, welches außerdem keiner Gerichtsbarkeit unterworfen wäre, üben muß; doch findet dieß bloß bei Gesandten 1. und 2. Classe statt, bei denen der übrigen zwei Classen besteht dieß Recht nur bedingt³⁸⁾. Der Gesandte ist

c) frei von der Polizeigewalt jenes Staates, daher Polizeiofficianten nicht in sein Logis bringen, Durchsuchungen und Arrestirungen daselbst vornehmen dürfen³⁹⁾. Damit hängt zusammen

d) Befreiung von der Criminalgerichtsbarkeit, eben sowohl eine Folge der Unverletzlichkeit, als der Exterritorialität des Gesandten. Begeht er indessen ein Verbrechen, so wird seine Abberufung und Bestrafung seinem Souverän in Antrag gestellt. Ja bei einem Staats- oder doch einem solchen Verbrechen, bei welchem durch fernere Freilassung des Gesandten Gefahr entstehen könnte, wird derselbe arrestirt und bis zur Abholung

36) Klüber, ebendas. Martens, manuel diplomatique. (Paris 1822.) S. 21. p. 46.

37) Rotted u. Welder a. a. D. S. 607.

38) Martens, angez. Einleitung §. 213 u. 214. v. Rdmer, angez. Grundsätze S. 312 fig. Politz A a. D. S. 317 fig. Stengel, Beiträge zum Kenntniß der Just.-Verf. in den preussischen Staaten Bd. 15, S. 299.

39) Martens, manuel diplomatique p. 17. Rotted u. Welder a. a. D. S. 608.

bewacht, oder, falls man diese verzögert, aus dem Lande geschafft. Begehen Personen seines Gefolges Verbrechen, so verhaftet er sie und liefert sie seinem Landesherrn zur Bestrafung aus. Ist die Criminaljurisdiction über das Gesandtengefolge ungewiß, so trägt der Staat, wo er ist, als Expediens, auf Entlassung des Verbrechers aus den Diensten des Gesandten an, wenn solcher die Auslieferung verweigerte. Der Abgabe wirklicher, in seinem Logis betretener anderer Delinquenten an die Obrigkeit des Staates, in dem er sich befindet, kann er sich nicht entbrechen⁴⁰⁾. Denn das früherhin von den Gesandten zuweilen in Anspruch genommene Asylrecht, d. i. das Recht, daß Verbrecher, welche sich in sein Logis und unter seinen Schutze begeben, von gerichtlicher Verfolgung frei seien, ist in der Extraterritorialität völkerrechtlich nicht begründet. Daher können, wenn der Gesandte deren Auslieferung verweigert, sie nöthigen Falles mit Gewalt aus dessen Logis geholt werden⁴¹⁾.

e) Befreiung von allen den Abgaben des Staates, in dem er sich befindet, welche Unterthanenverhältnisse voraussetzen, also nicht von denjenigen indirecten Abgaben, welche der Verkäufer von Waaren bezahlt und dann auf den Preis aufschlägt, nicht von Handels- und Gewerbesteuerabgaben, wenn er ersteren treibt, nicht von Wege-, Brücken-, Pflaster-, Brief- und Postgeld, nicht von Communalanlagen, wenn der Gesandte Mitglied einer Commun oder Gesellschaft ist, nicht von den Abgaben unkeweglicher Güter, mit Ausschluß der Einquartierung und des etwanigen Aequivalentes dafür⁴²⁾.

f) Die Quartierfreiheit (franchise des quartiers) in dem Sinne, in welchem sie noch besteht, daß nämlich das Logis des Gesandten (hôtel de légation ou d'ambassade) von der Oberherrschaft des beschiedenen Staates frei ist, liegt in den vorstehend angegebenen Befreiungen. In der Ausdehnung hingegen, wie sie sonst behauptet wurde, daß durch Aufhängung des Gesandtschaftswappens das ganze Stadtquartier, worin das Logis des Gesandten sich befindet, frei werde, ist dieses Vorrecht jetzt als Unrecht allgemein anerkannt und darum aufgehoben. Außerordentlichen Gesandten wird häufiger von dem beschiedenen Staate ein Quartier unentgeltlich eingeräumt, was sonst wohl eben so allgemein war, wie die freie Defrayirung⁴³⁾ des Gesandten und seines Personals. Beide Vortheile sind bei den stehenden Gesandtschaften weggefallen⁴⁴⁾. Außerdem haben

40) Pölig a. a. D. S. 317 u. 321. Martens, angez. Einleitung §. 215, 216, S. 254 fig. Rotted u. Welder a. a. D. S. 608.

41) Klüber, angez. Völkerrecht §. 208, S. 337. Pölig a. a. D. S. 318 und der da angezogene Rössig, de iure asyli legatorum sec. iur. gent. absolutum dubio. Lips. 1787.

42) Martens a. a. D. §. 224 fig., S. 266 fig. Klüber a. a. D. §. 205 u. 206, S. 332. Rotted u. Welder a. a. D. S. 310.

43) Künert, Lehrbegriff der Wissenschaften, Erfordernisse und Rechte der Gesandten Th. 1 (Dresden 1784), S. 496.

44) Martens a. a. D. §. 218, S. 260. Klüber a. a. D. §. 192, S. 312. Rotted u. Welder a. a. D. S. 610.

3) die Gesandten das Recht des Hausgottesdienstes (ins *sacrorum privatorum*, wohl nicht schicklich auch *devotio domestica qualificata* genannt⁴⁵) in einer eigenen gesandtschaftlichen Capelle und durch einen eigenen Gesandtschaftsgeistlichen (s. oben S. 671) und andere Kirchendiener. Seit dem 16. Jahrhunderte ist dieß üblich, wenn in der Residenz des Gesandten weder öffentliche noch Privatübung seiner Religion und nicht schon ein Gesandter desselben Hofes mit Hausgottesdienst dort anwesend ist. Bedingungen dabei sind, daß der Geistliche nicht Amtshandlungen außerhalb jener Hauscapelle verrichte, nicht in seiner Amtskleidung anderwärts als dort sich zeige, daß Niemand, außer dem Gesandtschaftspersonale, am Gottesdienste Theil nehme und daß dieser in der Landessprache des Gesandten abgehalten werde, wenn nicht der Cultus der Kirche, zu der er gehört, eine andere Sprache erfordert, wie z. B. der katholische und jüdische Cultus⁴⁶).

Die Art der Geschäftsführung des Gesandten gehört der Diplomatie und Politik an, daher hier im Rechtslexikon nur noch die Beendigung seiner Function abzuhandeln ist. Diese geschieht bei einer außerordentlichen Gesandtschaft und bei Interimsgesandten (s. oben S. 670) durch Beendigung des Geschäftes oder den Ablauf der für die Gesandtschaft bestimmten Zeit, also durch Erlöschung des Creditivs; bei außerordentlichen und stehenden Gesandtschaften aber durch die Zurückberufung von Seiten des beschickenden Hofes, durch sogen. Ausschaffung, durch freiwilligen Abgang des Gesandten in Folge entstandener Mißhelligkeiten und durch den Tod des Gesandten. Die Zurückberufung erfolgt durch ein Zurückberufungsschreiben (*lettre de rappel*) von Seiten des beschickenden Staates in der Form des Creditivs. Er überreicht dieß abermals in einer Audienz und erhält dagegen eine ebenmäßige Antwort — *Recreditiv* (*lettre de récréance*), auch die üblichen Geschenke und Pässe für sich und sein Gefolge. Von diesem Moment an wird die Gesandtschaft als beendigt angesehen. So weit ist es eine freiwillige Abreise. Findet sich aber der Gesandte durch entstandene Mißhelligkeiten zur Abreise veranlaßt, oder wird er aus irgend einem Grunde, z. B. wegen begangenen Verbrechens, fortgewiesen (Ausschaffung), oder gar über die Grenze gebracht, so ist dieß eine gezwungene Abreise. Stirbt der Gesandte, so erhält er ein seinem Range angemessenes Begräbniß, und die Versiegelung und Inventarisirung des Nachlasses, besonders seiner Papiere erfolgt durch eine dazu qualificirte Person dieser Gesandtschaft, oder durch den Gesandten einer befreundeten Macht, oder durch einen in der Nähe befindlichen Gesandten oder sonstigen Beamten des beschickenden Hofes. Die Erbfolge in seine Mobilien geschieht nach den Gesetzen seines Staates, in die Immobilien nach den Gesetzen der gelegenen

45) Im Gegensatz von der Hausanbacht jedes Hausvaters (*devotio domestica*), wozu man, Behufs der beliebten Distinction, den Zusatz (*simplex*) gemacht hat.

46) Martens a. a. D. §. 219 flg., S. 261 flg. Kotted u. Weidner a. a. D. S. 610 flg.

Sache⁴⁷⁾. Vorausgesetzt wird aber ausdrücklich hierbei, daß der Gesandte noch *actus* sei. Denn ist er auch noch so lange Gesandter gewesen und nunmehr pensionirt, so ist das *forum hereditatis* doch da, wo er stirbt⁴⁸⁾.

Insonderheit die Ausübung des Gesandtschaftsrechtes der teutschen Bundesstaaten bei der teutschen Bundesversammlung anlangend, enthält das Recht, dieselbe durch Gesandten zu beschicken, zugleich die Verbindlichkeit dazu⁴⁹⁾ gegen die gemeinwölkerrechtliche Regel (S. 673). Es werden die Bevollmächtigten der Bundesgenossen durch Ueberreichung ihrer Legitimation bei dem Bundestagspräsidium als Gesandte beglaubigt, über welche Beglaubigung das Präsidium der Bundesversammlung Vortrag macht und einen Schluß der letzteren über die Ausreichtheit der Legitimation veranlaßt. Diese pflegt mit der Substitutionsclausel für Verhinderungen versehen zu sein; aber die Bundesfürsten können auch Interims Gesandten (s. oben S. 670) bestellen, den Bundestag durch mehrere Gesandten zugleich beschicken und sich mit anderen Bundesgliedern zur Bevollmächtigung einer und derselben Person vereinigen. Die Gesandten sind streng an die Instruktionen ihrer Gewaltgeber gebunden. Durch ihre Legitimation bei der Bundesversammlung sind sie nur bei dieser, nicht bei den einzelnen teutschen Bundesstaaten *accreditirt*. Bei den Bundestagsgesandten findet übrigens das Ceremoniell der Gesandten zweiten Ranges statt. Ihre Abberufung wird von ihnen dem Präsidium und von diesem der Versammlung eröffnet und nach dem Tode eines Bundestagsgesandten geschieht die Versiegelung seiner Papiere von einer dazu bevollmächtigten Person derselben Gesandtschaft, oder dem legitimirten Stellvertreter derselben, oder, in Ermangelung aller dieser, vom Bundestagspräsidium. Für die Verhandlungen über die Verhältnisse der Bundesversammlung zur Stadt Frankfurt, von der die erstere die erforderliche militärische Wache erhält, besteht eine Commission des dasigen Senates, welche die Stelle eines Ministeriums des Auswärtigen gegen den Bund vertritt⁵⁰⁾.

Buddeus.

Geschlecht (*sexus*). Daß die Geschlechtsverschiedenheit von Einfluß auf die Rechtsverhältnisse sein müsse, liegt in der Natur der Sache und ist auch von den positiven Gesetzgebungen anerkannt worden. Das römische wie das ältere teutsche Recht räumen dem männlichen Geschlechte eine Präponderanz vor dem weiblichen ein, die sich namentlich in der Schutzbedürftigkeit des letzteren gründet und die Vertretung desselben, wenigstens das Mithandeln des ersteren in wichtigeren, insbesondere ge-

47) Pölig a. a. D. S. 322 flg. Rotteck u. Welcker a. a. D. S. 611, 612.

48) Davygl, practische Erörterungen auserlesener Rechtsfälle (Hannover 1823), Abh. VI, S. 217.

49) Bundesacte Art. 3, 4. Wiener Schlußacte Art. 7 flg.

50) Klüber, angez. öffentliches Recht §. 137 (128a) flg. Maurenbrecher a. a. D. §. 107.

richtlichen, Acten herbeiführt: eine Beschützung, die sich als Geschlechtsvormundschaft (*cura sexus*) bis in die neuere Zeit unter mannigfachen Modificationen erhalten hat. Besondere Rechte wurden den Männern zu Theil, insofern diesen Rechten Verpflichtungen zur Bewahrung persönlichen Nuthes (wie beim Lehnswesen), oder einer gewissen höheren socialen Selbstständigkeit (wie im Wechselrechte) gegenüberstanden. Besondere Rechte oder Rechtswohlthaten wurden aber auch den Frauen zu Theil, insofern es sich z. B. um die Anerkennung der Schwierigkeiten handelt, welchen das Verständniß (wie bei der *ignorantia iuris*) und der richtige Gebrauch des Rechtes (daher *beneficium restitutionis in integrum* bei Intercessionen) oft unterworfen ist; oder insofern im allgemeinen die aus einer Classe von Rechtsgeschäften entspringende Gefahr von dem weiblichen Geschlechte abgewendet werden soll (z. B. *SC. Velleianum*). Alles dieß trifft jedoch nur ausnahmsweise ein; die Gleichheit beider Geschlechter ist schon vom römischen Rechte als Regel anerkannt¹⁾, wie denn auch, bestimmter Vorschrift des römischen Rechtes zufolge, wenn in den Gesetzen im *masculinum* gesprochen wird, in der Regel auch das *femininum* begriffen ist. — Ueber die Zwitter enthält das gemeine Recht mehrfache, jedoch mit dem heutigen Standpunkte der medicinischen Wissenschaft nicht ganz wohl vereinbare Bestimmungen. Zwar steht an der Spitze derselben der ganz richtige Grundsatz: *hermaphroditum eius sexus aestimandum, qui in eo praevalet*²⁾, womit zugleich die Ansicht ausgesprochen ist, daß es keine vollkommenen Zwitter, d. h. solche, die zur Ausübung der Functionen beider Geschlechter gleichmäßig fähig sind, gebe — eine Ansicht, welche auch die gerichtliche Medicin heutzutage theilt³⁾. Allein was sonst namentlich von den Practikern des 17. und 18. Jahrh. als gemeinrechtlicher Grundsatz aufgestellt worden ist über die Pflicht und das Recht des Hermaphroditen, sich über das Geschlecht zu entscheiden, dem er angehören wolle u. dergl., würde, selbst wenn wir über diese Punkte eine entschiedener Praxis hätten, schwerlich mehr zur Anwendung gelangen können. — Von den Hermaphroditen, die wiederum je nach dem Vorherrschenden des einen oder des anderen Geschlechtes entweder *gynandri* oder *androgyni* sind, unterscheidet die heutige gerichtliche Medicin noch die Personen, welche in *statu neutro* (Geschlechtslosigkeit) sich befinden, und die *Hypospadien*, rücksichtlich deren die Zeugungsfähigkeit mehrfach bestritten worden ist, nach der richtigeren Ansicht aber behauptet werden zu müssen scheint.

Gesellschaftsvertrag¹⁾. *Societas* im weiteren Sinne heißt die Vereinigung mehrerer Personen zur Erreichung eines gemeinschaftlichen

1) Dig. I. 5. de statu hom. (1. 9.)

2) L. 10. eod. tit.

3) Henke, Lehrb. §. 153.

1) Literatur: d'Avezan, *Contract. lib. II. tract. III. de societate* (thes. Moerm. tom. IV. p. 103 sq.), von Glück, *Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, Bb. 15, S. 371—476, Unterholzner, *quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechtes von den Schulverhältnissen*

Zweckes, z. B. Innungen u. s. w.²⁾; im engeren Sinne aber ein bestimmter Vertrag, durch welchen eine Gemeinschaft begründet wird. Daraus ergeben sich für die nähere Begriffsbestimmung des Gesellschaftsvertrages folgende einzelne Merkmale als nothwendig. 1) Die Verbindung mehrerer Personen, welche durch ihn herbeigeführt wird, muß eine vermögensrechtliche Beziehung haben. Demnach sind wissenschaftliche Vereine und solche, welche das gesellschaftliche Vergnügen zum Zwecke haben, nur insofern Gegenstand juristischer Beurtheilung, als diese Verbindung Kosten verursacht und die Mitglieder Beiträge und Bußen zu entrichten haben. 2) Es muß ein gemeinsamer Vortheil der Contrahenten bei der Eingehung des Vertrages beabsichtigt werden. Es widerspricht demnach dem Wesen des Vertrages eben so sehr, wenn die Absicht der Parteien von Anfang an darauf gerichtet ist, um dem einen von den Contrahenten durch die Theilnahme an der Genossenschaft schenkungsweise einen Vermögensvorteil zuzuwenden³⁾, als es unzulässig erscheint, Jemand unter der Bedingung an der Vereinigung Theil nehmen zu lassen, daß er die Lasten und die Gefahr derselben trage ohne Hoffnung der Theilnahme an dem Gewinne, ein Vertrag, welchen der römische Jurist Cassius mit dem Namen *societas leonina* zu bezeichnen gewohnt war⁴⁾. In beiden Fällen wird der Contract nach dem Pandektenrechte null und nichtig. 3) Der Gesellschaftszweck darf sich nicht auf etwas Unerlaubtes oder Schändliches beziehen. Daher ist der Contract für nichtig zu erachten, wenn er zum Behufe eines gesetzwidrigen oder unsittlichen Erwerbes geschlossen wird⁵⁾. Dieß Erforderniß scheint schon zu den Zeiten des Labeo festgestanden zu haben, da dieser Rechtsgelehrte aus diesem Grunde den bei der Freilassung vorkommenden Vertrag für ungiltig erklärt, nach welchem der Freigelassene gegen den Freilasser sich verpflichtete, mit ihm den künftigen Erwerb zu theilen⁶⁾. 4) Die Gesellschafter müssen, jeder im

Bb. 2, C. 378—392. Einzelne gute Bemerkungen enthält Puchta, Lehrbuch der Pandekten §. 359—361. Oberflächlich ist Treitschke, die Lehre von der Erwerbsgesellschaft. Leipzig 1825.

2) L. 1. pr. u. §. 1. D. quod cuiusque universitatis nomine. (3. 4.) L. 3. §. 4. D. de bonorum possessionibus. (37. 1.) L. 22. D. de fideiussoribus. (46. 1.) L. 31. §. 1. D. de furtis. (47. 2.)

3) L. 5. §. 2. D. pro socio. (17. 2.) Donationis causa societas non recte contrahitur. Vgl. L. 16. §. 1. D. de minoribus. (4. 4.) L. 32. §. 24. D. de donationibus inter virum et uxorem. (24. 1.) L. 35. §. 5. D. de mortis causa donationibus. (39. 5.)

4) L. 29. §. 2. D. 17. 2. Nach der Fabel vom Esel, der mit dem Eßwein zusammen auf die Jagd ging, und von diesem um seinen Antheil an der Beute gebracht wurde. Vgl. Phaedri Fab. 1. 11. Die Richtigkeit der Lesart bestätigen Stephanus und Cyrillus (Basil. 12. 1. ed. Heimbach. tom. I. p. 739. *λεοντειαν*, p. 740. *λεωνιναν*). Deshalb ist die Verbesserung *Theoninam* statt *leoninam*, welche Hoffmann, in meletem. ad Pand. diss. XVI. §. 4. nach Horat. epist. I. 18. vs. 24. aufstellte, unzulässig.

5) L. 70. §. 5. D. de fideiussoribus. (46. 1.) L. 57. D. 17. 2. L. 1. §. 14. D. de tut. et rat. (27. 3.)

6) L. 36. D. de operis lib. (38. 1.) L. 1. §. 7. D. quarum rerum actio non datur. (44. 5.) vgl. mit L. 1. §. 1. u. 2. D. de bonis libertorum. (38. 2.)

Einzelnen, etwas zur Erreichung des Gesellschaftszweckes beitragen. Dies Erforderniß hat sich wohl auf dem Wege der Doctrin gebildet und ist nur Folge des Grundsatzes, daß ein Societätscontract nicht schenkungsweise eingegangen werden dürfe, wenn schon es in den römischen Rechtsquellen nicht gerade damit in Verbindung gesetzt wird 7). Worin die Beiträge bestehen, ist gleichgiltig; ob in Geld, oder in Diensten, oder in beiden zugleich 8). 5) Der Vertrag darf nicht in der Absicht, sich gegenseitig zu betrügen, abgeschlossen sein 9). Denn gegenseitiges Zutrauen ist die Stütze eines jeden contractus bonae fidei. Der Mangel dieses Erfordernisses führt die Nichtigkeit des Vertrages herbei. — Das Wesen des Contractes beruht auf freiwilliger Vereinigung der Paciscenten (consensus). Darauf deutet nicht allein die Einstellung des Vertrages unter den Consensualverträgen, sondern auch die ganze Behandlungsweise desselben in den römischen Rechtsquellen, welche die Vereinigung nur so lange als bestehend darstellen, als die Einwilligung der Interessenten dauert 10), selbst dann, wenn von Anfang an die Bedingung hinzugefügt sein sollte, daß die Societät entweder gar nicht oder nicht innerhalb einer bestimmten Zeitfrist aufgelöst werden solle 11). Auf die Art und Weise, wie dieser Consensus erklärt wird, kommt weiter nichts an. Daher der Vertrag auch unter Abwesenden durch Briefe und Boten geschlossen werden kann 12); ja es bedarf nicht einmal des ausdrücklichen Consensus, wenn nur die Handlung, aus welcher die Einwilligung gefolgert wird, überhaupt conclusident ist 13). Ferner kann die Einwilligung an einen Anfangs- und an einen Endtermin gebunden sein, und von einer Resolutiv- und Suspensivbedingung abhängig gemacht werden 14), das letztere wenigstens nach Justinian's ausdrücklicher Vorschrift 15), welcher bezeugt, daß es von den älteren Rechtsgelehrten bezweifelt worden sei, ob der Vertrag von einer Suspensivbedingung abhängig gemacht werden könne.

Die wichtigsten Eintheilungen der Gesellschaften sind folgende: 1) In Betreff der Beiträge, welche die einzelnen Genossen zur Erreichung des Gesellschaftszweckes zu entrichten haben, unterscheidet man eine societas rerum, operarum und mixta, je nachdem alle und jede Genossen Vermögensbeiträge zu entrichten, oder nützliche Dienste zu leisten haben, oder beide Arten von Beiträgen in derselben Gesellschaft concurriren. Die Vermögensbeiträge insbesondere können nur so geliefert werden,

7) L. 1. C. pro socio. (4. 37.)

8) §. 2. J. de societate. (8. 26.) L. 1. C. 4. 37. L. 52. §. 2. D. 17. 2.

9) L. 8. §. 3. D. 17. 2.

10) L. 70. D. 17. 2. L. 14. L. 65. pr. D. ibid.

11) L. 1. pr. D. 17. 2. L. 14—16. D. ibid. Vgl. Puchta, Lehrbuch der Pandekten S. 400.

12) L. 4. pr. D. 17. 2.

13) L. 4. pr. D. 17. 2. vbi: et re. Nach heutigem Rechte gehört dahin der Kauf einer Actie, welche den Beitritt zum Actienverein begründet.

14) L. 1. pr. D. 17. 2.

15) L. 6. C. 4. 37.

daß das Beigetragene gemeinschaftliches Gut des Vereines wird, was man *societas quoad dominium* oder *quoad sortem* nennt, oder es kann lediglich die Ueberlassung der Geldmittel zum gemeinschaftlichen Gebrauch beabsichtigt sein, was man *societas quoad usum* nennt. Zwar werden in beiden Fällen die Geldbeiträge Gemeingut der Societät, aber der Unterschied zeigt sich darin, daß diese Beiträge im zuletztgenannten Falle als eine Gesellschaftsschuld betrachtet werden, die an den Beitragenden zurückgezahlt werden muß, was im zuerst genannten Falle nicht angenommen werden kann. Daher denn in jenem Falle bei der Auflösung der Gesellschaft der Beitragende vor allen Dingen sein Capital wieder zurücknimmt, so daß erst was übrig bleibt als Gewinn unter die Genossen zur Vertheilung gebracht wird; in diesem Falle aber bildet alles, was eingeschossen worden, einen reinen Vermögensstock der Gesellschaft und wird bei der Vertheilung als Gewonnenes behandelt, an welchem alle Gesellschafter verhältnismäßigen Antheil haben. 2) In Betreff des Umfanges der Vergesellschaftung unterscheidet man eine allgemeine Vermögens- oder Gütergemeinschaft, welche in den römischen Rechtsquellen bald *societas omnium honorum*¹⁶⁾, bald *societas omnium fortunarum*¹⁷⁾ genannt wird, und die Erwerbsgesellschaft, von den neueren Rechtsgelehrten *societas quaestuaria generalis* genannt, wenn sie nicht durch die Verabredung der Parteien auf den Erwerb einer bestimmten Gattung beschränkt ist¹⁸⁾. Die letztere bildet die Regel, jene die Ausnahme; daher auch in den Fällen, wo eine Gesellschaft ohne nähere Bestimmung des Zweckes oder des Umfanges eingegangen worden ist, nur die Gemeinschaft des gesammten Erwerbes vermuthet wird¹⁹⁾. In der allgemeinen Gütergemeinschaft ist die Absicht der Contrahenten darauf gerichtet, daß das gesammte Vermögen Gemeingut werde, während die auf dem Vermögen haftenden Schulden den sämmtlichen Gesellschaftsgliedern zur Last fallen²⁰⁾, und diese Absicht erstreckt sich nicht allein auf das bereits erworbene Vermögen, sondern wird auch auf jeden, erst in der Zukunft eintretenden Erwerb ausgedehnt²¹⁾, während die Verpflichtung der Societät, die Privatschulden zu tragen, auch auf alle künftigen Verbindlichkeiten der Mitglieder bezogen wird²²⁾. Ausgenommen sind alle Schulden, welche durch eine Verschuldung des Genossen entstehen, denn diese hat er in der Regel allein zu tragen²³⁾; doch fallen

16) L. 1. §. 1. L. 3. §. 1. D. 17. 2.

17) L. 73. pr. D. *ibid.*

18) Die römischen Rechtsgelehrten bezeichnen sie mit den Umschreibungen *societas universorum, quae ex quaestu veniunt* (L. 7. D. 17. 2.) *ut et quaestus et lucri socii sint* (L. 13. D. *ibid.*) *societas lucri, quaestus, compendii* (L. 71. §. 1. D. *ibid.*) *quaestus et compendii societas* (L. 45. §. 2. D. *de adq. vel omitt. hered.* [29. 2.]

19) L. 7. pr. D. 17. 2.

20) L. 52. §. 16. D. 17. 2. L. 1. §. 1. L. 2. L. 3. pr. D. *ibid.*

21) L. 3. §. 1. L. 73. pr. L. 52. §. 16. D. *ibid.*

22) L. 52. §. 4 u. 18. D. 17. 2.

23) L. 52. §. 4 u. 18. D. 17. 2. L. 59. §. 1. D. *ibid.*

auch diese Schulden der Gesellschaft zur Last, falls der Genosse das, was er aus der Verschuldung gewonnen hatte, freiwillig in die Gesellschaftsmasse eingeworfen und dieser Erwerb von den anderen Gesellschaftsgliedern angenommen worden ist; vorausgesetzt indeß, daß der Socius in der That verurtheilt worden²⁴⁾, daß dieses Urtheil mit Fug und Recht gesprochen worden ist (sonst haftet die Societät für die Schuld des Genossen unbedingt²⁵⁾), daß der aus dem Vergehen des Socius der Societät erwachsene Gewinn nicht weniger beträgt, als die im Urtheil ausgesprochene Condemnationssumme (denn die Gesellschaft haftet in der Regel nur so weit, als sie durch das Delict bereichert worden ist)²⁶⁾, und daß endlich die Genossen von der unerlaubten Handlung ihres Gesellschafters nicht unterrichtet waren (sonst haften sie auch für die aus dem Delicte entstehende Privatbuße²⁷⁾). Dabei versteht es sich von selbst, daß der Genosse von der Gesellschaft nicht gezwungen werden kann, das, was er aus unerlaubten Gründen gewonnen hat, zur Vertheilung zu bringen²⁸⁾; denn ein solcher Zwang würde den ersten Grundsätzen des Societätsvertrages, welcher ja doch nur erlaubten Erwerb zum Gegenstande haben kann, völlig widersprechen²⁹⁾. — In der Erwerbsgesellschaft ist die Absicht der Parteien nicht auf die Gemeinschaft aller gegenwärtigen und zukünftigen Vermögensrechte gerichtet, als vielmehr nur auf dasjenige, was die Gesellschafter durch ihre Arbeit, ihre Thätigkeit, ihren Fleiß (ex opera sua) auf rechtmäßige Weise erwerben³⁰⁾. Dahin gehören z. B. Früchte der conferirten Sachen, Zinsen von ausgeliehenen Capitalien, Ertragnisse aus Miethen und Handelsgewinne, Besoldungen, Gratificationen für geleistete Dienste³¹⁾, während Erbschaften, Legate, Fideicommissse, Schenkungen unter den Lebenden und auf den Todesfall der Collocation nicht unterliegen³²⁾, selbst dann nicht, wenn sie auch wegen der Gesellschaft und aus Gelegenheit derselben ertheilt werden³³⁾. Denn dieß alles gilt als zufälliger, nicht von der Thätigkeit der Genossen abhängiger Gewinn. Ja, die römischen Juristen gehen in der Strenge der Interpretation so weit, daß, wenn die Gesellschaft auch ausdrücklich auf Erbschaftserwerb ausgedehnt wird, im Zweifel doch die Erbschaften, welche durch letzten Willen anfallen, nicht mit darunter begriffen sind, weil sie einen unsicheren Gewinn bilden³⁴⁾. Dagegen fallen auch wieder dem Vereine nur diejenigen Kosten und Ausgaben zur Last, welche

24) L. 54. D. 17. 2.

25) L. 52. §. 18. D. 17. 2.

26) L. 54 u. 55. D. ibid.

27) L. 55. D. 17. 2.

28) L. 52. §. 17. L. 53. D. 17. 2.

29) L. 53. D. 17. 2.

30) L. 52. §. 8. L. 7. 8. 9. 13. D. 17. 2. Unerlaubter Erwerb kann den allgemeinen Regeln vom Gesellschaftsvertrage zu Folge niemals Gegenstand des Gesellschaftscontractes sein.

31) L. 52. §. 8. D. 17. 2. L. 7—13. D. ibid.

32) L. 9—11. D. 17. 2. L. 71. §. 1. D. ibid.

33) L. 60. §. 1. D. 17. 2.

34) L. 3. §. 3. D. 17. 2.

der Lebensunterhalt der Genossen, die Bewirthschaftung des Vermögens, überhaupt der Gesellschaftszweck nothwendig macht³⁵), und die von einem Genossen im Namen der Societät aufgenommenen Capitale müssen nur insofern von der gemeinschaftlichen Cassé übertragen werden, als sie in dieselbe wirklich geflossen sind³⁶). In Rücksicht des unerlaubten Gewinnes, ingleichen in Bezug auf die Verpflichtung der Gesellschaft, den Schaden zu tragen, welchen der eine der Genossen durch seine unerlaubte Handlung erleidet, geben die römischen Rechtsquellen für die Erwerbsgesellschaft keine besonderen Vorschriften. Allein nach der Analogie der Universalgesellschaft kann es keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß im ersten Falle der Erwerb des Genossen nicht zur Gesellschaftsmasse gezogen werden kann, und im zweiten der Schadenersatz und die Privatstrafe dem Thäter zur Last fallen, ohne daß dieser deshalb Regress an die Gesellschaftscassé zu nehmen befugt ist. In den Handlungen, welche der Gesellschafter in der Absicht, für sich zu handeln, vornimmt, ist er durch die Erwerbsgesellschaft nicht weiter beschränkt, als insoweit sie durch den Contract ausdrücklich verboten sind, oder dem Zwecke der Gesellschaft entgegenlaufen, in welchen Fällen er freilich der Gesellschaft als solcher das Interesse zu vergüten schuldig ist³⁷). Eine Verbindlichkeit kann aus eigenmächtigen Handlungen des Genossen, selbst wenn er sie im Namen der Gesellschaft abgeschlossen hat, für diese überall nicht entstehen, außer wenn sie von den Genossen genehmigt worden sind, oder insoweit als das aus diesen Handlungen gelöste Geld in den Nutzen der Gesellschaft verwendet worden ist. — Außer diesen Fällen kommen auch Vereine mit beschränkteren Zwecken vor, theils zum Betriebe eines einzelnen Geschäftes³⁸), theils zum Erwerbe aus einem bestimmten Handelszweige, was man *societas quaestuaria particularis* nennt³⁹); dann wird der Absicht nach nur das gemeinschaftlich, was durch den Erwerb der bestimmten Art gewonnen wird⁴⁰), und nur das als Handlungsschuld betrachtet, was zum Betriebe dieses Erwerbes nothwendig war. Vereine dieser Art sind die Handelsgesellschaften, welche entweder bloß für ein einziges Handelsgeschäft oder für einen gewissen Handelszweig geschlossen werden; auch gehört hierher der Fall, wenn ein Grundstück oder eine Heerde einem Pächter auf gemeinsamen Gewinn und Verlust zur Bewirthschaftung übergeben wird⁴¹).

Die Bemerkungen über das Wesen des Societätsvertrages geben uns auch den Schlüssel zum Verständnisse des daraus entstehenden Schuldverhältnisses der einzelnen Theilhaber. Dieses Schuldverhältniß wird nämlich in den römischen Rechtsquellen als ein gemeinsames, alle Theilneh-

35) L. 12. D. 17. 2.

36) L. 82. D. 17. 2. Vgl. Treitschke a. a. D. S. 87 u. fg.

37) L. 74. D. 17. 2.

38) L. 5. pr. D. 17. 2. L. 65. §. 2 u. 10. D. ibid. §. 6. J. 3. 26.

39) L. 51. §. 5. D. 17. 2. L. 52. §. 6. L. 71. pr. D. ibid.

40) L. 51. §. 5. D. 17. 2. L. 52. §. 6. D. ibid.

41) L. 25. §. 6. D. locati. (19. 2.) L. 8. C. de pactis. (2. 3.)

mer gleichmäßig und wechselseitig verpflichtendes dargestellt. Am klarsten wird dies aus der Behandlungsweise der aus dem Vertrage entstehenden Klage, der *actio pro socio*. Das Detail der Verpflichtungen der einzelnen Gesellschaftsglieder läßt sich nicht anders, als auf geschichtlichem Wege erklären. Die römischen Juristen gingen nämlich bei der Darstellung derselben von der Natur und dem Wesen der Societätsklage aus, und entwickelten daraus zunächst die Erfordernisse des *Contractes*⁴²⁾, die Stellung der Theilhaber gegen einander im *Contracte*, und erst folgerweise die einzelnen denselben zukommenden Rechte und Verbindlichkeiten. Diese nun lassen sich auf folgende Punkte zurückführen: 1) Jeder Genosse hat, so lange die Verbindung dauert, dasjenige zu leisten, was ihm dem *Contracte* nach zu den Zwecken des Vereines beizutragen obliegt⁴³⁾. Nicht allein, daß dergleichen Beiträge mit der Gesellschaftsklage eingetrieben werden können, bildet auch die Unterlassung der Leistung für den Gegner einen gerechten Grund zum Austritte aus der Gesellschaft⁴⁴⁾. Am klarsten tritt diese Verpflichtung bei der Gesellschaft hervor, welche das ganze Vermögen der Theilhaber zum Gegenstande hat. Hier ist nämlich jeder Genosse verpflichtet, dem anderen in allem, was er im Vermögen hat oder erwirbt, einen rechtlichen Antheil einzuräumen. Bei körperlichen Sachen bedarf es dann nicht einmal einer besonderen Uebergabe der Vermögensstücken, weil in dem Abschlusse des Vertrages bereits der Wille ausgedrückt ist, den bisherigen Besitz in einen gemeinschaftlichen zu verwandeln⁴⁵⁾, und man die Analogie des *constitutum possessorium* zu Hilfe nimmt; für Rechte, welche nicht von der Person des Theilhabers getrennt gedacht werden können, z. B. für den Nießbrauch; für Klagerechte aus Obligationen bleibt das ursprüngliche Verhältniß auch nach dem Abschlusse des Societätsvertrages fortbestehen, doch hilft man sich mit der gegenseitigen Klagenceffion⁴⁶⁾; für späteren Erwerb lassen die meisten Rechtslehrer den Grundsatz eintreten, daß derselbe dem Gesellschafter verbleibe, aber durch die Anstellung der Gesellschaftsklage zur Masse gezogen werden könne; allein die Stellen der römischen Rechtsgelehrten⁴⁷⁾, welche zur Unterstützung dieser Behauptung angezogen werden, rechtfertigen nicht die Ansicht, daß solcher Erwerb nach anderen Grundsätzen zu beurtheilen sei, als das bereits bei dem Abschlusse des Vertrages vorhandene Vermögen der Theilhaber. 2) Jeder Genosse ist zur Herausgabe dessen, was er zum gemeinschaftlichen Vortheile gewonnen hat, verpflichtet⁴⁸⁾, besonders zur Herausgabe der Früchte von Sachen, welche der Gesellschaft gehören⁴⁹⁾, und der Zinsen von Societätsgeldern, vorausgesetzt indeß, daß er dieselben im Namen der Gesellschaft ausgeliehen hat⁵⁰⁾; denn hatte

42) L. 3. §. 3. D. 17. 2.

43) L. 52. §. 8. D. 17. 2. L. 73. pr. u. §. 1. D. *ibid.*

44) L. 14. D. 17. 2.

45) L. 1. §. 1. L. 2. D. 17. 2.

46) L. 3. D. *ibid.*

47) Arg. L. 74. u. L. 52. §. 16. D. 17. 2.

48) L. 74., 21. D. 17. 2.

49) L. 38. §. 1. D. 17. 2.

50) L. 67. §. 1. D. *ibid.*

er sie im eigenen Namen ausgeliehen, so hat er an den Zinsen wenigstens so lange ein Retentionsrecht, als das Capital auf seinen eigenen Namen steht, und ihm kein Verzug zur Last fällt⁵¹⁾. Mit dieser Verbindlichkeit des Gesellschafters hängt auch seine Verpflichtung zusammen, über das, was er empfangen hat, Rechnung abzulegen, und die Rechnungsbücher auf Verlangen jedem Theilhaber vorzuzeigen⁵²⁾. 3) Jeder Genosse ist verpflichtet, zur Verzinsung der gemeinschaftlichen Gelder, welche er in der Absicht, um sie zu unterschlagen oder für sich zu benutzen, widerrechtlicher Weise an sich gebracht hat⁵³⁾. 4) Jeder Genosse ist verpflichtet, die von einem Mitgenossen zum Besten der Gesellschaft gemachten nothwendigen und nützlichen Auslagen sammt Zinsen derselben sich verhältnißmäßig in Anrechnung bringen zu lassen⁵⁴⁾. Den wirklichen Auslagen werden auch die zufälligen Verluste gleich geachtet, die ein Genosse bei seiner Thätigkeit für die Zwecke des Vereines erlitten hat⁵⁵⁾; ferner die Verbindlichkeiten, welche einer von den Gesellschaftern zum Besten der Gemeinschaft übernommen hat⁵⁶⁾, da dieser, wenn er in Folge derselben aus eigenen Mitteln bereits Zahlung geleistet hat, sofort verhältnißmäßigen Ersatz derselben aus der Gemeindecasse zu verlangen befugt ist, und, wenn er zwar noch nicht Zahlung geleistet hat, aber deshalb Ansprüche zu befahren hat, wenigstens auf Sicherstellung für künftigen Ersatz antragen kann⁵⁷⁾. 5) Die Genossen sind verpflichtet, zur Herstellung einer Ausgleichung etwas an die anderen beizutragen, wenn ein Gesellschaftsmitglied im Stande gewesen ist, zwar einige derselben vollständig zu befriedigen, die anderen aber darüber zu kurz kommen⁵⁸⁾, oder den auf ihn fallenden Beitrag zum Besten der Gesellschaft nicht zu leisten vermag⁵⁹⁾. 6) Der Genosse ist verbindlich, nicht allein den durch seinen Dolus⁶⁰⁾ dem Genossen zugefügten Schaden zu ersetzen, sondern diese Ersatzpflicht tritt für ihn auch dann ein, wenn ihm in den durch die Gesellschaft herbeigeführten Verhältnissen ein Nachtheil bringendes Versehen zur Last fällt, doch kann dieser Vorwurf dadurch abgelehnt werden, daß der Genosse nachweist, er habe die gesellschaftlichen Angelegenheiten mit dem Fleiße, welchen er auf die eigenen Sachen verwendet, besorgt⁶¹⁾. Von Wichtigkeit ist dieser Grundsatz namentlich dann, wenn

51) L. 60. pr. D. ibid.

52) L. 9. pr. D. de edendo. (2. 13.)

53) L. 1. §. 1. D. de usuris. (22. 1.)

54) L. 67. §. 2. L. 52. §. 12 u. 15. L. 38. §. 1. D. 17. 2. L. 4. §. 3. L. 11. D. communi dividundo. (10. 3.) L. 2. C. 4. 37.

55) L. 52. §. 3. D. 17. 2.

56) L. 27. L. 38. pr. L. 67. pr. D. 17. 2. L. 13. §. 2. u. L. 14. D. de institoria actione. (14. 3.) L. 27. §. 8. D. de peculio. (15. 1.)

57) L. 67. pr. D. 17. 2.

58) L. 63. §. 5. D. 17. 2.

59) L. 67. pr. D. ibid.

60) Paulli sent. rec. II. 16. §. 1. L. 59. §. 1. D. 17. 2. L. 5. §. 2. D. commodati. (13. 6.) L. 23. D. de reg. iuris. (50. 17.) §. 9. J. 3. 26.

61) Paulli sent. rec. II. 16. §. 1. L. 23. pr. L. 72. D. 17. 2. L. 23. D. 50. 17. L. 5. §. 2. D. 13. 6. §. 9. J. 3. 26.

der eine von den Genossen zum Besten des Vereines Leistungen in einer Kunst oder Wissenschaft beizutragen versprochen hat; denn dann fallen ihm natürlich alle Versehen zur Last, welche er aus Unkenntniß oder Ungeschicklichkeit darin begangen hat⁶²⁾. 7) Die Genossen sind verbindlich, den Schaden, welchen der Verein leidet, verhältnißmäßig zu tragen und an dem Gewinne, welcher der Gesellschaft zufließt, jedem Theilhaber seinen Antheil zu verstaten. Betrachten wir den zuletzt genannten Theil der Verpflichtung genauer, so finden wir in den römischen Rechtsquellen die allgemeine Regel vor, daß von der Vertheilung des Gewinnes nicht die Rede sein könne, wenn nicht vorher der ganze Betrag des Schadens in Abzug gebracht worden ist⁶³⁾. Daher denn bei der Vertheilung des Gewinnes zunächst alle Schulden, welche die Societät als solche zu tragen hat, im Voraus abgerechnet werden, und nur, was erübrigt, zur Vertheilung gebracht wird. Diese Vertheilung unter die einzelnen Genossen geschieht zunächst nach den besonderen Vorschriften, welche im Contracte enthalten sind⁶⁴⁾, und selbst, wenn ungleiche Theile festgesetzt sind, muß die Convention beobachtet werden, vorausgesetzt, daß wer mehr erhält, in der That auch mehr, als die Andern zu dem Gesellschaftsfond beigetragen habe. Ist nichts ausgemacht, so sind die Antheile der einzelnen Genossen gleich, und zwar nicht nach Verhältniß dessen, was sie beigesteuert haben⁶⁵⁾, sondern nach dem Verhältnisse der Personenzahl⁶⁶⁾. Diese Ansicht stimmt nicht allein mit der schon aus dem Begriffe der Gesellschaft sich ergebenden Stellung der Genossen gegen einander im Contracte überein, sondern hat auch nicht einmal den Schein der Unbilligkeit gegen sich, da in der Regel jeder Genosse für das Gesellschaftsverhältniß als gleich wichtig gilt, da ja schon der Tod eines Einzigen den Verein auflöst, und es mithin nicht allein als ein unzuverlässiger, sondern auch als ein falscher Maßstab gelten muß, wenn man die Bedeutung eines jeden Mitgliedes für den Verein nach seinen Beiträgen und Leistungen, die ja zudem nicht einmal immer zu Gelde angeschlagen werden können, bestimmen wollte. Nach ähnlichen Grundsätzen ist auch die Vertheilung des Schadens unter die Genossen ins Werk zu setzen. Auch hier ist zunächst der reine Betrag desselben nach Verabzugung des Gewinnes auszuwerfen⁶⁷⁾, und nach denselben Regeln, wie der Gewinn zur Vertheilung zu bringen⁶⁸⁾, also zunächst nach dem

62) L. 52. §. 2. D. 17. 2.

63) L. 30. D. 17. 2.

64) §. 1. J. 3. 26. L. 29. pr. D. 17. 2.

65) Aeberec Meinung ist Glück, Erläuterung der Pandekten Th. 15, S. 405 u. fg.

66) L. 29. pr. D. 17. 2. Caius, inst. III. §. 150. §. 1. J. 3. 26. Eine Folge davon enthält L. 63. §. 5. D. 17. 2. Vgl. Schrader ad Justin. instit. p. 550., unterholzner a. a. D. Th. 2, S. 352. Puchta, Lehrbuch der Pandekten S. 397.

67) L. 30. D. 17. 2. §. 2. J. 3. 26.

68) L. 63. §. 5. D. 17. 2. L. 29. pr. D. ibid. Caius, inst. III. §. 150. §. 1. J. 3. 26.

Inhalte des Contractes, und falls nichts Besonderes darüber in demselben festgesetzt ist, nach Verhältnis der Köpfe. Eine ganz andere Frage ist es, ob nach dem Inhalte des Contractes andere Verhältnisse für die Vertheilung des Gewinnes und andere für die des Schadens unter den Genossen festgesetzt werden dürfen. Allerdings erklärten die älteren römischen Juristen eine solche Verschiedenheit in den Verhältnissen für unvereinbar mit der Natur des Gesellschaftsvertrages⁶⁹⁾, allein nach der Meinung des Servius Sulpicius, welche in die Justinianischen Rechtsquellen siegreich übertragen worden, ließ man eine Ungleichheit dann zu, wenn die Dienstleistungen des Einen Genossen für den Gesellschaftszweck so wichtig erschienen, daß eine Ausnahme von der Regel dadurch gerechtfertigt ward. Dann ließ man die Convention bestehen, daß dieser Genosse an dem Gewinne Antheil haben solle, ohne doch an dem Schaden zu participiren⁷⁰⁾; vorausgesetzt indeß, daß Gewinn und Schaden in verschiedenen Gegenständen zutreffen. Denn, wenn beide dieselben Objecte betreffen, so treten die allgemeinen Regeln von der Gewinnberechnung ein, d. h. als Gewinn wird nur das betrachtet, was nach Abzug alles und jeden Schadens übrig bleibt, und nur an diesem Reinertrage participirt der bevorzugte Genosse⁷¹⁾. 8) Die Genossen sind verbindlich, Sachen, welche zur Gesellschaftsmasse gehören, bei dem Aufhören des Contractes vertheilen zu lassen. Diese Verpflichtung ist eine Folge der unter ihnen stattfindenden Gemeinschaft (s. den Art. *communio*) und kann theils durch die *actio communi dividundo*, theils durch die *actio pro socio* erzwingen werden⁷²⁾. Aus dieser Verpflichtung ergibt sich natürlich zugleich für jeden der Genossen die Verbindlichkeit, falls er dergleichen Sachen besitzt, dieselben zur Gesellschaftsmasse einzuliefern.

Die Klage, welche aus dem Gesellschaftsvertrage entsteht, ist die *actio pro socio*, eine *in personam actio*, welche nicht von einer Seite *directa*, von der anderen *contraria*, sondern von jeder Seite *directa* ist⁷³⁾. Sie gehört zu den *bonae fidei iudicia*⁷⁴⁾, und scheint eine *arbitraria actio* gewesen zu sein⁷⁵⁾. Die Verurtheilung in dieser Klage hat für jeden der Gesellschafter die Infamie zur Folge⁷⁶⁾. Gegenstand der Klage sind zunächst die persönlichen, aus dem Gesellschaftscontracte entstehenden Verbindlichkeiten der Genossen, und erst folgeweise die Theilung der gemeinschaftlichen Sachen⁷⁷⁾; demnach kann die Klage nicht

69) L. 30. D. 17. 2., Caius, inst. III. §. 150., §. 2. J. 3. 26.

70) Caius, inst. III. §. 149. §. 2. J. 3. 26.

71) §. 2. J. 3. 26.

72) L. 38. §. 1. L. 65. pr. D. 17. 2. L. 1 u. 2. pr. D. *communi dividundo*. (10. 3.)

73) §. 2. J. de *poenis temere litigantium*. (4. 16.)

74) Caius, inst. IV. §. 62., §. 28. J. de *actionibus*. (4. 6.)

75) Cic. pro Roscio Comoedo 4. §. 12., 9. §. 25. L. 38. pr. D. 17.

2. Vgl. Unterholzner in Savigny's Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 1, S. 254.

76) §. 2. J. 4. 16. L. 1. D. de *his, qui notantur infamia*. (3. 2.)

L. 6. §. 6. D. *ibid*. L. 22. C. *ex quibus causis infamia*. (2. 12.)

77) L. 1. D. 10. 3. L. 38. §. 1. L. 65. §. 4. L. 67. §. 1 u. 2. D. 17. 2.

allein nach Beendigung des Gesellschaftscontractes, sondern auch während der Dauer desselben angestellt werden⁷⁸⁾, das letztere namentlich dann, wenn eine einzelne Verbindlichkeit des Genossen durch die Klage geltend gemacht werden soll, und es gleichwohl keinem von beiden vortheilhaft wäre, den Gesellschaftscontract aufzuheben. Sind unter denselben Personen verschiedene Gesellschaftscontracte abgeschlossen worden, so reicht für alle zusammen eine einzige Klage aus⁷⁹⁾. Dem Prozeßrichter ist bei der Abgabe der Sentenz zur Pflicht gemacht, darauf sein Augenmerk zu richten, daß den einzelnen Genossen für die Verbindlichkeiten, welche sie im Namen der Societät übernommen haben, entweder Entschädigung werde, oder wenigstens Cautio für die Rückerstattung dessen, was sie in Folge derselben künftig zahlen müssen, bestellt werde⁸⁰⁾, da die Abzahlung der Societätsschulden gerade ein vorzüglicher Gegenstand der Klage ist⁸¹⁾; dagegen wird es ihm untersagt, das Eigenthum der gemeinschaftlichen Sachen dem Einem von den Genossen gegen Geldentschädigung zuzusprechen, da die formula der Klage ihm keine Berechtigung zur Abjudication gewährt⁸²⁾. Daß die Klage activ⁸³⁾ und passiv⁸⁴⁾ auf die Erben, so weit sie in die Rechte und Verbindlichkeiten der Verstorbenen einrücken, übergeht, wird in den römischen Rechtsquellen ausdrücklich bezeugt. Bei der Verurtheilung kommt dem Beklagten die Kompetenzwohlthat jedenfalls zu statten, nicht allein bei der Universal-, sondern auch bei der Particularsocietät⁸⁵⁾. Im zuerst genannten Falle kommen bei der Vermögensberechnung zum Behufe der Verurtheilung alle anderen Schulden des Beklagten in Abzug; im zuletzt genannten ist dieß in der Regel nicht der Fall, außer bei den Schulden, welche unmittelbar aus dem Gesellschaftscontracte herrühren⁸⁶⁾. Eine allgemeine Voraussetzung zur Kompetenzwohlthat ist es, daß der, welcher mit der Klage belangt wird, nicht seine Qualität als Gesellschafter ableugne, weshalb der Prätor eine *causae cognitio* für nothwendig erachtete⁸⁷⁾. Die Wirkung der Kompetenz erstreckt sich nicht auf dasjenige, was der Gesellschafter in der Absicht, seine Genossen zu verkürzen, veräußert oder, da er es hätte erwerben können, nicht erworben hat⁸⁸⁾. Auch kommt die Rechtswohlthat nicht den Erben und Bürgen des Gesellschafters zu statten, außer wenn die letzteren als Defensores des Hauptschuldners im Prozesse

78) L. 65. §. 15. D. 17. 2. L. 52. §. 13. D. *ibidem*.

79) L. 52. §. 14. D. 17. 2.

80) L. 38. pr. D. 17. 2. L. 27. L. 28. L. 67. D. *ibid*.

81) L. 43. D. 17. 2.

82) L. 43. D. *ibid*.

83) L. 3. C. 4. 37.

84) L. 35 u. 36. D. 17. 2. L. 63. §. 8. D. *ibid*.85) L. 63. pr. D. 17. 2. L. 16. D. *de re indicata*. (42. 1.) Vgl. *Warezoll* in seiner Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 14, S. 257—265.

86) L. 63. §. 3. D. 17. 2.

87) L. 67. §. 3. D. 17. 2. L. 22. §. 1. D. 42. 1.

88) L. 63. pr. §. 7. L. 68. §. 1. D. 17. 2.

auftreten⁸⁹⁾. — Daß die Gesellschaftsklage nicht die einzige Klage sei, welche unter Gesellschaftern stattfinden könne, ergeben schon die Zeugnisse der Pandektenjuristen. So concurrirt sie mit der *actio communi dividundo*⁹⁰⁾, welche sich von ihr dadurch unterscheidet, daß sie zunächst die Theilung der gemeinschaftlichen Sachen zum Zwecke hat, und erst folgerweise die persönlichen Prästationen des Genossen berücksichtigt⁹¹⁾, und diese Concurrenz beider Klagen ist eine *elective*⁹²⁾, wosfern nicht die Eine derselben mehr enthält, als die andere⁹³⁾. Denn dann versteht es sich von selbst, daß die Eine auch nach der anderen noch auf das Mehr gerichtet werden kann⁹⁴⁾. Auch concurrirt die Gesellschaftsklage mit der *actio legis Aquiliae*, wenn ein Gesellschafter durch unvorsichtige Thätigkeit dem Vereine geschadet hat⁹⁵⁾; mit der *furti actio* und *condictio furtiva*, wenn der Genosse eine gemeinschaftliche Sache unterschlagen hat⁹⁶⁾, und auch hier ist die Concurrenz der genannten Klagen eine *elective*, außer insofern die Eine auf das Mehr geht oder den Zweck hat, eine Privatstrafe einzutreiben⁹⁷⁾.

Die Verhältnisse der Gesellschafter zu dritten Personen betreffend, so reguliren sich diese nach den allgemeinen Regeln, welche von Obligationen gelten. Hat nämlich ein Mitglied der Gesellschaft in deren Namen den Vertrag mit dem Dritten abgeschlossen, so werden die übrigen Genossen aus einem solchen Contracte nur insofern auf ihren Antheil verbindlich, als das aus dem Geschäfte gelöste Geld zum Nutzen der Gesellschaft verwendet worden ist⁹⁸⁾. Ausnahmsweise kann indeß jeder von den Genossen auf das Ganze verklagt werden, wenn er entweder zum Abschlusse des Contractes ausdrücklich Auftrag gegeben⁹⁹⁾, oder das Geschäft späterhin genehmigt hat¹⁰⁰⁾, und dann genießt er nicht einmal die Rechtswohlthat der Theilung¹⁰¹⁾. Dabei bleibt es aber dem, welcher für die Gesellschaft das Ganze gezahlt hat, vorbehalten, die übrigen Genossen mit der Gesellschaftsklage auf Entschädigung zu belangen¹⁰²⁾. Wenn aber die Gesellschaft aus dem mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrage Rechte erwirbt, so können in der Regel nicht die einzelnen Societätsglieder die Contractsklage gegen diesen

89) L. 63. §. 1 u. 2. D. 17. 2.

90) L. 13. §. 1. D. 17. 2. L. 43. D. *ibid.* L. 1 u. 2. D. 10. 3.91) L. 3. pr. D. 17. 2. L. 38. §. 1. D. *ibid.*

92) L. 38. §. 1. D. 17. 2.

93) L. 43. D. 17. 2.

94) L. 43. D. 17. 2.

95) L. 47. §. 1. L. 48. 49. 50. D. 17. 2.

96) L. 45. 46. 47. pr. D. 17. 2.

97) L. 45. L. 47. pr. L. 50. D. 17. 2.

98) L. 82. D. 17. 2. L. 44. §. 1. D. de *aedil. ed.* (21. 1.) L. 27. D. 17. 2.99) L. 14. D. de *institoria actione.* (14. 3.) L. 13. §. 2. D. *ibid.*L. 4. §. 1. D. de *exercitoria actione.* (14. 1.)100) L. 12. §. 4. D. de *solutionibus et liberationibus.* (46. 3.) L. 60.D. de *regulis iuris.* (50. 17.)

101) L. 1. §. 25. u. L. 2. D. 14. 1.

102) L. 14. D. 14. 3.

anstellen, sondern nur der Bevollmächtigte, durch welchen sie contractirt¹⁰³), und nur, wenn die Genossen auf keine andere Weise zu ihrem Rechte kommen können, wird ihnen nach Analogie der Grundsätze, welche vom inceptor gelten, die Contractsklage als utilis gegen den Dritten gewährt¹⁰⁴).

Die Auflösung des Gesellschaftscontractes kann auf verschiedenen Wegen herbeigeführt werden. Zunächst entscheiden hier die contractlichen Bestimmungen über die Beschränkung des Vereines auf eine bestimmte Zeit oder über die Aufhebung desselben bei dem Eintritte einer Resolutivbedingung¹⁰⁵). Ist nichts Besonderes über die Dauer des Contractes ausgemacht, so entscheiden folgende allgemeine Gründe: 1) Die *capitis deminutio maxima* oder *media*, welche einer von den Gesellschaftern erleidet¹⁰⁶). 2) Der Verlust des ganzen Vermögens von Seiten des Genossen, ohne Unterschied, ob er durch Confiscation¹⁰⁷) oder durch Concurs¹⁰⁸) herbeigeführt wird. Eine Ausnahme ist wohl nicht einmal dann zu rechtfertigen, wenn der um das Vermögen gekommene Genosse nur Dienste für die Gesellschaft zu leisten hatte. 3) Der Tod des Einen von den Gesellschaftern¹⁰⁹). Wenn mehr als zwei Gesellschaftsglieder vorhanden sind, löset der Tod des Einen die Gesellschaft auch unter den Ueberlebenden auf¹¹⁰); doch kann das Gegentheil gleich bei dem Abschlusse des Contractes verabredet werden, daß nämlich dieser unter den Ueberlebenden fortbauern solle, was dann als eine neue Societät betrachtet werden muß. Die Erben als solche treten auf keine Weise in das Societätsverhältniß ihres Erblassers ein, selbst dann nicht, wenn dies gleich von Anfang an verabredet wäre¹¹¹); erst durch die Aufnahme von Seiten der übrigen können sie *socii* werden, wozu aber keine Verpflichtung besteht¹¹²). Nur bei den Gesellschaften, welche zusammenzutreten, um dem Staate Abgaben abzapachten (*societates vectigalium*), wird der Erbe unter der Voraussetzung, daß der Antheil des Verstorbenen ausdrücklich auf ihn mit eingeschrieben ist¹¹³), bis zur Beendigung der Pachtung als Theilnehmer in Beziehung auf Gewinn und Verlust behandelt, wenn er

103) L. 38. §. 17. D. de Verborum obligationibus. (45. 1.) L. 126. §. 2. D. *ibid*.

104) L. 1. n. L. 2. D. 14. 3. L. 5. D. de stipulationibus praetoris. (46. 5.)

105) L. 1. pr. D. 17. 2.

106) Caius inst. III. §. 153. L. 63. §. 10. L. 65. §. 11. L. 58. §. 2. L. 4. §. 1. D. 17. 2.

107) §. 7. J. 8. 25. L. 65. §. 12. D. 17. 2.

108) Caius inst. III. §. 154. L. 65. §. 1. D. 17. 2. §. 8. J. 3. 25. Bgl. L. 4. §. 1. D. 17. 2.

109) L. 4. §. 1. L. 65. §. 9. D. *ibid*. Caius inst. III. §. 152., §. 5. J. 3. 25.

110) L. 65. §. 9. D. 17. 2. §. 5. J. 3. 25.

111) L. 35—37. L. 52. §. 9. L. 59. pr. L. 65. §. 9 u. 11. D. 17. 2.

112) L. 37. D. 17. 2. L. 65. §. 8. D. *ibid*.

113) L. 59. pr. D. 17. 2.

auch die übrigen Rechte der Genossen, z. B. das Stimmrecht, entbehrt¹¹⁴). Allein auch bei anderen Societäten ist der Erbe verpflichtet, ein vom Erblasser begonnenes Societätsgeschäft ins Reine zu bringen, und haftet dabei für dolus und culpa lata¹¹⁵). 4) Die Unmöglichkeit oder Beendigung des Geschäftes, welches den Gegenstand der Societät bildet¹¹⁶). 5) Der Untergang der Sache, welche das Object des Contractes ist, oder wenn sie dem Verkehre entzogen wird¹¹⁷). 6) Die Anstellung einer Klage, welche die Trennung der Gesellschaft bezweckt¹¹⁸). 7) Die Vornahme einer Stipulation, welche die aus der Societät entstehenden Verbindlichkeiten durch Novation in eine andere Obligation verwandelt¹¹⁹). 8) Durch gegenseitigen Dissensus¹²⁰), welcher auch stillschweigend erklärt werden kann, z. B. wenn Handelsgenossen für sich allein zu handeln anfangen¹²¹). 9) Einseitiger Rücktritt, welcher in der Rufsprache der römischen Juristen renuntiatio genannt wird¹²²), und nicht allein mit Worten, sondern auch ohne diese durch concludente Handlungen erklärt werden kann. Dieser Rücktritt ist dem Genossen zu jeder Zeit erlaubt, selbst dann, wenn ausgemacht ist, daß der Contract nicht vor dem Ablaufe einer bestimmten Zeit gekündigt werden solle, vor dem Ablaufe dieser Frist¹²³). Daher der Vertrag, durch welchen man sich des Rechtes der Aufkündigung für immer begibt, geradezu für wirkungslos erklärt wird¹²⁴). Der Grund dieser Eigenthümlichkeit ist wohl nicht gerade in dem republicanischen Sinne des römischen Volkes zu suchen, auch nicht in der alten Aufkündigung der Freundschaft¹²⁵), noch viel weniger in der Ansicht, als ob die Römer Feinde jeder Communio seien und sie als eine unverstehbare Quelle unendlicher Streitigkeiten betrachten¹²⁶), sondern liegt einfach in den Grundzügen des Contractes vor, welcher nach den Ansichten der römischen Rechtsgelehrten nur so lange Bestand und Dauer haben kann, als die Genossen ihn fortzusetzen Willens sind¹²⁷). Für die Form der Renuntiatio finden wir in den römischen Rechtsquellen keine speciellen Bestimmungen vor. Daß sie durch den Procura-

114) L. 59. pr. D. 17. 2. L. 63. §. 8. D. ibid. Vgl. Puchta a. a. D. S. 401.

115) L. 40. D. 17. 2. L. 35. D. ibid.

116) L. 58. pr. D. 17. 2. L. 63. §. 10. D. ibid. §. 6. J. 3. 25.

117) L. 63. §. 10. D. 17. 2.

118) L. 63. §. 10. L. 65. pr. D. 17. 2.

119) L. 65. pr. D. 17. 2.

120) L. 65. §. 3. D. 17. 2. Caius inst. III. §. 151. §. 4. J. 3. 25.

121) L. 64. D. 17. 2.

122) Caius inst. III. §. 151. §. 4. J. 3. 25. L. 65. D. 17. 2. Vgl. Roman, über den einseitigen Rücktritt von einem geschlossenen Gesellschaftscontracte und dessen rechtlichen Wirkungen. Heilbronn 1825. Höpfner, über den einseitigen Rücktritt vom Gesellschaftsvertrage, im Archiv für civilistische Praxis Bd. 17, S. 262—279 und S. 440—458.

123) L. 14—16. D. 17. 2.

124) L. 14. D. ibid.

125) Vgl. Roman a. a. D. §. 3—5.

126) Vgl. Höpfner a. a. D. Th. 17, S. 279.

127) Caius inst. III. §. 151. §. 4. J. 3. 25.

tor geschehen¹²⁸), und an den Procurator des Gegners abgegeben werden kann¹²⁹), unterliegt keinem Zweifel. Für die Wirkung der Renunciation finden sich in den römischen Rechtsquellen folgende genauere Bestimmungen. I. Der einseitige Rücktritt löset zwar jedenfalls das Gesellschaftsverhältniß, befreit aber nicht immer den Zurücktretenden von seinen Verbindlichkeiten aus dem Contracte. Dieß findet statt a) wenn die Aufkündigung an einen abwesenden Genossen geschieht. Hier verliert der Renunciant seine Societätsrechte vom Augenblicke der Aufkündigung an, aber von seinen Societätsverbindlichkeiten wird er erst von der Zeit an frei, wo sein Genosse von der Aufkündigung Nachricht erhält¹³⁰). b) Wenn er durch unzeitige Aufkündigung (*intempestiva renuntiatio*) seine Societätspflicht verlegt¹³¹). Diese Verletzung hat die sehr natürliche Folge, daß der Genosse alle Rechte aus der Societät verliert, und alle Verpflichtungen annoch anerkennen muß, insoweit dieß zur Entschädigung der Genossen der Richter für nothwendig erachtet. Zur Beurtheilung der Sache geben die römischen Rechtsquellen die Regel an die Hand, daß jede Renunciation für unzeitig zu erachten sei, welche zu einer Zeit geschieht, wo der Gesellschaft daran gelegen sein mußte, daß die Societät erhalten werde¹³²). c) Wenn dem Gesellschaftsvertrage die Bedingung hinzugefügt ist, daß derselbe nicht binnen einer bestimmten Zeitfrist aufgehoben werden solle und die Kündigung vorher erfolgt, ohne daß dem Kündigenden ein gerechter Grund des Austrittes zu statten kommt. d) Wenn sein Rücktritt durch eine gerechte Ursache motivirt wird¹³³). Als solche Gründe anerkennt das römische Recht Folgendes: wenn der andere Genosse seine Contractsverbindlichkeiten nicht erfüllt, oder der Societät Schaden zufügt, oder durch sein Betragen dem Anderen Ehrenkränkungen verursacht, wenn die Benutzung der Sache, welche den Gegenstand des Gesellschaftscontractes ausmacht, unthunlich wird, oder wenn der, welcher zurücktritt, in öffentlichen Angelegenheiten oder sonst gegen seinen Willen abwesend, und auch sonst außer Stande ist, die Societätsgeschäfte durch einen Bevollmächtigten oder seinen Mitgenossen betreiben zu lassen. e) Wenn der Genosse in der Absicht, die Gesellschaft um einen erlaubten Gewinn zu bringen und sich denselben zuzueignen, die Kündigung ausbringt¹³⁴) (*dolosa renunciatio*). In diesem Falle kann der Renunciant von den anderen Genossen gezwungen werden, dasjenige, was er durch seinen Dolus gewonnen hat, in die Gesellschaftsmasse einzuwerfen, während er den Schaden, der ihm daraus erwächst, allein zu tragen haben wird. Auf weitere Erwerbungen nach der Renunciation erstreckt sich die Collationspflicht des Zurücktretenden nicht.

128) L. 65. §. 7. D. 17. 2.

129) L. 65. §. 8. D. *ibid*.

130) L. 17. §. 1. D. 17. 2.

131) L. 17. §. 2. L. 65. §. 4—6. D. 17. 2.

132) L. 65. §. 5. D. 17. 2.

133) L. 65. §. 6. D. 17. 2. L. 14—16. D. *ibid*.134) L. 65. §. 3. D. 17. 2. *Caius inst.* III. §. 151. §. 4. J. 3. 25.

II. Die durch die Renunciation herbeigeführte Auflösung des contractlichen Verhältnisses betrifft nicht den Renuncianten selbst, sondern hebt die Gesellschaft auch unter den übrigen Genossen auf. Setzen also auch fernerhin die Gesellschaft fort, so ist dieß eine neue, wofern nicht gleich bei der Schließung des Vertrages das Fortbestehen derselben unter den Uebrigen ausgemacht worden ist¹³⁵⁾.

Heimbach.

Gesetz. Begriff desselben. Unter Gesetz im allgemeinsten Sinne verstehen wir die Idee des nothwendigen Geschehens, oder deutlicher: jede Vorschrift, Anordnung oder Einrichtung, welche wir uns als von einem höheren Willen getroffen denken, insofern in Folge derselben etwas in einem bestimmten Maße mit Nothwendigkeit geschehen soll oder muß. Es unterscheidet sich also der Begriff des Gesetzes von dem der Regel dadurch, daß wir die letztere uns nicht als von einer höheren Macht ausgegangen denken und daß wir ihr eben deshalb den Charakter der Nothwendigkeit nicht beilegen. — Jene Nothwendigkeit selbst, die den Charakter des Gesetzes ausmacht, heißt eine physische, und das Gesetz ein Naturgesetz, wenn beide sich auf das Reich der Natur beziehen. Dahin gehören auch die Gesetze der geistigen Natur des Menschen, die psychologischen sowohl, als die logischen oder eigentlich sogenannten Denkgesetze. Man nennt aber die Nothwendigkeit eine moralische und das Gesetz ein Freiheitsgesetz, wenn von einer Nothwendigkeit im Reiche der menschlichen Freiheit die Rede ist. Das Naturgesetz enthält stets ein wirkliches Müssen, das Freiheitsgesetz aber an sich nur ein Sollen. Bei diesem Sollen verbleibt es auch allenthalben, wo sich das Gesetz auf die innere (moralische — nicht psychologische) Freiheit bezieht. Betrifft es aber die äußere Freiheit (wie die meisten Gesetze im Staate), so wird aus dem Sollen ein Müssen, wenn die Befolgung des Gesetzes durch eine höhere Macht (des Staates) erzwungen wird.

Die Nothwendigkeit kann in beiden Beziehungen als eine absolute oder als eine hypothetische gedacht werden. Somit wird auch das Freiheitsgesetz bald ein absolutes, bald ein hypothetisches sein; das absolute ein solches, dem wir schlechterdings gehorchen sollen, oder gar müssen, wir mögen wollen oder nicht; das hypothetische ein solches, dem wir nur insofern zu gehorchen brauchen, als wir einen gewissen Zweck erreichen wollen, dessen Befolgung also zwar relativ nothwendige Bedingung zur Erreichung dieses Zweckes ist, wobei es aber doch immer noch entweder in unserer Willkür steht, ob wir den Zweck selbst verfolgen wollen, oder, wo die vielleicht absolute Nothwendigkeit, nach Verwirklichung jenes Zweckes zu streben, wenigstens nicht durch dieses, sondern durch ein anderes Gesetz bedingt ist. — Auch das Recht beruht auf der Idee der Nothwendigkeit; aber diese Nothwendigkeit ist eine blos hypothetische, so lange die Vernunft allein als Quelle des Rechtes betrachtet wird. Das Rechtsgesetz des Vernunftrechtes ist kein Gebot oder Verbot, nicht einmal in Bezug auf die äußere Freiheit des Menschen;

135) L. 65. §. 3. D. 17. 2. §. 4. J. 3. 25.

sondern es ist bloß eine Wahrheit — es ist der Ausdruck einer hypothetischen (logischen) Nothwendigkeit, angewendet auf den Gebrauch der äußeren Freiheit im Verhältnisse der, in Zeit und Raum zusammenlebenden Menschen, d. i. die Erklärung, daß etwas in den Verhältnissen des Zusammenlebens der Menschen in Zeit und Raum, dergestalt, daß die gleiche äußere Freiheit Aller dabei bestehen könne, möglich oder unmöglich sei. Es ist also nicht an den Willen gerichtet, sondern nur ein Gegenstand des erkennenden Verstandes. Somit tritt ein doppelter Unterschied zwischen Rechtsgesetz und Sittengesetz klar hervor. Das Sittengesetz ist eine Norm, nicht für die äußere, sondern für die innere Freiheit des Menschen. Es schreibt ihm nicht sowohl vor, was er thun, als vielmehr, was er wollen, und wie er gesinnt sein soll. Das Rechtsgesetz bezieht sich nur auf die äußere Freiheit des Menschen und die äußere Richtung seiner That. Das Sittengesetz beruht ferner auf einer absoluten Nothwendigkeit: der Mensch soll unter allen Umständen, und abgesehen von allen sonstigen Zwecken, sittlich handeln — das Rechtsgesetz der Vernunft beruht bloß auf einer hypothetischen Nothwendigkeit, und lautet nur: Insofern mehrere in Zeit und Raum mit einander lebende Menschen sämmtlich gleiche Freiheit genießen sollen, so darf dieß oder jenes nicht geschehen. Hiergegen läßt sich zwar der scheinbare Einwurf machen, daß doch die Vernunft ganz unstreitig auch eine Verpflichtung des Willens anerkenne, nichts zu thun, was mit der gleichen Freiheit Aller unvereinbar sein würde. Allein diese Vorschrift der Vernunft ist schon nicht mehr Rechtsgesetz, sondern nur eine besondere Gestaltung des Sittengesetzes. — Das Gesetz im Staate, das positive Gesetz, im Gegensatz zum Vernunftgesetze, soll eigentlich ebenfalls den Ausdruck einer Nothwendigkeit, sei es einer absoluten oder einer hypothetischen, enthalten. Indessen gibt man den Namen eines Gesetzes nicht selten allen und jeden, durch die verfassungsmäßigen Organe gegebenen Erklärungen des Staates, welche sich auf seine Angehörigen beziehen, möge eine solche Erklärung nun die juristische Persönlichkeit des Staates, oder die Verhältnisse der Staatsbürger als einer Gesellschaft, oder den Staat selbst als Anstalt betrachtet, angehen. So heißt es ein Gesetz, wenn die Regierung beschließt und öffentlich erklärt, daß sie Papiergeld ausgeben, den Münzfuß verändern, dieses oder jenes Institut im Lande begründen wolle u. s. w. Auch die Staatsgrundgesetze sind hieher zu zählen, wiewohl sie ihrer Natur nach, wenigstens zum Theil, mehr den Verträgen angehören. Im engeren und eigentlicheren Sinne aber heißt im Staate Gesetz derjenige Ausdruck des Gesamtwillens, welcher bestimmt ist, den Staatsgenossen bei ihren Handlungen als Richtschnur zu dienen. — In der engsten Bedeutung endlich ist Gesetz derjenige Ausdruck des Gesamtwillens, welcher ein Gebot oder Verbot enthält. Zwar wird bisweilen auch von Erlaubnisgesetzen (*leges permissivae*) gesprochen. Dergleichen gibt es jedoch eigentlich nicht. Denn dem Menschen ist auch im Staate Alles erlaubt, was dem Rechte und den Gesetzen nicht entgegen ist, auch nicht (wie etwa Amtshandlungen) der vorgängigen Verleihung einer besonderen Befugniß bedarf. Somit kann man unter

Erlaubnisgesetzen nur diejenigen verstehen, durch welche ein bisheriges Verbot unbedingt oder bedingungsweise wiederum aufgehoben wird¹⁾).

Eintheilungen der Gesetze.

Die Gesetze werden zwar außer den schon angegebenen Eintheilungen in Vernunftgesetze und positives Gesetz, Rechtsgesetz und Sittengesetz u. s. w., noch auf mannigfaltige andere Weise eingetheilt, z. B. nach dem Urheber (göttliche — menschliche Gesetze) — nach den Mitteln, wodurch sie aufrecht erhalten werden (Civilgesetze, zu deren Aufrethaltung bloßer Civilzwang angewendet wird, und Strafgesetze — von denen die Criminalgesetze wiederum eine besondere Gattung sind — solche, deren Uebertretung mit Strafe bedroht ist). Hauptsächlich wichtig aber, um das Wesen der Gesetze zu erkennen, sind die Eintheilungen, bei welchen man I. den allgemeinen Gegenstand, II. den allgemeinen Inhalt, III. den Umfang der Geltung der Gesetze als Eintheilungsgrund annimmt.

Zu I. Erwägt man den allgemeinen Gegenstand der Gesetze, so bezieht sich das Gesetz entweder auf den Staat in seiner Eigenschaft als Person, oder auf die Erfordernisse desselben als Anstalt, oder auf die unmittelbaren Zwecke des Staates, als Gesellschaft. Zur ersten Classe gehören die Staatsgrundgesetze, sodann diejenigen, welche gleichsam eine weitere Ausführung der Grundgesetze sind, und die Theilnahme der Bürger an den öffentlichen Angelegenheiten bestimmen (man bezeichnet sie mit dem besonderen Namen der Verfassungsgesetze), — endlich noch die, welche die Verbindlichkeiten festsetzen, die den Mitgliedern der Staatsgesellschaft gegen den Staat als Person obliegen, z. B. Recrutirungsgesetze. — Betrachtet man den Staat als Anstalt, so erkennt man in dieser Beziehung Gesetze, welche bestimmt sind, den Staat als Anstalt zu organisiren (organische Gesetze), nächstdem Bestimmungen über die Verwaltung des Staates als Anstalt, welche wiederum theils die Formen regeln, in welchen diese Verwaltung geschehen soll, theils die Verbind-

1) Vgl. Kottek, Lehrbuch des Vernunftrechtes und der Staatswissenschaften (Stuttgart 1829) Bd. 1, allgem. Einl. §. I—XIII. — In Bezug auf Gesetz überhaupt s. J. Iselins Versuch über die Gesetzgebung. Zürich 1759. — Catharina II., Instruction für die zu Verfertigung des Entwurfes zu einem neuen Gesetzbuche verordn. Commiss. (mit Beil. von L. A. Schlözer). Riga und Mitau 1768. — Mably, über die Grunds. der Gesetzgebung. Nürnberg. 1779. — J. G. Schloffer's 1. bis 5. Brief üb. Gesetzgebung überhaupt und den Entwurf des preuß. Gesetzbuches insbes. Frankf. a. M. 1789—90. — Chr. Dan. Ehrhardt's Betrachtungen üb. Leopold's des Weisen Gesetzgebung in Toscana. Dresden 1791. — R. F. Klinkhardt, Ideen zur Philosophie der Gesetzgebung. Karlsruhe 1792. — Reitmaier, üb. die Redaction eines neuen teutschen Gesetzbuches. Frankf. a. d. N. 1800. — Gespräch üb. die Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in Deutschland, v. Kth. Schlichtegroll. München 1818. — E. W. v. Reibniz, Aphorismen üb. die Formation der Gesetzbücher. Breslau 1818. — Graf Destutt de Tracy, Charakterzeichnung der Politik aller Staaten der Erde; krit. Comment. üb. Montesquieus Geist der Gesetze, nebst zwei Anhangschriften von dems. Verfass. und von Condorcet; übers. und glossirt von R. E. Morstadt. Heidelberg. 1820. — Alex. Müller, die Fortbildung der Gesetzgebung im Geiste der Zeit. Edin 1836.

lichkeiten verkündigen, welche den Staatsangehörigen in dieser Hinsicht obliegen sollen. — Was den Staat als Gesellschaft und seine unmittelbaren Zwecke betrifft, so sind die letzteren, wie das Staatsrecht lehrt, der Justizzweck und der Wohlfahrtszweck. Die Anordnungen in Bezug auf den ersteren nennt man vorzugsweise Rechts- oder Justizgesetze — jene aber, welche den Wohlfahrtszweck betreffen, Wohlfahrtsgesetze, oder wohl auch Regierungsgesetze. Die Justizgesetze bezeichnet man bisweilen auch als privatrechtliche Gesetze, und setzt sie allen übrigen bisher genannten Classen entgegen, die man alsdann unter dem Gesamtnamen der Gesetze des öffentlichen Rechtes begreift. Dann nimmt man freilich die Ausdrücke „öffentliches Recht“ und „Privatrecht“ in einem besonderen Sinne, und versteht unter Privatrecht dasjenige Recht, welches sich auf die Privat- oder persönlichen Güter nicht nur der Privatpersonen, sondern auch des Staates selbst in seiner dreifachen Gestalt bezieht — unter öffentlichem Rechte aber die Normen für die, zwischen dem Staate als souveräner Person, als Gesellschaft und als Anstalt einerseits, und den Mitgliedern der Staatsgesellschaft andererseits stattfindenden rechtlichen Verhältnisse. — Unter den Gesetzen, welche den Wohlfahrtszweck betreffen, lassen sich diejenigen, welche diesen Zweck positiv zu fördern bestimmt sind, unterscheiden von denen, welche ihn negativ, d. i. durch Beseitigung dessen, was seiner Verwirklichung hinderlich sein könnte, befördern sollen. Die ersteren haben keinen besonderen Namen; man könnte sie allenfalls Wohlfahrts- oder Regierungsgesetze im engeren Sinne nennen, die letzteren aber heißen Polizeigesetze; und zwar Sicherheitspolizeigesetze, wenn sie den Zweck haben, den bösen Willen derer zu vereiteln, welche Rechtsverletzungen beabsichtigen — und Wohlfahrtspolizeigesetze, wenn sie zu Abwendung derjenigen Uebel bestimmt sind, welche nicht aus der rechtswidrigen Absicht übelgesinnter Menschen, sondern aus Unverstand und Unvorsichtigkeit hervorgehen, wodurch die Menschen sich oder anderen schaden können — oder als Folge natürlicher verschuldeter oder unverschuldeter Schwäche und Unvollkommenheit der Einzelnen, oder endlich als Wirkung der Naturkräfte den Menschen bedrohen.

Zu II. Ein anderer Gesichtspunkt, aus welchem die Verschiedenheit der Gesetze betrachtet werden soll, ist der Inhalt derselben. Hier stellen sich zuerst drei Hauptclassen dar. A. Der Staat erklärt im Gesetze, daß er selbst etwas auf seine inneren Verhältnisse Bezügliches thun will. Diese Thätigkeit des Staates ist entweder eine solche, welche Beziehung hat auf die Handlungen der Privatpersonen, indem er z. B. erklärt, daß er diese oder jene Handlung so oder anders bestrafen wolle, daß er in diesem oder jenem Falle Rechtshilfe gewähren wolle oder nicht, daß er ein bisher bestandenes Gebot oder Verbot aufhebe, also erlaube, was bisher nicht erlaubt war u. s. w. — oder es hat jene Willensäußerung keine solche Beziehung — der Staat erklärt z. B., daß Papiergeld gemacht und ausgegeben, oder vernichtet und zurückgegeben, daß eine Universität oder sonstige Anstalt gegründet oder aufgehoben werden solle u. dergl. — B. Der Staat erklärt sich über die öffentlichen und privatrechtlichen Ver-

fugnisse, Ansprüche und Verbindlichkeiten der dem Gesetze unterworfenen Personen, und setzt fest, was in diesen Beziehungen sein, gelten und geschehen soll. C. Er gibt Bestimmungen darüber, auf welche Weise die Rechte geltend gemacht und die Erfüllung der Verbindlichkeiten erzwungen werden soll, insoweit nämlich hierzu eine Thätigkeit des Staates erforderlich ist. Gesetze dieser Art heißen Prozeßgesetze im weiteren Sinne. Alle diese Eintheilungen beziehen sich auf die Materie des Inhaltes. Es läßt sich aber der Inhalt der Gesetze auch in Bezug auf die formale Richtung desselben betrachten, und in dieser Hinsicht erscheint das Gesetz theils als ein ordinatives, theils als ein regulatives, theils als ein dispositives. Ein ordinatives Gesetz nennen wir ein solches, welches anordnet, was geschehen oder unterbleiben soll und muß. Diese Gattung zerfällt in Präceptivgesetze, worinnen etwas geboten wird — und Prohibitivgesetze, worinnen etwas verboten wird. — Regulative Gesetze sind a) solche, welche gewisse Sätze, die das Vernunftrecht nur im allgemeinen feststellt, genauer bestimmen und statt der fließenden Größen bestimmte Normen geben, oder b) solche, die einer Handlung, einem Ereignisse, Zustande oder Verhältnisse der Menschen rechtliche Wirkungen beilegen, die außerdem nicht daraus folgen würden (namentlich auch gegen dritte Personen), oder ihnen Wirkungen entziehen, die an und für sich daraus folgen würden. Während solcher Gestalt die Ordinativ- und Regulativgesetze feststellen, was sein oder nicht sein, gelten oder nicht gelten soll, ist der Zweck der Dispositivgesetze der, eine Bestimmung zu geben, was hinsichtlich streitiger Thatsachen, besonders aber bei Zweifeln über das, was der eigentliche Inhalt einer Willenshandlung gewesen sei, bis zum Beweise des Gegentheiles (wohl gar mit Ausschluß desselben) als wahr und rücksichtlich als das von den Interessenten eines Rechtsgeschäftes Gewollte angesehen werden soll. — Wohl zu unterscheiden von dem formellen und materiellen Inhalte der Gesetze sind übrigens die unter B. und C. erwähnten, theils die Rechte und Verbindlichkeiten selbst, theils ihre Geltendmachung und die dabei anzuwendenden Formen betreffenden Bestimmungen, welche man in Ermangelung einer anderen Terminologie auch oft materielle und formelle Bestimmungen zu nennen pflegt.

Zu III. Der dritte Gesichtspunkt, aus welchem betrachtet die Gesetze wichtige Verschiedenheiten darbieten, ist der des Umfanges ihrer Geltung. Hier ist vor allem der intensive Umfang vor dem extensiven zu unterscheiden. Hinsichtlich des intensiven Umfanges sind sie entweder absolute oder hypothetische. Die absoluten Gesetze, d. h. Gesetze von absoluter Geltung, sind solche, welche unbedingt Beachtung fordern, mithin auch durch den Willen der dem Gesetze unterworfenen Staatsbürger keineswegs abgeändert werden können. Die hypothetischen sind solche, welche eine dergleichen unbedingte Beachtung nicht fordern, und deren Bestimmungen durch Privatwillkür abgeändert werden können. Ein absolutes Ordinativgesetz ist also ein solches, dessen Befolgung der Staat schlechterdings fordert. Dahin gehören z. B. die wiewohl in den Gesetzen selten ausdrücklich ausgesprochenen, sondern als von sich selbst verstehend vorausgesetzten Verbote des Mordes, Diebstahls und anderer

gemeiner Verbrechen. Ein hypothetisches Debinativgesetz hingegen ist ein solches, wo der Staat das darin enthaltene Verbot oder Gebot nur auf Ansuchen einer Privatperson geltend macht, z. B. das Verbot, daß Personen, die nicht Meister eines Handwerkes sind, die Arbeiten dieses Handwerkes nicht fertigen sollen. — Ein absolutes Regulativgesetz ist z. B. die Strafbestimmung in einem Strafgesetze; die Vorschrift der Formalitäten bei einem Testamente — ein hypothetisches: die Bestimmung der Intestaterbfolge. — Hypothetische Dispositivgesetze sind solche, welche bestimmen, was bei Willenshandlungen, namentlich aber bei Contractsverhältnissen im Zweifelsfalle und insoweit die Interessenten nichts Anderes festgesetzt haben, als Inhalt ihres Willens angesehen werden soll — absolute Dispositivgesetze aber solche, wo die in ihnen aufgestellte Präsumtion sich auf irgend etwas Anderes, auf eine Thatsache im engeren Sinne bezieht. Was den extensiven Umfang der Gesetze betrifft, so gelten sie entweder in Rücksicht auf alle Umstände, Verhältnisse und Personen, oder ihre Geltung ist beschränkt, a) durch die Rücksicht auf äußere Momente, von welchen der Eintritt ihrer Wirkung abhängig gemacht ist (Gesetze von bedingter Geltung), b) dadurch, daß sie nur für gewisse Verhältnisse und Zustände gegeben sind, c) dadurch, daß sie nicht für alle Personen überhaupt, sondern nur für diejenigen gelten, die sich innerhalb des Staatsgebietes befinden, während andere von den Staatsbürgern auch außerhalb der Heimath, im Auslande beobachtet werden müssen — aa) sowohl für die, welche ihren wesentlichen Wohnsitz dort haben (die eigentlichen Staatsbürger), als auch für Fremde, die sich nur eine Zeit lang im Staatsgebiete aufhalten — bb) nur für die eigentlichen Staatsbürger, 1) Vorschriften für alle Staatsbürger — 2) Vorschriften für besondere Classen derselben — 3) Anweisungen für die Beamten des Staates. — Kaum ist nöthig zu bemerken, daß man nicht glauben dürfe, als ob die im Staate erscheinenden Gesetze, die oft eine große Menge verschiedenartiger Verfügungen enthalten, ohne Weiteres entweder unter diese oder unter jene der so eben angegebenen verschiedenen Classen gestellt werden könnten. Vielmehr kommt es ungemein häufig vor, daß die eine Bestimmung eines Gesetzes in die eine, die andere in eine andere Klasse gehört — ja es muß nothwendig jede einzelne Disposition in der einen Hinsicht zur ersten, in einer anderen zur zweiten, in einer dritten zur dritten Klasse gehören; und selbst in diesen einzelnen Classen werden wiederum die verschiedenen Eintheilungsgründe verschiedene Stellungen der einzelnen Gesetzbestimmungen bedingen. So wird z. B. ein Gesetz über die Intestaterbfolge hinsichtlich seines allgemeinen Gegenstandes zu den Rechtsgesetzen (Klasse I), hinsichtlich seines Inhaltes (Klasse II), so viel den materialen Inhalt betrifft, zu denen gehören, welche die Befugnisse, Rechte und Verbindlichkeiten der Privatpersonen betreffen; in Ansehung seines formalen Inhaltes aber würde es unter die Regulativgesetze zu stellen sein. In Hinsicht auf den Umfang der Geltung endlich (Klasse III) wäre es, wenn man den intensiven Umfang ins Auge faßt, ein hypothetisches — wenn man endlich den extensiven Umfang betrachtet, ein beschränktes Gesetz von der oben unter b) erwähnten Gattung, also

derer, welche sich auf gewisse Verhältnisse und Zustände beziehen. — Noch ist zu erwähnen der Unterschied, welcher in Staaten, die eine Repräsentativverfassung haben, zwischen „Gesetzen“ im eigentlichen Sinne und „Verordnungen“ gemacht zu werden pflegt. Beide sind Gesetze — die ersteren solche, welche der Verfassung gemäß von der Staatsregierung mit Zuziehung und Einwilligung der Volksvertreter gegeben werden müssen — die letzteren solche, bei denen es dieser Zuziehung und Einwilligung nicht bedarf, sondern welche von der Staatsregierung allein erlassen werden. Die Frage, in welchen Fällen zur Gültigkeit einer gesetzlichen Bestimmung die Theilnahme der Volksvertreter nöthig und wo sie nicht nöthig sei, läßt sich nicht im allgemeinen, sondern nur aus den Grundsätzen des öffentlichen Rechtes eines jeden einzelnen Staates beantworten. Nur so viel möchte als generelles Princip geltend gemacht werden können, daß alle gesetzliche Bestimmungen, welche hinsichtlich ihres allgemeinen Gegenstandes sich auf den Staat als Person beziehen, und von den übrigen alle diejenigen, durch welche festgestellt wird, daß die Staatsangehörigen irgend etwas thun (also auch geben) oder unterlassen, oder sich gefallen lassen sollen, wozu sie nach dem bisherigen Rechte nicht verbunden waren, als wirkliches Gesetz angesehen werden muß, welches nur mit Genehmigung der Volksvertretung, nicht aber in Form einer bloßen Regierungsverordnung erlassen werden darf. Behauptet die Regierung auf der einen, oder die Volksvertretung auf der anderen Seite, daß etwas Anderes Rechtens sei, so muß es von den Behauptenden aus der Verfassung bewiesen werden. Manche Polizeiverordnungen scheinen zwar eine Ausnahme zu machen. Diese Ausnahme ist aber in der That nur scheinbar, denn es steht der Natur der Sache nach in jedem Staate, welches auch seine Verfassung sei, der Regierung das Recht zu, das Gemeenschädliche oder auch nur Gemeingefährliche zu verhüten, so wie es als ein allgemeines Gesetz anzusehen ist, daß das Gemeenschädliche und Gefährliche von Niemandem gethan werden solle. Verbietet nun die Regierung eine einzelne Handlung, weil man erkennt, daß sie gemeinschädlich oder gefährlich sei — etwa den Verkauf gewisser Schwarten, die der Gesundheit nachtheilig sind — so ist dieß eigentlich keine neue Beschränkung der Freiheit, sondern nur eine specielle Anwendung jenes allgemeinen Gesetzes, gleichsam eine bloße Hinweisung darauf, daß die fragliche Handlung zu den gemeinschädlichen und gefährlichen gehöre.

Feststellung des Textes des Gesetzes.

Den Willen des Gesetzgebers ersehen wir zunächst aus den Worten des Gesetzes. Wir müssen also die Worte kennen, die er gebraucht hat. Der einfachste Fall ist der, wenn uns der Text des Gesetzes unmittelbar in der Gestalt übergeben wird, welcher der Staat öffentlichen Glauben beigelegt wissen will. Es kann bezweifelt werden, ob in diesem Falle (der seit der Erfindung der Buchdruckerkunst der gewöhnliche ist) noch eine Kritik des Textes stattfinden dürfe oder nicht. Daß die sogenannte niedere oder diplomatische Kritik wegfalle, welche das Material der Auslegung herbeizuschaffen bestimmt ist, leuchtet von selbst ein. Es gibt aber auch eine höhere Kritik, welche den wahren Text aus dem gegebenen Materiale

herzustellen die Aufgabe hat. Diese läßt sich nun auch bei dem gedruckten Texte des Gesetzes noch als anwendbar denken, namentlich insofern behauptet wird, daß in diesem Texte ein Druckfehler sei. (Ein merkwürdiges Beispiel eines solchen Falles theilt uns v. Savigny in seinem unten angeführten Werke²⁾ mit.) Der richtigeren, auch von v. Savigny gebilligten und vertheidigten Meinung zufolge ist eine solche Anwendung der Kritik allerdings für erlaubt zu achten, und die Berechtigung dazu beruht auf dem Vorzuge des Geistes vor dem Buchstaben. Unstreitig ist der gedeutete Text, im Verhältnisse zu dem wirklichen Ausdrucke, immer nur als Zeichen des Zeichens anzusehen, so daß er tiefer steht, als jener; daher wird auch er einer gleichen Berichtigung nicht entziehen können. Weit ausgebehnter ist die Beschäftigung des Kritikers in Bezug auf die Quellen des Justinianischen Rechtes, auf deren Regeln jedoch einzugehen hier der Ort nicht ist³⁾.

Auslegung der Gesetze⁴⁾.

Das Gesetz ist etwas Gegebenes. Soll dasselbe in das Leben übergehen, so muß von unserer Seite eine Verstandesthätigkeit hinzutreten,

2) System des heut. röm. Rechtes Th. 1, §. 38, S. 243. Das Königl. westphälische Decret vom 18. Juni 1813, Art. 3, legte dem Zehntherrn eines Gutes den zehnten Theil der Grundsteuer auf, „wenn der Zehntherr den zehnten Theil des reinen Ertrages bezieht“, außer diesem Falle nach Verhältnisse, mehr oder weniger, als ein Zehnthheil (Bulletin Nr. 3 v. 1813, S. 45). In einem späteren Stücke des Gesetzbulletins aber steht (Bulletin Nr. 3): statt des reinen Ertrages, lies: des rohen Ertrages. Diese Berichtigung, die gleichzeitig im Moniteur vom 3. Febr. stand, war jedoch ohne Unterschrift oder andere Beglaubigung, und stand überdem in Widerspruch mit der schriftlichen Originalurkunde.

3) *Best ratio emendandi leges cap. 1.* Eckhardi, herm. iur. lib. 1. §. 46–48. — Feuerbach's civ. Vers. I. 3. Falk's Encycl. §. 148, Note 25. — v. Savigny a. a. O. Th. 1, §. 38, S. 240 flg.

4) Matth. Mattesilanus, de interpr. leg. extens. Venet. 1557. 8. — Caepolla, de interpr. leg. extens. Venet. 1657. 8. — Romanus, de interpr. leg. restrictiv. Lips. 1672. 4. Forster, de iur. interpr. (Otto Thes. T. II.) — V. Placcius, de iurecons. perfecto. Holm. et Hamb. 1693. 4. — F. Rapolla, de iurecons. s. de rat. descend. interpr. iur. civ. Neap. 1726. 8., auch deutsch mit Noten von Griesinger. Stuttg. 1792. 8. — J. D. Wibeking, de incomm. per interpr. usual. et observ. in iurispr. invest. Frf. a. V. 1748. 4. — A. D. Schwarz, de rect. et legit. usu decid. cas. sec. analog. Erf. 1751. 4. — Liebeskind, D. de iust. in iur. faciend. explic. can.: cessante causa cessat effectus. Erl. 1793. — C. H. Eckhard, herm. iur. cum not. — Prodom, conspect. hermeneut. iur. novo system. tradend. exhib. Osnabr. 1781. 8. — H. G. Wittich, princip. et subsid. herm. iur. Gott. 1799. 8. — C. F. Walch. Lips. 1779. 8. und jetzt ex ed. C. W. Walch. Lips. 1802. 8. — J. G. Sammet, Hermeneutik des Rechtes, herausgeg. von F. G. Born. Leipzig 1801. 8. — F. G. Wittich, einige Erörterungen der log. Interpr. Gött. 1800. Nachtr. dazu ebend. 1801. — F. Maglianus, de iur. interpret. ratione. Nep. 1808. — Ueber die allgem. Begriffe und die Arten der Auslegung vgl. auch: Zufüge und Bericht. zu den Inst. des r. R. S. 171–190. — G. S. Teucher, de natura et

welche das, durch das Gesetz entstandene oder ausgesprochene Recht aufnimmt und zum bestimmten Bewußtsein in unserem Geiste bringt. Diese freie Geistesthätigkeit läßt sich, wie v. Savigny sagt, dahin bestimmen, daß wie das Gesetz in seiner Wahrheit, d. h. so erkennen, wie uns dessen Wahrheit durch Anwendung eines regelmäßigen Verfahrens erkennbar wird. In dieser Geistesthätigkeit ist die Auslegung der Gesetze enthalten. Sie ist bei jedem Gesetze nothwendig, nicht etwa bloß bei den dunkeln, ob sie gleich bei den letzteren vorzüglich wichtig ist. Sie ist auch durch einen hohen Grad der Dunkelheit nicht ausgeschlossen; nur muß es überhaupt noch möglich sein, in dem auszulegenden Gesetze einen Sinn zu finden. Denn enthielte dasselbe völligen Unsinn, so würde freilich auch keine Auslegung mehr denkbar sein; man könnte es dann aber wohl auch kaum noch ein Gesetz nennen, obgleich es die äußere Form eines solchen hätte. Allerdings ist, in manchen Gesetzbüchern, z. B. im Code civil art. 4, der Richter ausdrücklich angewiesen, die Entscheidung unter dem Vorwande der dunkeln und unzulänglichen Bestimmung des Gesetzes in keinem Falle zu verweigern; allein eine solche Bestimmung heißt theils nur so viel, daß der Gesetzgeber die Ueberzeugung habe, daß es in seinem Gesetzbuche keinen durchaus sinnlosen Artikel gebe, theils enthält sie eine Anweisung an den Richter, da, wo das Gesetz keine hinreichende Entscheidungsnorm gibt, diese Norm aus dem Vernunftrechte, der Rechtsanalogie u. s. w. zu entnehmen; theils endlich ist sie eine bloße Phrase, die, wie eine ähnliche des Justinian, daß es in seinen Gesetzbüchern keine Widersprüche gäbe, eben sowohl der Wahrheit als der Wirksamkeit entbehrt.

Die Aufgabe des Auslegers eines Gesetzes ist: den Gedanken des Gesetzgebers aufzufinden und darzustellen. „Jedes Gesetz,“ sagt v. Savigny a. a. O. §. 33, „ist dazu bestimmt, die Natur eines Rechtsverhältnisses festzustellen, also irgend einen Gedanken (sei er einfach oder zusammengesetzt) auszusprechen, wodurch das Dasein jenes Rechtsverhält-

form. interpr. et hermeneut. civil. observ. spec. 1 et 2. Lips. 1804. — R. S. Zacharia, Verf. einer allg. Hermeneut. des R. Meissen 1805. — Thibaut, Theorie der log. Ausleg. des r. R. Altona 1806. — Zirkler, Revision der Lehren des posit. R. (Weilar 1807), Bd. 2, S. 34 flg. — Franc. Schoemann, D. obss. ad replet. summi ingen. Thibautian. labor. et ad iur. interpr. necess. perspect. Jen. 1811. — M. H. Bornemann, D. de anal. iur. cum spec. ad ius dan. resp. Kopenh. 1816. 8. — Mailher de Chassat, Tr. de l'interprét. des loix. Par. 1822. 8. — W. F. Glossius, Hermeneut. des r. R. und Einl. in d. corp. iur. civ. im Grundr. Mit e. Chrestomath. v. Quell. Leipzig 1831. — Schaffrath, Theor. der Ausleg. constitution. Ges. u. s. w. Leipz. 1842. — Hufeland, Geist des röm. R. Th. 1, S. 1—211. — Guyet, üb. das gegenseit. Verhältn. und die Anwend. der Ausleg. nach dem Grunde des Gesetzes und der Absicht des Gesetzgebers; in dessen Abhandl. aus dem Civilr. S. 191. — Daß diese Lehre auch in den Systemen ausführlich behandelt worden ist, versteht sich von selbst. Vorzügl. bemerkenswerth ist hier Schwegge, röm. Privatr. 4. Ausg., Bd. 1, §. 10—17, und Savigny, System des heut. röm. R. Bd. 1, Buch 1, Cap. 4, §. 32—51, — welchem Letzteren der Vf. dieses Aufsatzes bei dieser Materie vorzüglich gefolgt ist.

nisses gegen Irrthum und Willkür gesichert wird. Soll dieser Zweck erreicht werden, so müssen die, welche mit dem Rechtsverhältnisse in Berührung kommen, jenen Gedanken rein und vollständig auffassen.“ Es leuchtet ein, daß unter diesem Gesetze auch die Ausmittelung des Umfangs eines Gesetzes mit begriffen ist, wiewohl man in neuerer Zeit diese davon hat ausschließen wollen⁵⁾. Nicht aber ist mit der Auslegung die Analogie zu verwechseln, wiewohl man oft die sogen. extensive Interpretation mit der analogen Anwendung eines Gesetzes für gleich bedeutend geachtet hat. Bei aller und jeder Interpretation oder Auslegung, insofern durch sie der Umfang eines Gesetzes, d. h. die Mannigfaltigkeit der Fälle, welche unter das Gesetz subsumirt werden sollen, bestimmt wird, ist es das Bestreben des Interpreten, diejenigen Fälle aufzufinden, welche der Gesetzgeber bei der Fassung des Gesetzes im Sinne gehabt hat, und also darunter hat begreifen wollen. Bei der Entscheidung durch Analogie hingegen gehen wir von der Ansicht aus, daß der Gesetzgeber bei der Entscheidung des einen Falles an einen zweiten uns eben vorliegenden nicht gedacht habe, und ihn also unter der gegebenen Bestimmung nicht habe begreifen, aber auch nicht ausgeschlossen wissen wollen. Wir glauben aber, daß die aus der gesetzlich gegebenen Entscheidung des ersten Falles durch Abstraction gefundene Entscheidungsnorm auch zur Entscheidung des zweiten Falles geeignet ist, und halten uns deshalb für berechtigt, sie hierzu wirklich zu benutzen.

Die Frage, was der Sinn eines Gesetzes sei, fällt von selbst hinweg, wenn durch ein neues Gesetz, oder auch durch ein wahres Gewohnheitsrecht festgesetzt worden ist, wie ein älteres Gesetz verstanden werden soll. Die Neueren nennen dieß, wenn diese Bestimmung durch ein ausdrückliches Gesetz erfolgt ist, die authentische — und wenn sie auf einem Gewohnheitsrechte beruht, die usuelle Interpretation, beide zusammen aber die legale. Von diesen ist hier nicht die Rede, sondern nur von jener, welche Auslegung im eigentlichen Sinne (zum Unterschiede von der legalen gewöhnlich: doctrinelle Auslegung) genannt wird, und welche in der bereits näher beschriebenen freien oder wissenschaftlichen Thätigkeit besteht. Fassen wir die Aufgabe des doctrinellen Auslegers eines Gesetzes in der Weise, wie oben geschehen ist, auf — verlangen wir also, daß er den Gedanken des Gesetzgebers, den Sinn, den er in dem Gesetze hat aussprechen wollen, auffinden und darstellen solle, so sind hierzu gewisse Hilfsmittel nothwendig. Diese sind theils natürliche, theils künstliche. Die natürlichen sind gegeben durch den Wortausdruck des Gesetzes selbst (sogen. grammatische Interpretation). Ihre Hauptregeln sind: 1) Sie versteht die Worte des Gesetzgebers in dem Sinne, in welchem sie der gemeine Sprachgebrauch nimmt, so lange nicht ein Grund zu der Annahme vorhanden ist, daß der Urheber des Gesetzes dasselbe in einem anderen Sinne gebraucht habe. 2) Es darf kein Wort als überflüssig betrachtet werden. Man führt oft noch zahlreiche andere Regeln

5) S. z. B. Schweppe, röm. Privatr. Th. 1, §. 16, S. 37, ed. IV. Vgl. dagegen v. Savigny, System. u. f. w. Bd. 1.

an⁶⁾, allein diese gehören schon sämmtlich nicht mehr zur grammatischen Auslegung. — Die künstlichen Mittel, den Gedanken des Gesetzes zu erkennen und darzulegen, pflegt man in ihrer Gesamtheit die logische Interpretation zu nennen. Sie läßt sich auf drei Elemente zurückführen⁷⁾. Diese sind enthalten 1) in dem Zusammenhange des Gesetzes in sich selbst (logisches Element), 2) in dem Zusammenhange desselben mit dem ganzen Rechtssysteme (systematisches Element), 3) in dem Zusammenhange mit äußeren Erscheinungen, welche zur Zeit des gegebenen Gesetzes statt hatten, und in irgend einem Bezuge auf das Gesetz stehen (historisches Element). — In Ansehung des logischen Elementes ist es vorzüglich der Grund des Gesetzes; in Ansehung des systematischen der Geist der Gesetzgebung; in Ansehung des historischen die Absicht des Gesetzgebers (zu deren Auffindung oft die Kenntniß der Veranlassung des Gesetzes — *occasio legis* — dient), welche aufgesucht werden müssen. Der Grund des Gesetzes — *ratio legis* — ist die schon vorhandene höhere Rechtsregel, deren consequente Durchführung in dem auszulegenden Gesetze enthalten ist⁸⁾. Die Absicht des Gesetzgebers ist das Ziel, die Wirkung, welches er durch das Gesetz zu erreichen gesucht hat. Geist einer Gesetzgebung ist die Summe der Grundansichten, von denen der Gesetzgeber entweder in einer ganzen Gesetzgebung, oder doch bei einem einzelnen Institute ausgegangen ist, und die er zwar nicht ausgesprochen hat, die sich aber dadurch als Grundansichten charakterisiren, daß nur dann, wenn man von ihnen ausgeht, die einzelnen Bestimmungen als ein in sich zusammenhängendes Ganze erscheinen. Was namentlich den Grund des Gesetzes betrifft, so ist er entweder ein genereller oder ein specieller, je nachdem er mit dem Inhalte des Gesetzes in einem mehr oder minder engen Zusammenhange steht. Wir gelangen zur Kenntniß desselben entweder durch Reflexion oder dadurch, daß ihn der Gesetzgeber selbst ausspricht. Dieß letztere gewährt zwar allerdings die höchste Sicherheit, doch muß selbst dann der Grund des Gesetzes von dem Inhalte desselben getrennt, und darf nicht als Bestandtheil desselben angesehen werden. Uebrigens verliert das Gesetz dadurch nichts an Kraft, daß sich der Grund desselben gar nicht auffinden läßt. — Am einflußreichsten für die Auslegung ist die Kenntniß der *ratio legis* bei dem regelmäßigen Rechte (*ius commune*), wogegen bei dem anomalen Rechte (*ius singulare*) mehr auf die Absicht des Gesetzgebers, den Zweck, den er durch das Gesetz erreichen wollte, Rücksicht genommen werden muß. Vorzüglich wichtig und zugleich am unbedenklichsten ist der Gebrauch des Gesetzgrundes, wo es darauf ankommt, zu bestimmen, zu welcher Classe von Gesetzen irgend ein bestimmtes, in Frage stehendes Gesetz gehört, und es wird in sehr vielen Fällen schon

6) Vgl. Schweppe, *rom. Privatr. Bb. 1, §. 12, 13 a, S. 32 fig., Ausg. 4.*

7) v. Savigny, *System u. f. w. Th. 1, S. 214.*

8) v. Savigny *a. a. D. S. 217.* Schweppe *a. a. D. §. 5, S. 11.*

dadurch, daß wir hierüber mit uns völlig einig werden, die Aufgabe des Interpreten ganz oder doch größtentheils gelöst sein. Es ist hier nicht der Ort, diesen Satz in allen seinen Beziehungen durchzuführen, doch wird Jeder sich selbst leicht überzeugen, daß es für das Verständniß und sodann für die Anwendung des Gesetzes von entscheidender Wichtigkeit ist, ob ein Gesetz hinsichtlich seiner formalen Richtung als ein ordinatives, oder als ein regulatives, oder als ein dispositives — hinsichtlich des intensiven Umfanges seiner Geltung als ein absolutes oder hypothetisches angesehen wird. Und ungemein viele Streitigkeiten über den wahren Sinn eines Gesetzes kommen bloß daher, daß der Gesetzgeber verabsäumt hat, sich hierüber deutlich auszusprechen. In allen neueren Gesetzgebungen finden sich Stellen, wo eine Verfügung in solcher Weise ausgesprochen ist, daß sie das Ansehen eines absoluten Verbotungsgesetzes hat, z. B. der bekannte Art. 340 im Code civil der Franzosen: *La recherche de la paternité est interdite*. Dessenungeachtet erhellt aus dem Satze selbst, daß von einem absoluten Verbote (welches nur durch eine hinzugefügte Strafanndrohung seine Wirksamkeit erhalten könnte) dort gar nicht die Rede ist, sondern der Satz enthält zwar ein absolutes, aber kein ordinatives, sondern bloß ein regulatives Gesetz. Der Gesetzgeber will also nur sagen, daß der französische Staat keine Berechtigung der Mutter oder des Kindes anerkenne, den unehelichen Vater des letzteren wegen seiner Vaterschaft in Anspruch zu nehmen, und daß der Richter selbst nicht einmal seine Hilfe gewähren werde, um die Person des Vaters in rechtliche Gewißheit zu setzen. — Ebenso ist es von der größten Wichtigkeit zu wissen, welcher Classe ein Gesetz in Ansehung seines extensiven Umfanges angehöre, und sehr oft kann darinnen, ob wir in dieser Hinsicht ein Gesetz zu der einen oder zu der anderen Classe rechnen, ein entscheidendes Moment für die richtige Erkenntniß des Sinnes, und somit auch für die richtige Anwendung desselben liegen. So z. B. die Gesetze, welche das Duell verbieten. Betrachten wir dieses Verbot als ein solches, welches sich nur auf die Personen bezieht, die sich innerhalb des Staatsgebietes befinden, — nehmen wir an, daß der Gesetzgeber in dem Duell eine Art von Störung der Rechtsordnung, eine gewisse Form der Selbsthilfe sieht, so wird der Unterthan eines Landes, der sich im Auslande duellirt, bei seiner Rückkehr ins Inland dort nicht nach jenem Gesetze gerichtet werden können. Sehen wir aber jenes Gesetz als ein solches an, das die Handlung des Duellirens den Staatsunterthanen überhaupt untersagt — etwa aus dem Gesichtspunkte, daß dasselbe eine allgemein gefährliche Immoralität enthalte, — so wird jeder Staatsunterthan, wenn er sich duellirt, und geschähe es im fernsten Auslande, der Strafbestimmung des einheimischen Gesetzes unterliegen. — Es kann, wie schon bemerkt worden, die Auslegung auch bei dem klarsten Gesetze stattfinden. Indessen ist vorzugsweise wichtig ihre Anwendung auf dunkle und überhaupt auf mangelhafte Gesetze. Ein Gesetz ist mangelhaft, wenn entweder sein Ausdruck unbestimmt, oder wenn er unrichtig ist — unbestimmt, wenn derselbe auf keinen vollendeten Gedanken führt, — unrichtig, wenn der von ihm unmittelbar bezeichnete Gedanke von

dem wirklichen Gedanken des Gesetzes verschieden ist⁹⁾. Die Unbestimmtheit erscheint entweder als Unvollständigkeit, oder als Vieldeutigkeit des einzelnen Ausdruckes (oder der Construction) und hat im letzteren Falle ihren Grund bald in der Unklarheit des Gedankens, bald in der Unvollkommenheit des Ausdruckes, bald in beiden zugleich. Im allgemeinen sind zur Erklärung mangelhafter Gesetze die oben angeführten Hilfsmittel zu gebrauchen. Der innere Werth des, aus der Auslegung hervorgehenden Inhaltes ist sodann gleichsam als Prüfstein, ob die Auslegung gelungen sei, zu betrachten. — Bei der Unbestimmtheit des Ausdruckes ist zuerst auf das logische Element der Auslegung zurückzugehen, zu welchem wir, wie oben bemerkt, auch den Grund des Gesetzes rechnen. Reicht dieses nicht aus, so wird nunmehr die erweisliche Absicht des Gesetzgebers zu Hilfe genommen werden müssen. Da man beides sowohl den Grund als die Absicht (die letztere freilich nur uneigentlich) mit dem Worte *ratio* bezeichnet, so ist hier einiges Schwanken in den Ansichten der Rechtslehrer über den eigentlichen Sinn zweier wichtiger Interpretationsregeln entstanden; nämlich der Regeln: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, und: *cessante legis ratione cessat lex ipsa*. Der wahre Sinn dieser Regeln dürfte folgender sein: Zur Hebung einer Unbestimmtheit kann sowohl der Grund des Gesetzes, als auch die erweisliche Absicht des Gesetzgebers angewendet werden, und es ist in Ansehung des Grundes der speciellen den generellen vorzuziehen. Beim unrichtigen Ausdrucke hingegen kann die Berichtigung eigentlich nur aus der Absicht des Gesetzgebers entnommen werden, und höchstens aus einem ganz speciellen Grunde. Die Regel: *cessante ratione legis cessat lex ipsa*, heißt also meistens nichts weiter als: Sobald die Absicht des Gesetzgebers klar, und ebenso klar ist, daß ein gewisser Fall, der dem Wortlaute nach unter dem Gesetze für begriffen geachtet werden muß, in Folge jener Absicht nicht darunter begriffen sein kann, so müssen wir diesen Fall ausschließen. Dagegen bedeutet die Regel: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*: wenn aus der klar erkannten Absicht des Gesetzgebers, verglichen mit dem Wortlaute des Gesetzes, hervorgeht, daß ein diesem Wortlaute nach unter dem Gesetze nicht begriffener Fall in Folge jener Absicht doch von dem Gesetzgeber mit gemeint gewesen sein muß, so müssen wir diesen Fall als unter dem Gesetze mit begriffen betrachten. Nur selten werden sich diese Regeln auf den eigentlichen Grund des Gesetzes ausdehnen lassen, und dann doch auch nur auf die speciellen, nicht auf die generellen Gründe. So z. B. war der Wittve, welche sich in der Trauerzeit wieder verheuratete, in dem Edicte Infamie angedroht. Nicht der Grund, sondern der Zweck dieser Bestimmung war Verhütung der Zweifel über die Paternität eines nach dem Tode des Mannes geborenen Kindes. Ein solcher Zweifel konnte nicht vorkommen, wenn die Wittve etwa bald nach dem Tode des Mannes ein Kind geboren hatte; daher wurde in solchem Falle die Wittve, wenn sie auch innerhalb der Trauerzeit heurathete, nicht infam. Dagegen wurde sie es, wenn sie innerhalb

9) v. Savigny, System u. f. w. Th. 1, S. 222.

eines Jahres nach dem Tode ihres Mannes in solchen Fällen, wo um denselben keine Trauer, also auch keine Trauerzeit stattfand, sich wieder verheiratete¹⁰⁾. — Eine andere, ebenfalls dem logischen Elemente angehörige Interpretationsregel ist das sogenannte *argumentum a contrario*, welches man bisweilen mit der Formel ausdrückt: *ubi contraria ratio, ibi contraria dispositio*. Ihr Sinn ist der: Wenn eine Regel bis zu einer gewissen Grenze dergestalt ausgesprochen ist, daß in diesem Ausdrucke der bestimmte Gedanke liegt, es solle jenseits jener Grenze das Entgegengesetzte gelten, so gilt dieß Entgegengesetzte wirklich. Also wenn z. B. der Prätor sagt: *intra annum iudicium dabo*, so muß angenommen werden, daß er zugleich habe sagen wollen: *post annum non dabo*. Doch ist diese Regel mehr geeignet, Unvollständigkeiten, als Unrichtigkeiten des Gesetzes zu beseitigen. Dasselbe gilt von dem sogenannten *argumentum a maiori ad minus*, und *a minori ad maius*.

Alle Auslegung, die grammatische sowohl als die logische, kann sowohl *extensiva* als *restrictiva* sein, d. h. es kann durch sie sowohl das Resultat gewonnen werden, daß ein Mehreres, als auch, daß ein Wenigeres, als in den Worten des Gesetzes steht, aus demselben entnommen werden müsse. Indessen ist diese Eintheilung nicht ganz erschöpfend. Denn wenn die Unrichtigkeit eines im Gesetze gebrauchten Ausdrucks mit Hilfe der Interpretation verbessert werden soll, so wird eigentlich weder ein Mehreres, noch ein Wenigeres, sondern etwas Anderes, als die Worte des Gesetzes besagen, aufgestellt. — Gewöhnlich führt man noch eine dritte Art der Auslegung an — die (bloß) erklärende (*interpretatio declarativa*). Will man überhaupt eine solche gelten lassen, wie allerdings wohl nicht unrichtig, da auch das klare Gesetz bemerktermaßen der Auslegung nicht unfähig ist, so dürfte sie doch wohl nur hauptsächlich in Bezug auf die grammatische Interpretation vorkommen, wiewohl man nicht sagen kann, daß sie bei der logischen geradezu ausgeschlossen sei. Schließlich ist noch zu bemerken, daß namentlich bei Erklärung von Gesetzen, deren Ausdruck unrichtig ist oder zu sein scheint, der Ausleger sich sehr hüten muß, daß er nicht eine Verbesserung des Gesetzes unter-

10) v. Savigny a. a. D. S. 235. Der ebengenannte Rechtslehrer fährt in Bezug auf denselben Gegenstand S. 234 auch noch folgende Beispiele für den Fall an, wo ein specieller Grund zur Berichtigung eines unrichtigen Ausdruckes gebraucht werden soll. Er sagt: „Ist ein Rechtsatz eingeführt zu Begünstigung gewisser Personen, so würde jede einzelne Anwendung zu ihrem Schaden mit dem Grunde in Widerspruch stehen, und dieß muß verhütet werden durch eine einschränkende Auslegung des zu allgemeinen Ausdrucks. Wenn daher ein durch Betrug veranlaßter Vertrag zufällig dem Betrogenen vortheilhaft ist, so bleibt er gültig, obgleich der Ausdruck des Edikts alle solche Verträge für ungültig erklärt. Wenn der Minderjährige ohne Curator Prozeß führt, und gewinnt, so bleibt das Verfahren gültig. Ebenso ist ein Vergleich über Alimente auch ohne den Prätor gültig, wenn dadurch die Lage des Berechtigten unbedingt verbessert wird.“ Wir möchten indes zweifeln, ob diese Beispiele ganz passend seien. Alle dort angeführten Geschäfte sind an sich gar nicht absolut ungültig, sondern werden nur auf Verlangen desjenigen, der dadurch verletzt ist, für ungültig erklärt.

nimmt, statt dasselbe bloß zu erklären. Daher ist in dieser Beziehung jede Auslegung aus dem generellen Grunde, oder gar aus dem Geiste der Gesetzgebung bedenklich und unzulässig; auf der anderen Seite wird die Interpretation am sichersten gerechtfertigt, wenn das buchstäbliche Verständnis des Ausdruckes auf einen Widerspruch entweder mit dem anerkannten speciellen Grunde des Gesetzes, oder mit der anerkannten Absicht des Gesetzgebers führen würde.

Im allgemeinen gelten diese Grundsätze der Auslegung bei allen und jeden Gesetzen, also auch bei der Justinianischen Gesetzgebung. Doch treten hier neue Regeln des Verfahrens hinzu. Mit Uebergang dessen, was im Bezug auf Kritik des Textes hier zu sagen wäre, bemerken wir nur Folgendes¹¹⁾: Die Bestandtheile des Justinianischen Rechtes zerfallen in zwei Hauptklassen. Die eine sind Zeugnisse für das damals bestehende Recht, und bei ihnen wird das systematische Element der Auslegung vorherrschen müssen. Hierzu gehören die ganzen Pandekten und im Coder die Rescripte. Die zweite Classe umfaßt die ursprünglichen Gesetze, also die Edicte im Coder, wie denn auch die Novellen hierher gehören. Bei ihnen ist das historische Element der Auslegung vorzüglich anwendbar, also namentlich auch alles das, was wir aus den Ueberschriften und Unterschriften, über das Zeitalter, die Verfasser, die Veranlassung der einzelnen Bestimmungen, so wie über das Ganze wissen, dem ein im Justinianischen Rechtskörper enthaltenes Fragment ursprünglich als Theil angehört haben mag u. s. w. Das logische Element endlich ist beiden gemeinsam, wie denn auch die grammatische Auslegung bei beiden in gleicher Weise Platz ergreift. Im Bezug auf die Auslegung einzelner Stellen ist ihr Verhältniß sowohl zu dem großen Ganzen, welches die Institutionen, die Pandekten und der Coder bilden, als auch zu dem einzelnen Titel, in dem sie stehen, zu beachten, und Beides bietet ein wichtiges Moment für die Auslegung dar. Doch sind in Bezug auf die einzelnen Titel die sogen. *leges fugitivae*, d. i. diejenigen Gesetzstellen, welche eigentlich nicht in diesen Titel gehören, sondern nur zufällig, vielleicht durch Versehen dorthin gekommen sind, eben dieses ihres besonderen Verhältnisses halber, anders zu behandeln. Ganz besonders wichtig sind die Aenderungen, die an sehr vielen Stellen bei ihrer Aufnahme in die röm. Rechtsbücher vorgenommen worden sind. Sie sind von dreierlei Art: 1) Interpolationen oder *emblemata Tribonianii*; 2) Aenderungen, welche darinnen bestehen, daß einzelne Ausdrücke mancher Stellen im Zusammenhange der Compilation eine andere Bedeutung angenommen haben, als sie bei den ursprünglichen Verfassern hatten. Noch öfterer ist nicht der einzelne Ausdruck verändert, ja es ist selbst die Entscheidung einer Rechtsfrage dieselbe geblieben, es muß aber dennoch Beides, weil es in der Compilation in einem anderen Zusammenhange gedacht ist, auf einen anderen Grund zurückgeführt werden, als bei den alten Juristen, aus denen die Stelle entnommen ist. Die Auslegung, welche auf einer vorausgesetzten Aenderung dieser zweiten Art beruht, wird *duplex inter-*

11) v. Savigny a. a. D. S. 252 flg.

pretatio genannt. 3) Aenderungen, die sich nicht auf einzelne abgeänderte Rechtsfälle, sondern auf den ganzen inneren Bau der Compilation beziehen. Dahin gehört die Stellung der Rescripte im Coder, die anfangs nur für den einzelnen Fall galten, für welchen sie erlassen waren; die aber in der Compilation die Kraft allgemeiner Gesetze erhalten haben, so daß die Rechtsregel, welche sie in concreter Form ausgedrückt enthalten, hierdurch eine allgemeine Gültigkeit erlangt hat, so daß die Aufgabe des Auslegers nunmehr darinnen besteht, jene allgemeine Regel durch richtige Absonderung der concreten Umgebung aus der Entscheidung des einzelnen Falles herauszufinden; nur ist es bisweilen sehr schwierig, mit völliger Gewißheit zu bestimmen, wie vieles unter die zufälligen, der Rechtsregel fremden, Umstände des vorgelegten einzelnen Falles zu rechnen ist. — Bei keiner Gattung von Gesetzen ist die Anwendung des *argumentum a contrario* bedenklicher, als bei dieser. — Die Ordnung, in welcher die Stellen in den einzelnen Titeln stehen, wird nur selten ein für die Auslegung hilfreiches Moment sein. Dennoch kann bei der Auslegung nicht blos auf die einzelnen Gesetze, als isolirte Vorschriften, gesehen werden, sondern man darf nie vergessen, daß die Gesamtheit der Rechtsquellen ein Ganzes bildet, dem Einheit und Vollständigkeit beigelegt werden soll. Das regelmäßige Verfahren bei Auslegung dieses Ganzen besteht in der Bildung eines Rechtssystemes aus der Gesamtheit der Quellen. Doch hat jenes Ganze auch mangelhafte Zustände und diese Mängel beziehen sich entweder auf das Postulat der Einheit oder auf das der Vollständigkeit. Fehlt die Einheit, so ist ein Widerspruch vorhanden: fehlt die Vollständigkeit, so ist eine Lücke auszufüllen. Der Widerspruch muß zunächst auf historischem Wege beseitigt und wo möglich in bloßen Schein aufgelöst werden, namentlich indem man die eine Stelle für Gesetz, die andere blos für historisches Material erklärt, was jedoch nur zulässig ist, wenn sich für die Aufnahme der letzteren Stelle ein historischer Zweck nachweisen läßt. Nur wo auf diesem historischen Wege nicht zum Ziele zu gelangen ist, kann der systematische Weg eingeschlagen werden. Die systematische Vereinigung geschieht entweder dadurch, daß man für jede der widersprechenden Stellen besondere Bedingungen der Anwendung, also ein eigenthümliches Gebiet der Herrschaft annimmt — oder auch dadurch, daß beide Stellen als ein Ganzes gedacht werden, so daß die eine Stelle durch die andere ergänzt, mithin die scheinbare Allgemeinheit der einen durch die andere näher bestimmt und eingeschränkt wird. Bei absoluten Widersprüchen endlich muß im Zweifelsfalle die Stelle, die an einem Orte steht, wo sie unmittelbar hingehört, von derjenigen, die an einem ihr nicht eigentlich angehörigen Plage aufgenommen ist — und wo auch dieser Umstand nicht benutzt werden kann, diejenige den Vorzug behalten, die am besten in das ganze System paßt. — Ueber den Fall, wo das neuere Gesetz einem älteren widerspricht, braucht hier nicht weiter die Rede zu sein. — Die in der Gesetzgebung wahrzunehmenden Lücken sind auszufüllen theils mit Hilfe der Analogie, von welcher bereits oben die Rede gewesen ist, theils durch das Zurückgehen auf das Vernunftrecht, oder auf das, was man die Natur der Sache zu nennen pflegt —

Anderer sagen: auf das Naturrecht. Ueber diesen letzten Punkt ist vielfältig gestritten worden, und namentlich hat die Anwendung des Naturrechtes die entschiedensten Gegner gefunden¹²⁾. Fast scheint es jedoch, als ob dieser Streit mehr die Worte, als die Sache beträfe. Das nämlich wird Niemand leugnen können, und hat wohl auch Niemand im Ernste geleugnet, daß im Leben vielfältige Sachgestaltungen vorkommen, für welche in den röm. Gesetzen keine unmittelbare Entscheidung gegeben ist. Ja vielleicht war den Römern das in Frage stehende Sachverhältniß gänzlich unbekannt. Soll nun das Recht eines solchen Verhältnisses bestimmt werden, so bleibt nichts übrig, als das Factische der Sache unter die höchsten Rechtsgrundsätze zu subsumiren, und hieraus, unter Anwendung der Regeln der Logik, namentlich der Sätze des Widerspruches und des zureichenden Grundes, zu entwickeln, was im vorliegenden Falle Rechtes sei. Die höchsten Grundsätze des Rechtes selbst aber sind in dem röm. Gesetze gar oft nicht, oder nicht hinlänglich ausgesprochen. Zum Theil haben wir auch das, was sich dort im Bezug auf gewisse höchste Principien vorfindet, verworfen, weil wir es mit den von uns anerkanntesten Forderungen der Vernunft nicht übereinstimmend finden. Das wichtigste Beispiel ist die Giltigkeit der Verträge. Die Römer nahmen an, daß das Versprechen, zu Gunsten eines Anderen etwas zu leisten, zu geben, zu thun u. s. w., in der Regel keine Verbindlichkeit für den Versprechenden erzeuge, sondern daß er nur in gewissen einzelnen Fällen, zum Theil unter Hinzutritt anderer Umstände, äußerer Formen u. dgl., hierdurch verpflichtet werde. In der neueren Zeit ist man, nicht nur in Deutschland, sondern fast allenthalben, von dieser Ansicht abgegangen, und hat es als eine Forderung der Vernunft anerkannt, daß ein jedes, wenigstens ein jedes auf Vermögensverhältnisse im weitesten Sinne sich beziehende Versprechen auch vor dem Richter Giltigkeit habe, insofern nicht besondere Ausnahmen ein Anderes bedingen. Zugleich nehmen wir an, was ebenfalls reiner Grundsatz des Vernunftrechtes ist, daß derjenige, der, vorzüglich bei Verträgen, in irgend ein bestimmtes Verhältniß mit einem Anderen freiwillig eingetreten sei, zugleich alles Dasjenige gewollt habe, was aus jenem Verhältnisse mit Nothwendigkeit folgt, und was er, wenn er einmal in dasselbe eintrat, vernünftigerweise gewollt haben muß, wenn er nicht mit sich selbst in Widerspruch treten wollte. (Dieser Grundsatz beschränkt sich jedoch nicht bloß auf Vertragsverhältnisse, sondern hat eine weit allgemeinere Geltung, die jedoch hier nicht weiter zu entwickeln ist.) Kommen nun Vertragsverhältnisse vor, für welche das Gesetz keine Entscheidung gibt, so unterstellen wir sie jenen Grundsätzen, folgern hieraus das Recht für diese Fälle, und sagen nun: daß es in der Natur der Sache liege, d. h. dem factischen Verhältnisse selbst, verglichen mit den höchsten Grundsätzen der Vernunft und des Rechtes, gemäß sei, daß die Befugnisse und Verbindlichkeiten der Parteien auf die und die Weise bestimmt werden. Ob man nun sagt, daß diese Entscheidung aus dem Naturrechte oder dem Vernunftrechte, oder der Natur der Sache genommen sei,

12) Unter ihnen auch v. Savigny a. a. D. §. 46, S. 209.

dieß scheint ganz auf eins und dasselbe herauszukommen. Naturrecht und Vernunftrecht sind nach dem heutigen Sprachgebrauche ohnehin Synonyma, und die sogenannte Natur der Sache in Rechtsverhältnissen ist gezeigtermaßen eben nichts weiter, als die rechtliche Eigenschaft eines Verhältnisses, welche wir erkennen, wenn wir das Factische desselben unter die höchsten Grundsätze der Vernunft und des Rechtes subsumiren. Einige nennen das Resultat, was auf diese Weise erlangt wird, Fortbildung des positiven Rechtes. Versteht man indessen unter dem Ausdrucke positives Recht, wie man nothwendig muß, die objective Norm, nach welcher menschliche Verhältnisse im Staate beurtheilt werden sollen, so könnte von einer Fortbildung dieser Norm wohl eigentlich dann erst die Rede sein, wenn das, was der Richter, auf die oben angegebene Weise, für einen einzelnen Fall entwickelt, und als das, in diesem Falle geltende Recht aufgefunden hat, eine solche allgemeine Anerkennung erlangt, daß es nunmehr für gleichartige Fälle ohne weitere Nachweisung der Gründe als eine feststehende Entscheidungsnorm, als eine Art von Gewohnheitsrecht oder Gerichtsgebrauch gilt. Daß eine fortbildende Kraft den Rechtsinstituten selbst beizuhöre, — daß sie, wie Stahl¹³⁾ sagt, einen lebendigen, sich selbst erweiternden Trieb haben sollen, würde sich wenigstens dann nicht behaupten lassen, wenn man diesen Ausdruck im Wortverstande nehmen wollte. Denn das Rechtsinstitut an und für sich selbst beruht nur auf einer Idee und kann als solche weder Leben noch Trieb haben. Dieß soll aber auch wohl mit jener Behauptung nicht gesagt sein, sondern ihr Sinn ist muthmaßlich nur der: daß der vernünftige Mensch sich durch die ihm inwohnende Vernunft bestimmt fühle, die seinen Rechtsinstituten zum Grunde liegenden Principien consequent auf diejenigen Fälle anzuwenden, deren factische Gestaltung sie geeignet macht, nach den Principien jener Institute beurtheilt zu werden.

Geltung des Gesetzes.

Das Gesetz hat Geltung von dem Augenblicke seiner Bekanntmachung an, d. h. es hat von diesem Augenblicke an Anspruch auf Beobachtung von Seiten aller derer, welche dem Geber desselben unterworfen sind, und für welche er dasselbe bestimmt hat. Nicht aber kann man sagen, daß alle und jede Gesetze Anspruch auf Gehorsam hätten, und ebenso wenig kann man ihnen im allgemeinen eine verbindende Kraft beilegen. Dieß gilt nur von den absolut gebietenden oder verbietenden Gesetzen. Ebenso unrichtig ist es, wenn man ganz allgemein behauptet, daß das Recht, der Rechtsatz, ius, ein Product der Gesetze sei. Man muß beim Rechte unterscheiden A. diejenigen Sätze, welche schon durch die Natur des Staates und durch die vernünftige Subsumtion der factischen Verhältnisse unter die höchsten Principien gegeben sind. Insofern diese Sätze durch das Gesetz bestätigt werden, wird das Vernunftrecht zum positiven Rechte im weiteren und uneigentlichen Sinne. B. Ihm steht gegenüber das positive Recht im engern und eigentlichen Sinne.

13) *Philosoph. des Rechtes* Bd. 2, Abth. 1, S. 166.

Dieses enthält 1) nähere, meistens aus dem Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit gefasste Bestimmungen dessen, was das Vernunftrecht nur im allgemeinen festsetzt. So ist es z. B. schon an sich vernünftig, daß Kinder und ganz junge Personen in den Jahren, wo die Vernunft sich noch nicht entwickelt hat, keine Rechtsgeschäfte eingehen, keine Verbindlichkeiten übernehmen können u. dgl. Mit welchem Augenblicke aber diese natürliche Fähigkeit bei ihnen anzunehmen sei, würde ohne positive Anordnung des Gesetzes in jedem einzelnen Falle nach der Individualität der Personen bestimmt werden müssen. Dieß würde zu den vielfältigsten Verwirrungen Veranlassung geben; das Gesetz bestimmt also einen Termin der Mündigkeit, bis zu welchem Jeder für unfähig — über welchen hinaus Jeder (dafern nicht specielle Ausnahmen stattfinden) für fähig zu Besorgung seiner Angelegenheiten geachtet wird. — 2) Das positive Recht begründet aber auch theils ganz neue Institute, theils legt es einer Handlung, einem Ereignisse, Zustande oder Verhältnisse Wirkungen bei, die außerdem nicht, oder nicht nothwendig damit verbunden sein würden, namentlich Wirkungen gegen dritte Personen bei, oder es entzieht ihnen solche, die außerdem aus jenen Handlungen u. s. w. folgen würden. Das hier unter B. beschriebene positive Recht im engeren Sinne wurde von den Römern nicht selten vorzugsweise *ius* oder *ius publicum* genannt, und war als solches der *aequitas* entgegengesetzt, welche die unter A. beschriebenen natürlichen Rechtsbestimmungen enthielt. Hierdurch erläutern sich auch die Ausdrücke *ius publicum pactis privatorum mutari non potest* — *haec aequitas suggerit etsi iure deficiamus* — und ähnliche. Doch kommen beide Ausdrücke, *ius publicum* und *aequitas*, auch in anderem Sinne vor. — Nur dieses positive Recht im eigentlichen Sinne kann als Product der Gesetze angesehen werden. Dagegen ist der bei weitem größere Theil des Rechtes, besonders des Privatrechtes oder des im eigentlichen Sinne sogen. Civilrechtes, nichts weniger, als ein Product der Gesetze. Vielmehr ist das Gesetz selbst in diesem Falle nur der mehr oder minder vollkommene Ausdruck dessen, was auch ohne alles positive Gesetz schon Rechtens sein würde und sein müßte. Man geht in der Bestimmung der, den Gesetzen beizulegenden Kraft sehr oft viel zu weit, weil man die verschiedenen Arten der Gesetze nicht gehörig unterscheidet. Man spricht vom unbedingten Gehorsam gegen die Gesetze, obgleich das Gesetz im allgemeinen nur Beachtung fordern kann. Gehorsam gebührt, wie schon bemerkt, nur dem Ordinativgesetze, d. i. dem gesetzlichen Gebote oder Verbote. Man hat ferner häufig ganz allgemein angenommen, daß das Gesetz Verbindlichkeiten schaffen oder vernichten könne. Allerdings kann es mit gewissen Zuständen oder Verhältnissen Verbindlichkeiten verknüpfen, die an und für sich nicht damit verknüpft sind; und eben so gewiß kann es nicht nur diese Verpflichtungen unter gewissen Bedingungen wieder für aufgehoben und erloschen erklären, sondern auch umgekehrt wiederum solchen Verbindlichkeiten, die an und für sich mit einem Zustande oder Verhältnisse natürlich verbunden sein würden, seine Anerkennung verweigern. Allein der Gesetzgeber kann nicht befehlen,

daß da, wo die natürlichen subjectiven oder objectiven Bedingungen einer Verbindlichkeit vorhanden sind, dieselbe doch nicht entstehen solle, oder daß sie, wenn sie entstanden ist, zu existiren aufhören solle; sondern er kann eben nur erklären, daß der Staat sie nicht anerkennt, und daß er seinen Arm nicht zur Vollstreckung derselben leihen will. Dieser Satz, der von sehr mannigfaltigen und wichtigen Folgen ist, wird sich später als besonders bedeutsam erweisen bei der Lehre von der Collision der Gesetze, z. B. bei der Frage, was Rechtens sei, wenn eine Verbindlichkeit in dem Lande A. entstanden, dort aber verjährt ist, und nun in dem Lande B., wo sie noch nicht verjährt ist, zur Klage kommt. — Man hat auch wohl gesagt, daß das Gesetz wesentlich die Geltung einer Instruction für den Richter habe, und namentlich haben diese Behauptung zwei berühmte, obgleich ihrer Stellung und ihrem Geiste nach einander sehr unähnliche Männer aufgestellt: Friedrich der Große¹⁴⁾ und Herr v. Haller¹⁵⁾. Auch diese Bezeichnung ist zwar nicht völlig falsch, aber doch insofern unrichtig, als sie das, was nur Eigenschaft einer gewissen Classe von Gesetzen ist, als den allgemeinen Charakter des Gesetzes darstellen will. Denn allerdings sind die Dispositivgesetze (diese Bezeichnung in dem oben erläuterten Sinne genommen) eigentlich nur eine Instruction für den Richter, wiewohl natürlicherweise den Parteien die Kenntniß der dießfalligen Bestimmungen keineswegs gleichgiltig sein kann. Doch auch viele Ordinativ- und Regulativgesetze haben nur die Natur einer Instruction für den Richter. Gewissermaßen gehören dahin selbst die Strafbestimmungen in den Strafgesetzen. Das Strafgesetz besteht nämlich eigentlich aus zwei Elementen¹⁶⁾, dem absoluten Verbote (bisweilen auch Gebote) und der speciellen Strafbestimmung. Die letztere hat in der That weniger den Zweck, den Unterthan zu bedrohen, als vielmehr dem Richter vorzuschreiben, welche Strafe er gegen diejenigen zu verfügen habe, welche sich einer Gesetzübertretung schuldig machen.

Wie das Gesetz nur durch den Willen des Gesetzgebers, welcher Wille als der ideale Gesamtwille der ganzen Staatsgenossenschaft gedacht werden muß, seine Geltung hat, so hat es dieselbe auch nur von dem Augenblicke an, wo dieser Wille ausgesprochen und den einzelnen Mitgliedern des Staates bekannt gemacht worden ist. Diese Bekanntmachung heißt Publication des Gesetzes. Sie geschieht auf mannigfaltige Arten, es ist aber ein durch ihren Zweck bedingtes Erforderniß, daß sie stets in solcher Weise vollzogen werde, welche geeignet ist, das Gesetz zur Kenntniß aller derer zu bringen, die entweder ihre Handlungsweise darnach bestimmen sollen, oder doch sonst ein Interesse haben, den Willen des Staates kennen zu lernen. Ob das Gesetz für

14) Schlosser's Briefe über die Gesetzgebung u. s. w. (Frankf. 1789), S. 325 ff.

15) Haller, Restauration der Staatswissenschaften Bd. 1, S. 185.

16) S. des Vf. Aufsatz: Ueber die Möglichkeit, einem Strafgesetzbuche Vollständigkeit zu geben, in Pölig Jahrb. der Geschichte und Politik 1837, Augustheft S. 102.

das gesammte Machtgebiet des Staates und alle darinnen Lebenden, oder nur für gewisse dort befindliche Personen — ob es nur für die Dauer des Aufenthaltes eines Menschen im Staatsgebiete, oder vielleicht für die Staatsangehörigen auch außerhalb der Grenzen des Staates gelte, läßt sich nicht im allgemeinen bestimmen, und die Behauptung, daß das Gesetz nur innerhalb des Staates, der es gegeben hat, Gültigkeit habe, ist in dieser Allgemeinheit ganz unstreitig falsch. Denn es gibt gar manche Gesetze, welche den Staatsbürger auch dann verpflichten, wenn er sich zufällig außerhalb der Grenzen des Staates, dem er angehört, befindet. Selbst außer diesem Falle äußern die Gesetze des Inlandes nicht selten Wirkungen im Auslande und umgekehrt, wovon später mit Mehrerem die Rede sein wird. — Bekanntheit mit dem Gesetze ist zwar eine unerläßliche Bedingung der Verpflichtung zur Beobachtung desselben; indessen wird diese Bekanntheit wenigstens bei dem Staatsbürger, wo nicht besondere Ausnahmen stattfinden, präsumirt, und zwar dergestalt, daß der Beweis des Gegentheils gar nicht zugelassen wird. Bei dem Ausländer, der sich in unserem Staate befindet, leidet diese Präsumtion einige Beschränkung, die aber bei weitem nicht so bedeutend ist, als man häufig annimmt; und man kann eigentlich nur so viel mit Bestimmtheit behaupten, daß Polizeigesetze, worinnen Einrichtungen, die in anderen Staaten nicht oder nicht in dieser Maße bestehen, sanctionirt und die Uebertretungen dieser Gesetze mit Strafe bedroht sind, auf den Fremden, der sie übertritt, ohne sie zu kennen, nicht angewendet werden, und auch dies ist wohl eigentlich nicht als eine Rechtsregel, sondern mehr als eine Vorschrift der Billigkeit anzusehen. — Das einmal gegebene Gesetz behält seine Geltung in der Regel für immer (*lex semel lata semper loqui praesumitur*); es kann jedoch diese Geltung wiederum verlieren 1) durch ein neues positives Gesetz, wodurch das ältere aufgehoben wird, 2) durch ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht (wovon unter dem Art. *Gewohnheit* und *Gewohnheitsrecht* das Mehrere zu sagen sein wird), 3) wenn es nur für gewisse Verhältnisse und Umstände gegeben ist, und diese Umstände sämmtlich hinwegfallen — keineswegs aber, wenn die bloße sogenannte *ratio legis* hinwegfällt. — Eine der schwierigsten Fragen in Bezug auf Geltung der Gesetze ist die: ob das publicirte Gesetz eine rückwirkende Kraft habe¹⁷⁾. Es kommt auch hier auf die ver-

17) G. v. Struve, über das posit. Rechtsgef. rücksichtl. seiner Ausdehnung in der Zeit, oder über die Anwendung der Gesetze. Götting. 1837. — H. A. Zacharia, über die rückwirkende Kraft neuer Staatsgesetze. Götting. 1834. — Feuerbach, kann die Gerichtsverfassung eines constitutionellen Staates durch bloße Verordnungen rechtsgültig verändert werden? S. dess. H. Schriften I, Nr. VII, S. 185 fg. — Bauer, über die Grenzen der Anwendung des Code Napoléon. Götting. 1814. — Bergmann, das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze. Hannov. 1818. C. Lynker, de vi legis in praeteritum. (Jen. 1681. 1751.) T. 5. R. C. Henne, de vi leg. in praeterit. Erf. 1737. C. G. Reinhardt, de valore et vi leg. in praet. Hal. 1748. Reinhardt, ad Christianaeum. Vol. I. obs. 49. nr. 5. Huber, praet. L. 1. T. 3. §. 3. Müller ad Leysler, obs. 15. Gön-

schiebene Natur der Gesetze selbst an. Ordinatare Gesetze, d. i. solche, welche etwas gebieten oder verbieten, können natürlicherweise nur von dem Momente ihrer Publication an Geltung haben, und was früher geschehen oder nicht geschehen ist, kann nach diesem Gesetze nicht beurtheilt werden. Allein bei allen übrigen Gattungen von Gesetzen wird anzunehmen sein, daß auch die bereits schon vorgekommenen Fälle, die aber jetzt erst nach dem Gesetze beurtheilt werden sollen, der Bestimmung des neuen Gesetzes unterliegen, doch mit folgenden Ausnahmen: 1) Die von dem neueren Gesetze auf eine schon früher verboten gewesene Handlung angedrohte härtere Strafe kann nicht auf die Uebertreter des älteren Gesetzes, welches nur eine gelindere Strafe drohete, angewendet werden. (Ein positives Gewohnheitsrecht erkennt diese Regel fast allgemein an. Ob sie aber theoretisch begründet sei, ist bestritten.) 2) Die Frage, ob vor der Aenderung der Gesetze ein Recht erworben, oder eine Verbindlichkeit begründet, desgl. ob ein Rechtsgeschäft in den zu seiner Gültigkeit erforderlichen Formen vollzogen worden sei, muß aus dem älteren Rechte beantwortet werden — während die Frage, ob das erworbene Recht noch jetzt im Staate geltend gemacht werden könne, ob die Verbindlichkeit noch klagbar sei, ob die durch ein Rechtsgeschäft getroffenen Bestimmungen ferner Gültigkeit haben sollen, lediglich nach dem neueren Rechte entschieden werden muß. J. B. A. hat ein Testament zu einer Zeit gemacht, wo am Orte der Errichtung nur 3 Zeugen als äußere Solemnität erfordert wurden. Ein späteres Gesetz verlangt die Gegenwart von 5 oder 7 Zeugen; hier wird das frühere Testament, auch wenn es erst nach dem Erscheinen des Gesetzes eröffnet wird, seine Gültigkeit behalten. Wenn aber in einem neuen Gesetze der Pflichttheil der Kinder von einem Drittheile auf die Hälfte erhöht worden wäre, und der Testator hätte in seinem vorher errichteten Testamente seine Kinder auf einen Drittheil eingesetzt, er verstürbe aber, nachdem jenes abändernde Gesetz erschienen wäre, so würden diese Kinder die Hälfte als Pflichttheil fordern können. Ebenso, wenn bis zum 31. Dec. 1841 in einem Lande Pachte, z. B. über die Jagd, ohne weitere Solemnitäten durch bloße Uebereinkunft den Parteien gültig, hätten abgeschlossen werden können, und es wäre bereits im J. 1840 ein solcher Contract

ner, Archiv B. 1. Hft. nr. 10. Chabot de L'Allier, questions transitaires. (Par. 1809.) Liv. 2. 4. Sirey, Journ. 1809. II. 277. Bibl. du Barreau 1809. I. 97. Ueber die rückw. Kraft der Gesetze, aus dem Franz. von Blondeau. Düsseldorf. 1810. Pfeiffer, Rechtsfrag. (Hann. 1810), Hft. 1, 2. Germania B. 3. Hft. 1—3, Nr. XVI. A. D. Weber, über die Rückwend. pos. Ges. Hannov. 1811. C. G. Overbeck, über die Fortdauer d. Gültigk. älterer Hypoth. auf Mobil. Hamb. 1812. C. G. J. v. Perrestorff, über die zurückw. Kraft der Ges. Düsseldorf. 1812. Zeller, über Fortw. der alten Statute auf Güterverhältnisse und Erbsch. Heibe. 1813. Rehberg, über d. Cod. Nap. S. 62—90. J. Wiesen, über die rückw. Kraft d. Ges. Bechl. 1814. J. R. Borst, üb. d. Anwend. neuer Ges. auf früher entstand. Rechtsverh. Hamb. 1814. F. A. v. Strombeck, Beitr. Sött. 1816. Rudhart, Controv. im Cod. Nap. Bb. 1, S. 11—220.

zwischen A. und B. auf 6 Jahre abgeschlossen worden; nun erschiene aber am 1. Januar 1842 ein Gesetz, daß die Jagdpachte nur vor Gericht mit Gültigkeit abgeschlossen werden könnten, so würde der frühere Pacht nichtsdestoweniger gelten. Wäre aber in dem neuen Gesetze die Gültigkeit der Jagdpachte etwa gänzlich aufgehoben, so würde auch der früher geschlossene Pacht seine Rechtswirkung verloren haben, dafern nicht das Gesetz ausdrücklich die schon bestehenden Rechtsverhältnisse erhalten zu wollen erklärt hat.

Außer diesen unter 1) und 2) erwähnten Fällen ist also ein neues Gesetz auch auf die in der Vergangenheit liegenden Fälle an und für sich anwendbar; obgleich die Politik erfordert, bei einer neuen Gesetzgebung möglichst schonend in Bezug auf frühere Verhältnisse zu Werke zu gehen. Der schwierigste von den hierher gehörigen Fällen ist der, wenn in einem Lande eine ganz neue Gesetzgebung eingeführt worden ist, etwa weil es Theil eines anderen Staates wurde. Doch auch hier werden im allgemeinen, und wenn nicht Staatsverträge oder Erklärungen des neuen Regenten eine Milde rung bewirken, nur die oben angegebenen Grundsätze zu befolgen sein. Der Fall ist nicht anders zu beurtheilen, als ob sämtliche Bewohner des abgetretenen Landes in den Staat, mit dem sie verbunden werden, hinüber gezogen wären.

Mit der Lehre von der Geltung der Gesetze hängt auf das Engste zusammen die Frage: welche Wirkung die Nichtbeachtung derselben habe? Ist auf diese Nichtbeachtung in dem Gesetze selbst eine Strafe oder sonst ein Nachtheil gesetzt, so versteht es sich von selbst, daß dieser eintritt. In sehr vielen Fällen ist Nichtigkeit eines, den Gesetzen nicht gemäßen Geschäftes ausdrücklich angedroht. Daß sie dann eintritt, kann keinem Zweifel unterworfen sein. Wohl aber ist es zweifelhaft, ob jene Nichtigkeit auch dann statt hat, wenn sie im Gesetze nicht ausdrücklich angedroht ist. Es sind hier mehrere Fälle zu unterscheiden. Ist nämlich das Gesetz ein ordinatives, so ist sein Inhalt entweder präceptiv oder prohibitiv. Ist er präceptiv, so kommt es wiederum darauf an, ob in dem Gesetze Vorschriften gegeben sind, deren Beobachtung Bedingung der Gültigkeit des Geschäftes ist. Wo dieß der Fall ist, da wird das Geschäft ungültig sein, wenn jene Bedingungen nicht erfüllt sind, möge nun die Ungültigkeit ausdrücklich als Folge der Nichtbeachtung jener Vorschriften ausgesprochen worden sein, oder nicht. Wo aber diese Anordnungen die Natur der Bedingungen nicht haben, da bleibt das Geschäft gültig, auch wenn es dem Gesetze nicht gemäß eingerichtet worden ist, obwohl immer noch mannigfaltige andere Nachtheile für den Handelnden eintreten können, z. B. Strafe. Ist das Gesetz ein prohibitives, so ist die Frage, ob ein demselben entgegenlaufendes Geschäft gültig oder ungültig sei, schwerer zu entscheiden. Ehemals theilte man die Gesetze in *leges perfectas*, *imperfectas* und *minus quam perfectas*. Die Bedeutung dieser Ausdrücke erhellt aus einer von *Cujacius* scharfsinnig ergänzten Stelle des *Ulpian* (I. §. 1.)¹⁸⁾: *Lex aut perfecta est, aut imperfecta, aut minus quam*

18) Obs. XIX. 30.

perfecta. Perfecta lex est veluti Aelia Sentia, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, rescindit. Imperfecta lex est, veluti Cincia, quae supra certum modum donari prohibet, exceptis quibusdam cognatis; et, si plus donatum sit, non rescindit §. 2. Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit: sed poenam iniungit ei, qui contra legem fecit: qualis est lex Furia testamentaria. Jetzt nimmt man mit Beziehung auf Const. 5. C. de leg. (1. 14.) gewöhnlich an, daß jedes gegen ein Prohibitivgesetz laufende Geschäft ipso iure ungiltig sei. Nullum enim pactum (so lauten die Worte der angezogenen Stelle) nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes, tam veteres, quam novellas, trahi generaliter imperamus: ut legis latori, quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat: ceteraque quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere: hoc est, ut ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur: licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse quod factum est. Sed et siquid fuerit subsecutum ex eo, vel ob id, quod interdicante lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus. Man hat dieses Gesetz ganz allgemein von allen und jeden Prohibitionen verstehen wollen. Dieß ist jedoch jedenfalls zu weit gegangen, wiewohl es andererseits wiederum unrichtig wäre, wenn man dessen Geltung bloß auf Contracte beschränken wollte. So viel ist ausgemacht, daß eine einseitige Handlung, welche entweder im allgemeinen, oder in besonderer Beziehung auf denjenigen, der sie vollzieht, verboten ist, als Geschäft betrachtet, von ihm nicht für sich angezogen werden kann, denn Niemand kann aus seinem gesetzwidrigen Handeln Vortheile ziehen. Zweifelhafte aber ist es, was Rechtens sei, wenn dem verbietenden Gesetze entgegen ein Obligationsverhältniß mit dritten Personen hergestellt worden ist, und doppelt zweifelhaft, wenn das Verhältniß nur den Einen der Contrahenten trifft, z. B. wenn A. und B. mit einander ein Geschäft abgeschlossen haben, welches zwar dem A., aber nicht dem B. verboten ist, wo auch vielleicht A. die verbotene Leistung bereits gewährt hat, und nun dafür eine anderweite Leistung von B. fordert, — ferner wenn es sich darum handelt, ob die durch die Handlung des A. übernommene Verbindlichkeit, oder auch der durch diese Handlung herbeigeführte Zustand wieder aufgelöst werden soll oder nicht — also z. B. wenn dem an sich wechselfähigen A. untersagt war, Wechselgeschäfte zu machen (was wohl zu unterscheiden ist von dem Falle, wo Jemand oder eine ganze Classe von Unterthanen für unfähig erklärt ist, sich nach Wechselrecht verbindlich zu machen), er hat aber dem B. eine Tratte verkauft und ihm die Valuta creditirt, — oder er ist einem speciellen seine Person betreffenden Prohibitivgesetze entgegen in eine Societät mit dem B. getreten. Hier ist es, wie gesagt, sehr streitig, welche Wirkung die Vorschrift habe, daß das verbotene Geschäft ohne Rechtswirkung sei. Dem Verf. ist ein Fall der ersten Art vorgekommen, wo dem Kläger, einem Mäkler, dem die

Mäklerordnung seines Ortes alle Wechselgeschäfte untersagte, ein Klagrecht auf die Valuta seines Wechsels, den er an einen Dritten auf Credit verkauft hatte, abgesprochen wurde. Consequenterweise mußte also auch die Klage abgewiesen werden, wenn man aus diesem Wechsel an dem Mäkler hatte Regress nehmen wollen, und eben so wenig würde ein Klagrecht, gegen einen Associé vorhanden sein, dem die Betreibung eines Compagniegeschäftes mit Andern untersagt ist. Hier würde die *actio pro socio* und am Ende wohl gar die *actio communi dividundo* für unzulässig geachtet werden müssen, und jeder der Associés behielte, was er eben in seine Hände bekommen kann. Ja wenn Jemandem die Betreibung eines Handelsgeschäftes überhaupt untersagt wäre (wie dies Alles namentlich bei Mäklern oft der Fall ist — s. Leipziger Mäklerordnung vom Jahre 1818, §. 20), und er dennoch ein solches errichtete, so würde weder er gegen seine Schuldner, noch seine Gläubiger gegen ihn klagen können — alles Sätze, die in der That mit dem ganzen Rechtssysteme unvereinbar sind. Daher müssen denn fast nothwendigerweise gewisse Beschränkungen der in L. 5. C. de leg. ausgesprochenen Nichtigkeit der Geschäfte dorer, qui contrahunt lege prohibente, angenommen werden. Es scheinen sich dieselben am deutlichsten und natürlichsten darzustellen, wenn man sie in folgende Regeln faßt. I. Ist das Prohibitivgesetz ein absolutes und zugleich ein allgemeines (wodurch also eine gewisse Handlung objectiv für unerlaubt erklärt wird), so gilt die ganze Strenge des Gesetzes. Es findet keine Klage auf Vollziehung statt, und das Gegebene kann nicht zurückgefordert werden, weil auf beiden Seiten *par turpitudine* vorhanden, und also *melior causa possidentis* ist. Doch gelten hier folgende Ausnahmen: a) wenn eine objectiv unerlaubte Handlung nur bedingt und dergestalt untersagt ist, daß unter gewissen Bedingungen die Erlaubniß, sie zu vollziehen, erlangt werden kann, so wird aus einem Vertrage, bei dem eine derartige Leistung versprochen worden ist, der Promittent wenigstens so weit rechtlich verpflichtet, daß er thun muß, was er kann, um die Erlaubniß zur Erfüllung zu erhalten. b) Wenn eine Handlung vollzogen worden ist, die nicht schon ihrer Form halber (wie z. B. wegen Gewalt) dem Verbote unterliegt, sondern, wie etwa das Wegnehmen einer fremden Sache, nur unter Voraussetzung einer rechtswidrigen oder unmoralischen Gesinnung als unerlaubt erscheint, wo auch die Rechtswidrigkeit und Schlechtigkeit der Absicht nicht sofort aus den Umständen hervorgeht, so kann, wenn eine solche Handlung in Vertragsverhältnissen vorkommt, und der eine der Contrahenten in *bona fide*, oder in einem nicht unmoralischen Beginnen begriffen ist, demselben die Klage aus dem erfüllten Contracte oder nach Befinden, Rückforderung des Gegebenen, auch wohl eine Schädensklage nicht verweigert werden (z. B. die *bona fides* anlangend, wenn ein Träger von einem Diebe gemiethet wurde, gestohlene Sachen wegzutragen, er wußte und vermuthete aber nicht, daß sie gestohlen waren). Hierher gehören auch die Fälle, von denen es heißt: *turpiter accipitur, non turpiter datur* (und umgekehrt) hinsichtlich dessen, der nicht in *turpitudine* ist. II. Ist das Prohibitivgesetz nur ein hypothetisches oder, wenn auch ein absolutes,

doch kein allgemeines, sondern nur ein solches, welches eine Handlung in Beziehung auf gewisse besondere Umstände und Verhältnisse untersagt, namentlich nur einem Theile verbietet, etwas zu leisten oder gewisse Leistungen von einem Anderen anzunehmen, so kann, so lange der Vertrag noch unerfüllt ist, der dem Verbote unterliegende Contrahent weder auf die verbotene Leistung belangt werden, noch unter dem Erbieten, den Contract zu erfüllen, den anderen Contrahenten auf die etwa versprochene Leistung oder Gegenleistung belangen. Ist aber der Contract von seiner Seite bereits erfüllt, und hat er die Handlung, die ihm untersagt war, bereits vollzogen, also dasjenige, was er nicht thun oder geben sollte, gethan oder gegeben, oder eine Verbindlichkeit, die er nicht übernehmen sollte, übernommen u. s. w., so bleiben eben sowohl seine Privatansprüche, als seine Privatverbindlichkeiten stehen. Ist ein gesetzwidriges Verhältniß durch seine Handlung herbeigeführt worden, so geschieht die Auflösung nur *ex nunc*, nicht aber *ex tunc*. Hat er das ihm Verbotene noch nicht geleistet, aber bereits eine Gegenleistung dafür empfangen, so kann diese mit der *condictio sine causa* zurückgefordert werden — dagegen fällt die Zurückforderung auf Seiten des Gebers weg, wenn nur dem Empfänger die Annahme einer Sache u. s. w. untersagt war, und er sie dennoch angenommen hat — allemal mit dem Vorbehalte, daß nicht specielle Gesetze ein anderes verordnen. Auch dadurch können die Verhältnisse geändert werden, daß die Handlungsweise des anderen Contrahenten selbst eine Widerrechtlichkeit oder *turpitude* enthält; allein eine solche ist bloß um deswillen, weil er mit Jemandem contrahirt, dem in seiner persönlichen Stellung ein derartiger Vertrag untersagt worden war, noch keineswegs anzunehmen. Selbst dann, wenn die Eingehung eines geschlossenen Contractes beiden Contrahenten, aber beiden bloß für ihre Personen untersagt war, gelten obige Regeln, und wenn also (um auf das obige Beispiel zurückzugehen) ein Makler an den anderen einen Wechsel verkauft hätte, so würde der Verkäufer den Käufer auf die *Valuta*, und der Käufer den Abkäufer mit der *Negrefklage* ganz füglich belangen können. So erläutert es sich auch, wenn Papinian in L. 5. D. de *cond. sine causa* sagt, daß wenn ein Eheverlöbniß selbst in völlig verbotenen Grade geschlossen, und bereits eine *dos* bezahlt worden sei, diese mit der *condictio sine causa* zurückgefordert werden könne — und ebenso erscheint es unter den obigen Voraussetzungen ganz regelmäßig, wenn die Ehe im verbotenen Grade, dafern sie nur noch zu den dispensablen gehört, ingleichen die von einer Wittve im Trauerjahre eingegangene eheliche Verbindung keineswegs für nichtig geachtet wird — wenn man die Klage eines Handwerkspfuschers auf Bezahlung der von ihm gelieferten Arbeit zuläßt, wie dieß nach einer, wenigstens in Deutschland, weitverbreiteten Praxis geschieht u. s. w. Man könnte gegen diese Säge vielleicht L. 30. C. de *locat. cond.* (4. 65.) anführen wollen. Dort ist nämlich den *curialibus* die Erpachtung fremder Grundstücke und die Verbürgung für andere Pächter dergestalt untersagt, daß bei Uebertretung dieses Verbotes die verpachtete Sache confiscirt und keinem der contrahirenden Theile gegen den anderen eine Klage aus diesem Geschäfte zuge-

standen werden soll. Dieses Argument scheint dadurch noch ein größeres Gewicht zu bekommen, daß L. 30. C. de loc. cond. ein Auszug ist aus der vierten Novelle Theodosius des Jüngeren: *ne curialis praedium alterius conducat, aut fideiussor conductoris existat*, und daß gerade in dieser Novelle dieselben allgemeinen Grundsätze ausgesprochen wurden, welchen die Compiler des Codex eine Stelle in der, ebenfalls aus jener Novelle entlehnten L. 5. C. de leg. angewiesen haben, so daß also zwischen L. 5. C. de leg. und L. 30. C. de loc. cond. ein Verhältniß in der Art zu bestehen scheint, daß die letztere Stelle den Grundsatz, die erstere die Anwendung des Grundsatzes auf einen besonderen Fall enthält. Allein wie aus dem hervorgeht, was oben über Interpretation der Gesetze gesagt worden ist, kann eine solche Art und Weise der Gesetzesklärung unmöglich Billigung finden. Das Gesetz, die Curialen betreffend, bezieht sich auf ein specielles, bei uns nicht mehr existirendes Verhältniß, und ist daher an und für sich nicht mehr anwendbar. Der allgemeine Grundsatz in L. 5. C. de leg. aber kann, da er in der Allgemeinheit, in der er ausgesprochen ist, mit dem übrigen Rechtssysteme unvereinbar erscheint, nur auf eine solche Weise erklärt werden, daß diese Widersprüche verschwinden. Dieß dürfte aber kaum auf eine andere Weise möglich sein, als durch eine Beschränkung des Umfanges der L. 5. C. de legib. — Unter den vielfachen möglichen Beschränkungen aber wird diejenige den Vorzug verdienen, welche an sich die geringste und zugleich so beschaffen ist, daß sie mit dem übrigen Systeme am besten übereinstimmt.

Anwendung des Gesetzes.

Sie ist an und für sich eine logische Function und behält diesen Charakter auch dann, wenn sie von Seiten des Richters erfolgt. Es sind also hierbei zunächst die Regeln der Logik zu beobachten. Außerdem finden sich jedoch einige specielle Vorschriften über das hierbei zu beobachtende Verfahren. Der Richter soll auf der einen Seite das strenge Recht nicht geltend machen wollen, wo die Rücksicht auf die Natur der Sache vorherrschen muß, sondern sich vielmehr in solchem Falle erinnern: *esse hanc quaestionem de hono et aequo: in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose erratur.* L. 91. D. de verb. obligat. (45. 1.) — er darf aber auch auf der anderen Seite nicht weiser sein wollen, als der Gesetzgeber und nicht vergessen, daß er nur Diener des Gesetzes ist. Namentlich soll er sich enthalten, die Härte des Gesetzes eigenmächtig zu mildern: *Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis (i. e. imperatoribus) solis et oportet et licet inspicere.* L. 1. C. de legibus. (1. 14.) Er soll daher zwar mehr den Geist als den Buchstaben des Gesetzes vor Augen haben (*scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem.* L. 17. D. de legibus etc. [1. 3.]). Er soll aber auch alle willkürliche Deutleien und Verdrehungen des Gesetzes vermeiden: *Quidam consuluit, an possit efficere actio ad exhibendum, ut rationes adversarii sibi exhiberentur, quas exhiberi magni eius interesset? Respondit (Alfenus): Non oportere ius civile calumniari, neque verba captari: sed, qua*

mente quid diceretur, animadvertere convenire. Nam illa ratione etiam studiosum alicuius doctrinae posse dicere, sua interesse, illos aut illos libros sibi exhiberi: quia, si essent exhibitum, cum eos legisset, doctior et melior futurus esset. L. 19. D. ad exhibend. (10. 4.)

Collision der Gesetze.

Bei der Bestimmung des gegenseitigen Verhältnisses mehrerer Gesetze sind verschiedenartige Rücksichten zu nehmen. Haben diese mehreren Gesetze ganz denselben Bezirk, und sind sie zugleich aus derselben Zeit, so gilt im Allgemeinen der Satz, daß die generelle Bestimmung Regel und die specielle eine Ausnahme ist. Sind sie aber aus einer verschiedenen Zeit, so geht das neuere Gesetz dem älteren vor, ausgenommen, wenn das spätere Gesetz ein generelles ist, während das ältere ein specielleres war. Doch ist diese Regel mit großer Vorsicht anzuwenden. So lange es möglich ist, müssen beide Gesetze so erklärt werden, daß die Vorschriften beider neben einander bestehen, und es ist hier Bezug zu nehmen auf das, was oben über widersprechende Gesetze gesagt worden ist. Sind die Gesetze für ungleiche Bezirke gegeben, und liegt der kleinere Bezirk des einen Gesetzes in dem größeren des anderen, so geht das Gesetz des kleineren Bezirkes in der Regel dem für den größeren Bezirk gegebenen Gesetze vor. Daher hat das statutarische Recht einer Stadt oder eines Dorfes den Vorzug vor dem Rechte der Provinz, dieses wiederum den Vorzug vor dem Landesrechte, dieses wieder vor dem gemeinen teutschen Rechte. Dieser Regel nach sollte auch das teutsche Recht unbedingt den Vorzug vor dem canonischen Rechte und dieses wieder vor dem römischen Rechte haben. Dies ist jedoch nicht immer der Fall, und namentlich bedarf es zur Bestimmung des Verhältnisses zwischen dem canonischen und römischen Rechte besonderer Regeln, die jedoch nicht hierher gehören. Die bei weitem meisten Schwierigkeiten¹⁹⁾ bietet jedoch die

19) Die Lehre von der Collision der Gesetze, besonders der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten, ist theils in den ausführlichen Werken von Glück (Erläut. der Pandekten, verbunden mit Reinhardt's Ergänzungen), Mühlenthal (im Pandektenrechte), Eichhorn, Rittermaier, Phillips, Zúrl, Maurenbrecher u. A. in ihren Werken über das teutsche Privatrecht, theils in besonderen Abhandlungen behandelt worden. Von den letzteren sind zu bemerken: Burgundius, ad consult. Flandr. aliarumq. gent. tractat. Arnh. 1621. 1670. — Bern. Barilis, Disp. de potest. leg. municip. in advenas et indigenas. Lugd. 1641. — Dav. Mevius, comm. in ius Lubecense. I. ed. 1642. 43. ed. II. Francof. 1664. Prolegom. Quaest. IV. u. VI. ingleichen Comment. ad Part. II. Tit. 1. art. 16. Tit. 2. art. 10. — Paul. Voetius, de statutis eorumq. concursu. Amstelod. 1661. — Sam. Stryk, D. de iure principis extr. territor. 1674. cap. III. in f. Diss. iur. for. T. II. p. 26—36. — Huber, Praelect. iur. civ. ad I. 3. de confl. leg. Lib. III. sect. IV. c. 1. — Henr. de Cocceji, D. de fundata in territorio et plur. locor. concurrente potestate. Francof. a. V. 1684. in dessen Exercitt. curios. Vol. I. p. 680—746. Ziegler, Dicastice s. de iudic. offic. et delict. Viteb. 1672. Wolff, dispp. de for. ad ius statutor. relat. Lugd. 1685. — Carpozov, de quaest., quaten. forens. obligentur statut. alien. civitat. Lips. 1685. — J. N. Hert, D. de collisione

Frage dar, welche Regeln gelten sollen, wenn in einem Lande Verhältnisse zur Sprache und gerichtlichen Beurtheilung kommen, welche im

legum 1688, in f. Comment. et opusc. Vol. I. p. 129—222. — Dav. Scheinemann, de auctoritate leg. civil. extra territor. legislatoris. Tubing. 1696. — Henr. Hildebrand, D. de obligat. forensium. etc. 1698. — Lynker, de statutis civitat. provinc. Jen. 1699. — Radenburg, de iure coniug. Col. Agr. 1699. — de Witzendorf, de statut. civitat. provinc. Jen. 1704. — Zollius, de praefereat. statutor. discrepant. Rinteln 1711. — Meier, D. de statutor. conflictu. Giess. 1715. — Froland, Mémoires concernans la nature et la qualité de statuts etc. Par. 1729. — Ernst, de statut. eorumq. conflictu. Mogunt. 1732. — Boullenois, Dissertations sur des. questions, qui naissent de la contrariété des loix et des coutumes, Par. 1732. — Tob. Jac. Reinhardt, D. de iur. non scripti extra territor. efficientia. Gott. 1737. 4. — Bilderbeck, Zellisches Stadtrecht. Zelle 1739. — Riccius, Entwurf von Stadtgesetz, und Statutis. Frankf. und Leipz. 1740. — Alef, D. de divers. statutor. concursu. Heidelb. 1740. (in f. Diebb. acad. p. 167—184. 4.) — J. S. Boehmer, D. de efficacia statuti personalis extra territor. (Frcf. ad V. 1756.) Ed. II. 1759. 4. — Car. Ferd. Hommel, Rhaps. quaest. in foro quotid. obven. Ed. IV. T. II. Obs. 409. — Carol. Francisc. Boeschen, D. (pr. C. A. Schott) de vi legum civil. in subdit. temporar. Lips. 1772. 4. — Joh. Theoph. Seeger, D. de vi legum et decret. in territ. alien. Lips. 1777. 4. — Franc. Jos. Hartleben, Meditt. ad Pand. Vol. XI. (Frcf. 1778. 4.) Spec. IX. — Car. Christph. Hofacker, de efficacia statutor. in res extr. territor. Tubing. 1778. 4. — Menken, de statut. civitat. provinc. in success. ab intest. ad bona etiam alibi sita secund. ius civile extendendis, in Opusc. nr. 7. p. 201. — Hamm, de statut. collisione et praef. in caus. success. ab intest. Erl. 1792. — Biener, de Germano sua lege vivente. Lips. 1805. — Meier, de confl. leg. divers. in divers. loc. obtinent. Brem. 1810. — Braam, Diss. Jurid. Inaug. de leg. nostrar. civil. cum legib. peregr. confl. Gronov. 1821. — Fried. Guil. Tittmann, de competentia legum externar. et domest. in definiendis potiss. iurib. coniug. Hal. 1822. 8. — Derstadt, Abhandl. über die Anwend. fremd. Ges. in der Eunomia Bd. 4, S. 1—105. Kopenh. 1822. — Henry, treatise on the difference between personal and real statuts. Lond. 1823. — Aug. Frid. Chr. G. Hauss, D. de principiis, a quibus pendet legum sibi contrariar. auctoritas, si quae varior. locor. constitut. colliduntur... in primis de usu regulae: „locus regit actum“ recte determ. Gott. 1824. — Eivermore, Dissertat. on the contrariety of laws. New-Orl. 1828. — Carl Sam. Zacharia, über die Rechtsregel: locus regit actum in Ewiger's Themis Bd. 11, 1830, S. 95—118. — Rud. Brinckmann, von dem Widerspruche ausländ. und einheim. Gesetze, in f. wissenschaftl. pract. Rechtskunde Bd. 1, 1831, S. 5—18. — Rittermaier, über die Collision der Prozeßgesetze, in dies. Archiv B. XIII, S. 292—316. — Aug. Siegm. Kori: Nach welchen Landesgesetzen sind Ausländer wegen ihrer im Inlande vorkommenden Rechtsangelegenheiten zu beurtheilen? in f. Erörterungen pract. Rechtsfragen Th. 3, 1833, S. 1—30. — Gufl. v. Struve, über das positive Rechtsgesetz in f. Beziehungen auf räumliche Verhältnisse und üb. die Anwendung der Gesetze verschiedener Orte. Karlsr. 1834. — Story, Commentaries on the conflict of laws foreign and domestic, in regard to contracts, rights and remedies, and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions and judgments. Boston 1834. Edinb. 1835. — Element of international-law with a sketch of the history of the science. By H. Wheaton. Lond. 1836. — Ceuffert, Comment. üb. die bay. Gerichtsordn.

Auslande, wo andere Gesetze, als im Inlande gelten, entstanden sind. Auf der einen Seite ist nämlich jeder Staat ein unabhängiges, selbstständiges und auch als Rechtsanstalt für sich bestehendes Ganze, welches die Gesetze und Einrichtungen anderer Staaten zu berücksichtigen nicht verbunden ist. Auf der anderen Seite ist es eine Thatsache, die kein einzelner Staat ignoriren kann, daß neben ihm andere Staaten in gleicher Unabhängigkeit und Selbstständigkeit vorhanden sind, und daß zwischen den Unterthanen aller dieser Staaten gewisse Verbindungen und Verhältnisse bestehen, welche sich über die Grenzen der einzelnen Länder hinaus in das Gebiet der anderen erstrecken. Somit erscheint die Frage über die Collision der Gesetze verschiedener Staaten nicht als eine privatrechtliche (wiewohl sie in Bezug auf privatrechtliche Gesetze von besonderer Wichtigkeit ist), auch nicht einmal als eine staatsrechtliche im eigentlichen Sinne, sondern in ihrem tiefsten Grunde als eine Frage des Völkerrechtes, oder, wenn man will, des Weltbürgerrechtes. Man würde jedoch irren, wenn man ein System von Regeln über diese Materie lediglich auf vernunftrechtliche Principien begründen wollte. Es zeigt sich vielmehr bei näherer Betrachtung des Gegenstandes, daß man hierbei einer historischen und positiven Grundlage nicht entbehren kann. — Zuörderst I. ist darauf aufmerksam zu machen, daß, wenn ein im Auslande entstandenes Verhältniß im Inlande zur Sprache kommt, es nicht gleichgültig ist, in welcher Gegend der Erde dasselbe seine Entstehung gefunden hat. Es ist nämlich eine unleugbare Thatsache, daß zwischen gewissen Staaten eine engere Verbindung besteht, durch welche schon an sich, und noch ganz abgesehen von etwanigen ausdrücklichen Verträgen zwischen denselben, eine größere Berücksichtigung der Gesetze und Institute des einen Staates in allen anderen, dieser Verbindung angehörigen Staaten bedingt wird. Eine solche Verbindung hat statt zwischen allen Staaten von christlich-europäischer Bildung diesseits und jenseits des Oceans — sie hat nicht statt zwischen diesen Staaten und den übrigen Staaten oder Völkern, bei denen christlich-europäische Bildung nicht besteht. (Wir wollen der Kürze halber jene die civilisirten, diese die barbarischen Staaten nennen, wo aber unter dem Ausdrucke „barbarisch“

(Crl. 1836), Bd. 1, S. 231. — Bocco, del 'uso ed autorità delle leggi del regno delle Due Sicilie, considerate nelle relazioni con le persona e col territorio degli stranieri. Napol. 1837. — Hartogh, Disp. de regul. iur.: loc. reg. act. Hag. Com. 1838. — Roskirt, üb. den status civilis und üb. dessen Wirkungen nach dem Unterschiede des neueren Rechtes in Personal- und Realstatuten, in f. Zeitschr. Bd. 3, 1839, S. 331—346. — Krig: Zur Theorie üb. die mögl. Beurtheilungen der contractmäß. Verbindlichk. eines Inland. nach Ges. des Auslandes, in j. Samml. v. Rechtsfällen Bd. 2, S. 85—132. — v. Wächter, üb. die Collis. der Privatg. verschiedener Staaten, im Arch. f. civil. Prax. Bd. 24, S. 230 flg. — Foelix, du conflit des loix de différentes nations, ou de droit internationale. Par. 1840. in der Revue étrangère et franc. de legislation etc. Februarheft S. 81 flg. — Dr. Bilh. Schöffner, Entwicklung des international. Privatrechtes. Frankf. a. M. 1841.

eben nichts Anderes verstanden werden soll, als daß die etwaige Bildung der Bürger dieser Staaten oder Bewohner jener Länder keine christlich-europäische sei.) Alles also, was außerhalb des Kreises der civilisirten Staaten, entweder in barbarischen Staaten oder im freien Raume, außerhalb des Gebietes irgend eines Staates, vorgegangen ist, wird nach anderen Grundsätzen beurtheilt werden müssen, als diejenigen Verhältnisse, welche innerhalb des Machtgebietes der Staaten von christlich-europäischer Bildung ihren Ursprung genommen haben. Doch wird bei Menschen, die für ihre Personen Angehörige eines civilisirten Staates sind, unter gewissen, bald näher zu erörternden Umständen auf ihre Nationalität auch dann Rücksicht zu nehmen sein, wenn ein sie betreffendes Verhältniß, welches der rechtlichen Beurtheilung unterworfen werden soll, außerhalb der Grenzen der civilisirten Staaten entstanden wäre²⁰). — II. Zu diesen rein staatlichen Beziehungen tritt noch ein anderweites positives Element hinzu, nämlich die Rücksicht auf die Kirche, und zwar theils auf die allgemeine christliche Kirche — die Gesammtheit aller Bekenner der christl. Religion von jeder in irgend einem christlichen Staate anerkannten Confession — theils auf die einzelnen christlichen Kirchen, hierunter die Gesammtheit der Bekenner einer einzelnen bestimmten Confession verstanden. Hier darf man Folgendes mit Bestimmtheit annehmen: 1) Hinsichtlich der religiösen Gemeinschaft überhaupt, insoweit sie rechtliche Folgen hat, ist das Princip anerkannt, daß Jeder, der von irgend einer christlich-kirchlichen Gemeinde als Mitglied aufgenommen worden ist, ja selbst Jeder, der nur von einer christlichen Mutter geboren ist, im Zweifelsfalle und bis zum Beweise des Gegentheiles als Christ gilt. 2) Hinsichtlich der Ehe finden ähnliche Grundsätze statt, von denen später mit Mehrerem gesprochen werden wird. — Auch beruhen 3) auf der Idee einer christlichen Gesammtkirche gewisse eigenthümliche Rechtsverhältnisse des Standes der Geistlichen, die sich jedoch mehr in den einzelnen Hauptabtheilungen derselben, namentlich in der römisch-katholischen Kirche, und hier wiederum besonders in den Staaten wirksam erweisen, welche die christliche Religion in der Form des römisch-katholischen Glaubensbekenntnisses als Staatsreligion anerkennen.

Anlangend nun die politisch-rechtliche Reciprocität der Staaten (welche zum Theil verbunden mit dem großen Gesammthinstitute der christlichen

20) Man nannte ehemals diese gegenseitige Rücksicht der civilisirten Staaten auf einander etwas komisch: *comitas gentium*. S. Hofacker, de efficacia statutor. in dess. Opusc. iurid. p. 11. Tittmann, diss. de compet. leg. externar. cit. p. 7. — Sehr erzählt über diese Idee ist Schäffner, in J. Entwicklung des internationalen Privatr. §. 30, allein er mißkennt, verleitet durch den allerdings unpassenden Namen, das Wesen der Sache. Diese sogen. *comitas gentium* ist nichts anderes, als ein größtentheils auf eine wahre *consuetudo inter gentes* (cultiores) begründetes *ius gentium*. Von einer anderen *comitas* in einem engeren Sinne, nämlich von der gegenseitigen Pöflichkeit, mit der man z. B. einen Officier des Landes A. auch im Lande B. mit der, seinem dortigen Range zukommenden äußeren Achtung behandelt, braucht hier nicht die Rede zu sein.

Kirche betrachtet werden muß), so sind hierbei mehrere hauptsächlichliche Rücksichten ins Auge zu fassen. 1) Wenn von Anwendung ausländischer Gesetze im Inlande die Rede ist, so sind hierunter nur die Privatrechtsgesetze zu verstehen. Die öffentlich-rechtlichen Gesetze und Institute des Auslandes können im Inlande in der Regel wenigstens nicht als Rechtsinstitute, und nur unter besonderen Umständen als factische Momente Beachtung fordern. Ein Mehreres hierüber unten, wo von den persönlichen Verbindlichkeiten die Rede ist. 2) Bei privatrechtlichen Instituten kommt es darauf an, ob eine Handlung, ein Verhältniß, ein Zustand u. s. w. nur überhaupt im Auslande zwischen Personen, die nicht Bürger dieses Auslandes sind, stattgefunden habe, oder ob jene Verhältnisse u. s. w., welche im Inlande zur Beurtheilung kommen, in einem ausländischen Staate in Bezug auf Personen, welche damals Bürger dieses Staates waren, begründet worden, auch vielleicht dort schon zur Wirksamkeit gekommen sind oder kommen sollen. — 3) Es ist nicht selten von wichtigem Einfluß auf die Anwendung der Gesetze des Auslandes im Inlande, ob der inländische Staat lediglich thätig ist, um in seinen Grenzen die Rechtsordnung zu erhalten (was als Regel angenommen werden muß), oder ob er diese Thätigkeit ausübt gleichsam als Stellvertreter eines andern Staates, sei es auf ausdrückliches Gesuch desselben, oder auch ohne solches in dem gemeinsamen Interesse, welches alle civilisirte Staaten an Erhaltung der Rechtsordnung haben. — Bei dem Punkte unter 2) tritt uns jedoch schon ein sehr einflußreicher Zweifel entgegen. Es fragt sich nämlich, nach welchem Grundsätze zu beurtheilen sei, ob Jemand als Bürger und Unterthan eines Staates angesehen werden müsse, oder nicht? — eine Frage, die zwar selten an sich, oft aber dann streitig erscheint, wenn Jemand in dem einen Staate sich wesentlich aufhält, in anderen aber Grundstücke besitzt, oder noch mehr, wenn er geradezu ein doppeltes domicilium hat. Im letzteren Falle hört die Frage in gewisser Hinsicht eigentlich wiederum auf, streitig zu sein. Denn es ist dann gewiß, daß ein solcher Mensch wirklich Bürger und Unterthan zweier Staaten zugleich ist, was aber freilich die Beantwortung vieler Fragen, z. B. nach welches Landes Rechte er ab intestato beerbt werden solle, sehr erschwert. Allein in dem ersten Falle sind die Meinungen schon darüber getheilt, ob er nur als persönlicher Unterthan des Staates, wo er domicilirt ist, oder zugleich als Unterthan desjenigen Staates, wo er Grundstücke besitzt, anzusehen sei? Zwar ist man einverstanden, daß ein im Staate A. lebender Mensch, der im Staate B. Grundstücke besitzt, hinsichtlich dieser Grundstücke, also in seiner Eigenschaft als Grundbesitzer, den Gesetzen des letzteren Staates unterworfen, und also gleichsam hinsichtlich dieser Grundstücke Bürger und Unterthan von B. sei. Allein es ist nicht zu leugnen, daß man, zumal in Deutschland, sehr häufig um vieles weiter gegangen ist, und ein Verfahren eingeschlagen hat, dem offenbar die Idee zum Grunde lag, daß der Grundstücksbesitzer auch hinsichtlich seiner persönlichen Verhältnisse, zumal insoweit sie sich auf das Grundstück beziehen, als Bürger und Unterthan des Staates, wo sie liegen, zu behandeln und nach dessen Gesetzen zu beurtheilen sei. Die äußersten

Consequenzen dieser Idee finden sich in den Staaten, wo der sogenannte volle Landassiat gilt, vermöge dessen der bloße Grundstücksbesitz den im Auslande wohnenden Besitzer in allen, auch rein persönlichen Civilrechtsangelegenheiten vor dem *index rei sitae* dingpflichtig macht. Doch auch wo der volle Landassiat nicht besteht, hat man oft, namentlich in Beziehung auf öffentliche Verpflichtungen der Person, und, in privatrechtlichen Verhältnissen, in Beziehung auf Mündigkeit und Vormundschaft, auf Intestaterbfolge und auf Concurs der Gläubiger den Grundstücksbesitzer ohne Weiteres als persönlichen Unterthan behandelt, was allerdings nicht wenig dazu beigetragen hat, die Lehre über die Collision der Gesetze schwieriger und dunkler zu machen. Die Ansicht, welche dem Verf. dieses Aufsatzes die richtigere zu sein scheint, und von welcher er bei dieser Entwicklung ausgegangen, ist die: daß, wenigstens in der Materie von der Collision der Gesetze des Inlandes und Auslandes, das *domicilium* der fraglichen Person im Zweifelsfalle darüber entscheiden müsse, für welches Landes Bürger und Unterthan Jemand zu achten sei. — Auch dann noch bleiben jene Schwierigkeiten übrig, welche sich ergeben, wenn Jemand wirklich zwei oder mehr *domicilia* hat. Von diesen wird bei Betrachtung der einzelnen Verhältnisse, bei welchen diese Frage Einfluß gewinnt, die Rede sein.

Betrachten wir nach diesen Voraussetzungen zuerst die Collision der regulativen Gesetze verschiedener civilisirter Staaten. Hier finden wir, daß diesen Staaten insgesammt gewisse Institute des positiven Rechtes gemeinschaftlich sind, und daher in allen anerkannt werden. Sie beziehen sich 1) auf das Recht der Person im Allgemeinen, 2) auf das Familienrecht, 3) auf das Vermögensrecht, 4) auf das Prozeßrecht. Hinsichtlich aller dieser gemeinsamen Institute gilt die allgemeine, wiewohl nicht ganz ausnahmslose Regel, daß die Entstehung und der extensive Umfang der durch sie bedingten Verhältnisse, Zustände und Rechte nach den Gesetzen des Staates beurtheilt wird, dem die in Frage stehende Person als Bürger und Unterthan angehört; daß aber der intensive Umfang der mit jenen Zuständen, Verhältnissen u. s. w. verbundenen Ansprüche, Befugnisse und Verbindlichkeiten nach den Rechten des Ortes beurtheilt wird, wo sie geltend gemacht werden sollen. — Im Speciellen ist hierüber Folgendes zu bemerken: Recht der Personen im Allgemeinen. Natürliche Rechtsfähigkeit. Diese hat an und für sich jedes Wesen, welches überhaupt menschliche Natur hat. Es kann also auch jeder Mensch Rechte erwerben, aber nicht jeder kann seine angeborenen oder erworbenen Rechte ausüben, sondern die natürliche Bedingung dieser Ausübung ist, daß er im vollen Besitze seines Vernunftgebrauches sei. Dieser tritt nicht ein vor gewissen durch die Gesetze der einzelnen Staaten nicht allenthalben gleichmäßig bestimmten Jahren, — den Jahren der Mündigkeit. An und für sich würde jeder Staat auch die Mündigkeit der Ausländer, wenn sie vor seinen Gerichten zur Frage käme, nach den von ihm selbst deshalb getroffenen Bestimmungen beurtheilen können. Dieß würde indessen zu großen Verwirrungen Veranlassung geben. Der natürliche Termin der Mündigkeit ist eigentlich bei jedem Menschen

ein anderer; und in der That war auch weder bei den alten Römern, noch bei den alten Deutschen ein bestimmtes Alter, wo der Mensch für mündig geachtet wurde, festgesetzt ²¹⁾. Man beurtheilte den Eintritt derselben nach äußeren, in die Sinne fallenden Zeichen. Später fing man indessen an zu fühlen, daß eine positive Bestimmung, welche den Charakter einer praesumptio iuris et de iure hätte, hierüber nothwendig sei. Jetzt nun ist man darüber fast allgemein einverstanden, hinsichtlich des Termins der Mündigkeit eines jeden Menschen, der Bürger eines Staates von christlich-europäischer Cultur ist, die Gesetze des Staates, dem er als Bürger angehört, in allen Staaten, wohin er auch kommen möge, als maßgebend anzusehen. Wenn also der unmündige Unterthan des Staates A., wo die Mündigkeit mit dem vierundzwanzigsten Jahre eintritt, bei einem zufälligen Aufenthalte in dem Staate B., wo die Mündigkeit schon mit erfüllttem einundzwanzigsten Jahre beginnt, Geschäfte machen will, so gilt er für unmündig; und umgekehrt der zweiundzwanzigjährige Unterthan des letzteren Landes in dem ersteren Lande für mündig. Zieht aber der Unterthan des Staates A. in seinem zweiundzwanzigsten Jahre nach B. und wird Bürger und Unterthan des Staates B., so wird er auch mit demselben Augenblicke mündig; weshalb man denn consequenterweise annehmen muß, daß wenn der zweiundzwanzigjährige, also mündige, Bürger von B. nach A. zieht, er in A. wiederum als unmündig gelten, mithin eines Vormundes bedürfen wird. Es scheinen sich allerdings in einzelnen Fällen hieraus große Härten zu ergeben; im Ganzen muß man aber den Satz doch als verständig und richtig anerkennen. So einfach übrigens das gedachte Princip ist, so schwierig wird doch dessen Anwendung, wenn Jemand, der in seinem Vaterlande mündig ist, im Auslande Grundstücke besitzt, und man in dem Lande, wo diese Grundstücke gelegen sind, den Grundstücksbesitzer ohne Weiteres als vollen Unterthan betrachtet. Ja selbst wo man ihn nur in Ansehung des Grundstückes als den Landesgesetzen unterworfen ansieht (was er allerdings ist), pflegt man ihm doch oft in Bezug auf dasselbe einen Vormund zu setzen. — Was von dem Alter als Bedingung zur eigenen Verwaltung seiner Angelegenheiten im Allgemeinen gilt, das gilt auch von dem Alter, insofern es Bedingung zur Vollziehung gewisser einzelner Geschäfte ist. Wenn also z. B. im Staate A. die Wechselmündigkeit, d. i. die Fähigkeit, sich nach Wechselrecht verbindlich zu machen, schon mit erfüllttem vierundzwanzigsten Jahre eintritt, während sie im Staate B. erst mit erfüllttem sechsundzwanzigsten Jahre ihren Anfang nimmt, so wird der fünfundzwanzigjährige Bürger von A. im Staate B. als wechselmündig, und der fünfundzwanzigjährige Bürger von B. im Staate A. als wechselunmündig anzusehen sein. — Die den Jahren nach vorhandene Fähigkeit Geschäfte zu vollziehen kann wieder aufgehoben werden durch eine Seelenstörung, in die Jemand verfallen ist. Wenn wegen einer solchen ein Mensch in seiner Heimath für unfähig erklärt ist, seine Ge-

21) *Uitd. Erl. der Pandekt. XXIX, §. 32, XXX, §. 38.*

schäfte zu besorgen, so gilt er ebenfalls allenthalben als unfähig zu dieser Besorgung, und ein Staat verläßt sich hierin insofern auf den anderen, als er annimmt, daß kein Staat einen seiner Bürger für wahnsinnig erklären wird, wenn er nicht bei einer vorausgegangenen Untersuchung wirklich als solcher erfunden worden ist. Kommt jedoch ein Bürger des Staates A. in den Staat B., und man findet hier, daß er wahnsinnig ist, ohne in A. dafür erklärt zu sein, so behandelt man ihn zwar dort in dem einzelnen concreten Falle als einen Wahnsinnigen, allein die förmliche Erklärung, daß er dieß sei, und die Anordnung einer Vormundschaft überläßt man dem Staate A. — Nach der Analogie der Mündigkeit ist auch die in vielen Staaten vorausgesetzte mangelhafte Befähigung des weiblichen Geschlechtes zur Besorgung ihrer Geschäfte zu beurtheilen. Man kann übrigens bei allen Fragen, welche die natürliche Rechtsfähigkeit betreffen, mit Erfolg ein Verfahren anwenden, bei dessen Gebrauch auch manche scheinbare Härte der obigen Grundsätze verschwindet. Man muß sich nämlich vorstellen, daß die in Rede stehende Person einen fraglichen Act nicht persönlich, sondern durch einen Bevollmächtigten vollzöge, und die Vollmacht in ihrem Wohnorte ausgestellt hätte. Könnte sie dort eine Vollmacht allein, auch ohne Vollwort eines Dritten gültig aufstellen, so kann sie auch im Auslande persönlich den Act gültig vollziehen; konnte sie jenes in ihrer Heimath nicht, so kann es auch keine Rechtswirkung hervorbringen, wenn sie im Auslande persönlich handelt. Ganz andere Regeln gelten jedoch (und es ist deshalb das eben angegebene Verfahren unanwendbar), wenn bei einem Menschen die natürliche Rechtsfähigkeit und die dießfalligen Alters- und Geschlechtsbedingungen vorhanden sind, jene Fähigkeit aber in dem Staate A., dem diese Person als Bürger angehört, durch das positive Gesetz oder eine richterliche Verfügung, namentlich durch ein Strafkenntniß auf irgend eine Weise beschränkt ist. Eine derartige Beschränkung wird nur dann von den ausländischen Gerichten beachtet, wenn von einer in dem Staate A. vollzogenen Handlung und zugleich von der Wirkung die Rede ist, die sie im Staate A. haben soll. Hat aber die Handlung anderswo stattgefunden, oder steht eine Wirkung, welche jene Handlung im Auslande haben soll, in Frage, so braucht im Auslande auf die beschränkende Verfügung des Staates A. keine Rücksicht genommen zu werden. Also z. B. es wäre Jemand in Frankreich zum bürgerlichen Tode verurtheilt und dadurch, um den gewöhnlichen Ausdruck zu gebrauchen, des Rechtes, Geschäfte mit Rechtswirkung zu vollziehen, beraubt worden, er entflöhe aber, und contrahirte auf der Flucht im Auslande eine Verbindlichkeit, so würde diese von den Gerichten des Auslandes als gültig angesehen werden müssen. Denn das Recht zu contrahiren konnte ihm von seinem Staate gar nicht entzogen werden, sobald die natürlichen Bedingungen zur Ausübung dieses Rechtes vorhanden waren. Ebenso, wenn der für bürgerlich todt erklärte noch während seines Aufenthaltes in Frankreich einem seiner Schuldner, der in Sachsen lebt, seiner Verbindlichkeit entlassen hätte. Die sächsischen Gerichte würden den Erlaß für gültig achten müssen, denn Frankreich konnte nicht die Rechtswirkung der Verzichtleistung selbst vernichten, sondern

nur erklären, daß es dasjenige, was sein Unterthan nach der Beurtheilung zum bürgerlichen Tode gethan habe, nicht für gültig anerkenne. Durch diese Verfügung wird aber kein anderer Staat gebunden, und eine allgemeine Praxis, vermöge welcher man dergleichen Anordnungen auch im Auslande anerkennt, ist unerweislich. Anders würde zu urtheilen sein, wenn nicht von den Wirkungen der natürlichen Rechtsfähigkeit und deren positiven Beschränkungen, sondern von Rechten, die nur durch positive Sanction bestehen, die Rede wäre, z. B. von Erbrechten, wovon weiter unten. Etwas zweifelhaft ist der Fall, wenn Jemand von seiner Obrigkeit für einen Verschwender erklärt, und ihm deshalb ein Vormund gesetzt wird, ohne den er sich gültig nicht verbindlich machen kann. Betrachtet man die Erklärung eines Menschen pro prodigo so, daß man in ihr den Auspruch findet, es leide der Bevormundete an einer Art von Seelenstörung, die ihn unfähig mache, seine Geschäfte vernünftig zu besorgen, so würde hier ein Mangel an natürlicher Rechtsfähigkeit vorliegen, und es müßte der unter Curatel Gesetzte auch im Auslande für unfähig gelten, Geschäfte zu machen. Sieht man aber, was wohl das Richtigere ist, die Erklärung pro prodigo nur als eine polizeiliche Maßregel an, durch welche verhindert werden soll, daß ein leichtsinniger Mensch, der das Seinige verschwendet, nicht dereinst den Seinigen oder dem Staate zur Last falle, so kann ihre Wirkung sich unmöglich über die Grenzen des Staates hinaus erstrecken, von welchem sie ausgegangen ist. — Im Allgemeinen ergibt sich aus dem Gesagten, daß die Geschäfte, welche im Auslande von solchen Personen gemacht werden, deren natürliche Rechtsfähigkeit zwar von dem Staate, dem sie angehören, nicht in Abrede gestellt wird, die aber dort durch Gesetz oder richterliche Verfügung in der Ausübung derselben beschränkt sind, im Auslande als geltend angesehen werden, im Inlande aber nicht — womit auch die internationale Praxis der europäischen Staaten übereinstimmt. Ist dieser Zustand theilweiser Gültigkeit, theilweiser Ungültigkeit in vielen Fällen — obwohl gewiß nicht immer — für den Einzelnen ein Uebel, so ist es wenigstens ein solches, das nur durch ein ausdrückliches oder stillschweigendes Uebereinkommen der verschiedenen Staaten gehoben werden kann, aber bis jetzt noch nicht gehoben ist. Daß übrigens jene Beschränkungen gänzlich wegfallen, wenn der, welchem sie auferlegt sind, aufhört Unterthan des Staates zu sein, der sie verfügt hat, und Bürger eines anderen Staates wird, versteht sich von selbst. — Moralische oder juristische Personen. Diejenigen Personenvereine oder Anstalten, welche in einem civilisirten Staate als juristische Personen anerkannt sind, gelten allenthalben für selbstständige Rechtssubjecte. Es kommen ihnen daher auch im Auslande die allgemeinen Rechtsvorteile juristischer Personen zu, z. B. das Recht, sich ihrer Verfassung gemäß vertreten zu lassen, Eide durch Stellvertreter zu leisten u. s. w. Dagegen können sie im Auslande keine besonderen Vortheile und Vorzüge in Anspruch nehmen, weder solche, welche den dortigen, noch solche, die den inländischen moralischen Personen beigelegt sind. Sie haben also im Auslande z. B. keine stillschweigende Hypothek auf dem Vermögen ihrer Schuldner, wenn auch die Gesetze

des in- oder ausländischen Staates den moralischen Personen, welche ihm angehören, eine solche Hypothek beigelegt haben. Bei den piis causis, d. i. denjenigen Anstalten, welche gleichsam im Eigenthume der Kirche stehen, ist jedoch dieser Satz, eben wegen der besonderen oben erörterten Stellung der Kirche, einigermaßen zweifelhaft. — Standes- und Zustandsverhältnisse. Freiheit und Unfreiheit. Ob Jemand frei oder unfrei sei, wird nach dem Rechte des Staates, dem er angehört, im Auslande nur insofern beurtheilt, als dieser Staat selbst einen Zustand der Unfreiheit, heiße er nun Slaverei oder bloße Leibeigenschaft, anerkennt. Erkennt er diesen nicht an, so gilt in diesem Staate auch derjenige als frei, der auswärts Slave oder Leibeigener ist. Genauer genommen sollte man sagen: Er bleibt wohl, so lange er nicht Bürger dieses ausländischen Staates wird, Slave oder Leibeigener, aber sein Herr kann die mit diesem Zustande verbundenen Rechte nicht gegen ihn ausüben. Doch leidet dieser Satz außerhalb Europa hin und wieder einige Ausnahmen. — Beim Stande der Freien ist besonders zu betrachten der Adelsstand. Bei ihm kommt es nicht sowohl darauf an, ob Jemand in seiner Heimath als Edelmann gilt, sondern ob er entweder aus rechter Ehe von adeligen Eltern geboren, oder von einem souveränen Fürsten oder sonstigen rechtmäßigen Vorsteher eines souveränen Staates von christlich-europäischer Cultur (denn der Adel anderer Staaten, z. B. asiatischer, afrikanischer, hat bei uns keine Geltung) in den Adelsstand erhoben worden ist. Ein solcher gilt vermöge der stillschweigenden Uebereinkunft aller Staaten allenthalben als Edelmann, nur vielleicht in seiner Heimath nicht, weil nach einer ebenfalls sehr allgemein angenommenen Regierungsmaxime kein Unterthan einen auswärtigen Adelsbrief ohne Genehmigung des Landesherrn im Inlande geltend machen darf. Nichtsdestoweniger bleibt der Geadelte immer Edelmann, und wenn er in einen anderen Staat zieht, wird er dort, wo er gleich als Edelmann eintritt, keiner besonderen Erlaubniß zur Führung der Adelsprädicate bedürfen. Umgekehrt kann eben wegen dieser allgemeinen Natur des Adels, als welcher keinem einzelnen Staate, sondern der Gesammtheit der monarchischen Staaten von christlich-europäischer Bildung angehört, kein einzelner Staat einer Person den Adel, welchen diese einmal rechtmäßig, sei es durch Geburt, sei es durch Verleihung erworben hat, entziehen — den einzigen Fall vielleicht ausgenommen, wenn ihn der Staat, der ihn jetzt zurücknehmen will, der Person, die dessen beraubt werden soll, selbst erst verliehen hatte. Wenn also z. B. die Gesetze Frankreichs und anderer Länder mit gewissen Strafen, z. B. mit dem sogenannten bürgerlichen Tode, auch bei adelig geborenen Personen den Verlust des Adels verbinden, so erkennt das Ausland die Wirkung eines solchen Gesetzes nicht an, sondern achtet den Entadelten fortwährend noch für adelig, wie wir Alle bei den Ministern Karl's X. gesehen haben. — Die Ehre betreffend, so haben regulative Gesetze des einen Staates an und für sich keine Einwirkung auf den anderen. Es wird also z. B. derjenige, der vermöge der Einrichtungen des Staates A. in diesem Staate einen gewissen Rang hat, den gleichen Rang nicht im Staate

B. in Anspruch nehmen können, und eben so wenig wird derjenige, welcher im Staate A. für ehelos erklärt ist, auch im Staate B. dafür gelten, obwohl im ersten Falle die Höflichkeit unter civilisirten Nationen ihm zwar nicht die bürgerlichen, aber doch die geselligen Vorzüge jenes Ranges zukommen, und der öffentliche Gerechtigkeits Sinn im zweiten Falle ihm Verachtung empfinden lassen wird, wenn er die Ehlosigkeit durch eine ehelose Handlung verdient hat. Doch kann eine Verminderung des status honoris, welche Jemand im Staate A. erlitten hat, auch selbst bürgerliche Wirkungen im Staate B. äußern, nämlich wenn der Betroffene Bürger des Staates B. wird, und in diesem Staate unter den Bedingungen der Ausübung gewisser Rechte auch die besteht, daß Jemand z. B. nicht unehelicher Geburt sei — daß er keine, in der öffentlichen Meinung für entehrend geachtete Strafe erlitten habe u. s. w. — Familienverhältnisse. Eine jede Ehe, welche zwischen Christen in irgend einem civilisirten oder barbarischen Staate nach den Gesetzen und Gebräuchen irgend einer anerkannten christlichen Specialkirche — oder auch in einem civilisirten Staate nach den dort bestehenden civilrechtlichen Formen eingegangen ist, gilt in allen civilisirten Staaten (wo nicht die Landesgesetze eine besondere Ausnahme machen) für eine rechte Ehe, mögen nun die Eheleute Bürger des Staates gewesen sein, wo sie sich verhehlicht haben, oder nicht. Selbst wenn ein Staat eine solche Ehe nicht anerkennt, hört sie doch darum nicht auf, Ehe zu sein, sondern äußert nur ihre Wirkungen in dem Machtgebiete eines solchen Staates nicht. Ziehen aber die Eheleute in einen anderen Staat, wo das gleiche Gesetz nicht besteht, so treten sofort die rechtlichen Wirkungen des Ehebundes wiederum hervor. In gewisser Maße äußert sich die Kraft des kirchlichen Bandes sogar bei den jüdischen Ehen, weil ihnen eine im Wesentlichen auf den Vorschriften der Bücher Moses beruhende religiöse Idee zum Grunde liegt, und jene Bücher auch von den Christen als ein Theil der heiligen Schriften anerkannt werden. Welche Rechte den Ehegatten als solchen zukommen sollen, bestimmen jedoch nicht die Gesetze des Ortes oder Landes, wo sie den Ehebund geschlossen haben, sondern die Gesetze desjenigen Ortes, wo sie sich wesentlich aufhalten, mithin die Gesetze des Staates, dem sie angehören. Wenn also dort z. B. Gütergemeinschaft der Ehegatten gilt, und sie ziehen nunmehr in ein Land, wo diese nicht gilt, so hört auch die Gütergemeinschaft von selbst auf. Das bis dahin zwischen Beiden gemeinschaftliche Vermögen gehört nun Jedem zu idealen Theilen. Das Recht des Ehemannes oder der Ehefrau auf Nießbrauch und Administration, so wie das Eigenthum an etwanigem neueren Erwerbe, wird nach den Gesetzen des neuen Wohnortes beurtheilt. Anders stünde die Sache, wenn die Eheleute Gütergemeinschaft durch einen Vertrag hergestellt hätten. Dann nämlich würde das Verhältniß nach den Principien über die Gültigkeit der Verträge zu beurtheilen sein. — Die Trennung der Ehe kann in der Regel nur von dem Staate erfolgen, dem die Eheleute zur Zeit der Trennung unterworfen sind. Ist sie aber durch die dortige competente Behörde getrennt, so gilt das Eheband allenthalben für

aufgehoben. In den wenigen Ländern jedoch, wo die Ehe noch als ein rein kirchliches Institut angesehen wird, müßte man die Befugnisse der Trennung auch der höchsten kirchlichen Behörde, also z. B. bei den Mitgliedern der römisch-katholischen Kirche dem Papste einräumen. In vielen Ländern wird der jüdischen Priesterschaft in Bezug auf die jüdische Ehe ein Gleiches zugestanden. — Die eheliche, so wie die väterliche Gewalt folgt denselben Grundsätzen, wie die Ehe. Die Kinder gelten für eheliche, wenn sie in einer gültigen Ehe erzeugt, oder wenigstens geboren sind. Legitimirte uneheliche Kinder, mag nun die Legitimation durch nachfolgende Ehe, oder durch Erklärung des Staates, dessen Unterthanen sie sind, oder in welcher sonstigen in ihrem Heimathslande gültigen Form geschehen sein, stellt sie hinsichtlich des status überhaupt zwar allenthalben, auch im Auslande, den ehelich Geborenen gleich, nicht aber in Ansehung der besonderen Verhältnisse, in welchen nach Local- oder Familienstatuten, auswärtigen Landesgesetzen u. s. w. die wirkliche eheliche Geburt als Bedingung, gewisse Rechte zu erlangen, erforderlich wird. Die gleiche Bewandniß hat es mit adoptirten Kindern. Daß auch zwischen unehelichen Kindern und ihren Eltern eine Art von Statusverhältniß besteht, ist zwar gewiß, und es ist unrichtig, wenn man, wie bisweilen geschehen ist, die Verbindlichkeit des unehelichen Vaters zur Ernährung des Kindes als *obligatio ex facto illicito* betrachtet. Daraus würde folgen, daß wenn z. B. ein sächsisches Frauenzimmer von einem Sachsen bei einem zufälligen gleichzeitigen Aufenthalte in Frankreich geschwängert worden, und hierauf nebst dem Schwängerer nach Sachsen zurückgekommen, das Kind auch in Sachsen geboren worden wäre, dennoch weder dieses noch seine Mutter einen Alimentationsanspruch an den Vater hätten. Daß in solchem Falle aber die Alimentation gefordert werden kann, möchte kaum zu bezweifeln sein. Eher ließe sich behaupten, daß der Dotationsanspruch wegfiele, wovon weiter unten bei der Lehre von der persönlichen Verbindlichkeit. Dagegen ist nicht zu bezweifeln, daß die aus jenem Verhältnisse entspringenden Verbindlichkeiten des unehelichen Vaters in der Heimath desselben nur dann ihre Wirksamkeit äußern, wenn selbige sowohl in dem Lande, dessen Bürger er selbst, als in dem Lande, dessen Bürger das Kind ist, von den Gesetzen anerkannt werden. Also wenn z. B. ein Saxe mit einer Französin ein uneheliches Kind erzeugt hätte, so würde diese, oder der Vormund ihres Kindes von Frankreich aus gegen den Sachsen in Sachsen nicht klagen können; wenn aber die Mutter mit dem Kinde, oder auch das letztere allein, ein *domicilium* in Sachsen bekämen, so würde von diesem Augenblicke an die Alimentationspflicht des unehelichen Vaters eintreten, keineswegs aber würde die Gemeinde des Wohnortes der Mutter oder des Kindes die Erziehungskosten zu bestreiten verpflichtet sein. Erkennen die Gesetzgebungen verschiedener Länder zwar im Allgemeinen jene Pflichten an, jedoch unter abweichenden Bestimmungen hinsichtlich der zu gewährenden Summe, der Zeit, bis zu welcher eine Ernährungspflicht des unehelichen Vaters statt haben soll u. s. w. — so haben die Gesetze, welche die geringere Verbindlichkeit auferlegen, den Vorzug. Wenn daher

die Schwängerte mit ihrem Kinde im Staate A. lebt, nach dessen Gesetzen ein Schwängerer monatlich Zwei Thaler, aber nur bis zum zwölften Jahre des Kindes zu zahlen hat — der Beklagte aber wohnt in B., wo die Alimente für ein uneheliches Kind zwar nur mit Einem Thaler monatlich, aber bis zum 15. Jahre gezahlt werden müssen, so kann der Letztere, wenn er von der Ersteren belangt wird, nur zu Einem Thaler monatlich, und nur zu Fortsetzung der Zahlung bis zum zwölften Jahre des Kindes verurtheilt werden. — Vermögensrechte. An sich wird das Vermögen (*patrimonium*) eines Menschen als ein einziges Ganze, als eine Erweiterung der Rechtssphäre der Person betrachtet, und als solches nach dem Rechte des Wohnortes des Inhabers beurtheilt. Es kommt hierbei nicht darauf an, ob dasselbe aus körperlichen oder unkörperlichen Sachen, aus beweglichen oder unbeweglichen Gegenständen oder Forderungsrechten besteht. Der Umstand, daß eine Sache sich in einem anderen Territorium befindet, oder der Schuldner einer Forderung in einem anderen Staate lebt, macht keine Ausnahme. Dieß hindert jedoch nicht, daß einzelne Theile dieses Vermögens, namentlich solche, über welche der Besizer nur eine beschränkte Disposition hat, wiederum als für sich bestehende Ganze betrachtet werden können, und dieß zwar selbst dann, wenn sie sich in dem Lande befinden, dessen Bürger und Unterthan der Besizer ist, z. B. Lehne, in gewisser Weise auch Familienfideicommissse, wiewohl von den letzteren richtiger angenommen wird, daß der jeweilige Inhaber gar nicht wirklicher Eigenthümer sei, sondern nur ein lebenslängliches, ausgedehntes Benutzungsrecht habe. Das aber, was oben von dem *patrimonium*, als einem Ganzen gesagt ist, gilt nicht von den einzelnen, dazu gehörigen, körperlichen Sachen als solchen. Hinsichtlich dieser nämlich sind andere Grundsätze in Anwendung zu bringen, wovon hernach. Die Wirkung des Principis, daß das Vermögen an sich ein einziges und untheilbares Ganze bildet, äußert sich hauptsächlich bei zwei Instituten, der Erbschaft und dem Concurse der Gläubiger. Bei der Erbschaft auf den Grund eines Testaments wird es auch durchaus nicht bezweifelt, daß die darinnen enthaltenen Verfügungen (vorausgesetzt, daß das Testament überhaupt ordnungsmäßig errichtet ist) allenthalben gelten. Zweifelhafter ist die Frage, was Rechtens sei, wenn Jemand ab intestato stirbt, und in verschiedenen Ländern, deren Intestaterbfolgesetze von einander abweichen, Vermögen hat. Am wenigsten bestritten ist der Satz, daß Forderungen, der Schuldner lebe wo er wolle, beim Erbganze dem Rechte des Ortes, welcher das Domicil des Gläubigers ist, folgen. Schon bestrittener ist es, ob bewegliche Sachen nach demselben Principe zu beurtheilen sind, was von Einigen behauptet wird (*mobilia ossibus inhaerent*), während Andere es leugnen. Am entschiedensten aber weichen die Meinungen von einander ab in Bezug auf unbewegliche, in fremden Staaten liegende Sachen. Der Theorie nach sollte wohl bei ihnen eben so wenig, als bei den beweglichen Dingen und den Forderungen, von der Ansicht abgewichen werden, daß das Ganze des Vermögens nach dem Rechte, welches im Domicil des Inhabers gilt, vererbt werde. Man nimmt dieß, wie gesagt, allenthalben an, wenn von der Testaments-

erbfolge die Rede ist. Die Intestaterbfolgesetze aber sind nichts anderes, als ein Testament, welches der Staat im Voraus für diejenigen macht, welche ohne alles oder ohne genügendes Testament versterben. Damit soll nicht gesagt sein, daß jene Gesetze den muthmaßlichen Willen des einzelnen Erblassers enthielten. Wohl wird sich der Gesetzgeber aus politischen Gründen bewogen finden, bei Abfassung der Intestaterbgesetze auf diejenigen Personen, mit denen ein Sterbender in einer engeren Verbindung stand, mehr Rücksicht zu nehmen, als auf diejenigen, mit welchen er nur entfernter verbunden war. Allein darauf kommt bei Beurtheilung der Geltung jener Gesetze gar nichts an. Der Staat spricht in den Intestaterbgesetzen für den Fall, daß Jemand über sein Vermögen nicht oder nicht vollständig oder gehörig verfügt hat, seinen Willen dahin aus, daß es angesehen werden solle, als ob der Sterbende auf die Weise, wie die Intestaterbgesetze lauten, testirt habe. Da nun alle Staaten von christlich-europäischer Bildung das Institut der testamentarischen Erbfolge, und ebenso das der Intestaterbfolge anerkennen, indem sie aber das letztere thun, sich zugleich gegenseitig das Recht zugestehen, für ihre, ohne leztwillige Beordnung versterbenden Bürger gleichsam einen lezten Willen im Voraus zu machen, so müssen sie auch präsumtiv der Intestaterbfolge dasselbe Recht zugestehen, was sie der Testamentserbfolge einräumen, nämlich, daß sie das ganze Vermögen umfasse. Nichtsdestoweniger ist dieser Satz nicht allgemein anerkannt; und ein hauptsächlichster Grund der abweichenden Ansichten liegt in dem oben schon bemerkten Umstande, daß man hin und wieder Jemanden um deswillen, weil er in einem Staate Grundstücke besitzt, auch in allen seinen persönlichen Verhältnissen oder doch insoweit sich dieselben auf das Grundstück beziehen, d. i. insofern dieses einen Theil seines Vermögens ausmacht, als Bürger und Unterthan dieses Landes betrachten will, mithin auch das Recht in Anspruch nimmt, wenigstens hinsichtlich des Grundstückes, wo nicht vielleicht gar hinsichtlich aller im Bereiche dieses Staates befindlichen Theile seines Vermögens, ein subsidiarisches Testament für ihn zu machen, d. i. die Intestaterbfolgesetze auf seinen dort befindlichen Nachlaß anzuwenden. Der bedenklichste Fall ist, wenn Jemand, der wirklich zwei verschiedene domicilia im Lande A. und im Lande B. hat, ab intestato stirbt, und nach den Erbgesetzen dieser beiden Länder verschiedene Erben, oder zwar dieselben, jedoch nach ungleichen Theilen zur Erbschaft berufen sind. Hier bleibt nichts übrig, als daß die Erben in A. das unbewegliche Gut, und je nachdem man die Ansicht nimmt, auch die beweglichen, körperlichen Sachen, welche sich in A. befinden, und ebenso die Erben in B. die dortigen Sachen ausschließend als Erben überkommen, beide aber sowohl die außenstehenden Forderungen, ingleichen dasjenige Vermögen, was der Erblasser auch vielleicht noch in den Ländern D. und C. gehabt hat, mit einander theilen, so, daß die Erben aus A. die eine Hälfte, und die Erben aus B. die andere Hälfte bekommen. Den Gläubigern werden beide Theile in solidum gerecht werden müssen, sie selbst aber werden sich, wegen dessen, was etwa der eine Theil mehr bezahlt hat, mit einander zu berechnen haben, wobei der numeräre Werth, den jeder Theil em-

pfangen hat, als Basis der Berechnung anzunehmen ist. Also wenn die Erben aus A. einen Werth = 5000 Thlr., und die Erben aus B. einen Werth = 10,000 Thlr. empfangen hätten, so würden sich beide unter einander so ausgleichen müssen, daß zu Bezahlung der Schulden des Erblassers von den Erben aus A. ein Drittheil, und von den Erben aus B. zwei Drittheile beigetragen würden. — Was die Bedingungen betrifft, unter welchen dem Erben das Vermögen des Erblassers zukommt, so sind solche lediglich nach den Rechten des Landes, wo der Erblasser seinen festen Wohnsitz gehabt hat, zu beurtheilen. Denn daß der Erbe überhaupt erbt, das verdankt er nicht einem schon außerhalb des Staates begründeten, vom Staate bloß geschützten Ansprüche, sondern einem rein positiven, vom Staate geschaffenen Institute, gleichsam einer Wohlthat, die ihm der Staat erweist, und für die derselbe mithin Bedingungen stellen kann, wie sie ihm gut dünken. Also z. B.: Im Lande \odot gilt das Recht, daß der Erbe, welche ohne gewisse Formalitäten zu beobachten, etwa ein Inventarium zu errichten u. dgl., die Erbschaft antritt, nunmehr wegen der Erbschulden in solidum gehalten ist, wogegen im Lande D das Gesetz besteht, daß der Erbe auch durch den unbedingten Erbschaftsantritt niemals ultra vires hereditatis zur Schuldenbezahlung verpflichtet wird. A. stirbt als Unterthan des Staates D , und B. in \odot beerbt ihn. Hier wird B. nicht über die Kräfte der Erbschaft gehalten sein. Umgekehrt: A. stirbt in \odot , und B. in D beerbt ihn — hier wird B., wenn er die in \odot vorgeschriebenen Formalitäten nicht beobachtet, auch ultra vires hereditatis für die Schulden verhaftet sein, selbst dann, wenn etwa das ganze Vermögen des A. nur in Forderungen, die er in D außenstehen gehabt, bestanden hätte; so daß B. zum Behufe des Erbschaftsantrittes keine einzige wirkliche Handlung im Lande \odot vorzunehmen gehabt hätte. — Beim Conkurs müssen regelmäßig dieselben Grundsätze in Anwendung gebracht werden, und es sollte also auch eigentlich nur ein einziger Conkurs zu dem Vermögen eines Menschen, nämlich vor dem Richter seines Domiciliums, eröffnet werden, wenn auch einzelne Theile seines Vermögens sich anderswo befinden. Die Prioritäten würden im Ganzen nach den Gesetzen des Landes, wo der Conkurs anhängig ist, und nur in Bezug auf Immobilien und darauf haftende dingliche Verpflichtungen nach den Gesetzen des Landes, wo die Gegenstände liegen, beurtheilt werden. Bloß dann, wenn Jemand wirklich in zwei verschiedenen Staaten Bürger gewesen wäre, könnte man ihn gewissermaßen als eine doppelte Person betrachten, und also zwei Concurrenzen zu seinem Vermögen eröffnen. Allein hier weicht die Praxis weit von der Theorie ab. Nicht nur wird hier meistens angenommen, daß der bloße Grundstücksbesitz im fremden Staate den Besitzer auch zum persönlichen Unterthan jenes Staates mache, und man eröffnet also schon in diesem Falle, wenn gleich vollkommen gewiß ist, daß das Domicilium der Person in einem anderen Lande sei, oft einen besonderen Conkurs zu seinem Vermögen — sondern es gehen viele Staaten so weit, daß sie schon dann einen Separatconkurs eröffnen lassen, wenn sich innerhalb ihrer Grenzen Mobilien des Gemeinschuldners, ja sogar, wenn sich nur

Schuldner desselben dort befinden²²⁾. — Im ersten Falle, also da, wo der Schuldner entweder ein wirkliches doppeltes Domicilium hat, oder doch Grundstücke im Auslande besitzt, hat dann das Verfahren die Form eines wirklichen Universalconcurfes — im letzteren Falle, wenn er dort nur Mobilien oder Forderungen hat, bloß die eines sogen. Particularconcurfes, der sich jedoch der Wirkung nach von dem separaten Universalconcurfe wenig unterscheidet. Daß hierinnen große Inconsequenzen liegen, ist wohl nicht zu verkennen. Am leichtesten wird ihnen abgeholfen, wenn zwar der Grundsatz festgehalten wird, daß zu dem Vermögen eines Menschen nur ein einziger Hauptconkurs eröffnet, und, im Falle er mehrere Domicilia haben sollte, durch die Prävention entschieden wird, wo der Concursprozeß geführt werden soll, daß auch dahin aus allen Ländern, wo derselbe Vermögen besitzt, dasselbe entweder in Natur, oder der in Geld verwandelte Werth desselben abgeliefert wird, daß aber vor der Ablieferung alle diejenigen, welche nach den Gesetzen des Landes, wo sich das Vermögen befindet, an jenes Vermögen einen vorzüglichen Anspruch haben, von dem Erlöse befriedigt werden, was allerdings die Eröffnung eines Specialconcurfes voraussetzt. Ähnliche Grundsätze liegen zwar manchen Staatsverträgen, z. B. der Convention zwischen Sachsen und Preußen über die Leistung gegenseitiger Rechtshilfe vom 30. Nov. 1839, §. 19, 20, zum Grunde. Es möchte aber kaum behauptet werden können, daß sie durch eine allgemeine Praxis anerkannt wären. Aus jener Ansicht der Ganzheit des Vermögens folgt in Bezug auf den Concurs auch noch, daß, wenn Jemand am Orte seiner Heimath in Concurs verfällt, hierdurch seine Dispositionsbefugniß auch in Ansehung der im Auslande befindlichen Vermögensgegenstände erlischt, nicht sowohl in Kraft des richterlichen Befehles, sich der Disposition zu enthalten (denn dieser würde im Auslande kaum wirksam sein), sondern in Folge des Umstandes, daß der Gemeinschuldner mit dem Augenblicke der Concurs-eröffnung sein ganzes Activvermögen, oder doch, je nachdem man den Gesichtspunkt nimmt²³⁾, die Dispositionsbefugniß auf die in jenem Augenblicke ideell als schon bestehend anzusehende universitas seiner Gläubiger überträgt. Allein auch dieser Satz ist von der Praxis nicht vollständig anerkannt. — Recht in Bezug auf einzelne Sachen. Der Erwerb, so wie der extensive Umfang des Besizes oder Eigenthums, ferner der Befugnisse und Verbindlichkeiten, welche damit verbunden sind, werden nach den Gesetzen des Ortes, wo die Sache bei Entstehung des Verhältnisses liegt, beurtheilt, der intensive Umfang und die Ausübung aber nach dem Rechte des Ortes, wo die Sache sich zur Zeit der Geltendmachung des Rechtes befindet; welcher Ort sich natürlich nur bei Mobilien ändern kann. Also z. B.: Im Lande O gilt das Recht, daß eine verkaufte Sache in das Eigenthum des Käufers ohne Tradition durch die bloße Erklärung des bisherigen Eigenthümers, daß sie von

22) S. Rechtslexikon u. d. W. Concurs Th. 2, S. 341.

23) Rechtslexikon a. a. D. S. 308 flg.

nun an Eigenthum des Käufers sein solle, übergeht; im Lande \mathcal{D} aber ist eine solche Erklärung wirkungslos, oder begründet doch nur einen persönlichen Anspruch gegen den früheren Inhaber, nicht aber eine rei vindicatio gegen einen dritten Besitzer. Nehmen wir nun an, daß zwischen A. als Verkäufer und B. als Käufer ein solches Geschäft im Lande \odot vollzogen worden ist, und A. die in der gedachten Weise dem B. übereignete Sache heimlich anderweit an den C. verkauft hat, so kann B. den C., wenn dieser im Lande \mathcal{D} ein forum hat, dort mit der Reivindicatio belangen, obgleich in \mathcal{D} jenes Recht nicht gilt, sondern zur Eigenthumsübertragung die Traditio nöthig gewesen wäre. Hienach ist auch die erwerbende Verjährung zu beurtheilen. Hat Jemand im Lande \odot die Verjährung einer Sache bereits vollendet, so gilt sie überall als sein Eigenthum. Hat er die Verjährung dort aber nicht vollendet, und es wird eine Reivindicatio gegen ihn im Lande \mathcal{D} angesetzt, wo eine längere Verjährungszeit besteht, so kann er sich dort damit nicht schützen, daß die Verjährung jetzt in \odot vollendet sein würde, wenn er und die Sache noch dort wären. — Rechte an fremden Sachen. Auch hinsichtlich ihrer gilt, so viel die Servituten, Bannrechte und ähnliche mit dem Besitze einer Sache verbundene Gerechtigkeiten betrifft, unstreitig das Gesetz des Landes, wo die berechnete oder rücksichtlich verpflichtete Sache liegt. Nur insofern ein solches Recht Ausfluß eines Zustandsverhältnisses ist, wird es von der rechtlichen Geltung abhängen, welche dieser Zustand überhaupt hat. Beispiel: Die Eheleute A. und B. wohnen im Lande \odot , wo der Ehemann ipso iure den Nießbrauch am Vermögen seiner Ehefrau hat. Diese besitzt ein Grundstück im Lande \mathcal{D} . Dem Ehemanne wird hieran, als einem Theile ihres Vermögens, der Nießbrauch zustehen. Beide ziehen aber aus \odot hinweg in das Land \mathcal{Z} , wo der Ehemann keinen Nießbrauch am Vermögen der Frau hat. Sofort wird auch sein ususfructus maritalis an dem in \mathcal{D} gelegenen Grundstücke erlöschen. — Pfänder und Hypotheken. Sie werden sämtlich, ausdrückliche sowohl, als stillschweigende, hinsichtlich ihrer Entstehung und ihres extensiven Umfanges nach dem Rechte des Ortes, wo die verpfändete Sache zur Zeit der Entstehung sich befindet, und bei Generalhypotheken nach dem Rechte des Ortes, wo der Schuldner sein domicilium hat, — hinsichtlich ihrer Wirkung und ihres intensiven Umfanges aber nach dem Rechte des Ortes beurtheilt, wo sie geltend gemacht werden sollen. In Bezug auf stillschweigende Hypotheken ist noch insbesondere zu bemerken, daß, wenn sie in einem Staate gewissen Personen gleichsam als ein privilegium personae verliehen sind, sie nur den inländischen Personen zu Gute kommen. Sind sie aber mit gewissen Verhältnissen verbunden, so kann auch jeder Ausländer, der sich in diesen Verhältnissen befindet, darauf Anspruch machen. Wenn daher im Lande \odot , wo ausdrückliche oder stillschweigende Generalhypotheken bestehen, ein dortiger Unterthan in den Fall kommt, daß eine solche Generalhypothek auf seinem Vermögen erwächst, so wird an und für sich sein ganzes Vermögen, es befinde sich wo es wolle, davon ergriffen. Allein wenn diese Hypothek im Lande \mathcal{D} in

Bezug auf einzelne dort befindliche Sachen geltend gemacht werden soll, wo die Generalhypotheken vielleicht eine schlechtere Stellung haben, als im Lande \odot , z. B. allen Specialhypotheken nachstehen, während sie im Lande \odot mit jenen zugleich nach Ordnung der Zeit befriedigt wurden, so wird das Recht des Gläubigers nur nach den Gesetzen des Landes \odot beurtheilt, gleichviel, ob die fraglichen Sachen sich zur Zeit der Entstehung des Pfandrechts im Lande \odot befanden, oder bereits im Lande \mathcal{D} waren. Gibt also im Lande \mathcal{D} die Generalhypothek — ausdrückliche oder stillschweigende — gar keine Priorität, und vielleicht auch gar kein Recht gegen den dritten Besizer, so kann der Gläubiger dort auch keins dieser Rechte in Anspruch nehmen. — Ist dem Fiscus, den Kirchen u. s. w. im Lande \odot eine stillschweigende Hypothek auf dem Vermögen ihrer Schuldner gegeben, so kann nur der inländische Fiscus, eine inländische Kirche, nicht aber der Fiscus eines ausländischen Staates, eine ausländische Kirche verlangen, als Pfandgläubiger angesehen zu werden. Ist aber der Ehefrau wegen der dos am Vermögen des Ehemanns, dem Mündel am Vermögen des Vormunds eine stillschweigende Hypothek erteilt, so kommt dieß inländischen und ausländischen Eheweibern und Mündeln gleichmäßig zu Statten. Umgekehrt aber, wenn im Lande \odot den Eheweibern und Mündeln ein derartiges Recht zugestanden wäre, im Lande \mathcal{D} aber nicht, so würden die Eheweiber und Mündel aus \mathcal{D} zwar in \odot als hypothekarische Gläubiger gelten; die gleichen Personen aus \odot aber in \mathcal{D} nicht. Dies gilt auch von allen andern privilegii personae und privilegii causae.

Ueber diese Institute hinaus besteht, das materielle Recht betreffend, eigentlich nur noch in Einer allgemeinen Hinsicht eine Verbindung unter den civilisirten Staaten. Wenn nämlich in den Gesetzen eines Landes für ein Rechtsgeschäft gewisse Solennitäten vorgeschrieben sind, d. i. äußere, das Wesen der Sache nicht berührende Formen, welche entweder um des künftigen Beweises willen, oder, um die Vollzieher des Geschäfts lebhafter an die Wichtigkeit desselben zu erinnern, für nothwendig erachtet werden, so hat der Unterthan dieses Staates, wenn er ein Geschäft der Art in einem andern Staate, wo andere Solennitäten bestehen, vollzieht, genug gethan, wenn er die Solennitäten des Staates, in dem er sich befindet, beobachtet hat; und das Geschäft gilt in dem letztern Falle formell auch in seinem Heimathlande. Doch reicht es bei Testamenten und ähnlichen einseitigen Geschäften auch hin, wenn er im Auslande die Formalitäten seines Heimathlandes beobachtet hat. Die Regel, daß man genug thue, wenn man bei einem solchen Geschäfte die gesetzlichen Solennitäten des Orts berücksichtige, wo man sich eben bei der Vollziehung aufhält, drückt man gewöhnlich mit dem Satze aus: „locus regit actum.“ Von einer andern Bedeutung dieses, oft mißverständenen und weit über die Grenzen seiner eigentlichen Bedeutung ausgedehnten Rechtspruchworts wird bei der Lehre von den Dispositivgesetzen die Rede sein. Im Uebrigen tritt nunmehr das allgemeine Grundprincip der ganzen Materie hervor, daß bei der Collision der (regulativen) Gesetze des Inlandes mit denen des Auslandes das

Gesetz des Inlandes den Vorzug habe. So hat Jedermann, so lange er Unterthan eines bestimmten Staates ist, seine Staatsbürgerpflichten, dieß Wort im allgemeinsten Sinne für alle öffentlichen Obliegenheiten genommen, zwar auch im Auslande insoweit zu erfüllen, als dieselben in seiner Heimath auf Gesetzen beruhen, welche der Unterthan nicht bloß in den Grenzen dieses seines heimatlichen Landes, sondern allenthalben zu beobachten hat. Indessen wird er zu dieser Erfüllung von einem auswärtigen Staate, in dessen Gebiete er sich befindet, niemals angehalten; es müßten denn besondere Staatsverträge (deren es zwischen den deutschen Staaten mehrere giebt) ein Anderes bedingen. Selbst wenn er irgend welche auf öffentlich-rechtliche Verpflichtungen begründete Geldleistungen, z. B. Abgaben, in Rückstand gelassen haben sollte, als er sich aus dem Heimathlande in das Ausland wandte, und dort das Staatsbürgerrecht erlangte, so treibt seine neue Obrigkeit solche von ihm nicht ein. Noch weniger würde dieß der Fall sein, wenn der Inländer im Auslande auf irgend eine Weise, z. B. durch Uebertretung der Zollgesetze, eine öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit contrahirt hätte; und es sind vielfache Beispiele vorhanden, daß hierauf gerichtete Requisitionen abgelehnt worden sind. Privatrechtliche Verbindlichkeiten betreffend, so wird die natürliche Verbindlichkeit an und für sich zwar allenthalben anerkannt, wo sie auch immer entstanden sein möge, allein über die Frage: Ob eine natürliche Verbindlichkeit entstanden, und inwieweit ihr Geltung beizulegen sei? entscheidet das Gericht nach den Gesetzen des Staates, dem es angehört, wenigstens insoweit von der Geltendmachung dieser Verbindlichkeit im Inlande die Rede ist. Fragt es sich dagegen, ob eine bereits im Auslande erfüllte Verbindlichkeit gehörig erfüllt sei oder nicht, so muß dieß natürlich nach den Gesetzen des Auslandes entschieden werden. — Bei Verbindlichkeiten, welche auf rein positiv rechtlichen Bestimmungen beruhen, also keinen natürlichen Entstehungsgrund haben, sondern durch die, wenn schon vollkommen rechtmäßige Willkür des ausländischen Gesetzgebers festgesetzt sind, ist zu unterscheiden: a) es sind Jedem im Inlande in allen diesen Hinsichten gewisse Verpflichtungen auferlegt. Diese werden im Auslande gar nicht beachtet, auch dann nicht, wenn die Handlung oder der Contract im Inlande, wo jene Gesetze gelten, vollzogen worden ist. Wenn indessen in zwei Staaten dem Wesen nach ähnliche, jedoch dem Grade nach verschiedene Wirkungen mit einer gewissen Handlung verknüpft, oder auch in dem einen Staate eine solche Wirkung damit verbunden, in dem andern aber nicht verbunden ist, so gilt im Verhältnisse dieser beiden Staaten die schon vorhin bei einer andern Gelegenheit erwähnte Regel, daß gegenseitig diejenige Norm angenommen wird, bei welcher die wenigste Beschränkung der Freiheit des Einzelnen, die geringste Verbindlichkeit u. s. w. den Verpflichteten trifft. b) Wenn einer Handlung, einem Verhältnisse u. s. w., aus welchem an sich eine natürliche privatrechtliche Verbindlichkeit entsteht, durch die Regulativgesetze eines Landes diese Wirkung entzogen ist, so muß zuvörderst der Fall ausgesondert werden, wo am Orte der Klage angenommen wird, daß aus jener

Handlung u. s. w. auch nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit entspringe. Dann findet, wie sich von selbst versteht, dort gar keine Klage statt. So würde z. B. ein Kläger abgewiesen werden, der in Deutschland aus einem Sklavenhandel auf Lieferung der Sklaven oder auch auf Zahlung des Kaufpreises klagen wollte — selbst wenn das Geschäft in einem Staate, wo der Sklavenhandel erlaubt ist, gemacht wäre; auch die Sklaven nicht etwa hier, sondern nur dort geliefert werden sollen. Wenn dagegen ein Staat die Sklaven überhaupt als Waare, und also den Handel damit als ein Geschäft, woraus eine natürliche Verbindlichkeit entsteht, anerkennt, so wird die Annahme der Klage nicht verweigert werden können. Ist aber nach den Ansichten auch desjenigen Staates, in welchem geklagt werden soll, zwar eine natürliche Verbindlichkeit vorhanden, sie ist aber für unklagbar erklärt, — sei es nun, daß die Handlung, das Geschäft, der Zustand u. s. w. zugleich für verboten geachtet ist oder nicht, — so sind fernerweit zwei Fälle zu unterscheiden: 1) die Verbindlichkeit ist aus einer einseitigen Handlung entstanden; — dann findet keine Klage statt. Z. B. wenn im Lande \odot das Gesetz gilt, daß der Spielwirth die in seinem Hause von den Spielern verursachten Beschädigungen und Diebstähle nicht ersetzt verlangen kann, so kann derselbe gegen einen Unterthan des Staates \odot in diesem Staate auch dann nicht klagen, wenn er den Schaden im Lande D erlitten hat, wo jenes Gesetz nicht gilt. 2) Die Verbindlichkeit ist durch Vertrag entstanden — hier sind die Grundsätze milder streng. Ist das Geschäft im Inlande bloß unklagbar, ohne daß die versprochene Leistung oder Gegenleistung zugleich verboten ist, so kann dasselbe, wenn es im Auslande vollzogen worden ist, wo es erlaubt war, auch im Inlande (wenigstens nach der milderen Meinung) klagbar gemacht werden, z. B. A. hat dem B., einem Bürger des Staates \odot , im Staate D wissentlich zum Spiele ein Darlehn gegeben. Konnte in D dieses Darlehn eingeklagt werden, so kann A. den B. auch in dessen Heimath \odot auf Rückzahlung verklagen, wenn schon dort Darlehne zum Spielen kein Klagerecht geben. Etwas anders gestaltet sich die Sache, wenn von verbotenen Handlungen die Rede ist. War nämlich die Leistung selbst, welche gefordert wird, obschon eine solche, hinsichtlich deren eine natürliche Verbindlichkeit stattfindet, die also kein Criminalverbrechen im engeren Sinne ist, dennoch im Inlande verboten, so kann zwar nicht darauf geklagt werden, daß die verbotene Leistung im Lande gewährt werde, wohl aber findet eine Klage statt, wenn die Leistung im Auslande stattfinden soll. Eben so kann die Gegenleistung, vorausgesetzt, daß diese unverboden ist, für eine dergleichen im Auslande gewährte Leistung, die aber im Inlande verboten ist, gefordert werden. Wenn also z. B. im Lande \odot der Debit von Lotterielosen des Landes D verboten ist, und es hat ein Einwohner des Landes \odot dergleichen Lose in D zu liefern versprochen, oder er hat dort dergleichen gekauft und empfangen, so kann er sowohl im ersten Falle auf Bewirkung der Lieferung, als im zweiten auf Bezahlung des Kaufpreises mit Erfolg belangt werden. Endlich c) ist auch hier zu bemerken, daß das inländische Gericht bis-

weilen ausländische Gesetze und gesetzesähnliche Bestimmungen als factische Momente zu betrachten und bei einer Entscheidung zu berücksichtigen hat. Ein solcher Fall tritt z. B. ein, wenn A. behauptet, daß ihm B. durch eine Unterlassung einen Schaden zugefügt habe. Mag auch die Verbindlichkeit zur Erstattung derselben immerhin eine natürliche sein, so ist sie doch nur denkbar unter der Voraussetzung, daß B. eine positive Verpflichtung zum Handeln gehabt habe. Ob nun eine solche vorhanden gewesen sei, wird, wenn etwa B. zu der Zeit, wo die Unterlassung statt hatte, ausländischer Beamter war, lediglich nach den hierauf bezüglichen ausländischen Gesetzen oder Instructionen zu beurtheilen sein. Diese kommen jedoch hier nicht als Gesetze, sondern nur als factische Momente in Betracht. — Einer besonderen Betrachtung bedarf das Wechselgeschäft. Bei diesem Geschäfte haben sich nämlich in Folge der eigenthümlichen Natur des Wechsels, der sehr oft viele Länder und Staaten durchläuft, die allgemeinen Principien über Collision der Gesetze, wenigstens zum Theil besonders modificirt. Anlangend die Wechselfähigkeit, so gelten jene allgemeinen Grundsätze, wo das Particularrecht sie nicht abgeändert hat, in ihrer ganzen Ausdehnung. Wer also in seinem Heimathlande, Alters halber, wechselunfähig ist, der ist es allenthalben. Wem aber in diesem Heimathlande aus anderen politischen Gründen das Recht, Wechselgeschäfte zu machen und Verbindlichkeiten zu übernehmen, entzogen ist, der kann zwar aus einem Wechsel nicht in diesem seinen Heimathlande, wohl aber im Auslande belangt werden. Sind daher im Lande A. blos Kaufleute wechselfähig, und es übernimmt dort ein Nichtkaufmann eine Wechselverbindlichkeit, so kann dieselbe dennoch im Lande B., dafern dort auch der Nichtkaufmann wechselfähig ist, geltend gemacht werden, wenn der Schuldner dort zu erlangen ist. Ebenso muß die Form der Wechsel, d. i. der Inbegriff der einzelnen Merkmale, wodurch eine Urkunde zum Wechsel, oder eine Person als Inhaber des Wechsels, oder auch als Wechselfschuldner bezeichnet wird, beurtheilt werden nach den Gesetzen des Landes, wo der Wechsel geltend gemacht werden soll. Alles also, was in Bezug auf die Ausstellung (abgesehen von der Persönlichkeit des Ausstellers), mithin auf den Inhalt des Wechseldocumentes selbst, auf die Form der giri, der Acceptation u. s. w. in einem Lande vorgeschrieben ist, wird, wenn der Wechsel in diesem Lande vor Gericht kommt, dadurch nicht außer Wirkung gesetzt, daß es in dem Lande, wo der Wechsel ausgestellt, girirt, acceptirt worden ist u. s. w., nicht vorgeschrieben ist, und eben so wenig wird ein Wechseldocument im Inlande deswegen aufhören als Wechsel zu gelten, weil es ihm an Erfordernissen fehlt, die das Ausland, wo er entstanden ist, nicht aber das Inland an einen formell giltigen Wechsel stellt. Also: Es wird im Lande C. zum Wesen des Wechsels gefordert, daß das Document sich selbst als Wechsel unter ausdrücklichem Gebrauche dieses Wortes ankündige, oder daß es das Bekenntniß der empfangenen Valuta enthalte. Im Lande D. hingegen gilt jede Anweisung oder jeder Schuldschein als Wechsel, auch wird das Bekenntniß der empfangenen Valuta nicht erfordert. Dennoch kann eine in D. ausgestellte Schuld-

urkunde oder Anweisung, oder auch ein Wechsel, in welchem das Bekennniß der empfangenen Valuta fehlt, im Lande \odot entweder gar nicht, oder doch nicht als ein gültiger Wechsel, d. i. ein solcher, auf welchen eine Wechselklage gegründet werden könnte, betrachtet werden. Daher wird man auch einen in Cöthen zur Acceptation vorgelegten Wechsel, bei dem aber das Accept nicht vollständig darauf geschrieben, sondern nur angefangen worden ist, auswärts nicht für acceptirt erachten, obwohl in der cöthenschen Wechselordnung Art. 5 steht: „daß eine Acceptation für gültig und vollständig gehalten werden solle, wenn der Acceptant nur die Feder deswegen ansetzt und einen Buchstaben auf den Wechselbrief geschrieben hat.“ Nicht minder würde ein Giro in bianco, ob es gleich vielleicht im Lande D den Inhaber des Wechsels hinreichend legitimirte, im Lande \odot , wenn dort die Giri in bianco für ungültig erklärt sind, zu dem gleichen Zwecke für hinreichend nicht geachtet werden. — Die Zeit, wenn gezahlt werden soll, wird gleichfalls bestimmt durch die Rechte des Ortes, wo die Zahlung zu leisten ist. Wenn also an diesem Orte Respecttage bestehen, so kann der Schuldner auch an keinem andern Orte vor Ablauf dieser Respecttage belangt werden, gesetzt auch, daß übrigens das forum dort gegen ihn gehörig begründet wäre. — Die Fragen über die auf einen Wechsel zu verfügende Execution, also z. B. ob diese durch Personalarrest oder durch Hilfsvollstreckung in die Güter des Schuldners geschehen solle, nach welchen vorgängigen Prozeßformen sie zu verfügen sei, wie lange der Personalarrest dauern solle u. dgl., sind nach dem Rechte des Landes, wo die Klage angestellt wird, zu beantworten. Die Erklärung eines Wechselschuldners bei einem trockenen Wechsel, oder des Ausstellers einer Wechseltratte, daß er sich einem fremden Wechselrechte unterwerfe, ändert hierin nicht das Mindeste. Eine solche Erklärung hat keine andere Wirkung, als daß rein dispositive Wechselgesetze des Landes, dessen Wechselordnung sich Jemand unterworfen hat, gegen ihn (und zugleich gegen diejenigen, welche causam von ihm haben oder der Wechselverbindlichkeit beigetreten sind) auch im Auslande in Anwendung gebracht werden können, Regulativgesetze aber immer nur in dem Lande selbst, dessen Wechselgesetze er sich unterwarf. Nur wenn in einem und demselben Staate verschiedene Wechselgesetze gelten, pflegen, wenn sich Jemand der Wechselordnung eines andern Districtes oder einer andern Stadt ausdrücklich unterworfen hat, auch die Regulativgesetze dieses Districtes oder dieser Stadt in anderen Städten und Provinzen desselben Staates gegen den Schuldner in Anwendung gebracht zu werden. — Was dagegen den Wechselregreß betrifft, so ist zwar darüber, ob der Fall desselben überhaupt vorhanden sei, lediglich nach dem Rechte des Ortes, wo die Klage angebracht wird, zu entscheiden. Z. B. am Orte der Ausstellung gilt der sogenannte springende Regreß, am Orte der Klage nicht — oder es wäre in A., wo eine Tratte ausgestellt ist, Rechtsens, daß der Acceptant nach der Einlösung einen wechselfähigen Regreß an den Aussteller hätte, dieser Regreß sollte aber in B., wo jenes Recht nicht gilt, ausgeübt werden; dieß würde unzulässig sein und die Klage abgewiesen werden müssen.

Allein findet nach dem Rechte des Ortes, wo die Klage angebracht ist, der Regreß an und für sich, jedoch nur unter gewissen Bedingungen statt, so werden diese Bedingungen nicht nur in rein formeller Hinsicht, wie z. B. hinsichtlich der Solennitäten bei Erhebung der Proteste, sondern auch (und dies ist die wichtigste Eigenthümlichkeit beim Wechselverfahren) in materiellem Betracht nach dem Rechte des Ortes beurtheilt, wo die als Bedingungen des Regresses anzusehenden Handlungen vorgenommen worden sind, oder vorzunehmen waren. So also die Frage: zu welcher Zeit die Präsentation eines Wechsels zu bewirken, ob Notification von der Erhebung eines Protestes nöthig sei, und an wem sie bewirkt werden müsse u. s. w. Wenn jedoch die Wechselklage in A. angebracht wird, und dort weniger Solennitäten erforderlich sind, als in B., wo zu Begründung des Regresses ein Mehreres erfordert wird, so hat man sich, nach der Meinung Einiger, in A. zu begnügen, wenn nur die Bedingungen, wie sie in A. stattfinden, erfüllt worden sind. Beispiel: Ein Wechsel ist im Lande B. wegen Mangel an Zahlung protestirt worden. In diesem Lande ist es aber zur Begründung des Regresses nöthig, daß zugleich dem Vormanne, der in A. lebt, Nachricht von dem erhobenen Proteste gegeben worden sei. Im Lande A. besteht dieses Gesetz nicht. Hier wird nach jener Ansicht, auch wenn die Ertheilung der Nachricht über die Erhebung des Protestes vom Präsentanten unterlassen worden ist, nichtsdestoweniger die Regreßklage vor den Gerichten zu A. mit Erfolg erhoben werden können. Allein diese Meinung scheint bedenklich, wenigstens dann, wenn der Schuldner in A. noch anderweiten Regreß zu nehmen hat, wo ihm dann von seinen Vormännern in anderen Staaten die Exception einer eingetretenen Präjudicirung des Wechsels entgegengesetzt werden könnte; und es muß für richtiger gehalten werden, daß man auch in A. den Nachweis der Erfüllung aller jener Bedingungen erfordere, welche in B. zur Begründung des Regresses vorgeschrieben sind.

Regulativgesetze im Bezug auf Prozeßrecht. Der Prozeßgang wird allenthalben nach den Formen und Rechten des Landes beurtheilt, in welchem der Prozeß geführt wird, doch mit Beachtung der oben gegebenen Regel, daß die äußeren Formen eines, im Auslande vollzogenen Geschäftes nach den Gesetzen des Auslandes zu beurtheilen sind. Wenn also ein, zum Prozesse gehöriger Act z. B. auf Requisition des inländischen Gerichtes von einem auswärtigen vollzogen wird (wozu sich die Staaten christlich-europäischer Bildung ebenfalls gegenseitig für verbunden achten), so wird zwar dieser Act von dem ausländischen Richter in der von den Gesetzen seines Staates vorgeschriebenen Form vollzogen, es gilt aber diese Form, wie sehr sie auch von der inländischen abweichen möge, dennoch im Prozesse eben so gut, als sie gelten würde, wenn der Act im Inlande nach inländischen Gesetzen vollzogen wäre. Hinsichtlich des Beweises, sowohl der Formen desselben, als auch der Beweismittel, und selbst der Beweislast, wird Alles nach inländischen Gesetzen bestimmt. So kann z. B. Niemand, der als Unterthan des Staates A. einen Prozeß in dem Staate B. führt, den ihm vom Gegner mit Beifall der Gesetze des Staates B.

angetragenen Eid um deswillen ablehnen, weil das Geschäft, worüber gestritten wird, im Staate A. vollzogen worden ist, und dort darüber der Eidesantrag nicht stattgefunden haben würde. Eben dieß gilt hinsichtlich der Bestimmungen über die Beweislast, insoweit sie durch Regulativgesetze oder absolute Dispositivgesetze vorgegeschrieben sind. Anders bei den, durch hypothetische Dispositivgesetze festgestellten, wovon nachher. Welche Wirkung ein im Staate A. gesprochenes und rechtskräftig gewordenes Urtheil im Staate B. habe, ist gänzlich streitig. Als allgemein anerkannt kann man höchstens folgende Sätze betrachten: a) Waren beide Parteien zu der Zeit, wo das Urtheil rechtskräftig wurde, Unterthanen des Staates A., so gilt dasselbe in jedem anderen Staate von christlich-europäischer Bildung. b) Wenn nur eine Partei oder auch keine derselben Unterthanen jenes Staates waren (z. B. wenn ein Fremder den Anderen während der Leipziger Messe bei dem dortigen Handelsgerichte verklagt hat), so gilt das Urtheil im Auslande nur insoweit, als entweder in demselben eine Verbindlichkeit für getilgt anerkannt, und Jemand von der Verpflichtung, sie zu erfüllen, förmlich losgesprochen worden ist (und auch dieß nur, insofern der auswärtige Staat das forum gegen den Gläubiger im Allgemeinen als begründet anerkennt), oder als derjenige, welcher zu etwas verurtheilt wurde, Unterthan des Staates war, dessen Gerichte das Urtheil sprachen. In allen anderen Fällen aber, und ganz besonders dann, wenn Jemand, der nicht Unterthan des erkennenden Staates war, zur Erfüllung einer Verbindlichkeit, etwa die Bezahlung der Gerichtskosten ausgenommen, verurtheilt ist, wird die Rechtskraft des Urtheils nicht allgemein anerkannt, und dasselbe nicht allenthalben vollstreckt, sondern dieß kann nur da als ein Recht verlangt werden, wo die gegenseitige Vollstreckung der Erkenntnisse durch besondere Staatsverträge festgestellt ist. — Endlich ist hier noch zu erwähnen die Exception der Extinctivverjährung und der Fall, wo die Erfordernisse derselben, namentlich die Zeitdauer im Auslande, wo eine Verbindlichkeit entstanden ist, durch die Gesetze anders bestimmt werden, als im Inlande, wo diese Verbindlichkeit zur gerichtlichen Verhandlung kommt. Z. B. A. und B. haben in dem Staate C. contrahirt. B. hatte dort eine Verbindlichkeit zu erfüllen, die vom Verfalltage an binnen 2 Jahren verjährt. A. hat während dieser Zeit nicht geklagt. Später zieht B. in den Staat D., wo die Verjährung jener Forderung erst nach 30 Jahren eintritt. Jetzt verklagt ihn A, etwa im zehnten Jahre nach der Verfallzeit. Hier sind Viele der Meinung, daß die Klage nicht statt haben könne, sondern der Beklagte losgesprochen werden müsse, weil die Verjährung dort, wo die Forderung entstanden, nicht nur überhaupt, sondern sogar zu einer Zeit eingetreten sei, wo B. noch Bürger des Staates C. gewesen. Diese Ansicht scheint jedoch in dieser Allgemeinheit ausgesprochen unrichtig. Die Verbindlichkeiten sind doppelter Art, entweder natürliche, d. i. solche, welche auf einem natürlichen Entstehungsgrunde beruhen — oder positivrechtliche (dieses Wort in dem oben angegebenen Sinne genommen). Für die letzteren konnte der Gesetzgeber allerdings auch die Dauer derselben festsetzen, und hier würde

also die in dem Lande, durch dessen Gesetze sie begründet werden, bestimmte Verjährungsfrist auch im Auslande zu berücksichtigen sein, wenn nur überhaupt die Verbindlichkeit selbst zu berücksichtigen wäre. Allein ob eine natürliche Verbindlichkeit fortauern soll, dieß kann der Gesetzgeber so wenig bestimmen, als daß sie entstehen soll. Sie entsteht, wenn die natürlichen Bedingungen ihres Entstehens vorhanden sind, sie erlischt, wenn die entgegengesetzten Bedingungen eintreten. Der Staat und der Gesetzgeber können nur erklären, daß sie von einer gewissen Zeit an das der Verbindlichkeit gegenüberstehende Recht nicht mehr anerkennen, nicht mehr vollstrecken wollen. Diese Erklärung, von dem Staate A. gegeben, bindet aber einleuchtender Weise an und für sich den Staat B. nicht im Allermindesten; und daß sich ein Wohnheitsrecht zwischen allen Staaten gebildet hätte, vermöge dessen der Eine die Verjährungsgesetze des Anderen zu berücksichtigen schuldig wäre, läßt sich schlechterdings nicht nachweisen.

Ordnativgesetze.

Die Ordinativgesetze eines Staates, sowohl die gebietenden, als die verbotenden, haben im Auslande durchaus gar keine Kraft, und werden also dort nicht berücksichtigt. Hiervon macht nur eine, aber wichtige Gattung der Prohibitivgesetze eine Ausnahme, nämlich diejenigen, wodurch Handlungen verboten sind, welche zu den *delictis iuris gentium* gehören, d. i. solche Handlungen, welche schon an und für sich, und vermöge des Begriffes des Rechtes und des Staates den Charakter des criminellen Unrechtes an sich tragen. Es existiren zwar gerade für diese Gattung von rechtswidrigen Handlungen nirgends ausdrückliche Verbote und kein Gesetzbuch sagt: Es ist verboten zu tödten, zu rauben, zu stehlen u. s. w. Allenthalben jedoch sind diese Handlungen mit Strafen bedroht, und in der Strafandrohung selbst liegt indirect das Verbot, oder vielmehr es liegt derselben stillschweigend zum Grunde. Die einzelnen Staaten von christlich-europäischer Bildung, wenigstens die meisten von ihnen — denn einige scheinen allerdings den Satz nicht anzuerkennen — achten sich nun für verbunden, ein jedes zu jener Zahl gehörige Verbrechen, wenn der Verbrecher in die Grenzen ihres Gebietes kommt, im Interesse der allgemeinen Sicherheit entweder selbst zum Gegenstande einer Untersuchung zu machen, oder doch auf Verlangen des Nachbarstaates den Verbrecher auszuliefern. Freilich ist man nicht ganz einig darüber, welche Vergehungen man als *delicta iuris gentium* ansehen soll, und welche nicht. Am zweifelhaftesten ist diese Frage bei den sogenannten politischen Verbrechen, namentlich bei dem Verbrechen des Hochverrathes, wiewohl gerade dieser als ein Angriff auf die Persönlichkeit des Staates den Charakter des criminellen Unrechtes, welcher das Wesen der *delicta iuris gentium* ausmacht, vollkommen an sich zu tragen scheint, was jedoch hier nicht weiter zu untersuchen ist. Uebrigens folgt daraus, daß eine Handlung, die im Auslande begangen ist, bei uns als Verbrechen angesehen und der Thäter zur Strafe gezogen wird, noch keineswegs, daß diese Handlung bei uns mit derselben Strafe belegt werden müsse, mit welcher sie an dem Orte belegt worden sein

würde, wo sie begangen worden ist. Denn wenn wir auch die Handlung selbst als Verbrechen anerkennen, so ist damit doch noch nicht gesagt, daß wir die intensive Größe desselben eben so abschätzen müßten, als sie jener Staat abgeschätzt hat, in welchem sie verübt wurde. Andererseits kann eine unserem Staate angehörige Person oder Einrichtung unter Umständen verletzt worden sein, wo der Staat, innerhalb dessen die verletzende Handlung ausgeführt wurde, gar nicht gestraft haben würde, oder wo die Verletzung selbst völlig außerhalb des Gebietes irgend eines Staates vorgefallen ist. Dann straft unser Staat auf den Grund seines eigenen Rechtes, und seines eigenen Gesetzes. Dieß ist nämlich allenthalben der Fall, wo unser Staat selbst, oder eine von ihm zu schützende Person oder Einrichtung durch eine verbrecherische Handlung verletzt worden ist. Man kann also hier folgende Regeln als in der Natur der Sache begründet, und mithin so lange, als ausdrückliche Landesgesetze keine Ausnahme machen, auch als allgemein gültig ansehen: 1) Wo der Staat aus eigenem Rechte straft, also da, wo er selbst oder eine ihm angehörige Person oder Einrichtung verletzt ist, kommt es nur darauf an, ob überhaupt die Handlung, welche begangen worden, von ihm mit Strafe bedroht ist. War dieß der Fall, und ist der Thäter in dieses Staates Gewalt gekommen, so wird er nach den dortigen Gesetzen bestraft, möge er die Handlung begangen haben, wo er wolle, und möge dieselbe ein *delictum iuris gentium* sein, oder irgend einer anderen Classe von strafbaren Handlungen angehören. 2) War außer diesem Falle durch eine im Auslande verübte Handlung ein *delictum iuris gentium* begangen, so ist zu unterscheiden, a) der Thäter war, als er die That im Auslande vollbrachte, bereits Unterthan unseres Staates, oder ist doch, nachdem er sie vollbracht hat, Unterthan desselben geworden; b) er hat nach Begehung der Handlung in unserem Staate nur einen temporären Aufenthalt genommen. Im ersten Falle wird gegen ihn, sobald unser Staat Kenntniß von dem begangenen Verbrechen erhält, zwar ohne Weiteres, im Interesse der allgemeinen Sicherheit verfahren, doch nur unter denselben Bedingungen, unter denen auch dann, wenn er das Verbrechen im Inlande begangen hätte, verfahren worden sein würde, d. h. namentlich: wenn in dem letzteren Falle Denunciation des Verletzten abzuwarten gewesen wäre, so wird sie auch jetzt abzuwarten sein. Im letzteren Falle aber kann die Untersuchung *ex officio* eigentlich gar nicht angefangen werden; sondern es muß allemal die Aufforderung des fremden Staates, in dessen Gebiete das Verbrechen verübt worden ist, oder doch die Anzeige des Verletzten abgewartet werden. Auch kann die Aufforderung des fremden Staates eigentlich nicht auf Eröffnung der Untersuchung gegen den Verbrecher, sondern nur auf Auslieferung desselben gerichtet werden, und es steht in der Willkür unseres Staates, ob er Auslieferung verfügt, oder selbst mit der Untersuchung verfahren will. In beiden Fällen kann jedoch gegen den, der im Auslande ein Verbrechen beging, wodurch nicht unser Staat und dessen Angehörige oder Einrichtungen verletzt worden sind, keine härtere Strafe verfügt werden, als diejenige, die ihn getroffen haben würde, wenn er an dem Orte selbst, wo er das Ver-

brechen beging, zur Untersuchung und Strafe gezogen worden wäre, woraus folgt, daß, wenn auch eine Handlung zwar bei uns, nicht aber in dem Lande, wo sie begangen worden ist, als *delictum iuris gentium* angesehen wird, gar keine Strafe bei uns stattfinden kann, wenn auch der Verbrecher zur Zeit des verübten Vergehens Unterthan unseres Staates gewesen wäre. Nur dann würde die Regel eine, wiewohl nur scheinbare Ausnahme leiden, wenn bei uns ein Gesetz bestünde, wodurch den Unterthanen unseres Staates gewisse Handlungen in der Masse untersagt würden, daß sie dieselben nicht blos im Inlande, sondern allenthalben, wo sie sich irgend befinden, unterlassen sollen. Dann aber träte der oben erwähnte Erste Fall ein, wo unsere Gesetze und Einrichtungen verletzt wären, wo also unser Staat aus eignem, unmittelbarem Interesse, nicht blos im Interesse der allgemeinen Sicherheit strafe. — Diese Wahrnehmung des Interesses der allgemeinen Sicherheit erstreckt sich jedoch, wie bemerkt, nur auf den Kreis der Staaten von christlich-europäischer Bildung. Wenn Jemand Handlungen, die ganz offenbare *delicta iuris gentium* sind, außerhalb dieses Kreises, etwa in den barbarischen Staaten von Afrika, oder selbst in Europa, aber in der Türkei begangen hat, so nehmen die Staaten christlich-europäischer Bildung hiervon in der Regel gar keine Notiz, dafern nur nicht entweder ihr eigener Staat, oder dessen Gesetze und Angehörige, oder doch die Angehörigen eines anderen Staates von christlich-europäischer Cultur dadurch verletzt worden sind, und die Verletzten, oder der Staat, dem sie als Bürger angehören, auf Untersuchung und Bestrafung gegen den, in unserem Gebiete befindlichen Verbrecher anträgt. Hat also Jemand in Timbuctu einen Unterthan des dortigen Sultans erschlagen, oder dort geraubt, gestohlen u. s. w., so wird deshalb in Europa gegen ihn gar nichts verfügt. Hätte er aber dasselbe an einem Deutschen, Engländer, Franzosen u. s. w. verübt, so würde Untersuchung und Bestrafung stattfinden, die Strafe jedoch alsdann jedenfalls lediglich nach den Gesetzen des Staates, dessen Gerichte die Untersuchung führen, bestimmt werden. — Diese Grundsätze sind durch Verträge zwischen den einzelnen unabhängigen Staaten mannigfaltig modificirt. Die für uns wichtigste derartige Bestimmung ist die, daß im Verhältnisse der Staaten des deutschen Bundes unter einander auch mehrere Verbrechen, die an sich keine *delicta iuris gentium* oder doch nicht allgemein als solche anerkannt sind, namentlich alle politische Verbrechen, die der Unterthan eines Bundesstaates gegen diesen selbst, oder gegen einen anderen Bundesstaat begangen hat, als solche angesehen werden, die für jeden Bundesstaat die Verpflichtung begründen, den Verbrecher, wenn er sich in dessen Grenzen befindet, entweder selbst zu bestrafen oder auszuliefern. Einigermassen ähnliche Bestimmungen bestehen in Bezug auf Zolldefraudation in den Staaten des preussisch-deutschen Zollvereines. — Außer den hier gedachten Fällen werden ordinative Gesetze des Auslandes, mögen sie Prohibitionen oder Präceptivgesetze sein — mögen sie in barbarischen Ländern, oder in Staaten von christlich-europäischer Bildung bestehen — im Inlande gar nicht berücksichtigt. So z. B. die Polizeigesetze, Administrativvorschriften, Zollgesetze u. s. w.

Nur eine Gattung von Prohibitionen bedarf noch einer besonderen Erwähnung, nämlich das Verbot der Heurathen in gewissen nahen Graden der Verwandtschaft. Darüber sind alle einverstanden, daß, wo nicht besondere Landesgesetze entgegenstehen, die Ehe, die ein Inländer im Auslande mit einer Verwandten, mit welcher jedoch die Verheurathung nach den dortigen Gesetzen erlaubt war, geschlossen hat, auch im Inlande besteht, gesetzt selbst, daß die Eheleute in einem im Inlande verbotenen Grade verwandt wären. Ebenso umgekehrt, wenn die im Auslande geschlossene Ehe zwar dort wegen Nähe des Verwandtschaftsgrades unerlaubt gewesen wäre, aber im Inlande erlaubt ist. Es dürfte aber wohl unbedenklich sein, noch einen Schritt weiter zu gehen, und im Zweifelsfalle, d. h. da, wo nicht die Landesgesetze ein Anderes verordnen, die Regel festzuhalten, daß keine, einmal geschlossene Ehe wegen Nähe des Verwandtschaftsgrades *ex officio* getrennt werden könne, sobald sie nur nach der kirchlichen Grundsätzen der Confession, welcher die Eheleute, oder doch eins derselben angehört, in irgend einem christlichen Staate als gültig anzusehen sein würde. Ganz in derselben Weise sind auch die auf die Ehe bezüglichen Präceptivgesetze, durch welche ihr Rechtsstand von gewissen Bedingungen, Einwilligung der Eltern, der Vorgesetzten, vorausgegangenem öffentlichen Aufgebote abhängig gemacht ist, zu beurtheilen. Ja, selbst eine von Inländern im Inlande mit Vernachlässigung der dießfalligen bürgerlichen Gesetze, aber sonst in den üblichen, kirchlichen oder bürgerlichen Formen geschlossene Ehe würde wohl schwerlich in einem christlichen Staate, den Fall ausdrücklicher Specialgesetze ausgenommen, wiederum getrennt werden; sondern man würde sich begnügen, die Eheleute, so wie den Pfarrer, die Obrigkeit und andere Personen, die dabei mitgewirkt haben, zu bestrafen. Dieß scheint wenigstens dem, nicht bloß bei den Katholiken (wiewohl bei diesen ganz vorzüglich), sondern auch bei den Protestanten aller Confessionen anerkannten kirchlich-religiösen Charakter der Ehe angemessen.

Dispositive Gesetze des Auslandes und deren Anwendung im Inlande.

Das dispositive Gesetz ist, wie oben bemerkt worden, ein solches, wodurch festgesetzt wird, was im Zweifelsfalle als das factisch Wahre, als dasjenige, was geschehen ist, bis zum Beweise des Gegentheiles angesehen werden soll (*praesumptiones iuris*, welche jedoch noch von den logischen Präsumtionen zu unterscheiden sind). Ja bisweilen ist sogar nicht einmal ein Gegenbeweis gestattet (*praesumptiones iuris et de iure*). Sie zerfallen in zwei Classen. Es ist entweder bestimmt, was bei irgend einer Willenshandlung, namentlich aber bei Contractverhältnissen im Zweifelsfalle, und insoweit die Interessenten nichts Anderes festgesetzt haben, als Inhalt ihres Willens betrachtet werden soll; oder es bezieht sich die gesetzliche Präsumtion auf irgend etwas Anderes, also auf eine Thatsache im engeren Sinne. Gesetze, welche dergleichen Präsumtionen der letzteren Art feststellen, lassen zwar meistens einen Gegenbeweis gegen die Präsumtion zu, aber sie selbst, die Präsumtionen, können durch die Parteivillkür nicht abgeändert werden. Man kann sie also, wie oben

schon bemerkt, absolute Dispositivgesetze nennen. Die dispositiven Verordnungen der ersten Classe hingegen hängen von der Parteivillkür ab, und erscheinen mithin als hypothetische Dispositivgesetze. Die absoluten Gesetze dieser Gattung sind nach denselben Principien, wie die Regulativgesetze zu beurtheilen. Ein Anderes aber gilt hinsichtlich der hypothetischen Dispositivgesetze, und diese sind es hauptsächlich, bei denen die Beantwortung der Frage, in welcher Maße das Gesetz des Auslandes im Inlande anzuwenden sei, gar oft sehr schwierig wird. Gewöhnlich stellt man die Regel auf, daß ein Geschäft auch im Materiellen zu beurtheilen sei nach den Gesetzen des Landes, wo es geschlossen wird, oder, wie Andere sagen, wo es vollzogen werden soll, und man dehnt hierauf den schon oben erwähnten Grundsatz aus: *locus regit actum*. Da es nun nicht fehlen konnte, daß die Anwendung dieser Regel zu sehr befreudenden Resultaten führte, so suchte man sie auf verschiedene Weise zu beschränken, ohne doch für diese Beschränkungen ein festes Princip aufstellen zu können. Allein man scheint dabei den Gesichtspunkt, aus welchem dieser Gegenstand zu beurtheilen ist, verfehlt zu haben. Die Frage über die Anwendung der hypothetischen Dispositivgesetze ist nichts anderes, als die Frage, in welchem Sinne ein Rechtsgeschäft, dessen Fassung in einer gewissen Beziehung unvollständig ist, erklärt und, wie das, was von den Parteien nicht ausdrücklich ausgesprochen worden, aufgefaßt und ergänzt werden soll. Dieß und nichts Anderes ist es wohl auch, wenn mehrere Schriftsteller²⁴⁾ behaupten, daß man bei der Bestimmung, ob und in welcher Maße im Inlande ein Gesetz des Auslandes anzuwenden sei, nach Maßgabe der Umstände verfahren, Vieles der Anschauung des Lebens und dem practischen Tacte zu überlassen habe — daß man dem Scharfsinne des Richters einen gewissen Spielraum lassen müsse u. s. w. Im Allgemeinen, und in Bezug auf die Anwendung fremder Gesetze überhaupt ausgesprochen, würde jene Behauptung sehr falsch sein. Richtig aber ist sie aus dem angegebenen Grunde in Hinsicht auf die hypothetischen Dispositivgesetze. — Geht man hiervon aus, so stellt es sich gewiß als die natürlichste Grundlage für die Ermittlung dessen dar, was der unausgesprochene Wille derjenigen, welche ein Rechtsgeschäft vollzogen haben, gewesen sei, und welche Dispositivgesetze sie hierbei im Sinne gehabt, wenn man annimmt, daß Jeder, der ein Geschäft irgendwo vollzieht, zunächst an diejenigen dispositiven Bestimmungen denkt, welche in den Gesetzen seines Heimathsortes enthalten sind. Hieraus entwickelt sich nun von selbst für die Interpretation der Geschäfte der Grundsatz, daß im Zweifelsfalle diejenigen Dispositivgesetze zum Grunde zu legen sind, welche im Vaterlande der Geschäftserrichter gelten. Bei einem einseitigen Rechtsgeschäfte bietet die Anwendung dieses Principes keine weitere Schwierigkeit dar. Bei zweiseitigen Rechtsgeschäften und Contractsverhältnissen sind hauptsächlich vier Fälle in das Auge

24) So z. B. Zachariä, in f. oben angef. Abhandlung. Schweppe, röm. Privatr. Th. 1, §. 20a, S. 46, 47. Schäffner, internation. Privatr. recht §. 6, S. 14.

zu fassen, in denen zwar nicht alle, aber doch die meisten und wichtigsten Möglichkeiten, wo die Frage über Anwendung ausländischer Dispositivgesetze hervortritt, enthalten sind. 1) Beide Contrahenten sind Bürger des Staates \odot , und contrahiren während eines zufälligen Aufenthaltes an einem auswärtigen Orte. 2) Einer von ihnen ist Bürger des Staates \odot , der andere aber Bürger des Staates \mathcal{D} , und Beide contrahiren in \odot oder in \mathcal{D} ; oder auch 3) an irgend einem anderen Orte, der weder in \odot noch in \mathcal{D} liegt. 4) Der Eine ist Bürger von \odot , der Andere Bürger von \mathcal{D} , und beide contrahiren ohne von ihren Wohnorten wegzugehen, etwa durch Briefe. So verschieden diese factischen Verhältnisse sind, so erscheint doch der obige Grundsatz bei allen gleich anwendbar. Wenn beide Contrahenten Bürger des Staates \odot wären, und sie hätten in \odot contrahirt, so wäre es außer allem Zweifel, daß ihr Contract nach dem Dispositivgesetze des Staates \odot zu beurtheilen sei; und es träte hier noch gar keine Collision der Gesetze ein. Nun ist aber nicht der mindeste Grund vorhanden, weshalb dieß anders sein sollte, wenn sie sich zufällig jenseits der Grenze treffen. Wenn zwei Engländer, der Eine von Westen, der Andere von Osten kommend, sich in Hamburg begegnen, und hier einen Contract abschließen, in Folge dessen der Eine für Rechnung des Anderen gewisse Waaren in Petersburg aufkaufen, und nach Stettin schaffen soll, und der Preis der einzelnen Stücken Waare nach Schillingen bestimmt wird, so wäre es gewiß die unnatürlichste Behauptung von der Welt, wenn man sagen wollte, daß die Contrahenten hier nicht englische, sondern Hamburger Schillinge gemeint hätten, weil in Hamburg, wie fast überall, ein Dispositivgesetz gelte, daß, wenn die Parteien die Münzsorten nicht besonders bestimmt hätten, im Zweifelsfalle Landesmünze zu verstehen sei. Es leuchtet ein, daß eine solche Annahme nicht nur völlig grundlos, sondern auch mit allen Regeln der logischen Präfunktionen in Widerspruch wäre. Ganz dasselbe Verhältniß aber tritt ein in dem Falle unter 3), insofern die Dispositivgesetze der Staaten \odot und \mathcal{D} mit einander übereinstimmen, aber von den Dispositivgesetzen des Staates abweichen, in dessen Gebiete die Contrahenten beim Contractsabschlusse sich zufällig befinden. Auch hier ist kein Grund vorhanden, weshalb sie die ihnen bekannten Normen bei Seite gesetzt, und sich anderen ihnen vielleicht gänzlich unbekanntem unterworfen haben sollten. Gar keinen Zweifel bieten die Sachgestaltungen unter 2) und 4) für den Fall, daß die Gesetze der Staaten \odot und \mathcal{D} übereinstimmen. Es gilt also nur, ein Princip aufzufinden, nach welchem zu entscheiden ist, wenn Dispositivgesetze dieser beiden Staaten von einander abweichen. Dieses scheint aber in folgenden Hauptregeln enthalten zu sein: 1) Sind die Dispositivgesetze der Wohnorte der Contrahenten verschieden, so haben zunächst diejenigen den Vorzug, welche in dem Lande gelten, wo derjenige wohnt, welcher dem Anderen den Contract angeboten hat. Denn es ist vernünftige Nothwendigkeit, zu präsumiren, daß ein Anerbieten in dem Sinne angenommen wird, in dem es gemacht worden ist. Bei den Geschäften, wo Jemand dem Anderen gegen Geld eine Sache zum Eigenthume oder Gebrauche überläßt, wird im Zweifelsfalle immer der Ueber-

lassende als Anbieter angesehen. 2) Wenn diese Regeln keine Entscheidung geben, so wird im Zweifelsfalle die geringere Verbindlichkeit für übernommen, oder bei Uebertragungen von Rechten das geringere Recht als vorbehalten anzusehen sein, nach der allgemeinen logischen Präsumtion: in dubiis, quod minimum est, sequimur. Und hier kann auch sehr oft der allgemeine für Interpretation der Rechtsgeschäfte geltende Satz Wirksamkeit gewinnen: interpretatio contra eum facienda est, qui clarius loqui, oder hier überhaupt, qui loqui debuisset. — Jene Regeln leiden jedoch bisweilen Ausnahmen, und wie sie ihrer Natur nach nichts anderes, als logische Präsumtionen sind, so können sie auch durch entgegenstehende Präsumtionen aufgehoben werden, insofern solche durch anderweite factische Umstände begründet erscheinen, — mit anderen Worten: wenn factische Umstände eintreten, deren Würdigung den Richter zu der Annahme bestimmt, daß die Parteien sich den Dispositionen eines anderen Gesetzes unterworfen haben, z. B. dem Gesetze des Ortes, wo sie die Uebereinkunft abschlossen, oder desjenigen, wo dieselbe durch eine zu gewährende Leistung erfüllt und vollzogen werden sollte. Dergleichen Ausnahmen finden z. B. in folgenden Fällen statt: 1) Bei Käufen auf Messen und Jahrmärkten, und überhaupt, wo im persönlichen Verkehre der Kaufleute unter einander, oder des Publicums mit den Kaufleuten ein Kauf sogleich vollzogen werden soll, wird angenommen, daß auf Maß, Gewicht und Münze des Ortes gehandelt sei, wo der Kauf stattfindet. 2) Wenn ein dauerndes Verhältniß, z. B. ein Gesellschaftsvertrag, Miethen oder Pacht eines Grundstückes u. s. w., zwischen den Contrahenten eingegangen worden ist, welches an einem dritten Orte verwirklicht werden soll, so ist zu präsumiren, daß es im Sinne derselben gelegen, hinsichtlich der nicht ausdrücklich bestimmten Contractspunkte die Dispositivgesetze des Landes, wo dasselbe zu verwirklichen ist, zur Anwendung zu bringen. Außer diesen beiden Ausnahmen können aber auch noch tausend andere Umstände die rechtliche Vermuthung begründen, daß die Parteien etwas Anderes, als die Dispositivgesetze ihrer Wohnorte bestimmen, gewollt haben. Hierüber aber können specielle, erschöpfende Regeln durchaus nicht mehr gegeben werden, denn Vollständigkeit ist der Natur der Sache nach hier gar nicht, oder doch nur dann zu erreichen, wenn man jene Regeln in Verbindung mit einer Theorie über die Auslegung der Rechtsgeschäfte überhaupt bringt. Nur der allgemeine Satz ist hier noch zu bemerken: Wenn unter Anwendung der oben aufgestellten Generalregeln sich ergeben sollte, daß die Bedingungen eines gültigen Geschäftes entweder gänzlich oder doch so weit hinwegfallen, daß der Richter genöthigt ist, anzuerkennen, es werde der eine oder der andere Theil das Geschäft gar nicht gemacht haben, wenn er vorausgesetzt hätte, daß der andere Contrahent Bedingungen der Art, wie sie sein Landesgesetz als Präsumtionen aufstellt, im Sinne habe, so ist ein Mangel am Consense vorhanden, folglich der Contract selbst ungiltig.

Nachträglich ist noch zu erwähnen, daß man ehemals nicht sowohl darauf, welchem Staate Jemand als Unterthan unterworfen war, sondern darauf, welcher Nation er durch seine Geburt angehörte, bei Beurtheilungen

der Collision der Gesetze Rücksicht zu nehmen pflegte²⁵). Nachdem dieses Princip der persönlichen Rechte verschwunden, und das der Territorialrechte — eben jenes, wo nicht mehr die Abstammung, sondern die Staatsangehörigkeit als entscheidender Punkt angesehen wurde — an seine Stelle getreten war, bildete sich das sogenannte System der *statuta personalia*, *realia* und *mixta* aus. Man nannte früher *statuta personalia* diejenigen Gesetze, welche über die Person — *realia*, welche über Sachen — *mixta*, welche über die Form einer Handlung Bestimmungen enthalten. Hiervon weicht der neuere Sprachgebrauch ab; *statuta personalia* sind nach ihm die sämmtlichen Gesetze, welche am Wohnorte einer Person gelten, mögen diese nun Personen, Sachen oder Formen eines Geschäftes betreffen; *statuta realia*, der Inbegriff des Rechtes, welches am Orte gilt, wo eine gewisse Sache liegt, und *stat. mixta* das Recht, welches am Orte gilt, wo eine gewisse Handlung vorfiel²⁶). Jetzt ist diese ganze Art und Weise der Auffassung ziemlich verschwunden, und es fehlt sogar nicht an Schriftstellern, welche behaupten (in gewissem Sinne nicht ganz mit Unrecht), daß eine genaue Bestimmung des Unterschiedes dieser Statuten geradezu unmöglich sei. — Bei der in diesem Aufsatze genommenen Grundansicht wird auf die verschiedenen Arten, jene Begriffe aufzufassen, nichts ankommen.

Es bedarf nicht erst der Bemerkung, daß die hier gegebenen Regeln sämmtlich nur in so weit anwendbar sind und sein können, als in dem Staate, in welchem ein Rechtsfall, wo Collision der Gesetze eintritt, zur Entscheidung kommt, nicht positive Vorschriften darüber gegeben sind, welches Gesetz in solchem Collisionsfalle zur Anwendung zu bringen sei. Und nicht zu leugnen ist es, daß diese besonderen gesetzlichen Bestimmungen sehr häufig sind, und unter sich oft sehr weit von einander abweichen. Hiervon finden sich viele Beispiele angeführt in der oben citirten Schrift von Schäffner: *Entwicklung des internationalen Privatrechts*. — Schon wegen dieser abweichenden Bestimmungen ist es eine ganz unerfüllbare Forderung an eine Theorie über die Collision der Gesetze, daß durch sie eine gleichförmige Entscheidung aller und jeder Rechtsfälle, wo sie auch immer vor Gericht gebracht werden mögen, vermittelt werden solle. Doch würde jene Forderung auch schon aus einem anderen allgemeineren Grunde abgelehnt werden müssen. Es gibt nämlich, wie wir gesehen haben, eine nicht unbeträchtliche Anzahl von Fällen, welche jeder Staat nothwendig nach dem bei ihm geltenden Rechte zu beurtheilen und zu entscheiden für berechtigt geachtet werden muß. Ist es nun der Lage der Sache nach möglich, für einen solchen Fall ein *forum* sowohl im Lande

25) Eichhorn, v. Staats- und Rechtsgesch. §. 46. v. Savigny, Gesch. des röm. R. im Mittelalter Bd. 1, Ausg. 2, S. 117 flg. Vgl. auch Grimm, v. Rechtsalterth. Bd. 1, S. 397 flg.

26) S. die oben angef. Abhandl. von Wächter, im Arch. für civil. Prax. Bd. 24, S. 256. Noch anders bestimmt Hierulff, Theorie des Civilr. Bd. 1, S. 75, jene Begriffe. Schäffner, *Entwick. des international. Privatr.* §. 31, S. 38.

A., als im Lande B. zu finden, und es weichen die Gesetze dieser beiden Länder von einander ab, so ist es unvermeidlich, daß der Fall anders in A. entschieden wird, als er entschieden worden sein würde, wenn er in B. zur gerichtlichen Verhandlung kommt. Der hin und wieder aufgestellte Grundsatz also: *forum non mutat ius causae*, oder wie man ihn sonst etwa ausgedrückt hat, ist gänzlich unhaltbar.

Schlüsslich ist noch zu erwähnen, daß im Zweifel, ob ein Gesetz für ein dispositives, regulatives oder ordinatives zu halten sei, die Präsumtion allemal für seine Eigenschaft als dispositives — beim Zweifel, ob es regulativ oder ordinativ sei, für das regulative, und ebenso beim Zweifel, ob ein Gesetz ein absolutes oder ein hypothetisches sei, für das hypothetische spricht — also immer für die mindere Beschränkung der Freiheit. Es sollte freilich dieser Zweifel gar nicht vorkommen können, weshalb denn diese Regel Manchem ziemlich überflüssig scheinen möchte; allein bei der oft sehr vernachlässigten Sprache der Gesetze findet es sich doch gar häufig, daß nur mit Mühe erkannt werden kann, zu welcher Classe ein Gesetz gehört; ja, daß selbst ein Präceptivgesetz von einem Prohibitivgesetze nicht gleich auf den ersten Anblick unterschieden werden kann. Man wird später auf diesen Umstand zurückkommen.

Noch Einiges ist hinzuzufügen über die Anwendung von Rechtsnormen der barbarischen Länder in den Gerichten der civilisirten Staaten. Im Allgemeinen gilt hier der Grundsatz, daß jene Rechtsnormen bei uns gar keine Anwendung finden. Anlangend die Regulativgesetze, so wird die natürliche Rechtsfähigkeit eines Ausländers aus barbarischen Staaten lediglich nach den Gesetzen des civilisirten Landes, wo er sich eben aufhält, beurtheilt. Ein funfzehnjähriger Siamese gilt bei uns als unmündig, gesetzt auch, daß er in Siam als mündig angesehen würde. Eine nicht christliche Ehe (wie schon oben bemerkt mit Ausnahme der jüdischen) wird bei uns in rechtlicher Hinsicht gar nicht als Ehe betrachtet; ja, wenn sie den Prohibitivgesetzen unserer Staaten entgegen ist, z. B. polygamische Ehe, gar nicht einmal geduldet, wenigstens nicht, insofern die verbundenen Personen sich wirklich als Eheleute geltend machen wollten. Ebenso wenig finden Standesverhältnisse barbarischer Staaten bei uns eine Berücksichtigung, und der Adel jener Staaten gilt bei uns gar nicht. — Bei Streitigkeiten über Vermögensverhältnisse ist zu unterscheiden, ob die streitenden Parteien Bürger eines civilisirten Staates sind, oder ob sie beide einem barbarischen Staate angehören. Ist das Letztere der Fall, so wird die Sache, wenn das streitige Rechtsverhältniß innerhalb der Grenzen der civilisirten Staaten entstanden ist, so beurtheilt, als ob die Interessenten Unterthanen des Staates wären, wo es entstanden ist, oder unter dessen besonderem Schutze ein solcher Ausländer steht. Hat das Verhältniß aber außerhalb der Grenzen der Civilisation seinen Anfang genommen, so wird es nur insoweit beachtet, als durch dasselbe eine natürliche Verbindlichkeit entstanden ist. Diese wird allenthalben realisiert, jedoch beurtheilt der Staat, vor dessen Gerichten die Sache zur Sprache kommt, immer nur nach den, bei ihm geltenden Rechtsansichten darüber, ob eine solche Verbindlichkeit vorhanden sei, und welchen Umfang sie

habe. Dasselbe gilt, wenn einer der Contrahenten Bürger eines civilisirten Staates ist, und der andere einem nicht civilisirten Staate angehört. — Geschäfte, zu welchen eine gewisse Form erfordert wird, und welche, wenn sie von dem Bürger eines civilisirten Staates in einem anderen civilisirten Staate gemacht worden sind, auch dann gelten, wenn die Form dieses ausländischen Staates beobachtet worden ist, gelten, wenn sie in einem barbarischen Staate vollzogen wurden, nur dann, wenn die Form des civilisirten Staates, nach der sie eigentlich hätten vollzogen werden sollen, stattgefunden hat. Ein Testament in Tombuku von einem Preußen nach den dort etwa üblichen Formen errichtet (wenn es daselbst solche gibt), würde in Europa gar keinen Rechtsbestand haben, wohl aber hätte es denselben, wenn in Gemäßheit der in Preußen hinsichtlich der äußeren Formen eines letzten Willens geltenden Geseze dort testirt worden wäre. Ein Intestaterbrecht des barbarischen Auslandes würde bei uns höchstens so weit anerkannt werden, als es mit dem unsrigen übereinstimmt. — Betreffend die Ordinativgeseze des barbarischen Auslandes, so werden auch sie im Allgemeinen gar nicht berücksichtigt. Wenn also ein Afrikaner einen anderen in Afrika bestohlen hat, so würden unsere Criminalgerichte, wenn auch der Dieb hierher käme, gar keine Notiz davon nehmen; ebenso, wenn ein Bürger eines civilisirten Staates in barbarischen Ländern irgend eine, bei uns strafbare Handlung an den Bewohnern jener Staaten begangen hätte, — es wäre denn, daß der Thäter ein Gesez übertreten hätte, das zu jener Classe gehört, welche der Unterthan auch im Auslande beobachten soll. Auch dürfte vielleicht in Bezug auf diejenigen barbarischen Staaten, mit welchen die Staaten von christlich-europäischer Bildung in regelmäßigem diplomatischen Verkehre stehen, wie z. B. der Fall ist bei der Türkei, eine Ausnahme gemacht werden, insofern die That, worüber jener Staat sich beschwert, ein *delictum iuris gentium* in dem oben angegebenen Sinne ist. Allein wenn ein indianischer Kazike, oder der Häuptling einer mit Wilden bevölkerten Insel einen europäischen Staat requirirte, mit der Untersuchung und Bestrafung gegen einen Europäer, welcher dort Verbrechen begangen hätte, zu verfahren, so könnte eine solche Requisition nach rechtlichen Grundsätzen wohl keine Beachtung fordern. Ob aber nicht mancher civilisirte Staat aus etwanigen politischen Rücksichten ein anderes Verfahren beobachten würde, ist eine Frage, deren Beantwortung nicht hierher gehört. Ist hingegen durch die Handlung der Staat, dem der Thäter angehört, oder ein Bürger desselben verletzt worden, so wird derselbe von diesem Staate, der hierbei nur sein eigenes Recht ausübt, nach seinen eigenen Gesezen bestraft; z. B. wenn ein Franzose den anderen in Abyssinien getödtet hätte. Selbst wenn ein Bürger des civilisirten Staates A. den Bürger des ebenfalls civilisirten Staates B. im uncivilisirten Auslande durch ein Verbrechen verletzt hätte, würde der Staat A. gleichsam in Stellvertretung des Staates B. und in Folge der, zwischen allen civilisirten Staaten stillschweigend bestehenden Verbindung zu Erhaltung der Rechtsordnung, gegen den Thäter mit Untersuchung und Strafe verfahren können. — Dagegen können dispositive Geseze des barbarischen Auslandes allerdings, wenn nicht als

Gesetze, doch als factische Momente, welche die Auslegung eines Rechtsgeschäftes bestimmen, in den Berichten civilisirter Staaten Veranschauligung finden. — Es ist nicht zu verkennen, daß das Streben, völlig allgemeine Grundsätze für die Lehre von der Collision der Gesetze aufzustellen, bei den Bearbeitern dieser Materie oft eine Vermischung des ganz verschiedenen Verhältnisses der civilisirten Staaten unter einander, und eben dieses Verhältnisses der civilisirten Staaten gegen das barbarische Ausland herbeigeführt hat, was eine von den Ursachen ist, weshalb Dunkelheit und Verwirrung in der Theorie selbst entstand.

Gesetzgebungswissenschaft und Gesetzgebungskunst.

Die Wissenschaft der Gesetzgebung ist die Wissenschaft von den Regeln, welche beobachtet werden müssen, um zweckmäßige Gesetze, d. h. solche zu entwerfen, welche, wenn sie in Ausübung gebracht werden, geeignet sind, den besonderen Zweck, um welches willen sie gegeben werden, in Uebereinstimmung mit dem allgemeinen Staatszwecke zu fördern. Sie besteht aus zwei Theilen: der Gesetzpolitik und der Theorie der Gesetzgebungskunst. Gesetzpolitik als Wissenschaft beschäftigt sich damit, zu untersuchen, wie die durch ein Gesetz einzuführende Einrichtung in jedem besonderen Falle beschaffen sein müsse, um zweckmäßig zu sein. Diese Wissenschaft ist also nur eine besondere Seite oder Anwendung der inneren Politik, unter der man eben das System derjenigen Klugheitsregeln versteht, welche bei Treffung der, auf das innere Staatsleben Bezug habenden Einrichtungen beobachtet werden müssen. Es ist jedoch hierbei zu bemerken, daß die Gesetzpolitik es nicht allein ist, welche den Stoff der Gesetze liefert; vielmehr liegt demselben ein doppeltes Element zum Grunde, davon das Eine auf der Willkür, d. h. auf der freien Wahl und Bestimmung des Gesetzgebers beruht, das Andere aber, obgleich nicht minder wirklicher Theil des Gesetzes, schon durch die factisch vorhandenen Zustände und Verhältnisse mit Nothwendigkeit gegeben ist, und aus diesen nur entwickelt und dargestellt zu werden braucht. Was nämlich das Letztere betrifft, so liegt in jedem Zustande und Verhältnisse, in welchem sich Menschen unter einander befinden, zugleich die Rechtsnorm, nach welcher ihre Handlungen zu beurtheilen sind. Sie läßt sich aus dem Grunde und Zwecke dieser Zustände oder Verhältnisse, mögen sie nun von der Natur selbst gegeben sein, wie das Verhältniß zwischen Eltern und Kindern, oder mögen sie als Ergebnisse des freien Entschlusses der Menschen erscheinen, wie die Vertragsverhältnisse — oder mag Natur und freier Wille gleichen Antheil an ihrer Entstehung haben, wie bei dem ehelichen Bande, mit strenger Consequenz entwickeln, indem der Entstehungsgrund und der Zweck solcher Zustände und Verhältnisse mit den höchsten Principien des Rechtes zusammengehalten (unter dieselben subsumirt) und hieraus geschlossen wird, was in diesem einzelnen Falle Rechtens, und also so lange auch für gesetzlich zu achten sei, als nicht durch den Gemeinwillen eine Einrichtung getroffen wird, welche eine Abänderung dessen bedingt, was außerdem natürliches Rechtens sein würde. In diesem Sinne ist es wahr, daß der Gesetzgeber das Recht nicht machen,

sondern nur entwickeln, darstellen oder aussprechen könne. — Die Theorie der Gesetzgebungskunst hingegen zeigt uns, wie wir es anzufangen haben, um diesem Stoffe der Gesetze, den die Gesetzpolitik und die Rechtsphilosophie liefert, diejenige innere Form und äußere Darstellung zu geben, welche das Gesetz haben muß, wenn es zweckmäßig sein soll. Die Fertigkeit, sämtliche in einer derartigen Theorie enthaltenen Regeln bei Abfassung eines Gesetzes in Anwendung zu bringen, bezeichnet man mit dem Namen „Gesetzgebungskunst“ selbst. Die Gesetzpolitik ist in allen Werken über innere Politik und Staatsrecht vielfältig besprochen²⁷⁾; viel weniger aber die eigentliche Gesetzgebungskunst. Beiden sind folgende Regeln gemeinschaftlich, welche sich aus dem ergeben, was oben über das Wesen der Gesetze gesagt worden ist. I. Man muß, wenn ein Gesetz gegeben werden soll, zuvörderst untersuchen, ob sein Gegenstand von der Art ist, daß er überhaupt einer gesetzlichen Bestimmung fähig ist. Ist nun das Gesetz ein Ausdruck des Gesamtwillens der Gesellschaft als eines Ganzen in Bezug auf ihre Theile, — zumal insofern es bestimmt ist, den Unterthanen bei ihren Handlungen als Richtschnur zu dienen — so folgt hieraus, daß der Staat nicht durch Gesetze bestimmen könne, was nicht Gegenstand des Gesamtwillens ist. So kann z. B. der Gesamtwille nicht darüber verfügen, was der Mensch, sei es in politischen, sei es in religiösen oder anderen Dingen denken oder glauben, auch nicht darüber, was er lieben oder hassen, werthschätzen oder verachten, für ein Glück oder für ein Unglück halten soll. Eben so wenig sind Ermahnungen, Belehrungen, Lob oder Tadel und ähnliche Aeußerungen in einem Gesetze an ihrer Stelle, wenigstens kann ein solcher Erlass nicht als wirkliches Gesetz, sondern nur als eine Proclamation, als eine, zu einem vielleicht sehr löblichen, aber doch nicht gesetzgeberischen Zwecke an das Volk gehaltene Rede oder erlassene Bekanntmachung gelten. II. Ist auch der Gegenstand des Gesetzes ein solcher, der an sich in der Sphäre des Gesamtwillens liegt, so darf doch das Gesetz weder ungerecht, noch unsittlich sein. Ungerecht namentlich aber würde es sein, wenn es entweder die Freiheit der Staatsbürger mehr beschränkte, als es um des Gemeinwohles willen nöthig ist, oder wenn durch dasselbe einzelne Individuen oder Classen unverhältnißmäßig begünstigt oder belastet würden. — Unsittlich wäre ein Gesetz, worinnen unsittliche Zwecke, oder auch unsittliche Mittel zu Erreichung wenn auch rechtlicher Zwecke, sanctionirt würden, z. B. Täuschungen, Einschleichen in fremdes Vertrauen, um Geheimnisse zu erfahren u. s. w. III. Wäre auch ein Gesetz weder ungerecht noch unsittlich, so darf es doch nicht gegeben werden (besonders wenn es ein Gesetz im engsten Sinne, ein Gebot oder Verbot ist), dafern seine Geltendmachung und Ausführung sich insofern als unmöglich darstellt, als es unmöglich oder äußerst schwierig ist, zu entdecken, ob Jemand darwider gehandelt hat. So z. B. wenn man, zumal

27) Statt einer ausführlichen Literatur verweist man auf den zweiten Abschnitt von: Ersch, Literat. der Jurisprud. und Politik, herausgegeben von Kopp. Leipzig 1823.

in einem kleinen Staate verbieten wollte, ausländische Stoffe zu Kleidern zu brauchen, da doch Niemand im Stande ist, zu untersuchen, ob ein Stück Rattun in dieser oder in einer drei Meilen weit entfernten ausländischen Stadt gewebt ist. (Noch viel weiter freilich geht eine andere Regel, die jedoch der Gesetzpolitik ausschließlich angehört: daß man, den Fall der äußersten Nothwendigkeit ausgenommen, kein Gebot oder Verbot erlassen müsse, wovon man voraussehen kann, daß es lebhaften Widerstand im Volke finden werde. Denn entweder muß man dann Gewalt brauchen, um dem Befehle Gehorsam zu verschaffen, was sehr schlimm ist, oder man ist nicht einmal im Stande, das Befohlene mit Gewalt durchzusetzen, was als ein noch weit größeres Uebel angesehen werden muß.) IV. Man muß sich hüten, durch die Gesetzgebung der freien und selbstständigen Fortbildung des Rechtes in den Weg zu treten. So begründet diese in den neueren Zeiten sehr häufig an die Gesetzgeber gerichtete Forderung ist, so sehr bedarf sie doch einer genauen Bestimmung und Beschränkung, wenn sie nicht mißverstanden werden, und zu unrichtigen Folgerungen führen soll. V. Man muß das, was der Wissenschaft zur Erörterung anheim fällt, nicht zum Gegenstande der Gesetzgebung machen wollen. — Die vierte und fünfte Regel hängen unter einander sehr eng zusammen, und sind deshalb auch in Verbindung mit einander zu erörtern, wobei nur zu bemerken ist, daß die fünfte auch mit der ersten in einem engen Zusammenhange steht.

Das Element der Gesetze ist, wie schon bemerkt worden, ein doppeltes; ein nothwendiges, welches von der Rechtsphilosophie geliefert wird, und ein willkürliches, welches ein Erzeugniß der Gesetzpolitik ist. Hinsichtlich des Ersteren ist das Gesetz nur Ausdruck des Rechtes, hinsichtlich des Letzteren aber Schöpfer desselben. Insofern nun das Recht sich bloß aus der Rechtsphilosophie, durch Subsumtion des factisch Vorhandenen unter die allgemeinen Rechtsgrundsätze, entwickelt (wobei theils die natürlichen Verhältnisse, theils die im Staate durch positive Anordnungen eingeführten, also auf dem willkürlichen Elemente der Gesetze beruhenden Einrichtungen berücksichtigt werden müssen), bilden sich nach und nach spectelle Rechtsgrundsätze aus, die sich, wie dieß natürlich hierbei geschehen muß, aufs Engste den vorhandenen factischen Verhältnissen anschließen, bei dem ewigen Wechsel der Zustände im Leben sich immer neu, und wenigstens unter der Hand geschickter Richter immer auf eine, der Vernunft angemessene Weise gestalten, und somit bewirken, daß niemals das im Staate geltende Recht mit dem, was die verständigeren und besseren Zeitgenossen als Recht anerkennen, in Widerspruch gerathe. Dieß nennt man die Fortbildung des Rechtes. In gewissem Sinne nun würde das positive Gesetz wenigstens dann allemal ein Hinderniß der Fortbildung des Rechtes sein, wenn es irgend etwas bestimmte, was möglicher Weise auch durch eine wissenschaftliche Erörterung aufgefunden werden könnte, also wenn es das philosophische Element der Gesetzgebung ausdrücke, mit einem Worte: wenn es bloßer Ausdruck des Rechtes wäre. Alle Gesetzgebungen müßten sich dann auf das rein willkürliche Element beschränken. Dann aber würde freilich eine andere, sehr fühlbare Unbequemlichkeit

hervortreten. Es würde nämlich die Gesetzgebung in vielen und sehr wichtigen Materien äußerst unvollständig sein, und nur aus einzelnen völlig unzusammenhängenden Sätzen bestehen. So würde z. B. in dem Rechte der Verträge für das positive Gesetz fast gar nichts übrig bleiben, — das eigentliche Criminalrecht würde fast bloß aus einem Verzeichnisse der Strafbestimmungen bestehen u. s. w. Denn alles Uebrige ließe sich, wenigstens unter gewissen Voraussetzungen, aus der Wissenschaft entwickeln. Eine solche Gesetzgebung würde aber ihren Zweck nur dann zu erfüllen vermögen, wenn die Menschen, oder mindestens die Rechtsgelehrten über die Sätze der Wissenschaft vollkommen einig wären, so daß kein Streit und Zweifel darüber stattfände, welche Grundsätze und Ansichten in dieser oder jener Beziehung die wahren und richtigen seien. Allein eine solche Uebereinstimmung findet keineswegs statt, und selbst über die höchsten Principien, z. B. über die letzten Grundlagen des Staatsrechtes, des Strafrechtes, des Kirchenrechtes, ja selbst des bürgerlichen Privatrechtes herrscht bekanntlich große Meinungsverschiedenheit. Es ist also für den Gesetzgeber unmöglich, den Richtern und Rechtsgelehrten es allein zu überlassen, die Rechtsätze, nach denen die Handlungen und Geschäfte der Unterthanen beurtheilt werden sollen, zu entwickeln und festzustellen. Vielmehr sieht er sich in der Nothwendigkeit, über sehr Vieles, was an und für sich allerdings nur Ergebnis wissenschaftlicher Forschung ist, diejenige Meinung auszusprechen, die er im Staate als die richtige angesehen wissen will. Denn außerdem würde an ein gleichförmiges Recht in einem solchen Staate nicht zu denken sein; — der Bürger würde nie darauf rechnen können, daß dieselbe Angelegenheit morgen eben so, wie heute, oder von dem Gerichte B. ebenso, wie von dem Gerichte A. entschieden werden würde, und das ganze Recht läge in den Händen der einzelnen Richter, oder allenfalls des Obergerichtes eines Landes — ein Zustand, der allerdings in vielen Ländern Jahrhunderte lang stattgefunden, den man aber auch allenthalben, und namentlich in Deutschland als einen höchst unbequemen und drückenden erkannt hat. Nicht also das kann man als ein Eingreifen des Staates in die Sphäre der Wissenschaft, oder als eine Hinderung der Fortbildung des Rechtes tadeln, wenn der Staat dem eben bezeichneten Uebel durch gesetzliche Vorschriften abzuwehren sucht. Dessenungeachtet ist nicht zu leugnen, daß hierinnen zu weit gegangen werden kann, und daß eine Art von Gesetzgebung denkbar ist, durch welche die oben bezeichnete Entwicklung des Rechtes gänzlich unmöglich gemacht wird. Es fragt sich also, wo die Grenzlinie ist, innerhalb deren der Gesetzgeber sich halten muß, wenn er die oben angedeuteten Nachtheile der Rechtsungewißheit vermeiden, und doch auch dem Rechtsphilosophen und Richter den Spielraum nicht verkümmern will, der ihm in Bezug auf Fortbildung des Rechtes um des öffentlichen Besten willen gelassen werden muß. Die Antwort auf diese Fragen besteht in Folgendem: Der Gesetzgeber muß auch über den aus der Rechtsphilosophie hervorgehenden Satz sich aussprechen, sofern dieser Satz als Entscheidungsnorm im Staate angesehen werden soll, dennoch aber unter den Philosophen und Rechtslehrern streitig ist. Dagegen braucht er

ihn nicht auszusprechen, wenn derselbe entweder keine Entscheidungsnorm enthält, oder nicht als streitig gelten kann. So würde er z. B. über die Sätze, wodurch das Befugniß des Staates zu strafen, theils in rechtlicher, theils in moralisch-politischer Hinsicht begründet wird, sich nicht zu erklären haben. Denn wiewohl man über jene Sätze in der Wissenschaft nicht ganz einig ist, so geben sie doch keine Entscheidungsnorm ab, ob schon es für den Gesetzgeber selbst von der allerhöchsten Wichtigkeit ist, daß er sich über sie eine feste Ansicht bildet. Dagegen wird derselbe sich nothwendig darüber erklären müssen, was er als Charakter des Strafbaren angesehen wissen will. Denn dieser Satz ist nicht nur streitig, sondern er enthält auch eine Entscheidungsnorm, die um so wichtiger ist, weil es sich als unmöglich darstellt, alle einzelnen Fälle aufzuzählen, in denen gestraft werden soll. Andererseits bedarf es keines Gesetzes, daß derjenige, der das Eigenthum des Anderen muthwilliger Weise verletzt hat, den Schaden zu erstatten verbunden sei. Denn der Satz enthält zwar eine Entscheidungsnorm, aber er ist nicht streitig. (Bisweilen ist es jedoch um des Zusammenhanges der Rede willen erforderlich, auch solche Wahrheiten im Gesetze zu erwähnen). Insbesondere wird der Gesetzgeber sich zu hüten haben, daß er nicht Entscheidungen aufstellt, in welchen er einzelne Fälle unter die Rechtsprincipien subsumirt, d. i. allgemeine Rechtsprincipien auf specielle Fälle anwendet, und dadurch in das Amt des Richters eingreift, oder diesem gewissermaßen vorgreift. Vielmehr wird er sich begnügen müssen, den Grundsatz selbst, nach welchem der Richter entscheiden soll, aufzustellen, insofern es nämlich dem oben Gesagten zufolge dieser Aufstellung bedarf. Die Anwendung aber muß er dem Richter überlassen. Nur bei einer solchen, bloß das Princip bestimmenden, der Anwendung auf den einzelnen Fall aber sich enthaltenden Gesetzgebung bleibt dem Richter die ihm gebührende Freiheit in der Anwendung der Gesetze, welche die nächste und wichtigste Bedingung für die Fortbildung des Rechtes ist. Diese Lehre hängt zusammen mit einer andern Materie, nämlich mit der Frage, wie weit das richterliche Ermessen sich erstrecken könne und dürfe, auch wohl solle oder müsse, wenn der Zweck der Gerechtkeitspflege so vollständig als möglich erreicht werden soll, und welche Schranken ihm zu setzen sind, wenn dieses Ermessen nicht in Willkür ausarten oder doch der Richter sich das Amt des Gesetzgebers anmaßen soll. — Zwei verschiedene Gegenstände, die übrigens nicht verwechselt werden dürfen, kommen hier mit einander in nahe Berührung, nämlich die eigentliche richterliche Beurtheilung, d. i. die Anwendung des Gesetzes auf den Fall, von welchem so eben die Rede gewesen ist, und das richterliche Ermessen im engeren und eigentlichen Sinne, wo der Richter die Gesetzgebung gleichsam ergänzt. Einige Bemerkungen über dieß Letztere werden weiter unten Platz finden.

Allgemeine Regeln bei Abfassung der Gesetze, welche jedoch nicht der Gesetzpolitik und der Gesetzgebungskunst gemeinschaftlich, sondern der letzteren ausschließlich angehören, sind vornehmlich folgende: Jedes Gesetz sei vollständig in sich, d. h. es erschöpfe die Materie, für welche es gegeben ist, dergestalt, daß innerhalb dieses Kreises über den Willen des Gesetz-

gebers kein Zweifel mehr übrig bleibt. Dies ist allerdings eine der schwierigsten Aufgaben, und es fragt sich, auf welche Weise sie zu lösen sei? Zwei Wege scheint es zu geben, auf welchen jene Vollständigkeit erreicht werden kann. Der eine ist der, daß alle nur irgend erdenkbaren Fälle, welche innerhalb der Sphäre, deren Verhältnisse durch das Gesetz bestimmt werden sollen, vorkommen können, aufgesucht und bei jedem Einzelnen die erforderlichen Bestimmungen vom Gesetzgeber ertheilt werden. Der andere ist der, daß man sich bei Abfassung des Gesetzes, ohne sich um die Mannigfaltigkeit der einzelnen Fälle zu bekümmern, ein Schema der verschiedenen Möglichkeiten entwirft, welche innerhalb der durch das Gesetz zu regelnden Verhältnisse vorkommen können, und mit Berücksichtigung dieser Möglichkeiten Grundsätze aufstellt, welche den Gesamtumfang derselben erschöpfen. Der erstere Weg kann nie zu dem erwünschten Ziele führen, denn nie wird es möglich sein, selbst für die einfachsten Verhältnisse des öffentlichen oder Privatlebens alle erdenklichen Fälle in der Phantasie sich zu vergegenwärtigen, oder aus der Erfahrung zu sammeln und zusammenzustellen. Ja, wäre es selbst denkbar, alle jene Verschiedenheiten, die sich bereits ereignet haben, in ein vollständiges Verzeichniß zusammenzubringen, so gibt es doch überall keine Bürgschaft dafür, den nicht der Zufall am nächsten Tage eine neue Form erzeuge, die bisher noch niemals dagewesen ist. Es bleibt also nur der zweite Weg übrig, um den vorgesezten Zweck zu erreichen. Hierbei wird es hauptsächlich darauf ankommen, eine Methode aufzufinden, welche uns in den Stand setzt, die verschiedenen innerhalb des von einem Gesetze zu ordnenden Kreises überhaupt denkbaren Möglichkeiten zu übersehen. — Der gemeinsame Charakter aller Fälle, bei denen eine Thätigkeit des Gesetzgebers eintritt, ist der, daß sie ein menschliches Verhältniß betreffen, für welches zu bestimmen ist, was unter gewissen Umständen entweder von den Unterthanen selbst gethan werden kann und darf, oder soll und muß, oder wornach ihre Handlungen beurtheilt werden sollen, oder was der Staat selbst in Beziehung auf sie thun will. Mithin wird vor allen Dingen bei Abfassung eines Gesetzes dieses Verhältniß selbst ins Auge zu fassen, und es werden die einzelnen Momente zu entwickeln sein, aus denen es besteht. Die erste und allgemeinste Frage also, die der Gesetzgeber an sich selbst zu thun hat, wird die sein: welches der allgemeine Gegenstand, und nächstdem, welches der allgemeine Inhalt des von ihm zu gebenden Gesetzes sei, — ob es sich auf den Staat als Person oder als Anstalt, oder auf die Zwecke des Staates als Gesellschaft — und hier wiederum, ob es sich auf den Justizzweck oder auf den Wohlfahrtszweck beziehe; im letzteren Falle: ob es ein Regierungsgesetz im engeren Sinne, oder ein (Wohlfahrts- oder Sicherheits-) Polizeigesetz sei — ob es die Befugnisse, Rechte und Verbindlichkeiten der Privatpersonen an sich betreffen, oder ob es Vorschriften über die Vollziehung der gesetzlichen Bestimmungen, über die Verwirklichung der Rechte und die Nöthigung zur Erfüllung dieser oder jener Verbindlichkeit, so weit hierbei die Staatsgewalt thätig ist, enthalten solle — ob es die Absicht ist, neue Rechte und Verbindlichkeiten festzusetzen, vielleicht selbst neue Rechtssubjecte zu erschaffen,

die außerdem nicht vorhanden gewesen sein würden, oder nur anderweit schon begründete Rechte und Verbindlichkeiten der Privatpersonen zu erweitern, zu beschränken oder näher zu bestimmen. Er muß sich ferner fragen, welchen Umfang das Gesetz haben soll, theils hinsichtlich des Personenkreises, für den es gegeben wird, theils ob es allgemein gültig oder nur für gewisse Verhältnisse und Zustände geltend sein solle. — Wenn er hierüber mit sich im Klaren ist, so wird es seine anderweite Sorge sein, zu untersuchen, wodurch sich das Verhältniß, welches er durch das Gesetz regeln will, von anderen menschlichen Verhältnissen unterscheidet, und er wird sich der Gründe dieses Unterschiedes so klar als möglich bewußt zu werden suchen müssen. Dieß ist natürlich bei allgemeinen und sehr umfangreichen Gesetzen schwieriger, als bei solchen, die sich nur auf einzelne Zustände und Verhältnisse beziehen, allein es ist auch bei den Ersteren durchaus nicht zu umgehen. Um aber irgend ein factisches Verhältniß in seiner ganzen Vollständigkeit aufzufassen, muß man es in diejenigen Elemente zerlegen, aus denen es besteht, d. h. man muß diejenigen Punkte auffuchen, durch deren Zusammentreffen dasselbe gebildet wird, und ohne welche es entweder gar nicht vorhanden, oder doch ein anderes sein würde, als es ist. Man könnte diese Elemente die Factoren des Verhältnisses nennen. Sie sind mannigfacher Art. Ihre Haupteintheilung ist die in nothwendige und zufällige. Unter den letzteren ist vorzüglich der Umstand von Bedeutung, ob von den Genossen einer gewissen Zeit und Nation Etwas überhaupt als ein Gut, und insbesondere als ein nach Geld abzuschätzendes Gut angesehen wird. So kann namentlich Object vermögensrechtlicher Bestimmungen nur das sein, was nach Geld geschätzt werden kann. Nicht zu allen Zeiten, und nicht bei allen Völkern waren die Ansichten hierüber dieselben. So wird in England und noch in ausgehüterem Sinne in Amerika die Ehre, in einer gewissen Bedeutung dieses Wortes, als ein nach Geld zu berechnendes Gut angesehen, was den Sitten und Gewohnheiten der Deutschen schlechterdings widerspricht. Noch weit unvereinbarer mit unseren Ansichten ist es, ein menschliches Wesen als ein verkäufliches Gut zu betrachten; wogegen andere Völker theils den Sklavenhandel, theils den Kauf und Verkauf der Weiber und Töchter als etwas ganz Natürliches ansehen (vom Weiberverkauf, wiewohl nur als Form der Ehescheidung unter den niederen Classen, gilt dieß noch heut zu Tage in England). Deffentliche Aemter, besonders gewisse Gattungen derselben, waren bei den Römern und sind noch heute bei manchen Völkern ein Gegenstand des Verkehrs, bei anderen würde ein derartiger Vertrag für ein Vergehen geachtet werden. Ganz vorzüglich unterscheidet sich die neuere Zeit von der älteren in Bezug auf diese Ansichten dadurch, daß man in der neueren Zeit die bloße Gelegenheit, Geld zu verdienen, insofern sie auf gewisse äußere Verhältnisse gegründet ist, als ein für sich bestehendes, des Verkehrs unter den Menschen fähiges Gut zu betrachten angefangen hat. Die wichtigsten Beispiele hiervon sind die Firmen der Kaufleute und die kaufmännischen Geschäfte selbst, ganz abgesehen von den Waaren, die in einem solchen Geschäfte vorhanden sind; die Kundschaft eines Kaufmannes

oder Handwerkers (in Frankreich und England sogar eines Advokaten und Notars, ja selbst bisweilen eines Arztes), das Verlagsrecht eines Buches, die Zeitschriften u. s. w. Alle diese Dinge werden verkauft. Ebenso werden Wein- und Bierschenken und dergl. verpachtet, wo nicht etwa die Ausübung eines besonderen, Jemandem vom Staate überlassenen Rechtes, sondern eben nur die Gewohnheit der Menschen, sich dort zu versammeln und Geld zu verzehren, Gegenstand der Pachtung ist.

Eine zweite Hauptregel der Gesetzgebungskunst ist: Das Gesetz sei so abgefaßt, daß dasselbe hinsichtlich der Fassung dem Zwecke angemessen ist, den der Gesetzgeber damit erreichen will. — Es ist hier nicht die Rede von der Zweckmäßigkeit des Gesetzes hinsichtlich seines materiellen Inhaltes, d. i. von der Tauglichkeit der in ihm getroffenen Einrichtung zur Beförderung des öffentlichen Wohles — sondern nur davon, ob die Vorschriften, welche das Gesetz ertheilt, dafern sie befolgt werden, wirklich dasjenige hervorbringen, was der Gesetzgeber unmittelbar beabsichtigt, gleichviel, ob dieß ein passendes Mittel zu Erreichung jenes höheren Zweckes aller Gesetzgebung ist oder nicht.

Ein dritter Grundsatz lautet: Das Gesetz sei so beschaffen, daß der Richter bei der Anwendung desselben auf keine Schwierigkeiten stößt. Es muß also dasselbe deutlich, d. h. zuvörderst, so ausgedrückt sein, daß der Leser dasselbe dabei denkt, was der Schreiber dachte. Auch genügt nicht die bloße Möglichkeit, dasselbe dabei zu denken, sondern es muß eine Unmöglichkeit sein, einen anderen Sinn darin zu finden, als den, welchen der Verfasser damit hat ausdrücken wollen. Die Sorgfalt des Concipienten eines Gesetzes kann hierinnen nicht groß genug sein, und muß sich bis auf die einzelnen Buchstaben und Unterscheidungszeichen erstrecken. So heißt es z. B. §. 28 der Leipziger Wechselordnung: Wenn ein Wechsel auf gewisse Zeit nach Sicht oder auch a vista ausgestellt sei, so solle das und das geschehen. — Hier ist es ein großer Unterschied, ob man bloß nach den Worten: „nach Sicht“ oder auch zugleich nach den Worten: „auf gewisse Zeit“ ein Komma setzt, und abermals läßt es eine verschiedene Deutung zu, wenn man die zwei Worte „nach Sicht“ in das Einzige „Nachsicht“ zusammenzieht, wie es wirklich in einigen Ausgaben jenes Gesetzes steht. — Daß der Gesetzgeber sich des gewöhnlichen, nicht etwa eines nur unter gewissen Ständen oder in gewissen Provinzen üblichen Sprachgebrauches bediene, nicht in gekünstelten, geschraubten und besonders nicht in schwerfälligen Perioden schreiben müsse — daß er, wenn er Worte braucht, über deren Bedeutung man nicht allgemein einverstanden ist, sich zu erklären habe, in welchem Sinne er sie nehme — daß er nicht etwa gar das Gesetz in einer fremden Sprache geben dürfe, versteht sich von selbst. Eine Hauptursache der Undeutlichkeit ist es, wenn Etwas als ein Allgemeingültiges ausgedrückt ist, was nur im Besonderen, oder umgekehrt, als specielle Disposition, was allgemein gültig sein soll. Ist z. B. in einem Gesetze gesagt: „Die Vormünder der Unmündigen sollen sich zur Erhebung von Capitalien ihrer Mündel zuvörderst eine besondere Autorisation von der Obrigkeit geben lassen, und ohne diese nicht berechtigt sein, gültig zu

quittiren“, so ist ein specieller Fall bezeichnet, obgleich der Verfasser voraussetzlich einen weit allgemeineren im Sinne hatte, und das Gesagte nicht nur von Vormündern der Unmündigen, sondern auch von Vormündern der Abwesenden, Wahnsinnigen, erklärten Verschwender u. s. w. verstanden wissen wollte. Verordnet aber ein Gesetzgeber: „Wenn der Vater eines unehelichen Kindes verstorben ist, so tritt die Verbindlichkeit der Mutter ein, das Kind aus ihren eigenen Mitteln zu erziehen“; so findet der umgekehrte Fall statt. Hier hat er nämlich muthmaßlich nur gemeint: „Wenn der Vater eines unehelichen Kindes ohne Vermögen zu hinterlassen verstorben ist, so tritt“ u. s. w. Denn kaum hat es wohl seine Absicht sein können, die Erben des vermögenden Vaters von jener Verbindlichkeit zu befreien. Sein Ausdruck deutet also hier einen allgemeinen Fall an, aber er hat einen besonderen im Sinne gehabt.

Es ist aber zur Deutlichkeit eines Gesetzes nicht hinreichend, daß man sofort beim Lesen denselben Sinn mit den Worten verbindet, den der Verfasser damit verbunden hat, sondern es muß auch der Letztere selbst sich das, was er hat sagen wollen, deutlich gedacht haben. Hierbei sind hauptsächlich folgende Vorsichtsmaßregeln wichtig: 1) Der Verfasser eines Gesetzes muß sich die einzelnen Punkte desselben stets in ihrer Verbindung unter einander vorstellen, damit er nicht Unnötiges oder gar Unvereinbares und Widersprechendes verordne. Eine Hauptveranlassung zur Undeutlichkeit dieser Art ist es, wenn Mehrere hinter einander an einem Gesetze arbeiten, und Jeder, um seinen Scharfsinn zu beweisen, etwas in dasselbe hineinverwirrt, ohne doch vollständig in die Idee des ursprünglichen Concipienten einzugehen. Bei den Landtagsverhandlungen wird häufiger gegen die obige Regel gefehlt, als man gewöhnlich glaubt. 2) Man muß, wenn man für mehrere ähnliche Verhältnisse eine gemeinsame Regel aufstellen will, vorher wohl untersuchen, ob diese Verhältnisse hinsichtlich des Punktes, den die Regel betrifft, auch wirklich ganz gleichartig sind. So ist in der sächsischen Prozeßordnung von 1724, Tit. 18, §. 4, die Verfügung getroffen, daß Altersvormünder die Eide, die ihnen in Sachen ihrer Mündel angetragen werden, nicht zu schwören brauchen, sondern verlangen können, daß der Schwur bis zum 18. Jahre der Mündel aufgeschoben und es diesen überlassen werde, ob sie ihn dann leisten wollen oder nicht. Bei Altersvormündern ist nun diese Disposition gar nicht unzweckmäßig; auf einmal aber erstreckt sie der Gesetzgeber auf die Vormünder Wahnsinniger und abwesender Personen. Nun wird sie allerdings bedenklich und fast unausführbar. Die Verhältnisse des Unmündigen und des Wahnsinnigen oder des Abwesenden haben nämlich zwar darinnen Ähnlichkeit, daß alle drei Classen von Personen Vormünder haben; allein zu welcher Zeit der Unmündige sein achtzehntes Jahr erreichen werde, das weiß man; ob aber der Wahnsinnige jemals seinen Verstand wieder bekommen werde, ob der Verschollene jemals zurückkehren werde, das weiß man nicht. Man kann also auch seinem Vormunde nicht, wie dem Vormunde des Unmündigen gestatten, die Eidleistung auszusagen, bis bereinst einmal der Pflegebefohlene den Eid selbst zu

leisten im Stande sein wird, sonst thut man dem Prozeßgegner ein sehr großes Unrecht, weil dieser nun die Geltendmachung seines Anspruches auf eine unbestimmte Zeit hinausgeschoben sieht. 3) Wenn man Bestimmungen über das gibt, was in einem gewissen Falle geschehen oder nicht geschehen soll, so muß man genau Acht haben, ob der Richter durch diese Bestimmungen auch in den Stand gesetzt ist, zu erkennen, ob der Fall des Gesetzes wirklich eingetreten, oder auch, ob im einzelnen Falle Alles geschehen sei, was das Gesetz verlangt. — In manchen Gesetzen ist z. B. unter Berücksichtigung der Standesverschiedenheit bestimmt, wie viel Jeder im Spiele verlieren darf. Es ist etwa für strafbar erklärt, wenn ein Edelmann mehr als Einen Thaler, ein vornehmer Bürger mehr als 12 Groschen, ein Handwerksmann mehr als 4 Groschen, ein Bauer mehr als 1 Groschen monatlich im Spiele verliert. Ob nun ein solches Gesetz so zu verstehen sei, daß man Gewinn und Verlust des ganzen Monats zusammenrechnen, und nun der Verlust nach Abzug des Gewinnes nicht mehr als Einen Thaler u. s. w. betragen soll (wo also im Laufe des Monats Jemand straflos 1000 Thaler verpielen könnte, weil er bis zu Ende des Monats immer noch 999 Thaler wieder gewinnen könnte), oder ob der Verlust, abgesehen vom etwaigen Gewinne, sich nicht über einen Thaler belaufen soll, das kann der Richter aus den Worten des Gesetzes nicht entnehmen. Eine solche Verordnung würde also fehlerhaft abgefaßt sein. 4) Vielleicht die wichtigste von allen hierher gehörigen Regeln, wenigstens diejenige, deren Nichtbeachtung die meisten Ungewissheiten und Zweifel bei Anwendung der Gesetze herbeiführt, ist die, daß der Gesetzgeber sich auf eine solche Weise ausdrücke, daß man sogleich erkennt, zu welcher Gattung von Gesetzen seine Verordnung gehört. Denn die Wirkung eines Gesetzes ist ungemein verschieden, je nachdem man es zu der einen oder zu der anderen Classe rechnet. Es ließe sich dieß von allen verzeichneten Verschiedenheiten gesetzlicher Verordnungen nachweisen. Der Kürze halber mögen jedoch nur einige der wichtigeren Beispiele hier Platz finden, aus denen zugleich erhellt, wie sehr der Verfasser eines Gesetzes bei der Wahl seiner Ausdrücke darauf Rücksicht nehmen muß, welcher Classe von Verordnungen diejenige angehört, die er eben unter der Feder hat. — Vor allen Dingen muß erkennbar sein, ob ein Gesetz eine Vorschrift des öffentlichen Rechtes, oder eine solche enthalte, die zugleich Privatrechte und Verbindlichkeiten erzeugen soll. Es hat z. B. Jemand gegen das Zollgesetz unverzollte Waaren in das Land gebracht, und verkauft sie nun natürlich wohlfeiler, als andere Kaufleute, die ihre Waare gehörig verzollten. Die Vorräthe der Letzteren sind deshalb vielleicht unverkauft geblieben und verdorben. Ist jenes Zollgesetz bloß eine Vorschrift des öffentlichen Rechtes, so findet natürlich kein Schadenerspruch von Seiten der anderen Kaufleute gegen den Zolldefraudanten statt. Gehört es aber gleichmäßig dem Privatrechte an, so würde auch der Schadenerspruch stattfinden. Noch zweifelhafter wäre der Fall, wenn Jemand das in vielen Ländern existierende Gebot, einem in Lebensgefahr befindlichen Menschen, wenn es ohne eigene Gefahr geschehen kann, beizustehen, unbefolgt gelassen hätte, und deshalb z. B.

ein Familienvater umgekommen wäre, und nun die Frage entstände, ob die Familie des Verunglückten einen Anspruch gegen den Uebertreter des Gesetzes habe, daß dieser ihnen, die ihren Versorger verloren haben, einen Beitrag zu ihrer Ernährung geben solle. Ebenso muß aus der Fassung des Gesetzes selbst hervorgehen, ob es ein dispositives, regulatives oder ordinatives (diese Ausdrücke in dem oben angegebenen Sinne genommen) und, wenn ein ordinatives, ob ein Präceptiv- oder Prohibitivgesetz — ferner in allen Fällen, ob es ein absolutes oder ein hypothetisches, ein bedingtes oder ein unbedingtes sei — namentlich auch, ob gewisse Erfordernisse, die der Gesetzgeber aufstellt, als Bedingungen der Gültigkeit des Geschäftes, als Bedingungen, unter welchen eine Strafe eintreten soll u. s. w., zu achten seien, oder ob sie nur Vorschriften enthalten, wodurch etwa der Beweis einer Thatsache gesichert werden soll. So ist in manchen Ländern z. B. die Anwesenheit einer gewissen Anzahl von Zeugen bei einem Kaufe nicht Bedingung der Gültigkeit des Kaufes, sondern nur als Mittel zum Beweise vorgeschrieben, und räumt der Gegner das wirkliche Zustandekommen des ohne Zeugen abgeschlossenen Kaufes ein, so besteht das Geschäft. Bei einem Privattestamente hingegen ist die Gegenwart besonders erbetener Zeugen eine Bedingung von solcher Wichtigkeit, daß wenn nur ein einziger an der vorgeschriebenen Zahl gefehlt hat, das Testament ungültig ist, wenn auch über den Willen des Testators nicht der mindeste Zweifel obwaltete. — Bei den verbietenden oder Prohibitivgesetzen ist auf das Sorgfältigste auszudrücken, ob eine Handlung im Allgemeinen als verboten, und nur vielleicht unter gewissen Umständen ausnahmsweise als erlaubt anzusehen, oder ob sie im Allgemeinen erlaubt und nur unter gewissen Umständen oder gewissen Classen von Personen verboten sein soll. — Bei Regulativ- und Dispositivgesetzen, wie dieß alle civilrechtlichen Gesetze sind, werden Ausdrücke, welche ein Gebot oder Verbot enthalten, für schlechterdings fehlerhaft zu achten sein.

Auch das ist von vorzüglicher Wichtigkeit, daß aus den Worten des Gesetzes sogleich erkennbar sei, ob es unbeschränkte Geltung haben solle, oder ob es bloß für gewisse Verhältnisse und Zustände gegeben, oder ob es vielleicht auch hinsichtlich des Personenkreises beschränkt sei, ob es für die Staatsbürger nur im Staatsgebiete, oder auch außerhalb desselben gelten solle u. s. w. — Diese Beispiele ließen sich allerdings sehr vermehren, und wie schon bemerkt, durch alle verschiedenen Classen der Gesetze durchführen. Es werden jedoch die hier bemerkten wenigen Fälle hinreichen, um zu zeigen, theils wie wichtig es sei, daß der Gesetzgeber in dieser Hinsicht nichts vernachlässige, theils was er zu thun habe, um seinen dießfalligen Pflichten zu genügen.

Einige specielle Regeln, welche bei Abfassung von Gesetzen zu beobachten sind: 1) Definitionen in einem Gesetze anzubringen, ist zweckwidrig. Denn das Gesetz ist nicht vorhanden, um zu belehren, und den Verstand aufzuklären, sondern (wenigstens sofern es Gesetz im eigentlichen Sinne ist) Norm für Handlungen oder für die Beurtheilung von Handlungen zu sein. Dessen ungeachtet kann ausnahmsweise der Fall vorkommen, daß der Gesetzgeber sich erklären muß,

was er unter diesem oder jenem Ausdrücke versteht, nämlich dann, wenn man nicht allgemein über die Bedeutung eines Wortes einverstanden ist, der Eine dieß, der Andere jenes darunter versteht, und es also nothwendig wird, daß der Leser erfahre, was sich der Gesetzgeber darunter gedacht hat. Aber dieß ist nur Ausnahme; die Regel bleibt, daß Definitionen vermieden werden müssen. Am meisten ist darüber gestritten worden, ob in den Criminalgesetzbüchern die Definitionen der einzelnen Verbrechen aufgenommen werden sollen. Der Streit würde gar nicht haben vorkommen können, wenn man nicht bisher beinahe stets die wohl kaum richtige Ansicht befolgt hätte, in den Criminalgesetzbüchern nur das zweite Element der Strafgesetze, die Strafbestimmung, aufzunehmen, und das erste und wesentlichste, das absolute Verbot, hinwegzulassen, indem man voraussetzte, daß sich dieses von selbst verstünde, was auch allerdings oft, aber doch nicht immer der Fall ist. 2) Bei manchen Geschäften sind, wie schon bemerkt, gewisse Formen vorgeschrieben, deren Beobachtung als Bedingung der Rechtsbeständigkeit des Geschäftes selbst gilt, und die man Solennitäten nennt, z. B. daß gewisse Verhandlungen eine Rechtswirkung nur dann hervorbringen, wenn sie vor Gericht oder auch vor einer anderen Behörde, oder vor Notar und Zeugen, oder doch vor Zeugen, oder auch schriftlich vollzogen worden sind. Großentheils sind diese Solennitäten Ueberbleibsel von alten, längst verschwundenen Einrichtungen, wie dieß namentlich der Fall bei den zur Errichtung von Privattestamenten nach gemeinem Rechte nöthigen sieben Zeugen ist. Eigentlich gibt es für Beibehaltung und ebenso für die neue Einführung solcher Solennitäten nur einen oder höchstens zwei vernünftige Gründe. Der hauptsächlichste ist, daß diejenigen, welche das Geschäft vollziehen, durch die Nothwendigkeit, jene Solennitäten zu beobachten, genöthigt oder wenigstens erinnert werden, das Geschäft selbst genauer zu überlegen, um sich vor Uebereilungen zu hüten. Ein zweiter Grund, besonders wo die schriftliche Erklärung zur Rechtsbeständigkeit eines Geschäftes erfordert wird, ist, daß sofort eine klare Bescheinigung dessen, was die Parteien verhandelt haben, vorliege, und es keines weitläufigen, kostspieligen und vielleicht zweifelhaften Beweises bedürfe. Außer diesen beiden Fällen die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes an Solennitäten zu knüpfen, ist stets bedenklich. Wenn aber auch der letzte dieser Gründe wirklich eintritt, so muß doch die Förmlichkeit, soll sie als Solennität, als Bedingung der Gültigkeit des Geschäftes gelten, ausdrücklich als solche bezeichnet werden. Denn an und für sich, und wenn die Förmlichkeit bloß um des Beweises willen vorgeschrieben ist, bleibt, auch wenn sie nicht beachtet worden ist, dennoch das Geschäft gültig, dafern sein Inhalt ohne Beweis schon gewiß ist, z. B. wenn ihn der andere Theil zugesteht. 3) Der Gesetzgeber versuche nicht durch gesetzliche Bestimmungen festzusetzen, was nur durch richterliches Ermessen bestimmt werden kann, und überlasse nicht dem richterlichen Ermessen, was seiner Natur nach der Feststellung durch den Ausspruch des Gesetzgebers bedarf. Was sich im Allgemeinen bestimmen läßt, namentlich das Rechtsprincip, darf nie in das Ermessen des Richters gestellt — nie darf es diesem überlassen bleiben, z. B. zu bestimm-

men: ob dieser oder jener Classe von Forderungen im Concurse ein Vortzug vor der anderen gebühre, ob eine weder durch ein ausdrückliches Verbot untersagte, noch nach allgemeinen Grundsätzen für untersagt zu achtende Handlung für strafbar erklärt werden solle u. s. w. — Dagegen muß es dem Richter stets überlassen sein, dasjenige für den speciellen Fall zu bestimmen, was nur in Bezug auf diesen bestimmt werden kann, und wofür sich im Allgemeinen keine Bestimmung geben läßt. Er wird also nicht etwa nur die allgemeinen Grundsätze auf den Einzelfall anzuwenden haben (wovon schon oben die Rede gewesen ist), sondern es kommt ihm außerdem noch zu, diejenigen Größen zu bestimmen, für welche, weil sie aus zu vielfachen und allzusehr dem Zufall und dem Wechsel unterworfenen Factoren gebildet worden, keine Formel der Berechnung, sondern nur ein Princip der Abschätzung aufgestellt werden kann. Dahin gehören z. B. die Wichtigkeit eines Verdachtsgrundes, der Betrag dessen, was ein Mensch zu seiner Ernährung braucht, die Größe einer willkürlichen Strafe, die Zeit, die Jemandem zu Vollendung einer Leistung zu gestatten ist u. dergl. Dieß, — diese Abschätzung solcher ihrer Natur nach nicht genau zu berechnenden, sondern eben nur einer Abschätzung fähigen Größen in den Rechtsverhältnissen — ist das wahre Feld des richterlichen Ermessens im eigentlichen Sinne. Damit dieses Ermessen aber nicht in Willkür ausarte, muß der Gesetzgeber dem Richter die Grundsätze vorschreiben, nach denen dieser für den speciellen Fall eine derartige Größe zu bestimmen hat. Das richterliche Ermessen und die Beurtheilung, ob und in welcher Maße ein Gesetz überhaupt auf den Fall angewendet werden könne, sind also, wie schon oben bemerkt, nicht mit einander zu verwechseln, obgleich ein ungenauer Sprachgebrauch beide oft mit einem und demselben Namen bezeichnet. 4) Sehr oft wird der Gesetzgeber durch irgend einen speciellen Fall veranlaßt, eine gesetzliche Verordnung ergehen zu lassen. Hierin liegt an sich nichts Tadelnswerthes; wohl aber muß er sich sehr in Acht nehmen, daß er sich nicht durch die Besonderheiten eines solchen Einzelfalles verleiten läßt, auch das Gesetz nur mit Berücksichtigung jener Besonderheiten abzufassen, wodurch es gewöhnlich unbrauchbar wird. 5) Wenn ein Gesetz in irgend einer speciellen Materie gegeben, oder ein älteres Gesetz abgeändert wird, so muß man sich sorgfältig bemühen, die neuen Bestimmungen so einzurichten, daß sie nicht etwa mit anderen gesetzlich noch feststehenden Rechtsätzen in Widerspruch kommen. Freilich ist, um solchen Widerspruch zu vermeiden, vor allen Dingen eine umfassende Kenntniß des bestehenden Rechtes nöthig; nützlich aber ist es bei dergleichen speciellen Gesetzen, alle Ausdrücke zu vermeiden, welche den darinnen ausgesprochenen Principien das Ansehen geben können, als ob sie allgemeine Geltung auch über den Kreis des Gesetzes hinaus haben sollen. 6) Nächstdem muß man bei speciellen Gesetzen, vorzüglich, wenn sie für gewisse besondere Zustände der Menschen bestimmt sind, — z. B. bei Gesetzen für die Studenten auf einer Universität — stets von der Ansicht ausgehen, sie als Ausnahmen von dem allgemeinen Rechte zu betrachten; außerdem hat man weder eine feste Grundlage für seine Dispositionen, noch einen Maßstab, wie weit man

in der Aufstellung der Rechtsätze vom Besonderen auf das Allgemeine zurückgehen soll. 7) Die Anwendung der Gesetze wird ungemein erschwert, wenn man neue Gesetze gibt, und ältere über denselben Gegenstand daneben theilweise fortbestehen läßt, also ein kurzes Gesetz etwa mit den Worten schließt: „Insoweit die hier gegebenen Verordnungen und die daraus sich ergebenden Folgerungen mit dem Inhalte der nachverzeichneten früheren zwölf Gesetze unvereinbar sind, werden die Letzteren hiermit aufgehoben, im Uebrigen aber behalten sie ihre Geltung.“ Weit besser thut man, wenn man die ganze Materie in ein neues Gesetz zusammenfaßt, und die früheren Verordnungen gänzlich aufhebt. Günther.

Gesinde, Miethgesinde, Dienstgesinde, Dienstboten, Domestiquen (in der feinem Umgangssprache: Dienerschaft, veraltet: Bröbblinge, provincieel, z. B. in manchen Theilen Bayerns: E gehalten, im mittelalterlichen Latein: Gasindi, Valeti¹⁾) diejenige Hausdienerschaft, welche sich zu geringeren häuslichen Diensten durch den Dienstcontract verbindlich gemacht hat. Hausdienerschaft in der weitesten Bedeutung begreift nämlich die Personen der häuslichen Gesellschaft, welche sich bei einer Hausherrschaft, vermöge des Dienstcontractes, auf eine entweder sofort bestimmte oder von der Aufkündigung abhängige Zeit gegen Lohn und Kost, zu gewissen häuslichen auch feldwirthschaftlichen Geschäften vermietet haben. Je nachdem diese Geschäfte eine höhere, geistige, namentlich wissenschaftliche Bildung erheischen, oder nicht, pflegt man diese Mitglieder der Dienerschaft Hausofficianten, Hausgenossen, zu nennen, z. B. Privatsecretärs, Hofmeister, Verwalter, Gouvernanten u. s. w., oder Gesinde²⁾). Wenn auch, vorzüglich im Interesse der Hausofficianten, die Begründung dieser Eintheilung mehr auf die Qualität der zu leistenden Dienste, als auf die Aufnahme in Kost und Lohn und auf den Eintritt in den äußeren Familienverband, getadelt worden ist³⁾, so entspricht sie doch der Erfahrung, und schwer würden diese vorgeschlagenen Theilungsgründe überall anwendbar sein, da die Verhältnisse der Hausofficianten in den verschiedenen häuslichen Krei-

1) Die Literatur, so weit nicht bei einzelnen Materien die Schriften nachstehend angeführt sind, bietet uns vorzüglich Folgendes dar: Ludovici, de iure et iurisprudencia domestica. Hal. 1703. Bechmann, de iure famulorum. Boeckelmann, de iure famulorum. Scheffer, de iure famulorum. Tub. 1730. Stryk, de iure domesticorum. Harprecht, de iure domesticorum. Ahasv. Fritsch, famulus peccans. Dorn, Versuch einer ausführlichen Abhandlung des Gesinderechtes. Erlangen 1794. (diese letzte Schrift bis jetzt unter allen die vorzüglichste, obgleich nunmehr in vieler Hinsicht veraltet). Krüniz, das Gesindewesen nach Grundätzen der Deconomie und Polizei. Berlin 1799.

2) Die zu jeder dieser beiden Arten gehörigen Personen versucht speciell aufzuführen: Fischer, im Lehrbegriff sämtlicher Cameral- und Polizeirechte Bd. 1, §. 1323 und 1324. Vgl. auch Hagemann, Handbuch des Landwirthschaftsrechtes §. 58. Glück, Pandectencommentar Th. 2, §. 121, C. 154.

3) Vorzüglich von v. Oppen, in den Beiträgen zur Revision der Gesetze (Köln 1833), Nr. 4, Gesinderecht.

sen allzu verschieden gestellt sind. Unbemerkt kann aber nicht bleiben, daß allerdings häufig die Hausofficianten nicht in der Kost der Herrschaft sind. Es werden auch, inwiefern nicht die höhere Bildung der betheiligten Personen durch sich selbst hier und da eine billige Berücksichtigung in Anspruch nimmt, beide Arten der Hausdienerschaft gemeinrechtlich nach denselben Principien beurtheilt. Das Gesinde pflegt übrigens, je nachdem es zu häuslichen oder landwirthschaftlichen Arbeiten verwendet wird, als Haus- oder Hofgesinde bezeichnet zu werden. Dieser letzte Ausdruck in der Bedeutung von „Dienerschaft eines fürstlichen Hofes“ ist veraltet. Das Wort „Gesinde“ selbst verdankt seinen Ursprung unstrittig dem oben erwähnten mittelalterlichen Gasindi und wird irrig von „gesendet“ abgeleitet⁴⁾.

Bei den Römern war der Stand der Dienstboten, als freier Menschen, ganz unbekannt; die diesen bei uns obliegenden Geschäfte verrichteten Sklaven. Nur mit großer Vorsicht können daher die römischen Gesetze auf die teutschen Verhältnisse angewendet werden⁵⁾. Dagegen war bei den rohen Germanen, wo ein förmliches Hauswesen noch nicht stattfand, in den frühesten Zeiten von keinem Dienstverhältnisse zu Besorgung der häuslichen Geschäfte die Rede. Sobald sie aber durch die Bekanntschaft mit anderen Völkern, namentlich mit den Römern, mehrere Bedürfnisse hatten kennen lernen, bildete sich bei ihnen für häusliche und wirtschaftliche Dienste das Leibeigenschaftsverhältniß aus, das jedoch immer mehr verschwand, je mehr die Städte emporkamen und man die auf dem Lande von Leibeigenen bis dahin gefertigten Gegenstände von der städtischen Industrie wohlfeiler und besser beziehen konnte. So entstand als eine mildere Gestalt des Leibeigenschaftswesens der Zwangdienst (s. den Art. Frohnen und Dienste⁶⁾ Bd. 4, S. 405) und mit ihm das Gesindewesen selbst⁷⁾.

Das Gesindeverhältniß in Deutschland wird nach seiner jetzigen Stellung durch eine eigene Art von Vertrag begründet, der in der Hauptsache der römischen *locatio conductio operarum* entspricht. Dadurch aber, daß das Gesinde noch bis jetzt — der Zeitgeist mäkelte offenbar auch an diesem Verhältnisse — zur Familie selbst mitgerechnet, namentlich eine gewisse Unterwürfigkeit des Gesindes unter die Herrschaft und darum eine gewisse strengere Disciplin gefordert wird, dann durch den Einfluß des Dienstbotenverhältnisses auf die Familie selbst

4) J. B. von Krug, im encyclopädisch-philosophischen Lexikon u. d. B. Gesinde. Du Fresno, in seinem Glossarium, unter dem Worte *Gasindus*, erwähnt mehrere Etymologien, die nur beweisen, daß man nichts Gewisses darüber weiß. Zuerst kommt danach das Wort in einem longobardischen Gesetze vor, und die wahrscheinlichste Ableitung bleibt die von dem alten sächsischen Worte *hinde* (*famulus*) und *case* (*casa, domus*) — Hausdiener.

5) Runde, Grundsätze des gemeinen teutschen Privatrechtes §. 200. Danz, Handbuch dazu Bd. 2, S. 251.

6) Die Behandlung des Gesindezwanges ist daher von diesem Artikel ausgeschlossen.

7) Hagemann a. a. D.

und auf die Landescultur, nimmt jenes Verhältniß eine Menge polizeilicher Rücksichten in Anspruch, welche particularrechtlich mehr oder minder das Gesinderecht selbst modificiren⁸⁾. So entstand ein Schwanken in der neuesten Gesetzgebung zwischen zwei Extremen⁹⁾. Das Eine, das Leibeigenschaftsverhältniß vor Augen habend, setzte, besonders rücksichtlich des Zwangdienstes auf dem Lande, das Gesinde in eine allzu große Abhängigkeit von der Herrschaft. Das Andere, das, namentlich in Frankreich, Nordamerika und, von Ersterem ausgehend, in den teutschen Rheinprovinzen, jene teutsche Abhängigkeit des Gesindes von der Familie ganz umging, stempelte lediglich den Miethcontract zur Norm für das ganze Verhältniß¹⁰⁾. Nur ein Amalgamiren beider Verhältnisse, wie solches in Particulargesetzen und Ortsgewohnheiten sich häufig in Deutschland eingerichtet hat, kann den richtigen Zustand bilden, obgleich sich dadurch, bei den so abweichenden Bestimmungen der einzelnen Statuten, allgemeine germanische Rechtsgrundsätze nicht aufstellen lassen¹¹⁾, ein ausreichendes gemeinsames Recht sich nicht bilden konnte, dieses daher nur wenige Ausbeute gibt. Vielmehr wird da, wo eine umfassende Gesinderechtsgesetzgebung mangelt, neben dem gemeinen Rechte die Berücksichtigung der Ortsgewohnheiten und Particularpolizeigesetze¹²⁾ stets nothwendig¹³⁾.

Gründet nun in der Hauptsache sich das Gesindeverhältniß auf den Dienstcontract, so ist es die Dispositionsfähigkeit des Einzelnen über seine Person und Kräfte, durch welche auch die Eingehung eines solchen Miethvertrages bedingt ist. Als Gesinde können sich daher in elterlicher Gewalt befindliche Kinder nur mit Zustimmung des Vaters, bezüglich der Mutter, minderjährige Waisen, überhaupt unter Vormundschaft stehende Personen nur mit Genehmigung des Vormundes, Ehefrauen nur unter Beitritt ihrer Ehemänner, in Gegenden, wo der Gesindezwang besteht, die Kinder der Untertanen nur mit Erlaubniß des Grundherrn vermieten¹⁴⁾. Eine besondere Form ist zu Abschließung

8) *Mittlermaier*, Grundsätze des teutschen Privatrechtes §. 294. *Schweppe*, das römische Privatrecht Bd. 3, §. 472.

9) *Reidtel*, Untersuchungen über einige Grundlagen der Strafgesetzgebung (Leipzig 1840), S. 251.

10) Sehr gut ist dies herausgesetzt in der *Reension über die oben Note 3, S. 768* erwähnte *Dppen'sche* Schrift in der *Halle'schen allgemeinen Literaturzeitung* 1836, *Ergänzungsbl. Nr. 13*, S. 100 flg.

11) *Danz a. a. D.* S. 252.

12) Solcher älteren Polizeigesetze sind viele bei *Fischer a. a. D. §. 1321 u. 1322* aufgeführt. Mehrere neuere Schriften darüber sind verzeichnet in *Ersh, Literatur der Jurisprudenz und Politik*, fortges. von *Koppe* (Leipzig 1823), S. 288, *Nr. 2655—2661* u. S. 543 flg., *Nr. 1725—1734*, welchen nur die *Abhandlung IV. in Martin, Jahrbücher der Gesetzgebung und Rechtspflege in Sachsen Jahrg. 1* (Neustadt a. d. D. 1829), S. 23 flg., beizufügen ist. Neuerlich ist der Gegenstand öfter gelegentlich in Schriften über *Pauperismus, Staatswohlfahrt* u. s. w. besprochen worden, z. B. in *Wodg=Reymond, Staatswesen und Menschenbildung* umfassende Betrachtungen Bd. 2. Berlin 1837.

13) *Pagemann a. a. D. §. 59. Glück u. Runde a. a. D.*

14) *Pagemann a. a. D. §. 60. Fischer a. a. D. §. 1325.*

des Vertrages nicht erforderlich; doch wird er mit Hausofficianten, häufig in Form einer Instruction für diese, schriftlich¹⁵⁾, mit Haus- und Hofgesinde in der Regel mündlich abgeschlossen. Auch ist an manchen Orten die Giltigkeit des Miethvertrages mit Gesinde von der Verabreichung einer arrha (s. den Art. Bd. 1, S. 459), hier Dienst-, Haft- oder Miethgeld, Miethpfennig genannt, von Seiten des Herrn an den Diensthoten¹⁶⁾, abhängig. Größtentheils aber wird das Miethgeld nicht auf den nachmals zu zahlenden Lohn angerechnet, sondern als ein besonderes Gratial angesehen, muß auch an einigen Orten bei Fortsetzung des bereits bestehenden Miethcontractes jährlich wieder gegeben werden, an anderen Orten bloß bei Miethung eines neuen Diensthoten. Die Eingehung des Dienstvertrages erfolgt nämlich ausdrücklich oder stillschweigend, das Letztere besonders dann bei Fortsetzung des Dienstvertrages, wenn der Diensthote nach Beendigung der früheren Dienstzeit im Dienste verbleibt¹⁷⁾. Außerdem endigt der Dienst, ohne daß es einer besonderen Aufkündigung bedarf, mit Ablauf der durch Vertrag oder nach bestehender Ortsgewöhnheit bestimmten Dienstzeit¹⁸⁾. Auch kann sich in diesem Falle der Diensthote, ohne seinem Dienstherrn etwas zu sagen, und ohne daß diesem die römische actio de servo corrupto dießfalls zu steht¹⁹⁾, für die Zeit nach Beendigung seines dormaligen Dienstes weiter vermietthen²⁰⁾. Doch bestimmen oft Ortsgebräuche oder Ortsgesetze ausdrückliche Aufkündigung und ausdrückliche Miethcontractserneuerung. Hat der Diensthote sich an mehrere Herrschaften zugleich vermietthen, so geht diejenige vor, mit welcher er den Contract zuerst abgeschlossen hat²¹⁾.

Durch den Dienstvertrag erhält, wenn nicht ein anderes darin bedungen ist, das Gesinde die Verpflichtung, alle häuslichen und, ist das Gesinde in eine Feldwirthschaft gemietthen, alle zur Feld-, Wiesen- und Holzwirthschaft gehörigen, erlaubten Geschäfte, nach Anordnung der Herrschaft, — Hausofficianten haben dieß nicht, außer im höchsten Nothfalle zu thun²²⁾ — mit Fleiß und Aufmerksamkeit zu verrichten und der Herrschaft in allen erlaubten Sachen Gehorsam und Achtung zu beweisen. Insonderheit ist dasselbe zur Treue gegen die Herrschaft verpflichtet und muß daher jeden Schaden vor Letzterer abzuwenden suchen²³⁾. (Wegen des, unter dem Hausdiebstahle begriffenen Gesinde-diebstahles s. den Art. Diebstahl Bd. 3, S. 423.) Den von dem

15) Fischer a. a. D. §. 1351.

16) Pagemann a. a. D. §. 59. Fischer a. a. D. §. 1323.

17) Pagemann a. a. D. §. 60. Mevii decisiones P. II. dec. 381.

18) Mevius in cit. dec. 381.

19) Leyser, meditationes ad P. Vol. II. spec. 124. med. 8. gegen Mevius l. c. P. II. decis. 385. und Stryk, us. mod. τ. Lib. XI. Tit. 3. §. 6.

20) Mevius l. c. P. II. decis. 381 u. 379. P. IV. dec. 384. nr. 2. 3 u. 4.

21) Pagemann a. a. D.

22) Fischer a. a. D. §. 1351.

23) Fischer a. a. D. §. 1337. Pagemann a. a. D. Glück a. a. D. Bd. 2, §. 121, S. 155, 156.

Gesinde selbst angerichteten Schaden muß es, wenn der Schade von ihm aus Vorsatz, grober oder mäßiger Schuld (*culpa levis et lata*) verursacht wurde, der Herrschaft ersetzen. Geringe Versehen (*culpa levissima*) gewährt es nur dann, wenn es gegen den Befehl der Herrschaft gehandelt oder ohne Auftrag ihm nicht obliegende Geschäfte besorgt, oder sich zu Arbeiten, welche einen vorzüglichen Grad von Aufmerksamkeit erfordern, ausdrücklich vermiethet hat²⁴). Indeß wird hierbei wegen der vorwaltenden häuslichen Verbindung gewöhnlich durch die Billigkeit die Strenge des Rechtes gemildert²⁵).

Die Dienstherrschaft hingegen wird durch den Dienstvertrag verbindlich,

1) dem Gesinde Kost und Lohn, je nachdem sie verabredet sind, oder Erstere nach Ortsgewöhnheit und zwar, wenn die Kost in natura bedungen ist, dieselbe in den am Orte des Dienstes für Gesinde üblichen Speisen, bis zur Sättigung, wenn Kostgeld statt ihrer ausgemacht ist, dieses nebst dem Lohne, den etwa versprochenen Geschenken und, wenn dem Gesinde Kleidung zugesagt wurde, welches vorzüglich bei Ktoreebedienten geschieht, auch solche prompt zu den bestimmten Zeiten zu verabreichen²⁶). Ob die Herrschaft Weihnachts-, Neujahrs-, Mess- oder Jahrmarttsgeschenke zu geben schuldig sei, wenn solches nicht verabredet ist, dieß kann nur dann streitig werden, wenn an einem Orte dergleichen Geschenke in der Regel gewöhnlich sind, wo dann die Entscheidung darnach zu geben ist, ob ausdrückliche oder ungeschriebene Gesetze eine solche Liberalität zur Zwangspflicht gemacht haben²⁷). Keinen Falles aber kann gemeinrechtlich — Particularrechte ändern dieß häufig — der Diensthote, der vor dem Eintritte der erwähnten Tage den Dienst verläßt, jene Geschenke ganz oder theilweise verlangen, da sie nicht eher, als mit diesen Tagen fällig sind. Der bedungene Lohn sammt Kost müssen, wenn der Dienstherr stirbt, auf die bedungene Zeit von dessen Erben gemeinrechtlich²⁸) — das Sachsenrecht²⁹) und mehrere andere Particularrechte machen hier eine Ausnahme — dem Diensthoten gewährt werden, vorausgesetzt, daß nicht die Lage des Dienstherrn von der Art war, daß der Diensthote bei Schließung des Dienstcontractes von der Ansicht der Endigung desselben sogleich mit dem Todesfalle ausging. Stirbt aber der Diensthote vor Beendigung seines Dienstes, so hört, da er die Dienste nicht mehr leisten kann, der Lohn dafür auch mit dem Tode auf. Sehr streitig ist von jeher die Frage gewesen, ob ein Diensthote, der durch Krankheit an Erfüllung seiner Dienstpflichten

24) Glück u. Pagemann a. a. D. Strube, rechtliche Bedenken, Spangenberg's Ausg. Bd. 2, Bed. 457 (III, 61).

25) Dorn a. a. D.

26) Fischer a. a. D. §. 1341. Pagemann a. a. D. Glück a. a. D. S. 158.

27) Pagemann a. a. D.

28) §. 6. J. de locatione et conductione. (3. 25.) L. 10. C. de locato et conducto. (4. 53.)

29) Sächs. Landrecht Buch 1, Art. 22.

gehindert wird, dennoch, wie mehrere, besonders ältere Schriftsteller³⁰⁾ behaupten, alle seine Dienstemolumente fortzubeziehen berechtigt sei, oder ob diese mit der Unfähigkeit des Dienstboten zu Dienstleistungen aufhören? Die für erstgedachte Meinung angeführten hauptsächlichsten Gründe, die Billigkeitsgründe, sind keine Rechtsgründe, und die Unanwendbarkeit der von den unten genannten Schriftstellern angeführten römischen Gesetze ist umständlich und ganz klar schon von Strube³¹⁾ nachgewiesen worden. Daher hören aus selbstredenden Gründen unstreitig die für die Dienstverrichtungen zugesicherten Dienstemolumente mit der Fähigkeit den Dienst zu versehen auf. Die einzige Modificatio findet nach der Rechtsanalogie³²⁾ statt, daß, bei kurzen Verhinderungen durch Krankheit, ein Abzug am Lohne nicht gut geheißen werden kann³³⁾. Von selbst versteht es sich aber, daß, wenn die Krankheit durch den Dienst herbeigeführt wurde, der Dienstherr die Cur- und Verpflegungskosten tragen muß³⁴⁾. Dagegen ist öfter vom Dienstgesinde eine besondere Vergütung für außerordentliche Dienste bei Krankheitsfällen der Dienstherrschaft in Anspruch genommen worden³⁵⁾, — ein Anspruch, der, aus in der Natur der Sache liegenden Gründen, nur dann zu rechtfertigen ist, wenn die geleisteten Dienste bloß vermöge besonderer Kunstfertigkeiten, für welche der Dienstbote nicht gemiethet war, geleistet werden konnten, oder wenn der Dienstbote nur zu gewissen Verrichtungen angenommen war, unter denen die geleisteten Dienste in keinem Wege begriffen sind, nicht wenn seine Geschäfte in unbestimmten häuslichen Arbeiten bestehen. Daß dem Gesinde Lohn gebührt, selbst wenn er nicht ausdrücklich bedungen wurde, dieß ist da unstreitig, wo durch Gesetz oder Observanz, wie besonders bei Zwangsgesinde, ein gewisser Lohn allgemein angenommen ist. Streitiger wird es da, wo ein solches Verhältniß nicht obwaltet, da nach römischem Rechte eine Klage dafür nicht gegeben ist und die teutschen Sprüchwörter: Wer auf Gnade dient, muß der Gnade warten, und: Wer auf Gnade dient, soll mit Barmherzigkeit belohnt werden³⁶⁾, dem Gegentheile das Wort reden. Da indeß das Gesinde nur für solche Arbeiten bestimmt ist, deren Lei-

30) Unter mehreren andern vorzüglich Hommel, rhapsod. quaest. obs. 332. Leyser l. c. Vol. II. spec. 212. med. 5. Walch, *introductio in controversias iuris civilis*, Sect. III. cap. 4. memb. 4. subsect. II. §. 4. Kind, *quaestiones forenses* Tom. II. cap. XXII.

31) X. a. D. *Wed.* 416 (III, 69). Theils vor, theils nach ihm aber stimmen vorzüglich mit ihm überein: Lauterbach, *collegium theoretico-practicum* Lib. XIX. Tit. II. §. 105. Gebrüder Dverbeck, *Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien* Bb. 6, S. 205 (209). Fischer a. a. D. §. 1342. Pagemann a. a. D. Vgl. auch Dorn a. a. D. §. 157 flg.

32) L. 27. D. *locati conducti*. (19. 2.) Strube a. a. D.

33) Glück a. a. D. *Th.* 17, §. 1054, S. 420. Rittermaier a. a. D.

34) Fischer a. a. D. Glück a. a. D. *Th.* 2, §. 121, S. 159.

35) Simon und Strampff, *Rechtsprüche der preussischen Gerichtshöfe* Bb. 3, S. 80.

36) Hertius, *de paroemiis iuris* Lib. I. *paroem.* 42.

stung nicht ohne Bezahlung dafür gedacht wird (nicht operae liberales); so tritt in einem solchen Falle, wenn der Diensthote nicht ausdrücklich auf Lohn verzichtet hat, eine Bestimmung des letzteren durch richterliches Ermessen ohne weiteres ein³⁷⁾. Kinder, wenn sie bei ihren Eltern als Gesinde dienen, haben — es gilt dies vorzüglich von Bauerkindern — kein Recht auf eine Lohnforderung, wenn sie nicht der elterlichen Gewalt entlassen und großjährig sind, oder mit ihren Eltern deshalb besonders contrahirt worden ist, oder Handlungen der Eltern zu dem sicheren Schutze berechtigten, daß diese ihnen Lohn geben wollten³⁸⁾. Noch mehr tritt die Befugniß zur Lohnforderung ein bei Diensten, die anderen Verwandten, Geschwistern, Vatersgeschwistern u. s. w., geleistet wurden³⁹⁾. — Daß jede Lohnforderung mit dem Ende des Dienstes erlöscht, versteht sich von selbst; es muß aber auch die Herrschaft, wenn sie den Diensthoten früher als verabredet war, oder als Gesetz und Observanz bestimmen, des Dienstes entläßt, ihm Kost und Lohn auf die eigentliche Dienstzeit, so wie allen übrigen, durch die intempestive Entlassung entstehenden Schaden ersetzen⁴⁰⁾.

2) Der Dienstherr darf dem Gesinde nur erlaubte Handlungen und demselben angemessene, dessen Gesundheit nicht gefährdende Arbeiten ansinnen, es überhaupt nicht mißhandeln⁴¹⁾. Bei gefährlichen Mißhandlungen darf sogar das Gesinde sogleich den Dienst verlassen⁴²⁾. Daß auch dem Gesinde eine Injurienklage geeigneten Falles gegen die Herrschaft zusteht, ist jetzt unbestritten, wenn gleich nicht jede geringfügige Beleidigung dazu berechtigt, da bei solchen im häuslichen Leben der animus iniuriandi nicht angenommen werden kann⁴³⁾. Dies führt zu der vielbestrittenen Materie, ob dem Dienstherrn ein Züchtigungsrecht gegen sein Gesinde zustehe? Diese von älteren und neueren Juristen⁴⁴⁾ vorzüglich aus dem Grunde verneinte Frage, weil die jetzigen

37) Strube a. a. D. *Wob.* 774 (III, 107). Gebr. Overbeck a. a. D. *Wb.* 6, S. 199 (202). Mathis, *allgem. juristische Monatschrift* Jahrg. 5, S. 18. Pagemann a. a. D. S. 95.

38) Umständlich, unter Berücksichtigung der übrigen Literatur abgehandelt bei Scholz III., *Zeitschrift für Landwirtschaftsrecht* *Wb.* 2, *Hft.* 1, *Nr.* 1, S. 1 *fig.*, vgl. auch *Wb.* 1, *Hft.* 2, §. 48, S. 100 *fig.* v. Ende, *vermischte juristische Abhandlungen* *B.* II, S. 32.

39) v. Bülow und Pagemann, *practische Erörterungen* *Th.* VII, S. 240, *Th.* IX, S. 102.

40) Eberd. *Th.* I, S. 131 (136). Glück a. a. D. *Th.* 2, §. 121, S. 159.

41) Fischer a. a. D. §. 1341. Glück a. a. D. S. 158 u. 159.

42) Glück a. a. D. S. 156 u. 159. Thimmig, in der *Zeitschrift des voigtländischen Vereines für Rechtspflege und Verwaltung* *Wb.* 2, *Hft.* 1, *Nr.* IV, S. 52.

43) Glück a. a. D. S. 159. Strube a. a. D. *Wob.* 590 (III, 39). Mittermaier a. a. D. *Leyser l. c.* Vol. VIII. spec. 546. med. 13 sq.

44) Stryk l. c. *Lib.* I. *Tit.* V. §. 12. Bülow u. Pagemann a. a. D. S. 97. Eichmann, *Erklärungen des bürgerlichen Rechtes* *Buch* 1, *Tit.* 5, §. 121, S. 156. Mittermaier a. a. D.

Dienstleute freie Menschen sind, auf welche die Grundsätze des römischen Rechtes über Sklaven keine Anwendung leiden, und weil der Miethcontract ein solches Recht dem Herrn nicht verleiht, ist von eben so ausgezeichneten teutschen Rechtsgelehrten aller Zeiten bejaht worden⁴⁵). Daß nur von mäßigen, ja geringen Züchtigungen hierbei die Rede sein kann, darüber sind alle Ansichten einstimmig. Wenn auch der Miethcontract an sich ein solches Recht dem Herrn nicht gibt, so läßt sich doch nicht leugnen, daß, nach teutscher Verfassung, in ihm eben sowohl die Unterwerfung unter die Disciplin des Herrn liegt, als dieß rücksichtlich des Lehrlinges der Fall ist, bei welchem der Lehrcontract auch nicht ausdrücklich besagt, daß der Erstere den Züchtigungen des Lehrherrn unterworfen werde, ohnerachtet solche durch unbestreitbare Rechtsgrundsätze⁴⁶) genehmigt sind. Erkennt man die häusliche Disciplinargewalt des Dienstherrn an, so sind darin auch *modicae castigationes* begriffen. Erkennt man sie nicht an, so darf sich consequenterweise der Herr nicht einmal anmaßen, dem Gesinde einen Verweis (auch ein Disciplinarmittel) zu geben. Wohin das, wohin die dem Herrn dann obliegende Nothwendigkeit, sich wegen jedes ungeeigneten Benehmens rohen Dienstgesindes an den Richter zu wenden, führen soll, wie dann der Zweck des Dienstcontractes gar nicht erreicht werden könnte, dieß liegt auf der Hand. Daher und weil in vieler Beziehung häufig das Gesinde bei dem Dienstherrn erst in die Lehre gehen muß, werden, wie die zuletzt erwähnten Schriftsteller bezeugen, leichte Züchtigungen, nach einer ziemlich allgemeinen teutschen Gewohnheit und nach sehr vielen Gesindeordnungen, dem Dienstherrn verstattet. Doch ist bei den widersprechenden Ansichten über diesen Gegenstand und bei der Schwierigkeit des Erweises der Erfordernisse einer solchen Züchtigung, möglichste Vermeidung derselben anzurathen⁴⁷). Den Dienstboten wegen großer Nachlässigkeiten sofort entlassen zu können, ohne daß der Dienstbote deshalb Entschädigungsansprüche machen dürfe, dieß Recht hat man zwar dem Dienstherrn zusprechen wollen⁴⁸). Es möchte aber gemeinrechtlich, wenn nicht vorher eine dieß vermittelnde richterliche Commination ausgebracht worden ist, schwerlich rechtlich zu vertheidigen sein, da die Richterfüllung des Contractes bloß ein Klagrecht auf dessen Erfüllung, nicht auf dessen Auflösung gibt. Wenn der Dienstherr aber im Zorne das Gesinde sofort aus dem Dienste weist, so wirkt selbst eine sofortige Acceptation dieser Erklärung, falls nicht wiederholte Aeußerungen des Dienstherrn die Ernstlichkeit dieses Entschlusses bekunden, aus den bekannten Grundsätzen

45) Berger, *oeconomia iuris* Lib. I. Tit. III. th. II. Leyser l. c. Vol. I. spec. 16. med. 4. Vol. VIII. spec. 546. med. 15. Strube a. a. D. Fischer a. a. D. §. 1340. Dorn a. a. D. §. 112 fig. Hagemann a. a. D. Glück a. a. D. §. 156 u. 157.

46) L. 5. §. fin. D. ad leg. Aquil. (9. 2.)

47) Hagemann a. a. D.

48) Strube a. a. D. Heb. 417 (V, 99).

über Aeußerungen im Zorne⁴⁹⁾, kein Recht für den Diensthöten, den Dienst sofort zu verlassen⁵⁰⁾.

3) Die Herrschaft ist verbunden, dem Dienstgesinde den in ihrem Dienste ohne seine Schuld erlittenen Schaden zu ersetzen, wobei es sich jedoch von selbst versteht, daß die successive Abnahme der Gesundheit und Kräfte eines Diensthöten im Dienste nicht Gegenstand einer Vergütung sein kann⁵¹⁾. Dritten Personen ist die Dienstherrschaft für den durch das Gesinde in seinem Dienste angerichteten Schaden nur dann Erfass schuldig, wenn das Gesinde im Auftrage der Dienstherrschaft handelte, wenn sie einem ihr als untauglich und unfähig bekannten Gesinde ein Geschäft anvertraute, oder ihm wissentlich Diensthandlungen zuließ, woraus der Dritte Schaden litt. Die römischen Moralklagen, das Sklavenverhältniß der Römer voraussetzend, sind eben deswegen dabei nicht mehr anwendbar⁵²⁾. Auch ist die Dienstherrschaft für die von dem Gesinde in der Ersteren Namen geschlossenen Contracte nur dann verhaftlich, wenn sie dem Gesinde hierzu Auftrag ertheilt hatte, oder wenigstens der concurrirende Dritte nach den besonderen vorwaltenden Umständen eine Ermächtigung des Gesindes dazu von Seiten der Herrschaft anzunehmen berechtigt war. So also ist sie, außer in vorstehendem Falle, nicht zur Bezahlung der von dem Gesinde wider ihr Wissen und Willen ausgenommenen Waaren verpflichtet⁵³⁾.

Abgesehen von den Verhältnissen, wie sich solche zwischen dem Dienstherrn und dem Dienstgesinde gestalten, treten bei beiden noch einige andere, hier zu erwähnende rechtliche Verhältnisse ein. Der Diensthöte erhält nämlich durch seinen Dienstcontract gemeinrechtlich zwar kein Heimathrecht am Orte seines Dienstherrn, aber in der Regel bekommt er dessen Gerichtsstand, wenn dieser nicht ein auf die Person des Dienstherrn, vielleicht auch seiner eigentlichen Familienglieder, beschränkter erimirtes Gerichtsstand ist. Doch hat das Gesinde der protestantischen Geistlichen und Academißer in der Regel nach dem Gerichtsgebrauche den Gerichtsstand seines Herrn⁵⁴⁾. Besonders streitig ist stets die Zeugenfähigkeit der Diensthöten in

49) L. 48. D. de regul. iuris. (50. 17.) Leyer l. c. Vol. II. spec. 125. med. 3. Lauterbach l. c. Lib. XI. Tit. 4. §. 3.

50) Gegen Hommel l. c. obs. 269.

51) Carpzov, P. II. const. 51. def. 14. Fischer a. a. D. §. 868. Pagemann a. a. D. Glück a. a. D. S. 159.

52) Dorn a. a. D. §. 167. Strube a. a. D. Heb. 456 (I, 179). Bülow u. Pagemann a. a. D. Th. I, S. 121 (124). Böhmmer, aus-
erlesene Rechtsfälle von Hopfenstedt Bb. 2, S. 423. Archiv für das Civil-
und Criminalrecht der Rheinprovinzen Bb. 3 (Köln 1822), S. 24. Paga-
mann a. a. D. Glück a. a. D. Th. 10, §. 713, S. 417.

53) Fischer a. a. D. §. 1344. Bülow u. Pagemann a. a. D.
Th. I, S. 344 (360). Reinhardt, vermischte Aufsätze S. 1, S. 163.
Pagemann u. Mittermaier a. a. D.

54) Dorn a. a. D. §. 201. Kettelblatt, Rechtsprüche des Ober-
appellationsgerichtes zu Parchim Bb. 1, Abh. 7. Pagemann a. a. D.
Glück a. a. D. Th. 6, §. 510b, S. 244 fig.

Sachen ihrer Herren gewesen. Die Anwendung der römischen Gesetze⁵⁵⁾ darauf findet aus den schon oft erwähnten Gründen und wegen der viel größeren Gewalt der römischen Hausväter, nicht unbedingt statt. In dessen zeigen schon die noch jetzt üblichen altdeutschen Sprichwörter: Wessen Brod ich esse, dessen Lieb ich singe, und: Die in Eines Brode sind, müssen auch in seinem Besten sein⁵⁶⁾, welche Ansicht man in Teutschland über die Glaubwürdigkeit der Brödlinge hat. So gewiß im einzelnen Falle der Grad der Glaubwürdigkeit eines Diensthoten in Sachen seines Herrn von den vorwaltenden besonderen Umständen abhängt, so hat sich doch dahin die allgemeine Meinung festgestellt, daß er nie ein ganz glaubwürdiger Zeuge sein wird⁵⁷⁾. Endlich kann das rücksichtlich des teutschen Zunftwesens nicht uninteressante, dem Dienstherrn allgemein zuerkannte Recht, von seinen Dienstleuten Zunftwaaren, die außerdem nur Zunftmitgliedern zu fertigen berechtigt sind, für sich arbeiten zu lassen, nicht unerwähnt bleiben⁵⁸⁾.

Das ganze Gesindedienstverhältniß, welches einseitig, ohne gerechte Ursache, kein Theil aufheben, und, wenn er es doch thut, nicht nur zur Fortsetzung des Contractes, sondern auch zum Schadenersatz gezwungen werden kann, wird beendet durch Ablauf der Zeit, auf die es eingegangen, oder auf erfolgte Aufkündigung durch Ablauf der Aufkündigungszeit (indem in der Regel zeitige Aufkündigung beiden Theilen frei steht), durch den Tod des Gesindes, zuweilen des Dienstherrn (s. o. S. 772), durch leibes- und lebensgefährliche Mißhandlungen von Seiten des Dienstherrn (s. o. S. 774), durch anhaltende Krankheit des Gesindes (s. o. S. 773), durch große Nachlässigkeit desselben unter obgedachten Modificationen (s. o. S. 775) und durch Vermögensverfall der Herrschaft, so daß sie das Gesinde nicht mehr erhalten kann⁵⁹⁾. Daß Verheurathung des Gesindes ein legaler Grund zur Aufhebung des Miethcontractes sei, wie sonst ziemlich allgemein angenommen wurde⁶⁰⁾, kann wohl so ohne weiteres nicht behauptet werden⁶¹⁾. Mit den Grundsätzen des canonischen Rechtes über Begünstigung der Ehe

55) L. 25. §. 2. D. d. aedilit. ed. (21. 1.) L. 24. D. d. testib. (22. 5.) L. 3. C. eod. (4. 20.)

56) Hertius l. c. Lib. I. paroem. 62.

57) Leyser l. c. Vol. III. spec. 283. med. 13. Hommel l. c. obs. 56 u. 211. (catalog. test.) s. v. famuli. Evers u. Bender, allgem. juristische Zeitschrift Jahrg. 1, S. 89. Gluck a. a. D. Th. 22, §. 1177, S. 157 flg.

58) Bülow u. Hagemann a. a. D. Th. VII, S. 367. Gebrüder Dverbeck a. a. D. Bb. VII, S. 123. Schlüter u. Wallis, juristische Zeitung Hft. 1, S. 151.

59) Lauterbach l. c. Lib. XI. Tit. 4. §. 3. Hagemann a. a. D. Gluck a. a. D. Th. 2, §. 121, S. 156, Th. 11, §. 756, S. 323. Schweppe a. a. D.

60) Hommel cit. loc. obs. 64. Leyser l. c. Vol. II. spec. 125. coroll. 1.

61) Schon nach dem altdeutschen Sprichwort: Wer freien will, muß erst ausbienen. Hertius l. c. Lib. I. par. 47. Vgl. auch Mittermaier a. a. D.

wird die Forderung des Rechtes auf Erfüllung des Contractes unskreitig vereinigt, wenn in Fällen, wo das Lebensglück des Dienstboten von dessen Berehelichung vor Ablauf der Dienstzeit abhängt, diese ihm zwar gestattet, er aber zum Ersatz alles, durch den intempessten Austritt aus dem Dienste, dem Dienstherrn entstandenen Schadens angehalten wird.

Zur Erlangung der aus dem Dienstcontracte entstehenden Ansprüche ist, im Verweigerungsfalle, dem Gesinde die *actio locati*, der Dienstherrschaft die *actio conducti* gegeben⁶²⁾, welche überall im summarischen Wege ausgeführt werden⁶³⁾ und bei welchen, gleichwie in allen Differenzen zwischen Herrschaft und Gesinde, dieses, so wie jede andere Partei, der Herrschaft den Eid desertiren kann⁶⁴⁾. Ein ausgezeichnetes Vorrecht aber genießt das Gesinde rücksichtlich seiner Lohnforderung im Concurs, wo der versprochene Lohn, wenn er nicht durch anderweite Verabredung in ein Capital verwandelt und so stehen geblieben ist, in der ersten Classe der Gläubiger befriedigt wird⁶⁵⁾ — ein Vorzugsrecht, das durch einzelne Prozeßordnungen mehrfache Modificationen erlitten hat.

Rudow.

Geständniß (Bekennniß)¹⁾, *confessio*. — In der Rechtsprache²⁾ bedeutet dieses Wort eine von Seiten des Angeschuldigten oder Beklagten gemachte Erklärung, wodurch er eine ihm zum Nachtheil gereichende Thatsache unbedingt, oder mit gewissen Beschränkungen, vorbringt³⁾ oder bestätigt. — Da es an und für sich ganz der menschlichen Natur zuwider ist, dergleichen Depositionen gegen sich selbst zu machen, im Gegentheile zu vermuthen steht, daß Jedermann Alles, was

62) Schweppe a. a. D.

63) Dorn a. a. D. §. 213.

64) Wider die sonst ziemlich verbreitete Meinung des Gegentheiles s. Gluck a. a. D. Th. 12, §. 799, S. 274.

65) Runde a. a. D. Dantz dazu a. a. D. S. 252. Hagemann u. Mittermaier a. a. D.

1) Die Natur dieses Wortes bringt es mit sich, daß zuvörderst von dem Geständnisse im allgemeinen gehandelt, d. h. dasjenige vorgetragen werden muß, was für das bürgerliche, wie für das peinliche Recht gleichmäßig gilt, und daß hierauf erst auf das Einzelne übergegangen wird. In dieser Weise bietet die Literatur noch keine Abhandlung dar, wenn man nicht jene von Gesterding, in seiner Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien Th. 2, Nr. III, einigermaßen hierher rechnen will.

2) Die gemeine Volkssprache begreift darunter auch jede Aeußerung, die Jemand aus eigenem Antriebe zu seinem Nachtheile macht, welche aber nicht Geständniß, sondern Bekennniß genannt werden sollte. Vgl. Eberhard, synonymisches Handwörterbuch Nr. 246.

3) Nicht immer erfolgt ein Geständniß vor Vorhalt des Klägers oder Richters, sondern es kommt zuweilen ein vor Gericht stehender Schuldiger auch damit zuvor und erzählt Thatsachen, die bis dahin noch ganz oder doch theilweise unbekannt waren. Im letzteren Falle dürfte der in der vorigen Note erwähnte Ausdruck Bekennniß richtiger sein, als Geständniß. Viele Schriftsteller gebrauchen beide Ausdrücke als gleichbedeutend.

ihm zum Schaden gereichen kann, zu verschweigen und zu leugnen sucht⁴⁾, so ist es nicht zu verwundern, daß die Jurisprudenz auf Geständnisse von jeher das höchste Gewicht legte, ja theilweise so weit ging, daß sie dasselbe für den Gipfel aller juristischen Erkenntniß, für die *regina probationum* erklärte. Es muß jedoch von vornen herein bemerkt werden, daß dieses eine Uebertreibung ist, welche zu sehr großen Einseitigkeiten, ja zu schrecklichen Verirrungen, zu Grausamkeiten (wie z. B. die *media eruendae veritatis*, *territio*, *tortura*) im älteren Rechte geführt hat. Wenn man überall gerne die eigene Bestimmung des Beklagten zu dem gegen ihn zu verhängenden Urtheil wahrnehmen wird, wenn das richterliche Gewissen dadurch eine sehr wesentliche Beruhigung und Stütze findet, so soll man sich doch hüten, deshalb alles Heil auf das Geständniß stellen zu wollen, und aus eigentlicher Bequemlichkeit und Scheu vor Verantwortung die vor Gericht gezogenen Personen dazu anzutreiben, oder gar zu nöthigen⁵⁾, daß sie mit Freimuth und Selbstaufopferung jeder anderen Beweisführung zuvorkommen möchten. Gerade aus obigem Grunde, weil ein Geständniß immer eine Ausnahme von dem regelmäßigen Verhalten des vernünftigen Menschen⁶⁾ darstellt, muß man sich nicht begeben lassen, ein solches ohne weitere Prüfung als glaubhaft oder gar als unumstößliche Wahrheit anzunehmen. Der erfahrene Jurist wird sich vielmehr angewöhnen, ein jedes Geständniß mit mißtrauischem Auge zu betrachten⁷⁾ und es sich gerade deshalb, weil der Beklagte mit so viel Edelsinn sich benimmt, zur Pflicht machen, dessen Worte und Absichten auf die Waagschale zu legen, damit er keine größeren Nachtheile erleide, als er mit ruhiger Ueberlegung⁸⁾ voraussehen konnte.

4) So oft ein Mensch, der sein Gewissen belastet fühlt, vor Gericht erscheint, entsteht ein moralischer Kampf, der leider größtentheils zu Ungunsten der Wahrheit ausfällt. Heinroth, über die Wahrheit (Leipzig 1824), sagt S. 227: Unser Verstand, ebenso wie unser Herz, liegt nicht selten mit sich selbst im Kriege, feindet sich gleichsam selbst an, und stört auf solche Weise den Frieden in dem ganzen Reiche unserer Gedanken. Vgl. auch Heinroth, die Lüge (Leipzig 1834), S. 307—314.

5) *Ecue*, der Anklage- und Untersuchungsprozeß (Nachen und Leipzig 1840), bemerkt hierüber S. 128: Allen Versuchen, den Verdächtigen zum Bekenntniß zu bringen, liegt immer die Voraussetzung zum Grunde, daß er schuldig sei. Setzte man seine Unschuld voraus (wie er es verlangt), so würde man ihn wohl zur Erklärung, aber nicht zum Bekenntnisse auffordern und seine Vertheidigung auf jede Weise begünstigen. Setzte man aber Nichts voraus (wie es eigentlich sein sollte), so würde wenigstens das Anbringen zum Bekennen wegfallen, und er bliebe frei, wie er sich erklären und vertheidigen wollte.

6) Quintilian. *Declam.* nr. 313. hat bekanntlich den Satz aufgestellt: *Ea est natura confessionis, ut possit videri demens, qui confitetur de se.*

7) Bentham, *traité des preuves* T. II. p. 124. Ritka, über Erhebung des Thatbestandes S. 39.

8) Selten wird ein Geständniß anders, als im Zustande innerer Bewegung abgelegt werden, und wenn einmal der Anfang damit gemacht ist, so kann das Gemüth die Oberhand über den Verstand gewinnen. Müller, *Lehrb. des Criminalproz.* (Braunschweig 1837), S. 206, führt daher mit gutem Grunde unter den Erfordernissen eines glaubhaften Geständnisses auf: Daß der Bekennende

Dieses führt:

I. Auf die allgemeinen Rechtsätze: 1) daß Geständnisse nur dann als Beweismittel gebraucht werden dürfen, wenn sie im Zustande physischer und psychischer Freiheit und 2) mit der Absicht zu bekennen (*animo confitendi*) abgelegt sind, so wie 3), daß sie immer strenge zu interpretiren sind.

Zu 1). Was nun die physische Freiheit anbelangt, so gehört dazu hauptsächlich, daß dem Gestehenden vor und während seiner Deposition weder unmittelbare mechanische Gewalt⁹⁾ zugefügt, noch eine solche angedroht worden sei, mag dieselbe vom Richter selbst und seinen Untergebenen oder auch nur von Privatpersonen ausgehen. Allerdings läßt sich als möglich denken, daß ein dergestalt erzwungenes Bekenntniß dennoch die vollkommene Wahrheit enthalte und nur vielleicht im Ausdruck der gehörigen Genauigkeit entbehre, weil es in einem Zustande der Befangenheit oder des körperlichen Schmerzes ausgestoßen wurde¹⁰⁾, ja, man könnte theoretisch noch weiter gehen und sagen, daß gerade, weil freiwilliges Herbeiführen einer nachtheiligen Lage dem Selbsterhaltungstrieb noch mehr widerspreche, das abgenöthigte Bekenntniß größeren Glauben verdiene, als jenes, und es ist auch diese Ansicht schon zur practischen Wahrheit geworden, als man das Foltersystem (s. den Art. Frage Bd. 4, S. 337 fg.) handhabte: aber wenn man die Sache gründlicher betrachtet, so findet man leicht, wie groß der Irrthum ist, der hierin liegt. Zugegeben ist es bereits, daß freiwillige Geständnisse in der Beurtheilung die höchste Vorsicht erfordern; aber gleichwohl ist ein mit Nichts unterstütztes freiwilliges Geständniß immer mehr werth, als ein von den reichlichsten Indicien umgebenes Zwangsgeständniß, und zwar aus dem ganz nahe liegenden Grunde, weil zu einer jeden menschlichen Handlung, wenn sie als solche betrachtet werden soll, eine freie Willensbestimmung¹¹⁾ gehört, und wenn es hieran fehlt, so kann wohl eine äußere That, ein Ausspruch des Menschen vorliegen, nimmermehr aber eine Offenbarung der innersten Ueberzeugung.

So wie zum Thatbestande eines Verbrechen's vor allem eine freie Handlung von Seiten eines vernunftbegabten Wesens¹²⁾ gehört, so muß

zur Zeit der Ablegung desselben seiner so bewußt war, daß sein Gedächtniß nicht leicht ein unrichtiges Bild von der eigenen Handlung empfangen, oder das richtig empfangene Bild bei der Vergegenwärtigung durch Phantasie-täuschung verändert werden konnte.

9) Cap. 16. X. de off. et pot. iud. del. Gesterding a. a. D. S. 96. Kitzka, die Beweislehre im österr. Strafprozeße (Wien 1841), S. 21.

10) Deshalb hielt man auch in der Vorzeit, wo die Folter noch herrschend war, für nothwendig, daß das erpresste Geständniß 2—3 Tage nachher ratificirt wurde. Koch, instit. iur. crim. S. 878. Quistorp, Grundr. des penal. Rechtes Bd. 2, S. 742, 743.

11) Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechtes S. 11, sagt: Der nur erst an sich freie Wille ist der unmittelbare oder natürliche Wille. Vgl. auch Hillebrand, Philosophie des Geistes (Heidelberg 1835), Bd. 1, S. 296 fg.

12) Am besten findet man diese wichtige Lehre auseinandergesetzt in A begg's Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft S. 103 fg.

auch die Erklärung, welche ein Angeschuldigter darüber abgibt, aus ungetrübter Gemüthsverfassung¹³⁾ hervorgehen. Dazu gehört insbesondere freie Willensbestimmung bei der Ablegung eines Geständnisses. Dasselbe hat, wie oben gezeigt wurde, die Vermuthung gewissermaßen gegen sich, und um so sorgfältiger muß man die Motive prüfen, welche dabei gewirkt haben mögen. Psychisch unfrei ist nicht nur der, welcher in eine Geisteskrankheit verfallen ist, sondern auch der von heftigen Leidenschaften beherrschte Mensch¹⁴⁾; unter welchen letzteren besonders hervorzuhellen sind: der Born, die Schwermuth, der Ehrgeiz und die Furcht, Triebfedern, welche überall nicht selten unüberlegte Worte hervorrufen. Daß auch der Untersuchungsrichter hierzu beitragen kann, unterliegt keinem Zweifel, und es wird doppelt schwierig für ihn, die rechte Behandlung zu treffen, weil er anderseits sogar darauf hingewiesen ist, die Gemüthsbewegungen der verhörten Personen zu einer rücksichtslosen Angabe der Wahrheit zu benutzen¹⁵⁾. Sobald er findet, daß die Aufregung ins Krankhafte übergeht, muß er einhalten, und wenn nicht das Verhör ganz abbrechen, doch dasselbe auf weniger erhebliche Nebenpunkte beschränken. Am häufigsten kommt es bei Confrontationen zur starken Aufregung, und man muß deshalb hier immer vorsorgen, daß Beleidigungen unterbleiben (s. den Art. Confrontation¹⁶⁾ Bd. 3, S. 16).

Zu 2). Es besteht ein sehr wesentlicher Unterschied zwischen dem eigentlichen Geständnisse und einer Aeußerung, worin man beiläufig ein Geständniß erkennen kann. Ein Mensch braucht nicht gerade an Verstandesschwäche zu leiden, um in den Fall zu kommen, daß er Etwas vorbringt, was ihm nachtheilig sein kann, ohne daß er gerade die Absicht¹⁷⁾ hatte, eine solche Folge herbeizuführen. Es gibt gar viele gewöhnliche, unvorsichtige Naturen, welche den weisen Grundsatz, eher zu denken, als man redet, nicht befolgen. Solche benehmen sich dann auch, wenn sie über ein Verbrechen befragt werden, nicht anders und erwägen oft gar nicht, wie kritisch ihre Lage, wie folgenreich jeder Ausdruck ist. Sie geben aus Eitelkeit, oder aus Bequemlichkeit, um sich in keine Discussion einzulassen, oder aus reinem Leichtsinne, Dinge gegen sich zu, an welchen sie vielleicht gar keinen Theil hatten, oder sie erzählen unge-

13) Dasselbe wird natürlich auch vom Civilgeständnisse verlangt. *Gesetzblatt* a. a. D. S. 67. *Schneider*, Lehre vom rechtl. Beweise; neu herausgeg. v. *Hofmann* (Gießen 1842), §. 74. *Mühlenbruch*, Lehrbuch des Pandektenrechtes Th. 1, §. 92, 93.

14) *Scheidler*, Propädeutik der Psychologie, 2. Ausg. (Darmstadt 1833), S. 452, nennt die Affecte Gefühle, die eine solche Größe erlangt haben, daß sie die Thätigkeit der übrigen Seelenvermögen, namentlich des Verstandes oder der willkürlichen Leitung der Vorstellungen, somit der Kraft der Selbstbeherrschung (Besonnenheit) momentan hemmen.

15) Ausführlich handelt hiervon der Aufsatz: Die Exploration zweifelhafter Seelenzustände im Strafprozeße von *L. v. Jagemann* in dessen und *Nöcker's* Zeitschrift für deutsches Strafverfahren Bd. 2, S. 232 flg.

16) Vgl. auch *Archiv des Criminalrechtes* Jahrgang 1835, S. 64.

17) Die Absicht, wenn sie auch nicht immer direct darauf gerichtet ist, eine Buße oder Einbuße zu erleiden, muß doch in so weit erhellen, daß der Gestän-

hörige Geschichten, in welche sie, gleichsam nur zur Ausschmückung, scheinbare Geständnisse einflechten, die ihnen, wenn es darauf ankäme, nimmermehr Ernst sein könnten.

Dieses führt denn auch wieder auf die unerlaubten Suggestionen (s. den Art. Frage Bd. 4, S. 327), d. h. die Eingebungen von Thatfachen, die in den Acten nicht enthalten, oder gar deren Inhalt widersprechend sind¹⁸).

Wenn darauf affirmative Antworten erfolgen, so kann man immer mit Grund die Absicht, zu gestehen, bezweifeln: denn man weiß ja nicht, ob die fragliche Thatfache überhaupt existirt, und es kann daher ein Zugeständniß um so weniger darauf gebaut werden, als aus einer bloßen Bejahung nie mit Sicherheit¹⁹ hervorgeht, daß der Befragte dadurch eine Schuld in der Ausdehnung, wie die Frage sie bezeichnet, auf sich nehmen will.

In noch weit stärkerem Maße ist dieses der Fall bei den Antworten auf captivöse Fragen²⁰): denn hier kann scheinbar Etwas eingeräumt werden, was dem Verhörten, wollte man ihn in offener Weise noch einmal fragen, vielleicht gar nicht in den Sinn kommen würde.

Zu 3). Aus dem gleichen Grundsätze der vorsichtigen Beurtheilung eines Geständnisses folgt denn auch die Regel, daß man ein solches immer so beschränkt als möglich auszulegen habe. Handelt es sich darum, sich selbst Nachtheile oder gar Strafen zuzuziehen, so muß Jedermann, der in den eigenen Busen greift, sich sagen, daß man bei einer so seltenen, dem Eudämonismus widerstrebenden, Erscheinung mit Folgerungen und Vermuthungen äußerst sparsam zu Werke gehen muß. Wenn z. B. ein Inculpat sagt: Sollte ich auch mehr als einmal gegen

dige weiß, welche rechtliche Bedeutung seine Aussage hat und dennoch sie als einen Beweis gegen sich in die Acten niederlegt. Dieses Wissen braucht aber nicht abermals durch ein Geständniß erhärtet zu sein, sondern es kann auch aus dem Benehmen und der inneren Haltung des Redenden erschlossen werden. Das Geberdenprotocoll ist deshalb bei Geständnissen von besonderer Wichtigkeit. Mittermaier, das deutsche Strafverfahren Th. 1, S. 491. Friederich, System der gerichtl. Psychologie, 2. Aufl. (Regensburg 1842), S. 55.

18) Dies gilt eben sowohl auch vom Civil- wie vom Criminalprozeße: nur ist in jenem nicht leicht die Möglichkeit einer Induction durch den Richter denkbar, er müßte denn, in Abwesenheit des Gegners, einer Partei etwas Anderes, als was jener vortrug, mündlich zur Erklärung vorhalten.

19) Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen Th. 2, S. 103, hat daher auch Unrecht, wenn er meint, es genüge, daß der Beklagte sage: Das räume ich ein, das will ich nicht bestreiten u. s. w. Er muß vielmehr, um die Ernstlichkeit des Geständnisses beurtheilen zu können, das Wesentliche der fraglichen Thatfache mit ausdrücklichen Worten selbst vortragen. In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten besteht nur darin noch ein erheblicher Unterschied von Criminaluntersuchungen, daß der Richter sich nicht darum zu kümmern hat, ob das Geständniß innere Wahrscheinlichkeit habe, oder nicht. S. darüber mehr unten. Vgl. auch Schneider, Lehre vom Beweise Ann. XXVI zu §. 80, 99.

20) Mittermaier, die Lehre vom Beweise (Darmstadt 1834), S. 260, Ziff. 3.

den B. gestochen haben, so weiß ich doch gewiß, daß ich auf keine gefährliche Stelle das Messer richtete, — so kann hieraus allein auf keinen Fall das Zugeständniß erschlossen werden, daß Inculpat wirklich zwei Stiche geführt habe, sondern es ist dieß als ein ihm selbst dunkler Punkt²¹⁾ zu betrachten. Die Aufgabe des Untersuchungsrichters ist es, hierauf weiter zu instanziiiren; geschieht dieß aber nicht, so darf der Urtheiler keinen Schritt weiter gehen, als die Worte, wie sie der Inculpat gebraucht, gestatten²²⁾.

Es darf jedoch nicht unangemerkt bleiben, daß jener Grundsatz häufig, und zwar besonders von Advocaten und Defensoren, allzu enge angewendet wird. Es kann nämlich nicht verboten sein, die Äußerung eines Geständigen im Zusammenhang zu betrachten und dasjenige, was sich nach vernünftiger Erkenntniß als der wahre Sinn daraus ergibt, als die wirkliche Intention des Inculpaten oder Beklagten anzunehmen. Wollte man jeden Satz oder jedes Protocoll abgerissen für sich allein betrachten, so wäre es keine Möglichkeit²³⁾, zu einem bestimmten Resultate zu kommen.

Nach diesen allgemeinen Vorbemerkungen wird es nun nothwendig, das Geständniß in zwei besonderen Rücksichten zu betrachten, in so weit es nämlich dem Criminal- und dem Civilrechte angehört. Ein sehr erheblicher Unterschied besteht hier dadurch, daß das civilrechtliche Geständniß auf den Grundsatz des Verzichtes²⁴⁾ basiert wird, während das criminalrechtliche nur mit dem Maßstabe der Wahrheit²⁵⁾ beurtheilt wird. Hier ist es unausweichliche Pflicht, der Ladung vor den Untersuchungsrichter Gehorsam zu leisten, und wenn der Angeklagte hart-

21) Es fehlt an der zu einem gerichtlichen Geständniße nothwendigen Bestimmtheit, und wenn durch andere Beweismittel kein helleres Licht darüber verbreitet werden kann, so ist im Zweifel anzunehmen, daß nur Ein Stich von der Hand des Geständigen erfolgt sei. Mittermaier, teutsch. Strafverf. Th. 2, S. 254.

22) Ähnliche Beispiele könnten denn auch wieder von unbestimmten oder zweideutigen Geständnissen im Civilprozeße angeführt werden, wo nicht minder stets die dem Beklagten günstigere Auslegung vorwiegen soll. Schneider a. a. D. S. 94.

23) So klar und entschieden zu sprechen, daß durch Deutung oder Deutelei nicht ein Doppelsinn in der Rede zu entdecken wäre, ist eigentlich nur die Sache weniger Auserwählten. Man muß daher fast jede gerichtliche Erklärung nach der Subjectivität des Deponenten verschiedenartig auffassen und beurtheilen. Rosenkranz, Psychologie (Königsberg 1837), S. 300.

24) Ist die Klage grundlos, so enthält das Geständniß einen Verzicht auf Beweisführung und kann die Klage durch Einreden erlidert werden, so enthält dieß unbeschränkte Geständniß einen Verzicht auf letztere. Da aber auch Beweis einer wohlbegründeten Klage verlangt werden kann, so kommt es auch hier darauf an, ob der Beklagte dem Kläger diese Mühe ersparen, d. h. auf die rechtliche Ueberweisung verzichten will. Auf demselben Grundsatz beruht auch die gemeinrechtliche sogen. Verhandlungsmaxime im Gegensatz der preussischen Untersuchungsmaxime, worüber vorzüglich nachzulesen ist: Mittermaier, der teutsche Prozeß in Vergleichung u. s. w. Beitr. I, S. 70 flg.

25) Mittermaier, Lehre vom Beweise S. 7.

näßig ausbleibt, kann und muß zu gewaltfamer Vorführung geschritten werden.

Wenn dagegen im Civilprozeß der Beklagte geladen wird, so setzt der Richter gleich das erste Mal die Androhung des Rechtsnachtheiles bei, daß im Falle seines Ausbleibens die vom Kläger vorgetragene That sachen als von ihm, dem Beklagten, zugestanden angesehen und dessen etwaige Einreden ausgeschlossen würden. Man hat mithin keine Ursache, in Civilsachen weitere Schritte zu thun, wenn der Beklagte sich nicht verantwortet, und es treten auf Antrag des Klägers lediglich die Contumacialfolgen²⁶⁾ ein, d. h. es wird ein Geständniß fingirt²⁷⁾. Damit ist aber natürlich zur gründlicheren Aufklärung der Sache nichts geschehen, sondern man hat den Streit gleichsam durch eine Strafe abgeschnitten. Jedem, der über sein Vermögen disponiren darf²⁸⁾, steht es auch frei, einen Theil des Seinigen wegzuschleusen oder sogar leichtsinnig zu verschleudern; will er nun den Anforderungen eines Anderen, wenn sie auch noch so grundlos sind, keinen Widerspruch entgegen setzen, so kümmert sich der Richter nichts darum²⁹⁾, sondern setzt voraus, daß der Beklagte entweder durch sein Schweigen die Schuld anerkennen oder einem Prozeß selbst durch ein Opfer ausweichen wolle. Im Strafverfahren wäre Nichts gewonnen, wenn der Untersuchungsrichter annehmen wollte, daß der ungehorsam Ausbleibende das fragliche Verbrechen begangen habe; denn der Spruchrichter würde sich damit nicht begnügen, vielmehr die Acten zurücksenden und begehren, daß der Angeschuldigte durch die gesetzlichen Zwangsmittel³⁰⁾ zu einer Erklärung gebracht werden solle. Auf den Fall, daß er selbst auf persönliches Erscheinen jede Antwort verweigert, sind durch die Gerichtspraxis gewisse Beugungsgrade eingeführt³¹⁾, die man jedoch in neuerer Zeit ziemlich allgemein verwirft und zwar theils aus dem Grunde, daß man keine Surrogate für die verabscheuungswürdige Folter mehr gestatten will³²⁾, theils, weil man durch ein dergestalt erzwungenes Geständniß doch den Zweck der materiellen Wahrheit nicht erreicht sieht.

26) Mittermaier, der deutsche Prozeß u. s. w., zweiter Beitrag, §. V. Bethmann-Hollweg, Gerichtsverf. und Prozeß des sinkenden röm. Reiches §. 26, 27.

27) S. darüber mehr unten ad II. 4. und III. 1.

28) Schönner, Handbuch des gem. deutschen Prozeßes Bd. 2, S. 371, kehrt diesen Satz so weit aus, daß er sagt: Geständniß als Ausfluß der freien Disposition über das Seine findet unter den streitenden Theilen allgemein, ohne Beschränkung auf eigene Handlungen des Bekennenden statt.

29) Nur formelles Recht erstreckt der Civilprozeß. Vgl. Bethmann-Hollweg, Versuche über einz. Theile der Theorie des Civilproz. S. 279, wo es n. A. heißt: Die Erklärung des Beklagten gilt zu seinem Nachtheile als förmliche Wahrheit, ohne daß zu seinen Gunsten das eideckliche Recht noch beachtet würde.

30) Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. 4, S. 690 flg.

31) Röllner, in der Zeitschrift für deutsches Strafverfahren Bd. 1, S. 145.

32) S. in diesem Verikon Bd. 4, S. 344. Reue, der Anklage- und Untersuchungsprozeß in Deutschland S. 126.

Freilich bleibt dann oft gar kein Beweis übrig; aber die Rechtspflege ist deswegen nicht mehr benachtheiligt, als in den vielen Fällen, wo man es mit leugnenden Inculpaten zu thun hat. Nur das einzige Bedenken bleibt dann, daß diejenigen, welche den Gehorsam verweigern und dem Richter gar keine Antwort geben, um Nichts schlimmer daran sind, als die anderen, welche, gleichviel geständig oder nicht, das Verhör ordnungsmäßig bestanden haben³³). Wie könnte man aber eine Verpflichtung deduciren, über seine eigene Schande auszusagen? Die Pflicht kann nicht weiter gehen, als daß man der Ladung Folge leistet; will man aber auf keinerlei Erörterung sich einlassen, so kann man von Rechtswegen keinen anderen Nachtheil dadurch erleiden, als daß die Vermuthung eines schuldbeladenen Gewissens³⁴) daraus gefolgert werden darf.

Eine Verwechslung mit der Zeugenpflicht³⁵) hat viel zur falschen Auffassung der Pflichten des Angeschuldigten beigetragen. Allerdings gehört es zu Obliegenheiten des Staatsbürgerthumes im allgemeinen, den Landesgerichten, welche einer gewaltsamen Störung der Rechtsordnung nachforschen, Alles anzugeben, was ihnen von der Sache bekannt ist; aber diese Pflicht kann doch gewiß nicht auch solche Individuen umfassen, welche selbst der Gegenstand der Verfolgung sind. Mittel zur Ueberführung des Verbrechers soll Jeder, der solche kennt, an Handen geben; wenn aber die angeklagte Partei selbst ein Gleiches thun müßte, so würde die Justiz in Despotie ausarten, sie würde von den Untergebenen fordern, daß sie aller Mühe und Arbeit zuvorkommen und sich großmüthig dem Strafgerichte selbst überliefern. Wenn man eine solche Pflicht auf das Aeußerste urgirt, so käme man dahin, daß das, was man jetzt Untersuchung³⁶) nennt, ganz unnöthig würde, indem keine künstliche Beweisconstruction mehr nothwendig ist, sobald derjenige, gegen den bewiesen werden soll,

33) Es beruht ein solches Bedenken theilweise auch auf Unkenntniß der Prozesspraxis. Denn jeder Untersuchungsrichter weiß, daß oft eine lägenhafte Vertheidigung den Zweck der Wahrheitserforschung noch viel mehr erschwert; als ein gänzlich Schweigen. Vgl. v. Jagemann, Handbuch der gerichtl. Untersuchungskunde Bd. 2, Nr. 180 u. 220.

34) Der Gesichtspunkt, aus welchem ein Geständniß auch zum Vortheil des Angeschuldigten gereichen könnte, darf nie aus dem Auge verloren werden; wie namentlich bei der Frage über Zurechnung. Reyscher, Diss. de confess. limitata in caus. crim. (Tab. 1824.) §. 12.

35) Auch im Civilprozeße kann der Satz nicht gerechtfertigt werden, welchen z. B. Schneider, Lehre vom rechtl. Beweise §. 72, in den Worten aufstellt: Eingeständniß heißt dasjenige Zeugniß, welches der Product, dadurch, daß er den, von dem Producenten behaupteten Thatsatz für wahr erklärt, gegen sich selbst ablegt. Denn zum Begriffe des Zeugen gehört immer zunächst: daß er am Ausgange des Streites nicht theilhaftig sei; und ferner kann auch ein Belagter Dinge zugestehen, die er selbst nach der Behauptung des Klägers, nicht, wie ein Zeuge, mit eigenen Sinnen wahrgenommen hat. Vgl. auch die Anm. des Herausgebers (Hofmann) zu obiger Stelle.

36) Mithin kann das unbedingte Gebot des Antwortgebens selbst nicht ein notwendiger Ausfluß des Inquisitionsprozesses genannt werden. Henke, Handb. des Criminalrechtes Bd. 4, S. 692. Pepp, Anklageschaft, Oeffentlichkeit und Mündlichkeit (Tübingen 1842), S. 103—108.

über Alles, was man verlangt, unumwundene Erklärungen abgeben muß. Nur in der Weise, wie die Engländer auf das Geständniß Bedacht nehmen, kann es rechtsphilosophisch gebilligt werden. Der Angeklagte wird, wenn er vor den Richtern erscheint, zuerst gefragt, ob er bekenne, oder es auf Beweis ankommen lassen wolle³⁷⁾ (guilty or not guilty-process)³⁸⁾. Dieß ist der rechte Augenblick, um das Gewissen zu rühren, wo man zum erstenmale vor den entscheidenden Richter³⁹⁾ hintreten muß. Die Instruction ist vorausgegangen, und der Angeklagte kann daher ermessen, was von einer Recapitulation der Beweise zu erwarten hat; Wie ziehen dann vor, ihre Schuld zu bekennen, damit sie nicht zugleich als Verbrecher und als überwiesene Lügner aus der Verhandlung hervorgehen.

Zu weit geht es übrigens, wenn man verlangt, daß es dem Angeklagten völlig freistehen solle, ob er eine Antwort geben wolle, oder nicht, ob er sich mit Lügen befassen wolle, oder nicht. Von Zwang oder Nöthigung ist gewiß ein Benehmen des Inquirenten, welcher durch moralischen Einfluß den Inculpaten zur Aufrichtigkeit zu bestimmen sucht, sehr entfernt. Nicht als Schreckensmann, nicht als Würgeengel soll der Inquirent auf das Gemüth des Verdächtigen einstürmen, wohl aber darf und soll er als unpartheiischer Rathgeber⁴⁰⁾ unter allen Umständen darauf aufmerksam machen, was theils die Klugheit, theils die moralische Pflicht eines Angeschuldigten erfordert. Man würde sich auch sehr irren, wenn man glauben wölte, daß die französischen Instructionsrichter diesen Punkt mit absoluter Indifferenz behandelten; es ist vielmehr anerkannte Thatsache⁴¹⁾, daß dieselben, besonders in bedeutenderen Fällen, ihren persönlichen Einfluß gern aufwenden, um Geständnisse herbeizuführen. Warum

37) Wie dieß übrigens früher bei Untersuchungen über Staatsverbrechen ganz anders war, s. bei Rittermaier, Strafverf. Th. 1, S. 108.

38) Henke a. a. D. Bd. 4, S. 467.

39) In Fällen, wo ein unbeschränktes Geständniß abgelegt wird, hat nicht die Jury zu erkennen, sondern es erfolgt sofort die Anwendung des Strafgesetzes, das eigentliche Urtheil, von Seiten der Richter.

40) Am besten begründet ist immer die Bemerkung: daß ein aufrichtiger Inculpat, der gleich von Anfang an die Wahrheit spricht, die Untersuchung sicherlich abkürzt und mithin auch die Kosten vermindert; wie dieß näher ausgeführt ist in v. Jagemann's Handbuch der gerichtlichen Untersuchungskunde Bd. 1, S. 279. Entwurf einer Criminalprozeßordn. für Sachsen v. 1842, §. 92.

41) In dem Manuel des juges d'instruction von Duverger (Niort et Paris 1840.) Tome II. p. 124. findet man hierüber Folgendes: Si le juge d'instruction ne doit pas entrer en discussion ouverte avec le prevenu; s'il ne lui est pas permis d'user à promesses décevantes, de questions captieuses, de moyens d'intimidation, du moins il est loisible, d'employer envers lui les exhortations, les représentations, qui, faites avec prudence, pourraient le disposer ou le décider à un aveu. Non seulement le juge d'instruction peut inviter le prevenu à confesser la vérité, il doit même l'en presser, et lorsqu'il a des indices, lorsque le prevenu se contredit, il doit le lui remarquer pour le déterminer à la sincérité. Mehr, als hier gesagt ist, thut auch kein deutscher Untersuchungsrichter, der sich seiner Aufgabe klar und redlich bewußt ist.

sollte auch irgend ein Untersuchungsrichter auf diese, an und für sich niemals verwerfliche, Methode, seine Arbeit bedeutend zu erleichtern, gänzlich verzichten? Es dürfte sonach der hier und da ausgesprochene Wunsch, daß die Untersuchungsrichter sich lediglich darauf beschränken sollen, die vorliegenden Verdachts- und Beweisgründe zur beliebigen Beantwortung vorzuhalten, nur bedingte Unterstützung verdienen: denn es würde damit das psychologische Element gänzlich aus dem Criminalprozeß verdrängt sein; und welche Nachhilfe könnte wichtiger und sachgemäßer sein, als diese?

Eine weitere Frage, die jedoch mehr theoretischer, als practischer Natur ist, besteht darin: ob das Geständniß unter die Beweismittel zu zählen sei?

Im Civilprozeß ist man so ziemlich einig darüber, daß das Geständniß kein Beweismittel, sondern vielmehr gerade das Gegentheil, eine Erklärung des Beklagten⁴²⁾ sei, wodurch er dem Kläger die Beweislast erspart. Es beruht hier, wie gesagt, Alles auf dem Grundsatz des Verzichtes und des Vergleiches; mithin kann auch ein Verklagter, der ganz und gar mit Unrecht belangt ist, die Forderungen alle zugestehen, sei es, um einem lästigen Streite auszuweichen, oder um dem Gegner auf mittelbare Weise ein Geschenk zu machen. Anders ist es, wenn der Beklagte Widerspruch einlegt, und eine förmliche Beweisführung beginnt. Aldann muß sich der Kläger, so wie auch der Beklagte, wenn er Gegenbeweis führt, der gesetzlich vorgeschriebenen Beweismittel bedienen, und es werden nicht nur keine Anderen zugelassen, sondern der Richter hat auch die Pflicht, den Gehalt der vorgeschlagenen Beweismittel zu prüfen und sie von Amtswegen zu verwerfen, wenn er sie als unzulässig oder unerheblich erkennt⁴³⁾; denn das Gericht darf nicht dazu miß-

42) Martin, Lehrb. des Civilprozeßes, 12. Aufl., §. 128, hat die Lehre vom Bekenntnisse unter der Abtheilung: Von den Prozeßhandlungen in ihrer Verbindung unter einander vorgetragen. Man darf wohl annehmen, daß in der Praxis diese Ansicht fast durchgängig recipirt ist. Linde, Lehrb. des Civilproz., 5. Aufl., §. 256, stellt zwar das Geständniß unter die Beweismittel, welche eine Beweisführung nicht nothwendig voraussetzen (vgl. §. 253) und ihm stimmt auch bei Bethmann-Hollweg, Versuche u. s. w. S. 258; allein es widerspricht diese Categorioe offenbar dem Wesen des juristischen Beweises. Nur derjenige, dem man eine Behauptung nicht glaubt, kann in der Lage sein, Beweise beizubringen. Diese Person ist der Kläger nur aldann, wenn ihm Widerspruch entgegengesetzt wird. Erfolgt aber ein Zugeständniß, so hat er lediglich Nichts zu beweisen, sondern er bittet, den Beklagten auf den Grund seiner eigenen Erklärung zu verurtheilen. Dieser Grund ist also kein Beweisgrund, vielmehr ein Entscheidungsgrund; er ist ein Grund, das Beweisverfahren gänzlich zu umgehen. Vgl. auch Ödner, Handbuch des gem. Proz. Bd. 2, S. 368.

43) Cap. 1. X. de except. (2. 25.) So gut als der Richter eine offenbar unstatthafte Klage ohne Anführung des Gegentheiles verwerfen kann, muß er auch eine offenbar form- und zwecklose Beweisantretung sofort zurückweisen dürfen, und es dürften daher Martin, Lehrb. §. 199 (188) und Linde, Lehrb. §. 250, zu weit gehen, wenn sie dies Letztere nur auf das Vorbringen von Beweisreden zulassen wollen.

braucht werden, daß man vor ihm einen Prozeß auf beliebige formlose Manier führe.

Viel weiter geht aber noch die Richterpflicht im Criminalprozeße. Nicht nur die Form und die Natur der zu Tage kommenden Beweise hat er hier einer strengen Kritik zu unterwerfen, sondern er soll sich, zumal unter der Herrschaft des Inquisitionsprincipes, immer wesentlich an die Person des Angeeschuldigten halten und von ihm ⁴⁴⁾ diejenige Aufklärung über die zu erforschenden Thatsachen zu erlangen suchen, wodurch alle weitere Beweisführung entbehrlich gemacht werden könnte. Materielle Wahrheit ist das einzige Ziel der Untersuchung, und wo diese über innere Vorgänge, wie z. B. den Antrieb zur That, den Seelenzustand und die Zurechnungsfähigkeit, hergestellt werden soll, kann begreiflicher Weise kein Weg sicherer dazu führen, als unmittelbare Verständigung mit dem fraglichen Subjecte. Ist nun aber der Vernehmung des Angeklagten hier ein so bedeutender Werth beigelegt, so muß es sofort klar sein, daß man nicht, wie im Civilprozeße, mit einer offenbar unwahren Erklärung, ob sie auch ein Geständniß enthalte, zufrieden sein kann, vielmehr die Glaubwürdigkeit ⁴⁵⁾ vorzugsweise prüfen muß. Ein Geständniß, welches einen der nachher aufzuzählenden Fehler hat, ein Geständniß, welches nicht in der Absicht, zu gestehen, abgelegt ist, kann zum Criminalbeweise nimmermehr gebraucht werden, wenn auch der Angeklagte auf alle Einwendungen verzichten sollte: denn es kann ja nicht der materiellen Wahrheit zur Grundlage dienen, und eine Ueberkunft über letztere ist doch überall nicht denkbar.

Hieraus ergibt sich, daß das Geständniß im Criminalprozeße auf jeden Fall zu den Beweismitteln ⁴⁶⁾ zu zählen ist.

II. Ein Geständniß in Strafsachen ⁴⁷⁾ muß, um vollbeweisend ⁴⁸⁾ sein zu können, in Gemäßheit der so eben vorausgeschickten Bemerkungen,

44) Hier hat man es zunächst mit dem Menschen, dort aber mit Sachen zu thun. Die Individualität und der Charakter des Beklagten sind daher dem Civilrichter ganz gleichgiltige Momente. Müller, Lehrb. des Criminalproz. S. 150.

45) S. Mittermaier, Lehre vom Beweise §. 33, besonders aber Stäbel, über den Thatbestand der Verbrechen §. 167—174.

46) Unter diesen wird es auch, fast ohne Ausnahme, in den neueren Lehrbüchern des Strafverfahrens aufgeführt, namentlich von Mittermaier, Penke, Abegg und Müller.

47) Die hierher gehörigen Schriften s. bei Kappler, Handbuch der Literatur des Criminalrechtes (Stuttg. 1838), S. 1079—1084, besonders aber Tabor, de confessionibus. Graas. 1667. Tittmann, über Geständniß und Widerruf in Strafsachen. Halle 1810. Geib, de confessionis affectu in proo. crim. Rom. (Turici 1837.) und Mittermaier, Lehre vom Beweise im Strafprozeße §. 31—37.

48) Eine sehr vollständige und zugleich kritische Zusammenstellung der Bestimmungen aller älteren und neueren Gesetzbücher über die Bedeutung und die Erfordernisse des Geständnisses findet man bei Zachariä, Grundlinien des Criminalprozeßes S. 198—213. Vgl. auch hinsichtlich der österreichischen Gesetzgebung Ritke, Beweislehre im österr. Criminalproz. (Wien 1841), §. 13—23.

1) die Eigenschaft der inneren Wahrscheinlichkeit⁴⁹⁾ haben. Dieses begründet weiterhin folgende Erfordernisse:

a) Die Angaben des Inculpaten müssen von der Art sein, daß man sich nach den Gesetzen der Natur mindestens die Möglichkeit der erwähnten Thatfachen denken kann. Wenn z. B. ein Mensch, der 4 Stunden vom Orte der That entfernt wohnt, und um die Zeit der That von vielen Zeugen noch zu Hause gesehen wurde, so verdient es wenig oder gar keinen Glauben, daß er behauptet, eilenden Schrittes in einer halben oder Viertelstunde an jenen anderen Ort gekommen zu sein und die That verübt zu haben: denn es kann selbst der beste Läufer so Erstaunliches nicht bewerkstelligen.

b) Das Geständniß muß auf reinen Thatfachen⁵⁰⁾ und nicht auf Schlüssen und Vermuthungen beruhen⁵¹⁾. Die aufrichtigsten Geständlichen täuschen sich oft selbst über den Zusammenhang der Dinge. Wenn sie sich einmal vorgenommen haben, offenerzig zu sein, und die Frage Auskunft, und wenn sie sich nicht recht erinnern können, so sagen sie eben, was ihnen gerade in den Sinn kommt. Ein erfahrener Inquisitor wird unschwer die Verlegenheit und Unsicherheit unterscheiden können, welche sich in solchen Augenblicken zu erkennen gibt, und am besten ist es dann, immer auch zu fragen, auf welche Weise der Inculpat dergleichen Umstände wahrgenommen habe; überhaupt wird derjenige, der etwas Ersonnenes als erlebte Thatfache ausgibt, gewöhnlich nicht im Stande sein, sich recht ausführlich darüber zu äußern.

c) Es ist schon erwähnt worden, wie manchmal Geständnisse aus ganz andern Motiven, als denen des Schuldbewußtseins und der Aufrichtigkeit abgelegt werden und dieses kommt insbesondere im Untersuchungsprozeße ziemlich häufig vor. Leute, die Jahrelang in Strafanstalten waren und bei denen das Ehrgefühl so abgestreift ist, daß sie sich nur ein bequemes Leben zum Ziele ihrer Wünsche setzen, sind oft wahrhaft unglücklich, wenn sie eine Strafe verbüßt haben und aus dem Zuchthause scheiden müssen. Werden solche alsdann wegen eines Verbrechens, wobei der Thäter noch unbekannt ist, als allgemein verdächtig vernommen, so halten sie es für eine gute Gelegenheit, um sich zur Wiederaufnahme in der Strafanstalt zu qualificiren, zumal wenn das

49) Mittermaier a. a. D. §. 33 und derselbe, deutsches Strafverfahren Th. 2, S. 252.

50) Darauf geht offenbar auch die Absicht der p. G.-D., wenn dieselbe Art. 54 sagt: so eyner anzeigt die Raß und Form der missethat und sich dieselben umbstende also erfinden, so ist darauß wol zu merken, daß der gefragte die bekannte missethat gethan hat, sonderlich so er solch umbstende sagt, die sich inn der Geschicht haben begeben, die bey unschuldiger wissen kann. Vgl. Littmann a. a. D. S. 8. Mittermaier, Strafverf. Th. 2, S. 250.

51) Müller, Lehrbuch des Criminalproz. S. 211, Anm. 16.

52) Ritka, über die Erhebung des Thatbest. §. 39. Hubtwaller, Crimin. Beiträge Bd. 1, S. 138. v. Feuerbach, Darstellung merkw. Criminalfälle Bd. 1, S. 245, Bd. 2, S. 449. Annalen der badischen Gerichte Jahrg. 1, Nr. 8.

Dritsgericht die wesentlichen Umstände der That ihnen schon zu Ohren gebracht hat. Aber auch aus anderen Gründen können falsche Geständnisse vorkommen, z. B. aus Lebensüberdruß, um zum Tode oder doch in eine abgeschlossene Zelle gebracht zu werden, oder aus Schwärmerei, um einem Verwandten oder Freunde, der das Verbrechen verübte, aus der Noth zu helfen, oder aus Schlauheit⁵³⁾, um sich hinsichtlich einer anderen Untersuchung, wo der Inculpat der wahre Thäter ist, aber leugnet, mehr Glauben zu verschaffen, oder endlich aus Bosheit, um Feinde als vorgebliche Mitschuldige in Strafe zu bringen.

2) Das Geständniß muß, theils aus eben denselben Bedenklichkeitsgründen, theils auch, weil die richterliche Prüfung mit unzureichendem Material sich nicht begnügen darf⁵⁴⁾, ausführlich und umständlich sein⁵⁵⁾. Wenn der Inculpat auf jede Frage zur Antwort gäbe: Ich habe es gethan; ich will es gethan haben; ich bitte um eine gnädige Strafe u. dgl., so wäre damit kaum etwas anzufangen, wenn nicht etwa der Zufall will, daß aus anderen Beweismitteln schon eine Ueberführung hervorgeht: denn der Richter ist ja wirklich nicht im Stande, aus so vagen Aeußerungen⁵⁶⁾ für eine, juristische Ueberzeugung irgend etwas abzuleiten. Wenn Jemand im allgemeinen eine Schuld auf sich nimmt, so ist ja damit gar nicht außer Zweifel gestellt, daß er dasselbe Verbrechen im Sinne habe, welches den Gegenstand der Untersuchung bildet; wäre dieses aber auch wirklich der Fall, so könnte die That auf eine weit gelindere oder sträflichere Art vor sich gegangen sein⁵⁷⁾, als man nach den Acten etwa vermuthen darf. Eine nackte Thatsache, ohne alle Erläuterung, z. B.: Ich habe dem B. Gift gegeben; ich habe einen Thaler nachzumachen versucht; ich habe jenes Haus angesteckt — eine solche Thatsache kann ja unmöglich die Frage über die factische und rechtliche Imputation zu lösen geeignet sein, wenn auch der Thatbestand an sich bis zur Wahrscheinlichkeit hergestellt wäre. Wer sagt uns denn, daß das tödtliche Ingrediens mit dem Bewußtsein, daß es Gift sei⁵⁸⁾, eingestreut wurde; wer sagt uns, daß der Thaler in betrügerischer Absicht verfertigt worden sei, und

53) v. Jagemann, Handb. der gerichtl. Untersuchungskunde Bd. 2, Nr. 203.

54) Vgl. Note 50 und Art. 60 der p. G.-D.

55) Henke, Handb. des Criminalrechtes Bd. 4, S. 476, bemerkt in dieser Beziehung: Die Bestimmtheit und Umständlichkeit des Bekenntnisses ist erforderlich, weil nur dadurch es möglich wird, sich sowohl von der Ernstlichkeit, als auch von der Wahrhaftigkeit desselben genügend zu überzeugen.

56) Littmann, Handb. der Strafrechtsw. Bd. 3, S. 479, erinnert hierbei: Sprachrichtiger Worte bedarf es hierbei gerade nicht, wenn nur des Zusammenhangs und der vorhandenen Umstände wegen kein Zweifel über ihre Bedeutung vorhanden ist.

57) Kleinschrod, Entwicklung der Grundbegriffe des peinl. Rechtes Th. 1, S. 165 fig.

58) Wenn es an diesem Moment fehlt, so kann noch eine sträfliche Fahrlässigkeit übrig bleiben. Abergg, Lehrb. der Strafrechtsw. S. 337. Ein Beispiel s. bei v. Jagemann, Handb. der gerichtl. Untersuchungskunde Bd. 2, Nr. 28.

wer kann es, außer dem Inculpaten, wissen, ob er die Feuersbrunst vielleicht nur aus Fahrlässigkeit⁵⁹⁾, oder durch einen unglücklichen Zufall veranlaßt habe?

Es gehört also zur vollen Beweiskraft des Geständnisses das Eingehen des Inculpaten in alle Einzelheiten und Nebenumstände. Der Inquirent kann hierzu durch zweckmäßige Fragen allerdings viel beitragen; aber ein verstocktes Gemüth nimmt sich oft vor, sich unter keiner Bedingung tiefer einzulassen, und alsdann hat alle Kunst nothwendig ein Ende.

3) Daß ein Geständniß nur dann als förmliches Beweismittel dienlich ist, wenn es vor dem zuständigen Richter abgelegt wurde, versteht sich wohl von selbst; ein gerichtliches Geständniß muß es sein, wenn es unter den Begriff eines solchen im engeren Sinne fallen soll: ein außergerichtliches Geständniß, d. h. ein solches, das nicht vor einem strafgerichtlichen⁶⁰⁾ Beamten abgelegt wurde, kann gar nicht als Geständniß in der juristischen Bedeutung geltend gemacht werden, sondern es liefert, wenn es bewiesen ist, ein ganz anderes Beweismittel, nämlich eine Anzeigung⁶¹⁾, ein Indicium. Wenn man diesen Unterschied festhält, so wird man nicht, wie es zuweilen in der Praxis geht, in Gefahr kommen, ein außergerichtliches Schuldbekennniß als ein Geständniß zu behandeln, und selbst dann, wenn der Inculpat dasselbe auf gerichtlichen Vorhalt als wahr zugibt, wird es dadurch nicht zum Range eines Geständnisses erhoben, sondern es liegt dann eine durch Geständniß erwiesene Anzeigung vor.

Die Gründe hiervon sind hauptsächlich folgende.

Nicht Jedermann, und am wenigsten ein Nichtjurist, kann die Erfordernisse eines beweislichen Geständnisses gehörig kennen und beurtheilen⁶²⁾; nicht allen Menschen, die keine specielle Pflicht der Beurkundung

59) Gerade das wichtigste Moment, die Willensbeschaffenheit, kann, wie oben Note 17, 23 schon erwähnt wurde, nur aus dem Munde des Thäters mit Sicherheit ermittelt werden, und wenn ein Geständiger hierüber keinen Aufschluß geben will, so liegt Grund vor, die Ernstlichkeit seines Geständnisses oder doch die Aufrichtigkeit und Reumüthigkeit zu bezweifeln. Vgl. übrigens Littmann, über Geständniß und Widerruf S. 3.

60) Es soll hiermit der Gegensatz von civilrechtlichen Verhandlungen ausgedrückt werden, welche, wenn sie ein Geständniß über eine unrechte That enthalten, um Nichts mehr als ein gar nicht vor Gericht abgelegtes Geständniß beweisende Kraft haben; sie gelten also für den Strafrichter als gleichbedeutend mit außergerichtlichen Geständnissen; welches davon herrührt, weil ein Geständniß in Civilsachen in der Regel aus ganz anderen Motiven als ein Geständniß in Criminalsachen abgelegt wird. Auf die Motive aber, auf die Uebereinstimmung der Handlungen mit den Gedanken und Gefühlen kommt bei den strafprozessualischen Erklärungen Alles an. Kleinschrod, im (Alten) Archiv des Criminalrechtes Bd. 4, S. 15. S. auch Clarus, sent. quasest. 54. m. 5. Littmann, über Geständniß u. s. w. S. 15.

61) Rittermaier, deutsches Strafverf. Th. 2, S. 256. P. C. D. Art. 32.

62) Alle die bisher aufgeführten positiven und negativen Erfordernisse mußte ein außergerichtliches Geständniß haben, wenn es mehr als eine Inzucht,

übernommen haben, kann es am Herzen liegen, die Aeußerungen eines Verdächtigen so genau zu beachten und aufzufassen, daß sie nachträglich dieselben Wort für Wort oder doch ihrem ganzen Sinne nach wiedererzählen könnten; niemals ist aber einem Bekenntnisse, welches Privatpersonen gegenüber abgelegt wurde, diejenige Ernstlichkeit⁶³⁾ zuzutrauen, welche ihm allein vor dem Richter Werth verleihen könnte.

Man sollte hiergegen erwiedern, daß es doch möglich sei, daß ein solches Bekenntniß nicht minder offen, ja noch offener, als dasjenige vor dem Richter, gemeint sein könne; denn es ist nicht die Sache des Richters, mit Möglichkeiten⁶⁴⁾ sich abzugeben, und bei der Gesetzgebung entscheidet zunächst dasjenige, was der menschlichen Natur am meisten entspricht, und die Vermuthung spricht gewiß gegen die Beweislichkeit eines außergerichtlichen Geständnisses.

Zweifelhafter wird die Sache, wenn ein Angeschuldigter wohl vor einer öffentlichen Behörde, aber nicht vor dem competenten Untersuchungsgerichte ein Geständniß abgelegt hat.

Vor allem muß man hier festhalten, daß ein solches Geständniß kein außergerichtliches ist, es müßte denn gerade vor einer Verwaltungsbehörde abgelegt sein. War dieselbe ein Polizeiamt⁶⁵⁾, so kommt es noch darauf an, ob dieses mit der Criminalpolizei beauftragt ist, in welchem Falle es gewiß keine rechtsungiltige Acte aufnimmt⁶⁶⁾, so lange es nicht seine Thätigkeit über die Kundschafterhebung hinaus erstreckt. Wird ihm aber von einer summarisch befragten Person ein Bekenntniß der That angetragen, so wäre es wohl thöricht, solches aus Mangel an Competenz zurückzuweisen: denn es läßt sich ja mit gutem Grunde sagen, daß der Verbrecher die Competenz⁶⁷⁾ der Polizeibehörde durch den unaufgeforderten Uebergang zu einem Geständnisse anerkannt habe.

Aber auch Geständnisse, die von einer nicht zuständigen Criminal-

wenn es etwa ein halber Beweis sein sollte. Wer wird aber bei der Ablegung eines solchen Bekenntnisses eine so strenge Controle führen?

63) Die Ernstlichkeit eines Geständnisses kann eigentlich nur daraus geschlossen werden, daß es vor dem Untersuchungsrichter abgelegt wurde. Heegg, Lehrbuch des Criminalprocesses S. 177. Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. 4, S. 473.

64) Hierüber ist vorzüglich nachzulesen: Bauer, in der Zeitschrift für deutsches Strafverfahren, herausgegeben von v. Jagemann und Adlner Bd. 2, S. 64.

65) Das ist: eine durch einen Rechtsgelehrten versehene Stelle; nicht aber, wenn der Functionär ein Empiriker, ein gewesener Officier, Scribent, überhaupt ein gewöhnlicher Polizeicommissär ist, wie es z. B. in Preußen oft vorkommt.

66) Rittermaier, deutsches Strafverf. Th. 2, S. 257, äußert zwar das Bedenken: daß die oft nicht sehr vorsichtige Verhörweise der Polizeibeamten erhebliche Zweifel begründe, ob das Geständniß ernstlich sei. Allein dies paßt wohl nur auf die in der vorhergehenden Note bezeichneten Verwaltungsbeamten im strengsten Sinne.

67) Wie weit dieselbe in Criminalpolizeisachen gehe s. bei Bauer, Lehrb. des Strafprocesses S. 5 und Mayer, das Strafverfahren der Polizeibehörden in Württemberg (Ulm 1842), §. 186—216.

behörde veranlaßt wurden, können unter gewissen Umständen Beweiskraft haben⁶⁸⁾. Hat sich ein Inquirent aus specieller Verfolgungssucht in die Sache gemischt, so haben natürlich seine Handlungen überall die Vermuthung gegen sich, und ein vor ihm abgelegtes Bekenntniß würde vor dem Richter gar keinen juristischen Werth haben.

Hat aber das incompetentes Gericht in gutem Glauben gehandelt, oder hat sich der Thäter freiwillig vor dem ihm zunächst liegenden Inquisitoriate gemeldet, um eine Selbstanklage vorzubringen, so wäre es gewiß eine unverzeihliche Pedanterie, wenn man dergleichen Geständnisse ignoriren wollte: denn gerade das Princip der materiellen Wahrheit würde darunter leiden, wenn man solche Aeußerungen des aufrichtigen Gemüthes, die in unverdächtiger Stimmung gemacht wurden, für unverbindlich erklären wollte⁶⁹⁾. Nur darauf kommt es dann noch an, ob die gehörigen Formen gewahrt worden.

Ausnahmsweise können sogar Bekenntnisse, die vor Verwaltungsbehörden abgelegt worden, die Bedeutung gerichtlicher Geständnisse erlangen; alsdann nämlich, wenn die Behörde die vorgesezte Dienststelle eines angeklagten Beamten ist. Insbesondere kommt dieses bei Rechnungsprozessen⁷⁰⁾ vor. Ein dienstpolizeiliches Verfahren⁷¹⁾ muß immer voran gehen, wenn ein Staatsdiener in Untersuchung gezogen werden soll, und er darf nicht eher vor den Richter gestellt werden, bis das betreffende Ministerium solches ausgesprochen hat. Welchen Sinn und welche Bedeutung sollte nun ein solches Vorverfahren haben, wenn es nicht eine Grundlage zu dem Criminalverfahren geben sollte? Sind also Geständnisse dabei vorgekommen, so müssen sie auch verbindliche Kraft haben.

4) Noch pflegt man zu unterscheiden das ausdrückliche und das stillschweigende⁷²⁾ Geständniß. Das erstere ist dasjenige, welches vor dem Richter in bester Form Rechtsens abgelegt wurde, und das letztere ist ein aus dem Ausbleiben des persönlich oder edictaliter Geladenen gefolgertes. Ueber jenes ist nichts Weiteres zu sagen, über dieses aber muß vor allem bemerkt werden, daß es mit dem oben aufgestellten Grundsatz der materiellen Wahrheit in entschiedenem Widerspruche steht. Wie kann man eines Theils verlangen, daß die Richter Niemand verurtheilen, der nicht mit seiner Entschuldigung gehört wurde, und, anderen Theils gestatten, einen Angeklagten, der gar nicht vor Gericht erschienen ist, mit Strafe zu belegen? Eine Person, die der Ladung nicht Folge leistet, kann

68) Littmann, Strafrechtsw. Bb. 3, S. 481.

69) S. besonders preuß. Criminalorbn. §. 22, 23, und Alker, Handb. des preuß. Criminalproz. (Berlin 1842), Th. 1, §. 69.

70) Mayer a. a. D. §. 211, 217.

71) Heffter, im Archive des Criminalrechtes Bb. 13, S. 163. Großh. hessische Dienstpragm. §. 23. Badisches Gesetz über die Rechtsverh. der Staatsdiener v. 30. Jan. 1819, §. 16.

72) Darunter versteht man ein in Folge eines Contumacialverfahrens finirtes Geständniß. Vgl. bes. Penke, Handbuch des Criminalrechtes Bb. 4, §. 139.

und muß, wenn sie irgendwo zu finden ist, zwangsweise vorgeführt⁷³⁾ werden. Gelingt es aber gar nicht, sie auffindig zu machen, oder ihrer habhaft zu werden, so kann nichts daraus folgen, als daß die Behörden im concreten Falle nicht mächtig genug sind, ihre Aufgabe zu erfüllen, und den Nachtheil davon hat nicht die in Verdacht gestellte Person, sondern die Strafsjustiz⁷⁴⁾ zu leiden und sie kann sich nur die Aburtheilung auf den Fall vorbehalten, daß innerhalb der Verjährungsfrist der Angeeschuldigte noch irgendwo ergriffen werde. Wenn sich dessen ungeachtet in manchen Ländern eine Fiction des Geständnisses und ein darauf gebautes Contumacialurtheil durch Gerichtsgebrauch oder durch Gesetze⁷⁵⁾ eingeschlichen hat, so kann man doch nimmermehr zugeben, daß solches gemeinrechtlich sei⁷⁶⁾.

Anders ist es freilich im Anklageprozeße, weil dieser dem Civilverfahren nachgebildet ist. Der Grundsatz des Verzichtes wird analog angewendet; er läßt sich auch hier eher, als bei dem Inquisitionsprincipe durchführen, weil man ein bestimmtes Substrat hat, auf welches die Geständnissfiction gebaut werden kann, nämlich die Anklage des Staatsanwaltes⁷⁷⁾. Dagegen möchte man wohl fragen, wie im teutschen Strafprozeße ein stillschweigendes Geständniß construiert werden soll.

Wollte der Untersuchungsrichter zu diesem Zwecke eine Anklage erheben, so würde er ganz aus der Rolle fallen. Es ist etwas ganz Anderes, die Interessen des Gesetzes und der Gerechtigkeit zu vertreten, und eine förmliche Anklage zu übernehmen; denn dadurch erst entsteht die parteiliche Einseitigkeit⁷⁸⁾, welche ein Richter unbedingt zu vermeiden hat. Auch der Ausweg genügt nicht, daß man den Prozeß wieder aufnehmen will, wenn der als ungehorsam Verurtheilte später doch persönlich vernommen werden könnte. Denn alsdann spricht der Gesetzgeber mittelbar

73) Auch Realladung genannt. Bauer, Lehrb. des Strafproz. §. 73.

74) Leider lassen sich oft practische Juristen durch die Rücksicht auf die öffentliche Sicherheit und auf den clamor publicus zu gewissen, an sich unersaubten Schritten bestimmen; es ist aber die Strafsjustiz nicht die Dienerin der Polizei. Mittermaier, die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung (Heidelberg 1841), §. 24.

75) Vgl. preussische Criminalordn. §. 580 flg. und allg. Landr. Th. 2, Tit. 20, §. 99, 103, 673, 1456. Bayer'sches Strafgesetzb. Th. 2, Art. 421 flg. Oesterreich'sches Gesetzb. über Verbr. §. 497—499. Hannov. Entw. Art. 338.

76) S. Martin, Lehrbuch des Criminalprozeßes §. 82: Vom Ungrunde fingirter Criminalbekenntnisse.

77) Hepp, die Anklageschaft, Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Strafverf. (Tübingen 1842), §. 6, 7.

78) Leue, der Anklage- und Untersuchungsprozeß S. 109, meint zwar: daß eine Criminaluntersuchung ohne die verdeckte Grundlage des Anklageprozeßes in der Wirklichkeit gar nicht bestehen könne; — allein es ist wohl zu unterscheiden, daß der teutsche Inquirent, wenn er in der That auch die Anklage vertreten muß, immer zugleich verpflichtet ist, den Unschuldsbeweis von Amts wegen zu erheben.

selbst aus, daß er dieses Verfahren für ungenügend hält. Würde das fingirte Geständniß irgend einen Werth haben, so würde gewiß, nachdem die Richter ein solches angenommen, nichts Weiteres erforderlich sein.

Blos in Polizeistrafsachen⁷⁹⁾ läßt sich für ein Contumacialverfahren etwas sagen. Es liegt hier fast noch mehr im Interesse der Bürger, als der Gerichte, eine möglichst kurze Proceedur zu haben. Ist eine Anzeige wegen Polizeirevel gemacht, so ist die Hauptsache nur, daß man dem Angezeigten Nachricht davon gibt, damit er sich sofort vertheidigen könne, wenn er Entschuldigungsgründe zu haben vermeint; muß er aber, wie es meistens der Fall ist, selbst anerkennen, daß er sich verfehlt hat, so ist es ihm gewiß lieber, die Strafe kurzweg über sich ergehen zu lassen⁸⁰⁾, als die weitere Unannehmlichkeit zu haben, daß er vor Unterschieden müßte. Solche Polizeierkenntnisse haben ohnedies einen mehr civilrechtlichen Charakter, indem der Hausherr für Familie und Gesinde einstehen muß, weshalb er selbst, wenn er nicht eine Untersuchung führen will, gewöhnlich am besten thut, der Anzeige eines verpflichteten Mannes ohne Weiterungen Glauben beizumessen.

Es folgt also hieraus nichts gegen den oben aufgestellten Satz, daß fingirte Geständnisse im Criminalgebiete verwerflich seien.

5) Noch hat man zu unterscheiden zwischen dem vollkommenen oder unumwundenen und dem eingeschränkten⁸¹⁾ Geständnisse (*confessio pura et qualificata*). Zu den größten Seltenheiten gehört ein Geständniß, welches die ganze Reihe der Thatumstände, die den Gegenstand der Anschuldigung ausmachen, umfaßt, theils weil es kaum möglich ist, daß ein Mensch alle Einzelheiten einer Handlung, die er immer im Zustande einer größeren oder geringeren Aufregung beging, sich nach vielen Tagen oder Monaten noch so genau erinnern könne, daß er mit den Angaben unparteiischer Zeugen völlig übereinstimme; theils aber auch, weil nicht leicht Jemand zu einer solchen Aufrichtigkeit sich verstehen kann, daß er eine verbrecherische Schuld ganz unbedingt auf sich nähme. Ist es auch nicht gerade der Hang zur Lüge, der zu theilweisen Ableugnungen oder Ausreden führt, so ist es die Wirkung des nie ganz zu unter-

79) Bender, Handbuch der polizeilichen Rechtspflege (Köln 1823), §. 213, 214. Kettig, die Polizeigesetzgebung Badens, 3. Aufl. (Karlsruhe 1839), §. 1162.

80) Gewöhnlich werden in geringen Contraventionsfällen Straferkenntnisse mit der Clausel erlassen, daß dieselben rechtskräftig würden, wenn der Angezeigte nicht binnen einer gewissen Frist Einwendungen dagegen vorbringe. Dies Verfahren ist nach Analogie des Mandatsprozesses gebildet (*mandatum cum clausula*). Linde, Lehrbuch des Civilproz., 5. Aufl., §. 354, 359.

81) Borst, über die Wirkung des beschränkten Geständnisses im Criminalprozeße. Im N. Archive des Criminalrechtes Bd. 1, S. 279 flg. Reyscher, Diss. de confessione limitata in causis crim. Tub. 1824. Zacharia, Grundlinien des Criminalproz. §. 191. Werner, Handbuch des peinl. Rechtes Nr. CIV.

drückenden Selbsterhaltungstriebes, oder auch der Eitelkeit⁸²⁾ und Verschämtheit⁸³⁾.

Daher kommt es, daß die geständigen Inculpaten gemeinlich in Nebenpunkten von den Aussagen der übrigen vernommenen Personen abweichen, oder der inneren Wahrscheinlichkeit und den vorliegenden Indicien widersprechen. Ganz besonders findet man diese Erscheinung in Bezug auf die innere Thatbeschaffenheit. Selten wird ein Verbrecher den Grad von Verderbtheit oder Bosheit einräumen⁸⁴⁾, mit welchem das Verbrechen wirklich verübt wurde.

Die Aufgabe des Inquirenten besteht alsdann darin, dem Inculpaten zu zeigen, wie aus anderen Umständen das Gegentheil von dem, was er angibt, hervorgeht, und wenn er hiergegen keine statthaftern Gründe vorbringen kann, so hat auch der Strafrichter nur nach dem nothwendigen Zusammenhange der Umstände zu urtheilen und dem Angeschuldigten in den Entscheidungsgründen zu erkennen zu geben, wie man an ein Geständniß weder zum Vortheile noch zum Nachtheile des Bestehenden weiter gebunden ist, als dessen innere Wahrscheinlichkeit es erlaubt und verlangt⁸⁵⁾.

Die Einschränkung des Geständnisses kann aber auch darin bestehen, daß der offenen Angabe der That Einreden hinzugefügt werden, aus welchen eine gänzliche oder theilweise Entschuldigung hervorgehen würde, wie z. B. die Einrede des Nothstandes, der Nothwehr oder Trunkenheit. Es ist eine heilige Pflicht des Untersuchungsrichters, die hierauf bezüglichen Thatsachen ebenfalls zu erforschen.

Frig ist daher die Ansicht, daß der Inculpat den Beweis seiner Einreden selbstständig zu führen⁸⁶⁾ habe; allerdings hat er diejenigen Andeutungen zu machen, aus welchen die Wahrheit seiner Angabe zu constatiren sein dürfte; aber die Sache des teutschen Richters ist es, nicht nur diese Andeutungen zu verfolgen, sondern auch allen Fleiß aufzubieten, damit etwa durch anderweite Mittel die Wahrheit vollkommen herausgestellt werden könnte, wie z. B. bei der Einrede der Trunkenheit⁸⁷⁾

82) Wenn z. B. ein Mensch von bisher gutem Rufe einen Diebstahl beging, so wird er die That auf jede Weise zu beschönigen suchen, damit er sich nicht selbst der Verachtung preisgebe.

83) Eine gewöhnliche Erscheinung beim Zugeständnisse eines Fleisches verbrochens, besonders bei der widernatürlichen Unzucht.

84) Borst a. a. D. S. 288. Reyscher l. c. §. 20.

85) Quistorp, Grundf. des peinl. Rechtes §. 683. Matthaeus, de criminibus Lib. 48. Tit. XVI. Cap. 1. nr. 20. L. 7 u. 9. D. ad leg. Corn. de sicar. (48. 8.) L. 2—4. Cod. eod. (9. 16.)

86) Borst ließ sich, a. a. D. S. 285, durch seinen civilistischen Geist zu der, gewiß unrichtigen, Ansicht verleiten: Hinsichtlich der wahren (?) Einreden sei es keinem Zweifel unterworfen, daß deren Beweis dem Angeschuldigten eben so, wie im Civilproceß dem Beklagten, obliege, daß sie folglich, wenn sie nicht ausgemittelt werden können, als unerwiesen zu verwerfen seien. Cf. Reyscher l. c. §. 30.

87) v. Jagemann, Handbuch der gerichtlichen Untersuchungskunde Bd. 2, Nr. 223.

genauestens ausgekundschaftet werden muß, in welchen Wirthshäusern und Schenken der Inculpat am Tage der That sich herumgetrieben, von wem er Getränke gerichtet bekommen hat, und von welcher Quantität und Qualität dieselben waren; woraus dann, nach gewöhnlicher menschlicher Erfahrung, auf die damalige Geistesbeschaffenheit des Inculpates⁸⁸⁾ geschlossen werden kann. Es darf nie der Inquirent von Amtswegen eine Einrede verwerfen und ununtersucht lassen. Ist die Angabe auch noch so unwahrscheinlich⁸⁹⁾, so muß man noch den Fall der Möglichkeit im Auge halten und nicht vergessen, wie das Princip der materiellen Wahrheit erfordert, daß man nicht bloß Vermuthungen für und wider eine Angabe aus den Acten zu begründen, sondern auch noch das Gegentheil einer unwahrscheinlichen Vermuthung durch negative Beweiserhebungen darzuthun suchen muß. Die Sache des Spruchrichters ist es alsdann, den Faden der Wahrheit herauszufinden.

6) Eine von Altersher vielfach und heftig bestrittene Frage ist die, ob das Geständniß für sich allein auch den Thatbestand eines Verbrechens beweisen könne⁹⁰⁾. Das Bedenken liegt darin, daß man eigentlich ein festes Fundament zur Untersuchung schon haben muß, wenn man eine bestimmte Person in den Stand der Anschuldigung versetzen will; d. h. es muß erst objectiv eine Strafgesetzübertretung, ein Verbrechen nachgewiesen sein, ehe man deshalb ein Subject verfolgen kann.

Offenbar rührt dieses Bedenken nur von der scholastischen Eintheilung in General- und Specialuntersuchung⁹¹⁾ her; man konnte sich hierneben nicht recht vorstellen, wie der Beweis für beide Abtheilungen in Eins zusammenschießen könne. Denkt man sich aber, wie es jetzt im gemeinen Rechte geschieht, jede Untersuchung als ein Ganzes, welches nur zufällig und je nach der Beschaffenheit der Umstände in Abschnitte zerfällt, so wird man leicht über jene Schwierigkeit hinaus kommen. Es muß allerdings der Thatbestand ebenso selbstständig⁹²⁾, wie die Thäterschaft hergestellt werden, aber es ist gar nicht einzusehen, warum die-

88) Friedreich, System der gerichtlichen Psychologie, 2. Aufl. (Regensburg 1842), S. 505—533.

89) Mittermaier, Lehre vom Beweise S. 160, stellt sogar die Behauptung auf: Es muß die Regel entscheiden, daß auch schon die Wahrscheinlichkeit des geführten Entschuldigungsbeweises hinreiche, um das dem Angeeschuldigten günstige Resultat zu begründen.

90) Littmann, über Geständniß und Widerruf §. 12. Stübel, über den Thatbestand der Verbrechen §. 314—335. Mittermaier, Strafverf. Th. 2, S. 164. Derselbe, Lehre vom Beweise §. 35. Ritka, die Beweislehre im österr. Criminalprozeße (Wien 1841), §. 19.

91) Koch, inst. iur. crim. ed. VI. §. DCCLXXIX., z. B. sagt: Scilicet sunt, qui adfirmant, generalem inquisitionem cessare, si quis crimen a se commissum cum omnibus circumstantiis sponte denunciaverit; at meo quidem iudicio sine fundamento.

92) So verordnet die preussische Criminalordn. §. 136: Der Thatbestand muß festgestellt werden, wenn auch der Verbrecher ein vollständiges Bekenntniß abgelegt hat. Vgl. auch österr. Gesetzbuch über Verbrechen §. 400.

fer Beweis nicht eben sowohl durch Ein gutes Beweismittel⁹³⁾, wie durch mehrere soll geliefert werden können.

Man nimmt oft keinen Anstand, den Thatbestand und die Thäterschaft durch die nämlichen Zeugen bewahrheiten zu lassen; warum soll ein anderes Beweismittel, das Geständniß, welches doch *regina probationum*⁹⁴⁾ genannt wird, dazu untauglich sein⁹⁵⁾? Wohl kann man nicht behaupten, daß der Thäter irgend verpflichtet sei, über den Thatverhalt, so weit ihn der Richter noch nicht kennt, Aufschluß zu geben: wenn er es aber dennoch freiwillig thut, so kann man nur seine Aufrichtigkeit loben, aber gewiß nicht als unstatthaft zurückweisen. Nur das Eine ist richtig, daß ein Beweis, der lediglich auf Geständniß beruht, bei der Prüfung doppelte Vorsicht in Anspruch nimmt, zumal wenn eine Selbstanklage vorliegt; und zwar aus den Gründen, welche schon oben auseinandergesetzt wurden. Es könnte ja sein, daß der Inculpat entweder nur aus Ueberdruß an der Untersuchung oder um eine erwünschte Strafe zu erleiden, Verbrechen angibt, die gar nicht geschehen sind⁹⁶⁾, oder seine Phantasie malt ihm dergleichen als wirklich geschehen vor⁹⁷⁾, und er kann selbst daran glauben, wenn es gleich unwahr ist. Daraus folgt aber weiter nichts, als daß ein Geständniß von dieser Art von unterstützenden Nebenumständen umgeben sein muß, wobei namentlich auch der Charakter und Leumund des Angeeschuldigten⁹⁸⁾ in Betracht gezogen wird. Ist derselbe ein durchaus unbescholtener Mensch und tritt er nun mit einer Selbstanklage hervor, die keine innere Wahrscheinlichkeitsgründe für sich hat, so wäre es unverantwortlich, darauf ein Strafserkenntniß zu bauen.

Ganz willkürlich ist die Unterscheidung älterer Juristen⁹⁹⁾, daß der Thatbestand von einem *delictum facti transeuntis* eher durch Geständniß bewiesen werden könne, als von einem *delictum facti permanentis*¹⁰⁰⁾.

93) Mit der größten practischen Einsicht führt diesen Satz aus: Rittermaier, Strafverfahren Th. 2, S. 263.

94) A begg, Lehrb. des Criminalproz. S. 171. Der Grund dieses Rechtsaxioms wird gewöhnlich von dem Aussprüche Seneca's hergenommen: *Confessio conscientias vox est.* (Controv. VII, 3.)

95) Stübel, über den Thatbest. der Verbr. §. 321—324, 327.

96) v. Sagemann, Handb. der gerichtl. Untersuchungskunde Bd. 2, Nr. 83.

97) Ein sehr interessantes Beispiel lieferte Soldan, in der Zeitschrift für teutsches Strafverfahren Bd. 3, Nr. XVIII, wo von einer Inquisitin erzählt wird, die sich, in Folge vieler Suggestionen, zuletzt wirklich einbildete, eine Hexe zu sein.

98) P. G.-D. Art. 25, 26, 28, 31, §. 4, Art. 32, 35, 41, 42, 143. Seuffert, in den Blättern für Rechtsanwendung in Bayern Jahrg. 1838, Nr. 111.

99) Matthaeus, de crim. Lib. XLVIII. Tit. 16. Cap. 1.

100) Stübel, über den Thatbestand der Verbrechen §. 216, hat unabweisbar nachgewiesen, wie die frühere Gesetzgebung, wenn sie in dieser Beziehung Beschränkungen anordnete, heutzutage, nachdem die Tortur abgeschafft ist, nicht mehr zur Anwendung kommen könne. Denn nur die Besorgniß, daß ein erpresstes Geständniß, wenn es kein weiteres Fundament hat, unzuverlässig sein möchte, konnte jene Beschränkungen herbeiführen.

Eine solche Bedenklichkeit beruht ganz und gar nicht auf wissenschaftlichen Gründen, sondern nur auf Zufälligkeiten. Die Wahrheit einer criminellen Thatsache kann gewiß nicht davon abhängig gemacht werden, daß das Verbrechen einmal mit Hinterlassung von äußeren Spuren und das andere Mal ohne solche in Erscheinung tritt. Leichter wird die Beweisführung natürlich im ersten, als im zweiten Falle; leichter ist sie z. B. in Verwundungsfällen, als bei Fleischesverbrechen¹⁰¹⁾; wenn aber in dem einen Falle die Beweisführung eine sorgfältigere Erforschung der inneren Wahrscheinlichkeit erfordert, als im anderen, so kann doch deswegen gewiß nicht dem Geständniß in jenem Falle die Beweiskraft ganz entzogen werden.

7) Weit Schwieriger als sie ist, pflegt man sich ferner auch die Sache zu denken, wenn ein Widerruf des Geständnisses¹⁰²⁾ erfolgt. War dasselbe an und für sich unhaltbar, so hat es überhaupt nicht viel zu bedeuten, ob der Inculpat dabei stehen bleibt oder nicht. Im Gegentheile gibt es sogar Fälle, wo der Inquirent, als Erforscher der reinen Wahrheit, auf den Widerruf hinwirken muß, nämlich bei falschen Selbstanklagen oder unüberlegten Zugeständnissen.

Liegt jedoch ein glaubhaftes Geständniß vor, so kann man natürlich den Widerruf nicht gleichgiltig ansehen, und es gilt dann gleich, ob dasselbe von anderen Beweismitteln unterstützt ist, oder für sich allein steht: denn im Interesse der Wahrheit ist es da wie dort von großem Belange, sich zu überzeugen, ob wirklich der Angeschuldigte mit Grund seine Unschuld behaupten kann. Dieses ist der Hauptgesichtspunkt, und es muß als eine von den vielen Verirrungen teutscher Untersuchungsrichter bezeichnet werden, wenn sie bei eintretendem Widerruf immer von vornen herein eine Chikane unterstellen¹⁰³⁾, welcher man mit aller Strenge, ja mit gerichtspolizeilichen Strafen begegnen müsse¹⁰⁴⁾. - Das Aeußerste, was in Fällen, wo wirkliche Bosheit hervorleuchtet, zu rechtfertigen ist, dürfte die Entziehung gewisser Vortheile sein, die man einem Arrestanten in Folge seines aufrichtigen Benehmens¹⁰⁵⁾ verstattete, und zwar um so mehr, wenn solche nicht sowohl als Belohnung, sondern deßhalb eingeräumt wurden, weil man einen offenen reumüthigen Menschen nicht so strenge zu bewachen braucht, wie einen verstockten und boshaften¹⁰⁶⁾.

101) Koch, inst. iur. crim. §. DCCXXI. Rittermaier, Strafverfahren Th. 2, §. 63. Vgl. auch Carpzov., pract. rer. crim. P. II. Quaest. LXXII. nr. 52.

102) P. G. = D. Art. 57. Crass, de confess. rei et revoc. confess. Amstelod. 1794. Zittmann, über Geständniß und Widerruf §. 17—29. Kleinschrod, im N. Archive des Criminalrechtes Bd. 4, Nr. VIII, S. 194. Werner, Handbuch des peinlichen Rechtes §. 781.

103) Leue, der Anklage- und Untersuchungsprozeß S. 111.

104) Ein Beispiel von hoher Wichtigkeit lieferte die neueste Zeit in dem Prozesse gegen Joachim H. Ramke; s. dessen rechtliche Vertheidigung vom Adv. Gülich (Altona 1842), §. 31—34.

105) v. Jagemann, Handbuch Bd. 1, §. 194—196.

106) Der Schluß wird meistens richtig sein, daß ein Subject von solcher Gemüthsart auch zu gewaltsamen Unternehmungen im Geständnisse

Das Verfahren gegen einen Widerrufenden besteht aus zwei Haupttheilen; man hält ihn an, nachzuweisen, aus welchen Gründen sein früheres Geständniß abgelegt und wieder aufgegeben worden sei, und alsdann muß man ihm noch die etwa vorliegenden Ursachen der Glaubwürdigkeit und des richterlichen Festhaltens an dem Geständnisse auseinandersetzen. In dem ersten Stadium spielt der Inquisit und in dem zweiten der Inquirent die Hauptrolle. Der erstere hat zweierlei Wege, um seinen Plan durchzuführen; er kann das Geständniß in seinen Fundamenten erschüttern, indem er zeigt, daß es abgeändert, oder in einem Zustande der Geistesverirrung¹⁰⁷⁾ abgelegt worden sei. Will er einen Zwang beweisen, so ist er unverkennbar in einer schlimmen Lage¹⁰⁸⁾: denn er muß den Untersuchungsrichter eines Amtsmißbrauches oder doch einer Ueberschreitung der Dienstgewalt anklagen, und da Niemand Anderes, als dieser selbst berufen ist, Thatsachen jeder Art in ein klares Licht zu setzen, so kann der Inquisit nicht zum Ziele kommen, wenn ihn nicht der Dirigent des Prozesses unterstützt. Es geht aber wohl über die menschliche Selbstverleugnung hinaus, daß der eines Dienstvergehens angeschuldigte Beamte, wenn er wirklich nicht ganz rein in der Sache ist, den Beweis so vollständig gegen sich selbst führen wird, als ein dritter Unparteiischer es etwa vermöchte. Deshalb sollte in dergleichen Fällen immer¹⁰⁹⁾ ein anderer Untersuchungsrichter committirt werden.

Der andere Weg, den der Inculpat verfolgen kann, ist der, daß er nur einen Unschuldsbeweis zu führen versucht. Dazu muß ihm, wie sich von selbst versteht, der Inquirent wieder eben so behilflich sein, als er früher das Geständniß zu erschöpfen und zu befördern suchte, und seien die neuen Angaben und Beweisgründe noch so unwahrscheinlich, so darf

fähig sei: denn wer seinem Richter frech und trotzig entgegentreten kann, der wird sich um so weniger scheuen, die auferlegte Ordnung zu übertreten, wenn er nicht unmittelbar einer Gerichtsperson gegenüber steht. Mächtig wirkt dazu immer noch der Freiheitstrieb mit. — Vgl. Kiese wetter, Erfahrungseelenlehre S. 363 und Rosenkranz, Psychologie S. 213.

107) Leicht kann ein solcher Zustand den Inquirenten, besonders wenn sie, wie gewöhnlich, in der Criminalpsychologie wenig Kenntnisse haben, ganz entgehen; oder es wird auch versäumt, die bemerkten Spuren, wegen vermeintlicher Unerheblichkeit, zu den Acten zu bemerken; alsdann erscheint die spätere Bezugnahme des Inculpates auf vorhanden gewesene Seelenkränkung als eine Neuheit in den Acten, ohne es an und für sich zu sein. Rittermaier, Strafverfahren Th. 2, S. 271.

108) Nur wo ein öffentlich-mündliches Schlußverfahren stattfindet, kann dem Angeklagten eine Garantie gegen Bedrückungen und Mißhandlungen gegeben werden. Denn die Demüthigung für den Inquirenten, wenn er vor Richter und Volke eines solchen Vergehens angeschuldigt zu werden Gefahr läuft, ist zu groß, als daß er sich nicht sorgfältig davor hüten sollte. S. v. Feuerbach, Betrachtungen über Oeffentlichkeit und Mündlichkeit Bd. 1, S. 86—95.

109) Man wartet gewöhnlich ein Recusationsgesuch des Inculpates ab; aber der Inquirent sollte vielmehr, sobald die Einrede der Nöthigung vorgeschützt ist, verpflichtet sein, die Acten zur höhern Verfügung vorzulegen, gleichviel, ob jener es verlangt oder nicht. Vgl. Rittermaier, im R. Archive des Criminalrechtes Bd. 12, S. 502, 503, und Müller, Lehrbuch des Criminalproz. S. 81.

man sich die Mähe nicht verbrießen lassen; denn die Wahrheit, gegen welche der Inculpat etwa aufzukommen sucht, wird doch am Ende immer wieder siegreich hervortreten.

Wenn dagegen der Inculpat, ohne alle Nebenbemerkungen, lediglich den Widerruf seines früheren Geständnisses anzeigt¹¹⁰⁾, so beginnt sofort das Geschäft des Inquirenten, welches dahin geht, daß durch Recapitulation der äußeren Anklagegründe und durch logische Abstufung und Steigerung derselben¹¹¹⁾ dem Inquisiten klar gemacht werde, daß er, seines jetzigen Leugnens ungeachtet, dennoch verdächtig oder sogar überwiesen bleibe. Wenn es auf Indiciendeweis ankommt, so entsteht in dieser Prozeßlage eine neue Schwierigkeit, welche mit derselben Ausdauer überwunden werden muß, als wenn das Verfahren eben erst mit einem Nichtgeständigen begonnen hätte. Man muß nämlich nun den Gesichtspunkt wesentlich ins Auge fassen, daß der Angeschuldigte, während er früher Alles ohne Widerspruch hinnahm, in Folge der eingetretenen umgekehrten Stimmung leicht einzelne Beweismittel mit Grund bemängeln, ja ihre Glaubwürdigkeit zerstören kann¹¹²⁾.

Daneben ist es immer die Pflicht des Inquirenten, dem Widerrufenden speciel vorzuhalten, aus welchen Gründen etwa das frühere Geständniß mehr Glauben verdiene, als der Widerruf und warum überhaupt ein Widerruf, wenn er nicht auf irgend eine Weise wahrscheinlich gemacht werde, vor dem Richter gar keine Beachtung¹¹³⁾ zu erwarten habe. Dieß hat oft zur Folge, daß der Inculpat von seinem Widerrufe wieder abgeht, indem Manche sich dem einfältigen Glauben hingeben, als bedürfe es nur der einfachen Revocation, um ein Geständniß unwirksam zu machen.

Wenn übrigens der Widerrufende auch zum ursprünglichen Geständnisse zurückkehrt, so darf sich der Untersuchungsrichter mit einer nackten Erklärung wieder nicht begnügen, sondern er muß eine Wiederholung aller Hauptthatsachen¹¹⁴⁾, die den Inhalt des Geständnisses bilden sollen, veranlassen: denn es kann nicht verkannt werden, wie ein Geständniß, nachdem es einmal widerrufen war, an seiner Glaubwürdigkeit immer einigermaßen gelitten hat, und es wird daher, um die vorige Beweislage

110) Martin, Lehrb. des Criminalproz., 4 Aufl., S. 207. Zacharia, Grundlinien des Criminalproz. S. 213.

111) v. Sagemann, Handbuch Bb. 1, §. 426—437, Bb. 2, Nr. 237, 238.

112) Die Fehlerhaftigkeit einer Schlussfolge aus Indicien kann mitunter der schlichteste Verstand nachweisen; am meisten liegt es aber in der Willkür des Angeschuldigten, Gründe anzuführen, wodurch gewisse Zeugen verdächtig werden. Henke, Handbuch Bb. 4, §. 80.

113) Stübel, Criminalverfahren Bb. 2, §. 760. Litzmann, über Geständniß und Widerruf §. 19.

114) Es tritt gleichsam ein neues Geständniß damit ein und folgeweise muß dasselbe auch alle Eigenschaften eines primären Geständnisses haben, wozu, wie oben ausgeführt ist, besonders Umständlichkeit und Beharrlichkeit gehören. Vgl. Kleinschrod, im Archive des Criminalrechtes Bb. 4, S. 200.

ganz wiederherzustellen, erforderlich, daß das Geständniß, gleich als wäre es das erste Mal, wieder abgelegt werde.

III. Das Geständniß in civilrechtlicher¹¹⁵⁾ Beziehung ist in dem Vorhergehenden nach den Hauptmerkmalen, wodurch es sich vom Criminalgeständniße unterscheidet, schon ins Auge gefaßt worden, und das Wesentlichste dabei ist, daß es dort mit der Verfügungsgewalt über Sachen und Rechte im engsten Zusammenhange steht und es mithin, wegen des daraus abfließenden Grundsatzes des Verzichtes¹¹⁶⁾, dem Richter ganz gleichgiltig sein kann, ob das in einem Prozesse über Mein und Dein abgelegte Geständniß innere Wahrscheinlichkeit habe oder nicht, weil er nicht berufen ist, den Motiven nachzuforschen, vielmehr den Streit sofort als beigelegt anzusehen hat¹¹⁷⁾, so wie die der Klage zu Grunde liegenden Thatfachen zugestanden sind, und wenn es verlangt wird, muß er darauf hin immer die Verurtheilung¹¹⁸⁾ aussprechen.

Es ist einleuchtend, daß unter solchen Umständen eine Prüfung anderer Art von Amtswegen eintreten muß, nämlich über jene Frage: ob der geständige Beklagte über sein Vermögen frei und willkürlich verfügen darf, und dieß ist es, was man auch den Legitimationspunkt¹¹⁹⁾ nennt.

Minderjährige, Ehefrauen und Entmündigte können kein verbindliches Geständniß ablegen¹²⁰⁾ und, wenn sie gleichwohl es thun, so muß der Civilrichter erst eine Erklärung derjenigen Personen, unter deren Gewalt sie stehen¹²¹⁾, veranlassen. Ferner aber darf auch der Gegenstand, über welchen eine Partei durch Geständniß verfügt, kein solcher sein, welcher der Privatwillkür entzogen ist, also kein Gegenstand

115) Die Literatur s. bei Einde, Lehrbuch des Civilprozesses, 5. Aufl., §. 256. Reibenstein, de conf. civ. Helmst. 1744. Kuhnert, de conf. praes. judicial. in caus. civ. Erford. 1759. Pratobevera, Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege (Wien 1817), Bb. 3, Nr. 2.

116) Mühlbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes Bb. 2, §. 119, 120.

117) Bei den Römern kam es, wenn der Beklagte sofort geständig war (confessio in iure) gar nicht zum Prozesse, sondern es erfolgte, nach Verlangen, unmittelbar darauf die Execution. S. Bethmann-Hollweg, Versuche über die Theorie des Civilproz. S. 260—262. Mehr darüber noch unten a. E.

118) Ad renunciata non datur regressus (L. 11. C. de reb. cred. [4. 1.] c. 3. X. de renunc.). Mithin ist mit der bejahenden Einlassung und dem Verzicht auf alle Einreden die Sache für immer abgethan. Einde, Lehrbuch §. 206, Nr. 3.

119) Danz, Grundr. des ordentl. Proz., 5. Aufl., §. 124, 125, und Einde, Lehrbuch des Civilproz., 5. Aufl., §. 114—116.

120) Eben aus dem Grunde, weil sie nicht frei disponiren und keinen Prozeß auf eigene Hand eingehen dürfen. L. 4. pr. de in ius vocando. (2. 4.) L. 1. §. 3. de postulando. (3. 1.) L. 9. de re indic. (42. 1.) L. 48. de oblig. et act. (44. 7.) L. 1. §. 2. de administr. et periculo tut. (26. 7.) L. 40. 124. de reg. iur. (50. 17.)

121) Die Vormünder, Ehemänner und Curatoren. Diese und die ersteren können, nach neueren Verwaltungsgrundsätzen, auch wieder nicht selbstständig Prozesse eingehen; sie müssen die Genehmigung der obervormundschaftlichen Behörden einholen. Rettig, die Polizeigesetzgebung Badens, 3. Aufl. (Karlsruhe 1839), §. 564.

des öffentlichen Rechtes und keine Sache, welche juristisch außer Ver-
lehr¹²²⁾ ist.

Da es jedoch überall, wo eine Berechtigung zum Geständniße vor-
liegt, nicht darauf ankommt, zu wissen, ob der Beklagte aus eigener
Wissenschaft oder nur von Hörensagen, oder vergleichsweise eine solche
Erklärung abgibt, so ist auch die Aufforderung dazu eine ganz andere,
als im Criminalprozeße.

Während man hier äußerst vorsichtig zu Werke geht und eine mög-
lichst originelle Aussage zu erhalten sucht und Thatsachen, die der An-
geschuldigte nicht aus freien Stücken angeben will, nur unter der Be-
dingung ihm vorhalten oder suggeriren¹²³⁾ darf, daß sie bereits auf
anderem Wege actenmäßig gemacht sind, so wird dem Civilbeklagten der
einseitige, gänzlich unverstärzte Vortrag des Klägers, d. i. die Klagschrift,
zur Erklärung mitgetheilt, und hierauf muß nun der Beklagte Wort für
Wort mit Ja oder Nein antworten. Dies ist es, was man in der
Rechtssprache die Einlassung (Litiscontestation¹²⁴⁾, Kriegsbesetzung¹²⁵⁾)
nennt. Das Augenmerk des Richters geht bios dahin, daß die Antwort
vollständig ausfalle. Der gemeine Prozeß läßt auch eine allgemeine Be-
jahung des thatsächlichen Klagevortrages zu¹²⁶⁾ und fordert dagegen immer
eine specielle Verneinung¹²⁷⁾, gleichviel, ob der Beklagte den ganzen
Vortrag oder nur einzelne Thatsachen ableugnen will, und zwar aus dem
weisen Grunde, weil hiernach die Beweislast des Klägers¹²⁸⁾ ermessen
werden muß. Dasselbe ist es denn auch wieder mit der Antwort auf
den Einreden- und Replikvortrag.

1) Gibt der Gegner gar keine Antwort, so kann darauf angetragen
werden, daß er für geständig vom Richter erklärt werde, und
hieraus ergibt sich denn das Contumacialverfahren¹²⁹⁾, welches im Civil-
rechte, wie schon oben bemerkt, abermals ein anderes ist, als im Strafe-
rechte. Der Richter hat dort nicht zu fragen, ob er seinem Urtheile den

122) Diese sind: die res sacrae, religiosae, sanctae; ferner die res
communes omnium, publicae und res nullius. Mühlb. Buch a. a. D.
Bd. 2, §. 214—219.

123) S. dieses Rechtslexikon Bd. 4, S. 325—330.

124) Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung und Prozeß des kate-
den röm. Reiches (Bonn 1834), §. 23.

125) Dazg, Grundsätze des orientl. Proz. §. 172—184. Einde, Lehrb.
§. 204—206.

126) J. R. X. von 1654. — Claprotz, orientl. Prozeß §. 142. Gold-
schmidt, über Litiscontestation und Einreden (Frankfurt 1812), S. 63.

127) Was weder bejaht, noch verneint wird, gilt für zugestanden. Dazg
a. a. D. §. 180.

128) Forst, über die Beweislast im Civilprozeße, 2. Aufl., S. 4.

129) Einde, a. a. D. §. 175, meint zwar, die Contumacierung solle unter
den Begriff der Privatstrafen, weil die Quellen oft von poena contuma-
ciae sprechen; allein die Strafe besteht nur darin, daß ein Ungehorsamer unge-
hört verurtheilt wird; und der tiefer liegende Grund des Gesetzes ist offen-
bar der, daß man von einem Schweigenden annehmen zu dürfen glaubt, daß
er doch gegen ihn geltend gemachte Recht anzuerkennen nicht umhin könne
und deshalb auf die Weisheit der Richter verzichtet.

wahren Thatverhalt unterstelle oder nicht; er hat nur zu sorgen, daß ein jeder Rechtsstreit auf gefeglichem Wege so bald wie möglich erledigt werde, und wenn der Beklagte seinen Ladungen und sonstigen Auflagen keine Folge leistet, so hat er keine äußeren Zwangsmittel¹³⁰⁾, wie sie bei der Verhandlung über öffentliche Interessen gegeben sind, und er muß sonach einen Verzicht auf das Recht der Vernehmlassung vermuthen; woraus die Folge einer fingirten Affirmation abfließt. In manchen Ländern¹³¹⁾ kann die also präcludirte Partei innerhalb einer Nothfrist bedingt oder unbedingt Wiederherstellung nachsuchen.

2) Es gibt auch Geständnisse, welche nur bedingt abgegeben werden, nämlich in dem Falle, wo der Beklagte mit gerichtsablehnenden oder peremptorischen Einreden auftritt und die Vernehmlassung, in welcher Geständnisse enthalten sind, nur eventuell¹³²⁾ anschließt. Findet der Richter jene Einreden gegründet, so weist er sofort die Klage ab und berücksichtigt das, was der Beklagte über die Hauptsache vorbrachte, gar nicht, wogegen er, wenn die Einreden gehalten befunden werden, das eventuelle Geständniß gerade so hinnimmt, wie wenn es unbedingt abgelegt wäre.

Hierher gehört auch der Fall, wenn der Beklagte in der Hauptsache leugnet, sodann aber Einreden vorträgt; wobei er sich auf einzelne Thatfachen wieder affirmativ einläßt. Die Rechtsregel ist hier: *qui excipit, non fatetur*¹³³⁾, deren Sinn dahin geht, daß es an dem *animus confitendi* fehlt, wenn nicht ausdrücklich, sondern nur beiläufig etwas zugestanden wird¹³⁴⁾. Man geht jedoch oft auch zu weit mit dieser für den Beklagten angenommenen Begünstigung. Es kommt nämlich nicht bloß darauf an, ob ein Geständniß bei der eigentlichen Litiscontestation oder beim Einredenvortrag angebracht wird; es spricht wohl im letzteren Falle die Vermuthung für die Anwendbarkeit obiger Rechtsregel, aber man muß bedenken, wie oft die Parteien und selbst Advocaten ihre Erklärungen ungeordnet abgeben, so daß ein Theil der Vernehmlassung auf die Klage in den Einredenvortrag nachgeschoben¹³⁵⁾ wird, und nicht

130) Rittermaier, der gemeine teutsche Prozeß Beitrag I, 2. Aufl., S. 11.

131) So z. B. nach der badischen Prozeßordnung §. 658. Vgl. die Ausgabe von Thilo (Karlsruhe 1841), S. 396, 397.

132) Stryk, Diss. de litis contestatione eventuali. Halae 1704. Meisner, Exerc. for. de litis cont. event. Lips. 1728. Brandis, Diss. de eo, quod in litibus sub conditione fieri potest. Goett. 1830. R. X. v. 1570 §. 89, 90. R. X. v. 1594 §. 59, 60. J. R. X. §. 40.

133) Danz, Grundr. des ordentl. Prozeßes, 5. Ausg., §. 185, S. 305. Söbner, Handb. des Prozeßes Bd. 2, S. 370.

134) L. 9. D. de exception. (44. 1.) L. 43. D. de R. I. (50. 17.) L. 9. C. de exception. (7. 40.)

135) Es wäre gewiß ein übertriebener Formalismus, wenn man ein Geständniß, weil es nicht von vorn herein, sondern gelegentlich oder anhangsweise abgegeben wurde, keiner Beachtung werth halten wollte. Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen Bd. 2, S. 100, sagt, mit Danz und v. Levenat übereinstimmend: Bei einem Geständniß kommt Alles darauf an, ob derjenige,

kann dann den Richter abhalten, ein wahres Geständniß darin zu erkennen, zumal wenn der fraglichen Thatsache nicht vorher speciell widersprochen ist.

3) Stillischweigende Geständnisse nennt man solche, welche aus der Uebergangung einer Thatsache ohne Widerspruch abgeleitet werden.

Es ist zwar, wie vorhin bemerkt wurde, dem gemeinen Prozeßrechte gemäß, wenn man annimmt, daß der Beklagte, welcher eine Thatsache unbeantwortet läßt, für geständig angesehen wird. Aber man muß mit diesem bedenklichen Grundsatz äußerst vorsichtig umgehen, indem sonst leicht ein Uebersehen mit empfindlichen Folgen bestraft werden kann. Ist der Richter nicht gewiß, ob er in der Vernehmung eine Thatsache als bejaht oder verneint ansehen soll, so thut er daher am besten, Kraft seines Instructionsrechtes den Beklagten hierüber nochmals zu einer besonderen Erklärung aufzufordern¹³⁶⁾, und antwortet er nun gar nicht, so tritt die Folge des speciell angedrohten Rechtsnachtheiles eines fingirten Geständnisses ein.

Wenn eine Erklärung des Beklagten zweideutig ist, und eben sowohl als Verneinung, wie als Bejahung ausgelegt werden kann, so führt die Natur der Dinge auf die Entscheidung, daß erstere¹³⁷⁾ anzunehmen sei. Ein Geständniß muß nämlich immer deutlich und ausdrücklich sein und wenn es an diesem Erfordernisse fehlt, so soll der Richter sich nicht damit begnügen, sondern darauf bestehen, daß der fragliche Parteivortrag ergänzt und erläutert werde, und hat er auch keine physische Zwangsmittel, so stehen ihm doch die gesetzlichen Rechtsnachtheile zu Gebote.

4) Eine besonders wichtige Unterscheidung ist die des beschränkten und unbeschränkten Geständnisses¹³⁸⁾, welches man gewöhnlich das qualificirte und nicht qualificirte nennt.

Wie leicht kann es vorkommen, daß ein Kläger das thatsächliche Fundament in der Hauptsache zwar richtig, aber in manchen Nebenpunkten willkürlich und entstellt vorträgt. Die Antwort des Beklagten muß alsdann gemischt ausfallen, indem er theils die Thatsachen zugibt, theils

welcher es ablegt, dabei den Zweck hat, eine Schuldigkeit einzuräumen. Es ist also in solchen Fällen die Aufgabe des Richters, die Intention des DepONENTEN durch Auslegung zu finden.

136) So verordnet die badische Prozeßordnung v. 1831 im §. 289: Werden in der Antwort auf die Klage erhebliche Thatsachen übergangen oder nicht gehörig oder unbestimmt oder ausweichend beantwortet, so hat der Richter den Beklagten zu veranlassen, daß er sich auf diese Thatsachen gehörig, bestimmt und erschöpfend erkläre, bei Vermeidung des Rechtsnachtheiles, daß dieselben sonst für eingestanden angenommen werden.

137) Gesterding, a. a. D. S. 108—110, hat in dieser Beziehung die Richtersregel vertheidigt: qui tacet, non fatetur, und sich dabei auf Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 108, und Leysor, *Medit. spec.* 473. med. 8. berufen.

138) Schöpff, *de conf. qualif.* Tubing. 1735. Graffen, *de conf. qualif.* Erford. 1733. Bornemann, über die *conf. qualif.* Hannover 1806. Schütz, *de conf. qualif.* Tubing. 1826. Hebdäus, über das *qualif. Gest.* (Mannheim 1827) u. X.

das Verfälschte berichtigt, wodurch eine Erklärung entsteht, die ein theilweises Geständniß und einen theilweisen Vortrag neuer Thatsachen enthält.

Wenn man diesen Gesichtspunkt festhält, so kann es nicht schwer sein, in jedem einzelnen Falle zu erkennen, welche Art von Geständniß vorliegt. Man hat immer nur zu prüfen, ob dasjenige, worin der Beklagte von dem Vortrage des Klägers abweicht, an die hierin enthaltenen Thatsachen sich unmittelbar anschließt, oder aber einen ganz neuen Vorgang¹³⁹⁾ berührt. Im ersten Falle kann man nur von einer Erläuterung oder Berichtigung der klägerischen Angaben sprechen, im zweiten dagegen bildet sich von selbst eine Einrede¹⁴⁰⁾. Die einfachste Vertheidigungsweise besteht darin, daß man das factische Klagefundament Punkt für Punkt ableugnet; verhält sich dasselbe doch zum Theil in Wahrheit, so wird ein redlicher Mann nicht umhin können, das Wahre zuzugestehen, wovon jedoch die Folge ist, daß das Unwahre angefochten werden muß. Auch hierin gibt es wieder zweierlei Methoden: durch bessere Aufhellung der vorgebrachten Thatsachen, oder durch Erzählung weiterer Thatsachen, aus denen hervorgehen würde, daß das an sich begründete Klagerecht durch hinzugetretene neue Thatumstände alterirt oder gar vernichtet¹⁴¹⁾ wurde.

Will man auf Beispiele eingehen, so ist es ein qualificirtes Geständniß zu nennen, wenn der auf Erfüllung eines Weinkaufvertrages belangte Beklagte zugestehet, mit dem Kläger einen solchen Kauf abgeschlossen zu haben, jedoch hinzufügt, daß er deswegen die ihm zugesandte Fuhre nicht angenommen habe, weil er nicht, wie der Kläger behauptet, rothen, vielmehr weißen Wein gekauft habe¹⁴²⁾; wogegen es eine Einrede wäre, wenn Beklagter sagte: man habe sich zwar ursprünglich auf rothen Wein vereinigt, jedoch den Tag darauf abändernd beschlossen, daß nicht rother, sondern weißer Wein geliefert werde. Daraus erwächst keine Bezüchtigung der Unwahrheit, kein Ableugnen des Klagegrundes, sondern das Fundament einer Einrede: nämlich der Einrede einer Novation.

Ein weiterer Fall wäre: wenn der Kläger bis zu einem gewissen Zeitpunkte die verkaufte Waare zu liefern gehabt hätte, ihn aber verstreichen ließ. Klagt er nun auf Vertragserfüllung, so kann der Beklagte Alles zugestehen, und nur berichtigen, daß ein dies¹⁴³⁾ festgesetzt gewesen sei, nach dessen fruchtlosem Ablaufe das Vertragsverhältniß von

139) Gesterding, die Lehre vom qualificirten Geständnisse in seiner Ausbeute u. s. w. Th. 2, S. 150, stützt in ähnlicher Weise die Frage der Trennbarkeit auf die Einheit der fraglichen Handlungen. Wo diese zwischen den Zusätzen des Beklagten und dem Vortrage des Klägers besteht, kann jenen nie eine Beweislast treffen.

140) Hedhäus a. a. D. §. 13.

141) E. hierüber besonders Gdnner, Handbuch Bd. 1, S. 393—406.

142) Gdnner, a. a. D. S. 399, bemerkt in dieser Beziehung: Wesentlich an der Klage ist das Object. Das Zugeständniß, daß man zwar dem Kläger etwas, aber ein anderes Object schulde, als er einlagte, ist eine Ableugnung der Klage, keine Einrede.

143) Gesterding a. a. D. S. 148, 149.

selbst aufgehört habe: alsdann liegt wieder ein qualificirtes Geständniß vor: denn es gehört der ganze Umfang des ursprünglichen Vertrages zum Klagefundamente, und es beruht auf einem völligen Mißverständnisse, wenn die älteren Juristen eine *exceptio rei non sic sed aliter gestae*¹⁴⁴⁾ in solchen Fällen als vorhanden annahmen. Anders würde sich die Sache erst dann gestalten, wenn der Beklagte die Lieferung als richtig geschehen zugäbe, jedoch einwendete, daß es Ortsgebrauch¹⁴⁵⁾ sei, dergleichen Waaren vier Wochen nach dem Kaufabschlusse ins Haus zu schaffen, der Kläger aber erst nach zwei Monaten dazu gekommen sei, wo er der Beklagte dann nicht mehr wäre schuldig gewesen, die Waaren anzunehmen.

Hierin erkennt man sogleich die Natur einer Einrede. Der Ortsgebrauch liegt außerhalb der Vertragsbestimmung und wer ihn behauptet, der muß daher als *Excipient* angesehen zu werden, sich gefallen lassen.

Diese Frage ist deshalb von der höchsten practischen Bedeutung, weil sich danach die Beweislast¹⁴⁶⁾ normirt. Man ist nämlich jetzt ziemlich allgemein darüber einverstanden, daß ein qualificirtes Geständniß nicht zum Nachtheile des Beklagten getrennt werden dürfe¹⁴⁷⁾. Läßt sich aber nachweisen, daß eine Einrede darin enthalten ist, so liegt der Beweis natürlich dem Beklagten ob.

Wenn also das Zugeständniß der vom Kläger vorgebrachten Thatsachen in der eben beschriebenen Weise so abgelegt wird, daß nicht sowohl neue Thatsachen als Berichtigungen der schon bekannt gewordenen darin enthalten sind, oder wenn der Klagegrund durch ein wesentliches Moment ergänzt wird, so ist es der Kläger, welcher zu beweisen hat, daß die Sache gerade so, wie er sie vortrug, und ohne die Thaten des Beklagten, sich verhält; wogegen diesem alsdann der directe Gegenbeweis¹⁴⁸⁾ frei steht. Es kann solchergestalt vorkommen, daß der Kläger auch einen negativen¹⁴⁹⁾ Beweis führen muß. Gegenstand des indirecten Gegenbeweises werden jedoch die Einreden.

5) Noch besteht ein wichtiger Unterschied zwischen dem gericht-

144) *Ödner a. a. D. S. 392.*

145) Dieß kommt z. B. bei Handelsgewächsen, welche viele Preisschwankung, ja einen ermüthlichen Cours haben, wie z. B. bei Hopfen-, Tabak- und Delfpflanzen, häufig vor. Wenn ein Promittent sich verbindlich macht, dergleichen alsbald zu liefern, so bestimmt der Ortsgebrauch gewöhnlich den längsten Termin.

146) *Borff, über die Beweislast im Civilproceß, 2. Aufl., S. 77.*

147) *Confessio qualificata, continens capita connexa, non est dividenda, sed vel tota reiicienda, vel tota acceptanda.* So lautet der strenge Satz der Borzeit. *Vgl. C. Lauterbach, coll. theor. pract. lib. 42. tit. 2. und dissert. p. I. diss. 55. Voet, Comment. ad pand. de conf. tom. VI. Brunemann, proc. civ. C. 21. S. 5.*

148) In diese Kategorie gehört sowohl die Nachweisung, daß die Behauptungen des Klägers gänzlich unwahr, als daß sie wenigstens in der Gestalt und dem Umfange, wie er sie vorbringt, nicht wahr seien. Einde, Lehrbuch S. 236.

149) Am besten hierüber *Borff a. a. D. S. 21—28.*

lichen und außergerichtlichen¹⁵⁰⁾ Geständnisse. Jenes ist das vor einer zur Aufnahme judicieller Acte berechtigten Stelle abgelegte Bekenntniß, dieses aber eine, nicht in feierlicher Form, in Privatverhältnissen geschehene Aeußerung. Man geht auch hier zum Theil zu weit¹⁵¹⁾, wenn man verlangt, daß das gerichtliche Geständniß gerade vor demjenigen Gerichte erfolgt sein müsse, welches für den Beklagten, wenn er belangt wird, das competente¹⁵²⁾ Forum ist¹⁵³⁾. In der Regel wird dieß freilich der Fall sein, weil eine Partei nicht leicht in den Fall kommen kann, sich über streitige Thatsachen zu erklären, wenn es nicht aus Anlaß einer förmlichen Klage geschieht, und dazu muß natürlich das zuständige Gericht angegangen werden. Es läßt sich jedoch denken, daß zwischen denselben Parteien früher bei einem anderen Gerichte eine andere Streitfache verhandelt wurde, und daß bei dieser Gelegenheit derselbe Streitpunkt, über den jetzt wieder verhandelt wird, zur Sprache kam¹⁵⁴⁾; wenn dort der Beklagte eine bejahende Antwort gegeben hat, so muß er sich gewiß gefallen lassen, daß dieses Geständniß, weil es derselben Partei gegenüber abgelegt wurde, auch hierher gezogen wird.

Außergerichtliche Geständnisse haben von vornen herein die Vermuthung gegen sich, daß sie nicht animo confitendi abgelegt seien, aus dem begreiflichen Grunde, weil es gewöhnlich an dem erforderlichen Ernste und der Beobachtung auf die Folgen¹⁵⁵⁾ fehlen wird, wie man es bei gerichtlichen Geständnissen voraussetzen darf. Kann der Beweis durch eigene Urkunden, Briefe, Reverse u. dgl. geführt werden, so ist er jedenfalls besser, als wenn nur ein gesprochenes Wort durch Zeugen dargethan werden soll; denn beim Schreiben kann man mehr Ueberlegung unterstellen, als beim Reden¹⁵⁶⁾.

Im besten Falle kann ein nicht zugegebenes außergerichtliches Geständniß nur den Anfang eines Beweises herstellen, so daß ein Notheid darauf gebaut werden darf.

150) Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen Th. 2, S. 110—116. Gönner, Handbuch Bd. 2, S. 378. Bayer, Vorträge über den ordentl. Prozeß, 6. Aufl., S. 413—417.

151) Wie z. B. Boehmer, ius eccles. prot. Lib. II. Tit. 18. S. 6. Bayer a. a. D. S. 414.

152) Mag nach dem strengformellen altrömischen Rechte eine solche Vorschrift bestanden haben (Bethmann-Hollweg, Versuche über Civilproz. S. 276), so ist daraus kein Grund abzuleiten, daß es im teutschen Prozesse eben so gehalten werden müsse. U. M. ist Bayer a. a. D. S. 408.

153) Diese Ansicht ist begründet durch Gönner a. a. D. Bd. 2, S. 378.

154) Dieß fällt mit den Grundsätzen über res iudicata zusammen. S. Keller, über Littecontestation und Urtheil S. 239 flg.

155) Gesterding, Ausbeute S. 114, 115, dürfte wohl die Sache allzusehr in favorem rei wenden, wenn er sagt: Eine Aeußerung oder ein sogenanntes Geständniß dieser Art ist nicht bindend; der Gestehende hat das Geständniß seinem Gegner nicht einräumen wollen; es fehlte der animus confitendi. Dieß ist zu allgemein. Es können doch Fälle vorkommen, wo, trotz des etwaigen Leugnens, ein animus confitendi aus den Umständen zu erweisen ist.

156) In diesem Sinne ist auch die L. 25, §. 4. D. de probat. et praesumpt. (22. 3.) abgefaßt.

6) Da man in Eivilsachen überhaupt sich durch Andere vertreten lassen darf, so kann es an und für sich auch keinem Anstande unterliegen, die Erklärungen, welche in Rechtsstreitigkeiten nothwendig werden, durch Procuratoren¹⁵⁷⁾ abgeben zu lassen, und es ist völlig inconsequent, wenn in manchen Ländern schlechthin verboten wird, in sogenannten Bagatellsachen, oder überhaupt bei den Untergerichten, sich der Anwälte zu bedienen¹⁵⁸⁾.

Es entsteht übrigens ein neues Bedenken hinsichtlich der Geständnisse, wenn die Sache durch einen Anwalt geführt wird.

Manche meinen, es könne die Vollmacht desselben immer nur dahin verstanden werden, daß er von seinen Klienten alle Nachtheile möglichst abwende¹⁵⁹⁾, nicht aber auch, daß er in gewisse Anforderungen einwilligen dürfe; nichts Anderes sei es aber, wenn der Anwalt ein Geständniß ablegt¹⁶⁰⁾, weil er dadurch mittelbar über das Vermögen der Partei verfügt, oder doch verfügen könnte. Man beruft sich auf die Analogie vom Vergleiche, wo der Anwalt ebenfalls nicht auf die allgemeine Vollmacht hin handeln dürfe. Dieß rührt aber gewiß von einer Verwechslung her. Ein Vergleich ist durchaus kein nothwendiger Bestandtheil des ordentlichen Prozeßganges; im Gegentheile gehört er, zu den ausnahmsweisen Erledigungen des Streit¹⁶¹⁾ an der Stelle eines Urtheiles, während umgekehrt die Vernehmlassung auf die Klage so durchaus wesentlich ist, daß sie, im Falle der Beklagte im Ungehorsam verharret, fingirt werden muß, um nur zu einem Ende zu kommen. Wenn also ein Anwalt mit Vollmacht des Beklagten auftritt, so muß man wohl annehmen, daß er zugleich Instruction habe, sich bejahend oder verneinend einzulassen, und das im ersten Falle erfolgende Geständniß sollte in seiner Rechtsgiltigkeit nicht bezweifelt werden. Ueberschreitet er bösdlich oder leichtsinnig seine Instruction, so kann er zum Schadenersatze verpflichtet werden. Will man übrigens dennoch besondere Vollmacht für Geständnisse haben, so wird es weniger geeignet sein, jedesmal in jedem einzelnen Falle eine Specialvollmacht zu verlangen¹⁶²⁾, als ein für allemal ein Vollmachtformular für die Anwaltsbestellung vorzuschreiben, worin ausgedrückt sein muß, daß die Partei alle Geständnisse des Anwaltes anerkennen werde, gleich als wären sie von ihr selbst ausgegangen¹⁶³⁾.

157) Linde, Lehrb. §. 130, 133.

158) S. Staatslexikon von v. Rotteck u. Welcker Bd. 1, das Wort: Advocat, und besonders S. 377.

159) Geferding, Ausbeute Bd. 2, S. 255.

160) Bayer, Vorträge über ordentl. Civilpr., 6. Aufl., S. 412, schließt sich dieser Meinung an, ohne nähere Gründe anzugeben: Die L. 1—3. Cod. de errore adv. (2. 10.), auf welche man sich gewöhnlich dabei beruft, sprechen nur von Irrthümern der Anwälte, nicht aber von absoluter Unverbindlichkeit der ohne Specialvollmacht abgelegten Geständnisse. So sagt auch Linde, Lehrb. §. 128, die Sache auf.

161) Mühlentbruch, Lehrb. des Pandektenrechtes Bd. 2, §. 477. Code civil. art. 2044.

162) Wie z. B. die badiſche Prozeßordnung v. 1831, §. 142, Ziff. 12.

163) Wenn der Anwalt gegen ausdrückliche Instruction ein Geständniß abgelegt hat, so kann er wegen etwaiger Beschädigung regressorisch belangt wer-

Etwas Anderes ist es, wenn der Anwalt aus Irrthum eine Thatsache zugestanden hat. Es wäre hart, wenn auch hiervon die Partei unbedingt alle Folgen tragen müßte. Man pflegt daher im neueren Prozeßrechte unter solchen Umständen einen Widerruf¹⁶⁴⁾ zuzulassen, vorausgesetzt, daß die als irrig angefochtenen Thatsachen erheblich sind.

Ueberhaupt muß aber die Partei selbst den Widerruf anzeigen und mindestens wahrscheinlich machen, daß ein Irrthum unterlaufen ist. Der Richter hat den Anwalt darüber zu vernehmen und durch ein Decret auszusprechen, ob der Widerruf zulässig sei oder nicht und jedenfalls sollte immer der Anwalt dabei in die Kosten dieses Zwischenverfahrens verurtheilt werden¹⁶⁵⁾.

Man kann gegen dergleichen Verzögerungen des Prozeßes nicht strenge genug sein, weil es leider noch immer zur Taktik gewinnstüchtiger Advocaten und böser Schuldner gehört, solche und ähnliche Mittel anzuwenden, um die Prozesse in die Länge zu ziehen; wobei sich der Richter immer bewußt bleiben soll, wie er dafür gerade aufgestellt ist, alle Variationen und Chicanen zu verhindern oder abzuschneiden¹⁶⁶⁾, und auf möglichst kurzem Wege das wahre Recht zu verwirklichen¹⁶⁷⁾.

Schließlich ist noch anzuführen, daß die Römer¹⁶⁸⁾ eine Unterscheidung machten, welche unser jetziges Prozeßrecht nicht mehr kennt, nämlich zwischen *confessio in iure*¹⁶⁹⁾ und *confessio in iudicio*¹⁷⁰⁾. Die erste Art von Geständniß kam vor dem Prätor und die zweite vor dem Jurer vor; jene war also eine Erklärung, daß der Beklagte keinen Prozeß haben wolle, und es galt ein solches Geständniß, wenn es umfassend war, einem rechtskräftigen Urtheile¹⁷¹⁾ gleich. Im heutigen

den. L. 13. §. 9. L. 14. §. 1. Cod. de iudicis. (3. 1.) Strube, rechtl. Bedenten Th. 1, Bed. 172 a. G. Gesterding, Ausbeute Bd. 2, S. 256.

164) Schneider, Lehre vom rechtlichen Beweise, neue Ausg. v. Hofmann (Darmstadt 1842), §. 92, will in jedem Falle, wo der Gestehende das Gegentheil der eingestandenen Thatsache darzuthun vermag, den Widerruf zulassen; welches, aber offenbar viel zu weit gehen und den Prozeß jeder festen Grundlage berauben würde.

165) So verordnet die babilische Prozeßordnung §. 152.

166) Danz, Grundf. des ordentl. Proz. §. 1—7.

167) Rittermaier, der deutsche Prozeß in Vergleichung u. s. w. Beitr. 1, S. 14, sagt: Eine Hauptforderung an die Prozeßgesetzgebung geht dahin: einen solchen Mechanismus des Verfahrens anzuordnen, in welchem die Ungleichheit der Kräfte der streitenden Theile durch zweckmäßige Stellung der Richter — ausgeglichen wird, daß am wenigsten materielles Unrecht in formelles Recht übergehen kann.

168) Vgl. die treffliche Abhandlung über das gerichtliche und außergerichtliche Geständniß in Bethmann-Hollweg's Verf. über Civitprozeß.

169) Paulus, sent. roc. V. a. §. 2—5. II. 1. §. 5. Dig. 42. 2. de conf. Cod. 7. 59. de conf.

170) Paulus l. c. §. 3.

171) Man konnte, wenn nicht noch ein Equivationsverfahren (Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 265) nöthig war, sofort die actio indicati darauf gründen. Die L. 1. D. de conf. (42. 2.) sagt: *Confessus pro indicato est, qui quodammodo sua sententia condemnatur.*

französischen Rechte finden wir noch eine ähnliche Bestimmung¹⁷²⁾ bei Gelegenheit der richterlichen Pfandrechte¹⁷³⁾. Wollte der Beklagte dagegen vor dem Prätor den Klaggrund nicht einräumen, so war die Sache mit den bekannten Formeln an den Juxer zur Verhandlung überwiesen, und wenn nun hier der Beklagte zu einem Geständnisse sich bequeme, so war die Sache damit nicht abgethan, sondern es mußte, so wie es jetzt überhaupt erforderlich ist, ein förmliches Urtheil erlassen werden, welches die rechtlichen Folgen aus dem Geständnisse zog. Der römische Prozeß gewährte also den Vortheil, daß der Streit in der ersten Tagfahrt ohne Richterspruch und Kosten abgethan werden konnte¹⁷⁴⁾; eine Einrichtung, mit welcher nur etwa das friedensgerichtliche Vorverfahren nach französischem Prozesse¹⁷⁵⁾ einige Aehnlichkeit hat. Ludwig von Sagemann.

Gewährleistung. Evictionsleistung¹⁾. Die Ausbildung der Grundsätze über Evictionsleistung fällt im römischen Rechte mit dem allmäligen Abkommen der altcivilistischen Geschäftsformen und dem Anerkennen der einfachen Traditionen und ihrer rechtlichen Folgen zusammen. Sobald per aes et libram eine Sache übertragen war, und es sich nachher zeigte, daß der Uebertragende nicht Eigenthümer gewesen war, so haftete er nach der Bestimmung der XII. tab. über die Verletzung der *lex mancipii* auf das Doppelte²⁾; geschah die Uebertragung aber durch Kauf und einfache Tradition, so suchte man sich durch eine Stipulation zu sichern, mittelst welcher dem Erworber das *habere licere*, und auf den Fall, daß ihm die Sache abgestritten würde, eine Strafe, meistens der doppelte Werth der Sache, versprochen, und somit die rechtliche Wirkung der Mancipation auch für die einfache Tradition erstrebt wurde. Selbst ohne diese Stipulation nahm man eine Verpflichtung des Verkäufers an, für die volle Wirksamkeit der vorgenommenen Tradition schon aus der Natur des Kaufcontractes zu haften³⁾, und kam so dahin, den Verkäufer gar nicht zum Eigenthumsübertragen für verpflichtet zu erklären, sondern nur zum Tradiren und zur Haftung für die Entwähnung

172) Code civil art. 2123. L'hypothèque judiciaire résulte des jugemens, soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus. Elle résulte aussi de reconnaissances ou vérifications, faites en jugement, des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé.

173) Vgl. Zacharia, Handbuch des franz. Civilrechtes Bb. 1, S. 57—59, Bb. 2, S. 59, 87, 88, 110, 209.

174) In wie weit die hierauf bezüglichen Gesetze heute noch Anwendung finden können, s. Gönner, Handbuch Bb. 2, S. 379—384.

175) Code de procéd. civ. art. 48. 55.

1) Literatur. Am bemerkenswertheften sind: Franciscus Callet, comment. ad tit. de evictionib. 45. lib. 8. Cod. bei Meermann, vol. II. p. 309 sq. — Donellus, de eviction. in operib. prior. und die einschlagenden Stellen aus den Werken von Cuiacius. Pufendorf, observ. II. obs. 35.

2) Paullus sent. rec. II. XVII. §. 3.

3) Paullus l. c. §. 1. 2.

der verkauften Sache⁴⁾, welche letztere Verpflichtung zu Ende ging, sobald der Käufer das Eigenthum der gekauften Sache durch Verjährung erworben hatte⁵⁾.

Die Verpflichtung zur Gewährleistung, *auctoritas*, ist hiernach die Verbindlichkeit desjenigen, welcher eine Sache auf einen Andern überträgt, dafür zu haften, daß diesem die Sache nachher nicht abgestritten werde. Dieselbe findet vorzüglich beim Kaufe und außerdem, jedoch zum Theil mit Modificationen, bei einigen anderen Geschäften statt.

Betrachten wir zunächst die erwähnte Verpflichtung in Bezug auf den Kaufcontract, in welcher Hinsicht sie am vollständigsten in den Rechtsquellen entwickelt ist, so haben wir die allgemeine Voraussetzung derselben, den Eintritt der *Eviction*, und die Verpflichtung selbst zu erörtern, welche letztere sich verschieden gestaltet, je nachdem sie auf einer besondern Verabredung beruht, oder aus der Natur des Kaufcontractes gesetzlich folgt.

I. Die *Eviction* der gekauften Sache ist der Verlust derselben, den der Käufer dadurch leidet, daß sie ihm von einem Dritten im Rechtswege abgestritten wird⁶⁾, und entweder wirklich herausgegeben⁷⁾, oder durch Bezahlung der *litis aestimatio* beim Käufer erhalten ist⁸⁾. Die vom Dritten angestellte Klage kann eine *rei vindicatio*, die *hereditatis petitio*⁹⁾, eine *Moralklage*, ein *iudicium familiae erciscundae*, oder *communi dividundo*, durch welche ein Dritter einen Theil evincirt¹⁰⁾, eine *actio hypothecaria*¹¹⁾, oder eine *actio confessoria*¹²⁾ sein, mit welcher der Nießbrauch an der Sache erstritten wird. Werden andere *Servitutrechte* an der Sache geltend gemacht, so gilt dieses nicht für einen *Evictionsfall*, und berechtigt nur zur Anstellung der Klagen aus dem *adilitischen* Edicte, wenn nicht namentlich die Freiheit von *Real-servituten* versprochen, und der *fundus* als *optimus maximus* verkauft ist; und ein Gleiches gilt von *Grundsteuern* und anderen gewöhnlichen *Belastungen* der Grundstücke¹³⁾. Ebenso steht es einer *Eviction* gleich, wenn der Käufer die in den Händen eines Dritten befindliche Sache *vindiciren* will und dabei unterliegt¹⁴⁾.

4) L. 25. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1.) L. 11. §. 2. D. de act. emt. (19. 1.)

5) L. 19. C. h. t. Callet l. c. p. 343.

6) Paullus 2. 17. §. 1. Cicero pro Caecina c. 10. pro Murena cap. 7. Callet l. c. p. 313.

7) L. 17. C. de evict. (8. 45.) L. 57. pr. D. h. t. Callet l. c. cap. III. p. 332. Donellus, de ev. cap. III—V.

8) L. 16. §. 1. D. h. t.

9) L. 2. pr. D. de hered. vel act. vend. (18. 4.)

10) Cf. L. 21. §. 1. L. 26. L. 34. §. 1. L. 39. pr. L. 39. §. 3 u. 4. h. t. L. 45. §. 1. D. de legat. I.

11) L. 34. §. ult. L. 35. D. h. t. L. 4. L. 22. C. h. t.

12) L. 66. pr. D. de cont. emt. L. 46. pr. L. 49. D. h. t. Cuiacii observ. II. cap. 20.

13) L. 61. D. de aedil. Ed. (21. 1.) L. 75. D. h. t. L. 59. D. de contr. emt. (18. 1.)

14) L. 16. §. 1. D. h. t.

Es fällt hiernach nicht unter den Begriff der Eviction, wenn die verkaufte Sache vor der Durchsetzung der Ansprüche eines Dritten durch Zufall zu Grunde geht¹⁵⁾, wenn ein Dritter dem Käufer eigenmächtig die Sache entreißt¹⁶⁾, wenn die Sache dem Käufer aus einem erst nach dem Kaufe eingetretenen Grunde durch die Staatsgewalt entzogen wird¹⁷⁾, wenn der Käufer es leidet, daß das erkaufte Grundstück zum locus religiosus gemacht wird¹⁸⁾, wenn derselbe die Sache bereinquirt¹⁹⁾. Erfolgt die Entwährung auf den Grund eines Retractrechtes, so ist zu unterscheiden, ob dieses Recht ein gesetzliches, oder ein durch Privatsübereinkommen entstandenes ist, und im ersten Falle wird der Begriff einer Eviction nicht angenommen²⁰⁾. Wird dem Käufer die erkaufte Sache durch eine Reunionsklage abgestritten, so liegt ebenfalls keine Eviction vor, jedoch hat derselbe Entschädigungsansprüche wegen eines etwa vorgekommenen dolus seines Verkäufers. Bemerkenswerth ist es übrigens, daß man das Erforderniß: rem iudicio evictam esse, nur für die Klage aus dem Evictionsversprechen mit Strenge festhielt; die actio ex emto dagegen schon zuließ, wenn der Käufer auch ohne rechtskräftige Verurtheilung in Folge des Rechtes eines Dritten die gekaufte Sache verlor, welchem Verluste der in L. 41. §. 1. D. h. t. erwähnte Fall gleich steht. Beispiele hiervon finden sich in L. 8. 24. 42. D. h. t. und L. 23. pr. D. de usurpat. coll. L. 36. D. h. t.²¹⁾.

Regelmäßig hat der Käufer hiernach nicht eher Ansprüche gegen den Verkäufer, als bis die Eviction wirklich erfolgt ist²²⁾, wenn dieselbe gleich zu besorgen sein sollte²³⁾. Ist indeß der auf Eviction gerichtete Prozeß gegen den Käufer angestellt, so darf derselbe das Kaufgeld so lange retiniren, bis ihm für die zu besorgende Entwährung Realcaution gestellt ist²⁴⁾. Droht die Eviction auf diese Weise nur rüchlichlich einer einzelnen von mehreren zusammen verkauften Sache, so findet die Retention des ganzen Kaufgeldes oder eines Theiles desselben statt, je nachdem der Preis für alle Sachen insgesammt, oder für jede einzeln bestimmt war. Ist die verkaufte Sache noch nicht übergeben, so versteht sich die Retention des Kaufgeldes ohnehin von selbst, doch wird auch eine actio emti auf Bewirkung der Tilgung etwa darauf lastender Hypotheken gestattet, welche Klage nach richtiger Ansicht nach bereits erfolgter Uebergabe vor erfolgter Eviction nicht stattfindet²⁵⁾; und ebenso ist der

15) L. 21. pr. D. h. t. L. 26. C. h. t.

16) L. 11. C. de act. emt. (4. 49.)

17) L. 11. pr. D. h. t.

18) L. 51. §. 2. D. h. t.

19) L. ult. D. h. t.

20) Voet, Comm. ad P. h. t. §. 2. Gluck, Commentar Bd. 20, S. 278.

21) Cuiac. ad Afric. VI. ad L. 24. h. t.

22) L. 3. C. h. t. L. 30. §. 1. D. de act. emti. (19. 1.) Callet h. c. ad L. 3. 5. 12. 24.

23) L. 10. §. 1. D. de rescind. vendit. (18. 5.)

24) L. 24. C. h. t. L. 18. §. 1. D. de peric. et commod. (18. 6.)

25) L. 5. C. h. t. Vgl. L. 3. C. h. t. Cuiac., recit. sol. ad L. 5. cit.

Anspruch auf Gewährleistung begründet, wenn vor erfolgter Tradition der Sache schon ein wirklicher Evictionsfall eintritt²⁶). Ist endlich der Contract von beiden Seiten erfüllt, und es zeigen sich Ansprüche Dritter, so kann vor erfolgter Entwähnung der Verkäufer mit der *actio ex stipul. niemals*²⁷), mit der *actio ex emto* auf das Interesse aber alsdann in Anspruch genommen werden, wenn der Verkäufer wissentlich eine fremde Sache verkauft hat²⁸). Ebenso findet zwar nicht die *actio ex stipulatu*, aber doch die *actio emti* auf das Interesse statt, wenn der Käufer im possessoriischen Prozesse von einem Dritten besetzt ist²⁹). Hat der Evincten den Prozeß gegen den Käufer gewonnen, ist aber vor der Execution ohne Erben gestorben, oder hat dem Käufer die Sache geschenkt oder vermacht, so findet nicht die *actio ex stipulatu*³⁰), wohl aber die *actio ex emto* statt³¹). In Beziehung auf den Prozeß mit dem Evincten stellt übrigens das römische Recht noch einige nähere Bedingungen auf, unter welchen allein der nachtheilige Ausfall desselben einen Anspruch des Käufers auf Evictionsleistung begründet:

a) Der Käufer muß den Prozeß gehörig geführt haben³²), also nicht in *contumaciam* verurtheilt sein³³), auch den Gebrauch keines zuständigen Rechtsmittels³⁴) unterlassen, nicht die Vortheile des Besizes aufgegeben³⁵), oder eine schwerer durchzusetzende Klage statt der vortheilhafteren gewählt haben³⁶).

b) Der Käufer muß vor dem ordentlichen Richter gestritten und sich nicht auf die Wahl eines Schiedsrichters eingelassen haben³⁷).

c) Der Verlust des Processes darf nicht durch eine Pflichtwidrigkeit des Richters geschehen sein, indem das Vorkommen einer solchen als *casus* betrachtet wird, wofür Niemand dem Beschädigten Ersatz leistet³⁸). Die bei dem Regresse des Bürgen geltenden Grundsätze, welche man oft für gleichartig erklärt hat, sind in der That darin abweichend, daß der Bürge in dem Falle einer *iniuria iudicis* geschehenen Condemnation dennoch seinen Regreß nehmen darf, sofern ihm nur nicht ein eigenes Verschulden beigemessen werden kann³⁹).

d) Endlich muß der Käufer in dem Prozesse mit dem Evincten

26) L. 3. pr. D. de doli except. Cuiac, observ. lib. 25. cap. 26.

27) L. 4. D. de act. emti. (19. 1.)

28) L. 30. §. 1. D. de act. emti. (19. 1.)

29) L. 11. §. 18. L. 35. D. de act. emti. (19. 1.)

30) L. 57. D. h. t.

31) L. 9. L. 41. §. 1. D. h. t.

32) L. 17. C. h. t.

33) L. 55. pr. D. h. t.

34) L. 63. §. 1. 2. D. h. t. Pufendorf, observ. II, 35. §. 18.

35) L. 29. §. 1. D. h. t.

36) L. 39. §. 1. L. 66. pr. D. h. t.

37) L. 56. §. 1. D. h. t.

38) L. 51. pr. D. h. t. Cf. L. 8. 15. C. eod. tit. L. 22. §. 4. D. ratam rem haberi. (46. 8.)

39) L. 67. D. de fideiuss. (46. 1.) L. 10. C. mandati. (4. 35.)
Heise und Cropp, juristische Abhandlungen Bb. 1, S. 251.

seinem Autor gehörig litem denunciiren. Der Autor ist nämlich, worauf auch die Formel der duplae stipulatio: et si ea res a me petita erit, vel si eam ab alio petiero, eam recte defendere etc. hindeutete, verbunden, den Käufer in diesem Prozesse zu vertreten⁴⁰⁾, und zu diesem Ende muß ihm dieser bei Verlust seines Regresses den Streit ankündigen⁴¹⁾. Diese Ankündigung kann nach L. 29. §. 2. D. h. t. bis zum Urtheile in der Sache, nach L. 29. §. 3. D. de legat. III. soll sie geschehen, priusquam iudicium accipiatur, welche Stellen man wohl am passendsten mit Cujacius⁴²⁾ durch die Annahme vereinigt, daß in der letzten nur die Zeit angegeben sei, zu welcher sie gewöhnlich und am sichersten geschehe. Für die heutige Praxis ist dagegen anzunehmen, daß die Streitankündigung geschehen muß, bevor die Fristen zur Vorbringung der Angriffs- oder Vertheidigungsmomente verstrichen sind⁴³⁾. Uebrigens geschieht sie dem unmittelbaren Autor⁴⁴⁾, und wenn mehrere Autoren vorhanden sind, Allen⁴⁵⁾, wenn ein Pupill auctore tutore verkauft hat, dem Pupillen und dem Vormunde, oder in Abwesenheit des letzteren sogar dem ersteren allein, welche letztere Bestimmung indeß für eine gegen die strenge Consequenz recipirte Billigkeitsansicht gehalten werden muß⁴⁶⁾. Erscheint der Denunciat auf die geschehene Ankündigung, so kann er den Prozeß in der Lage, in welcher sich derselbe gerade befindet⁴⁷⁾, allein übernehmen und fortführen⁴⁸⁾, oder aber dem Denuncianten als Litisconsort beitreten. Verweigert er die Theilnahme am Prozesse, so muß er sich den Ausfall ohne Einwendung gefallen lassen, wenn derselbe durch die unterbliebene Benutzung dem Käufer unbekannter Angriffs- oder Vertheidigungsmomente nachtheilig ist. Die Litisdenunciation darf nur unterbleiben, 1) wenn vertragsmäßig bestimmt ist, daß sie nicht nöthig sein solle⁴⁹⁾, 2) wenn der Autor der Denunciation bösslich ausweicht⁵⁰⁾, 3) wenn er abwesend ist⁵¹⁾, 4) wenn das bessere Recht des Evincenten völlig klar ist, eine Ausnahme, welche gewöhnlich gemacht⁵²⁾, aber durch das dafür angeführte Gesetz, L. 11. §. 12. D. de action. emti (19. 1.), nicht gerechtfertigt wird, da in demselben theils nicht

40) L. 74. §. 2. D. h. t. Feise und Cropp a. a. O. S. 231.

41) L. 53. §. 1. D. h. t. L. 8. C. eod. L. 1. C. ubi in rem actio.

(S. 19.)

42) Recit. solenn. ad tit. C. de evict. ad L. 5.

43) Archiv für civil. Praxis Bb. 4, S. 187.

44) L. 59. D. h. t.

45) L. 62. §. 1. D. h. t. L. 85. §. 5. L. 189. D. de verb. obl. (45. 1.)

46) L. 56. §. 7. D. h. t. L. 24. D. de verb. obl. (45. 1.) v. R a.

bat, die Lehre von der mora S. 58, Note 123.

47) Cap. 2. ut lite pendente in 6to.

48) L. 1. C. ubi in rem actio. L. 63. D. de re ind. verb. scientibus etc. Keller, über Litiscontestation und Urtheil S. 377, Note 25.

49) L. 63. D. h. t.

50) L. 55. §. 1. L. 56. §. 5. D. h. t.

51) L. 56. §. 6. D. h. t.

52) Glöck, Commentar Bb. 20, S. 401. Pafendorf II. 35. §.

gesagt ist, daß die Denunciation unterblieben sei, theils von dem Verkaufe eines mit einem Noxalanspruche behafteten Slaven die Rede, und also nach besonderen Grundsätzen, die auf die Evictionsleistung nicht passen, entschieden ist⁵³).

Man könnte hier noch fragen, ob nicht der Auctor zur defensio, auf welche die stipulatio duplae mit gerichtet war, gezwungen werden könnte⁵⁴). Im Falle eines Versprechens der defensio muß ein solcher Zwang möglich gewesen sein⁵⁵), sonst trat aber die Folge ein, daß bei unterlassener defensio schlechthin der Evictionsregreß stattfand, falls sich der Käufer selbst vertheidigt hatte, und die Sache evincirt war⁵⁶). Mehrere Verkäufer oder mehrere Erben eines Verkäufers müssen aber sämmtlich die defensio übernehmen, und wenn auch nur einer von ihnen dieser Pflicht zur Abwendung der Eviction nicht nachkommt, so haften sie alle für die Eviction⁵⁷).

II. Was nun den Grund der Verpflichtung zur Evictionsleistung betrifft, so liegt derselbe entweder in einem Vertrage oder in der gesetzlich bestimmten Natur des Kaufcontractes.

a) Bei dem mittelst Mancipation geschlossenen Kaufe bedurfte es einer besonderen Promission auf den Entwährungsfall nicht, indem hier nach der Bestimmung der 12 Tafeln über das Brechen der lex mancipii der Verkäufer auf das Doppelte haftete⁵⁸). Bei anderen Käufen versprach man sich in den dafür gängigen Stipulationsformularen⁵⁹) das habere licere, wodurch vielleicht auf ähnliche Weise, wie durch die bei Servitutbestellungen üblichen Stipulationen, der mit bloßer Tradition nicht beschaffte Uebergang des Eigenthums und der Servitut selbst ergänzt werden sollte⁶⁰). Der Sinn dieser Stipulation war dann der, daß der Verkäufer dafür haften wolle, daß weder er selbst, noch seine Nachfolger evincirten; so viel die Eviction durch Dritte betraf, war die Stipulation genau genommen wirkungslos⁶¹), ward indes dahin interpretirt, daß der Promittent kein simplex abnuntivum, sondern versprochen habe, dafür zu sorgen, daß Dritte nicht evincirten⁶²). Jeder Zweifel ward aber gehoben, wenn zugleich eine poena versprochen wurde. Die Verpflichtung zu dieser besonderen Cautionsleistung für das habere licere muß dann ein naturale

53) L. 1. §. 1. L. 17. §. 17. L. 28. D. de aedil. ed. (21. 1.)

54) Heise und Cropp, juristische Abhandl. Bd. 1, S. 229.

55) L. 13. pr. D. iudic. solvi. L. 5. C. de contr. et comm. stip. Ribbentrop, Correalobl. S. 203, Note 9.

56) Pufendorf II. 35. §. 13. 14.

57) L. 85. §. 5. D. verb. obl. L. 139. D. eod. tit. L. 62. §. 1. D. h. t. Ribbentrop, Correalobl. S. 197—222.

58) Paullus sent. rec. II. 17. §. 3. ibiq. Schulting, Varro de re rust. II. 10. Meermann, de rebus mancip. S. 186.

59) Varro, de re rust. II. cap. 2 sq.

60) L. 3. pr. L. 38 pr.—16. D. de verb. obl. (45. 1.) L. 11. §. 8. L. 18. D. de act. emti. (19. 1.) L. 8. 21. §. 1. L. 57. pr. D. de evict. (21. 2.)

61) L. 38. §. 1. D. de verb. obl. (45. 1.)

62) L. 83. pr. D. eod. tit.

des Kaufcontractes geworden sein. Der Käufer kann nämlich dieselbe — jedoch nur eine Verbalcaution — regelmäßig, sobald nicht geringfügige Sachen Gegenstand des Handels sind, verlangen und auf ihre Leistung sogar mit der *actio emti* klagen⁶³), weshalb dieselbe auch zu den notwendigen Stipulationen, und zwar zu den *st. communes*, zu deren Leistung sowohl der Magistrat, als der *index* nöthigen kann, gezählt wird⁶⁴). Der Betrag der zu versprechenden Strafe richtet sich nach dem Landesgebrauche⁶⁵), oder nach der besonderen an keine Grenze gebundenen Uebereinkunft⁶⁶), und man hat keinen Grund anzunehmen, daß nach *L. un. C. de sent. quae pro eo quod interest prof.* das Maß der Strafe in *casibus certis* auf das *duplum* beschränkt sei⁶⁷). Am gebräuchlichsten war indeß die *stipulatio duplae*, d. i. das Versprechen einer Strafe vom doppelten Betrage des verabredeten Kaufgelbes⁶⁸), deren Formel also gelautet haben mag: *Mihi heredique meo eum hominem quem de te emi habere recte licere, nec evinci eum hominem mihi heredive meo partemve eius, et si is homo a me heredive meo petetur, tum de ea re agenda adesse et eam recte defendere ut denunciatum tibi erit, aut si ita factum non erit, quanti ea res erit, duplum praestari, dolumque malum abesse abfuturumque esse, haec spondesne*⁶⁹)? Es finden sich indeß auch Fälle, wo bloß das Interesse zum Gegenstande der Stipulation gemacht ist⁷⁰). Uebrigens wird in der Stipulation der Verkäufer sich gewiß zur *defensio* ausdrücklich verpflichtet haben, es darf indeß, wie *Cujacius* an einer Stelle⁷¹) zu behaupten scheint, keineswegs angenommen werden, daß schon durch die unterlassene *defensio* die *dupla* verwirkt sei⁷²). Eine weitere Sicherheit außer dem bloßen Versprechen, namentlich die Stellung von Bürgern kann nur verlangt werden, wenn solches besonders ausgemacht⁷³), bei der *datio in solutum*⁷⁴) und im Falle der *L. 24. C. h. t.*

b) Ist aber auch wegen der *Evictionsleistung* kein besonderes Versprechen, welches im Grunde nur dazu dient, einen bestimmten Maßstab

63) *L. 22. 37. L. 56. pr. D. h. t. L. 11. §. 8. D. de act. emti.* (19. 1.)

64) *L. 5. pr. D. de verb. obl. Donell, Comm. ad h. l. §. 19—29.*

65) *L. 6. D. h. t.*

66) *L. 56. pr. D. h. t. Cuiac., obs. lib. XI. cap. 4.*

67) *Cuiac., obs. lib. 16. cap. 34. Glück, Commentar Bd. 20, S. 284 fig.*

68) *L. 48. D. h. t. Cui. ad Afr. VIII. ad L. 44. de act. emti. Cf. L. 13. in f. L. 64. pr. D. h. t.*

69) *Cuiac. ad Afric. VI. ad L. 24. h. t. Noodt, Comm. ad h. t. p. 463.* In den *recit. solenn. ad Cod. h. t.* restituirt *Cujacius* die Stipulation so, daß die *dupla* darnach nicht durch die unterlassene *defensio* verwirkt wird. Vgl. noch *Ribbentrop, Correaloblig. S. 207* in Note.

70) *L. 22. §. 1. D. h. t. L. 102. D. de verb. obl.*

71) *Cuiac. ad L. 2. de verb. obl. verb. : et si laudatus.*

72) *Ribbentrop a. a. D. S. 206—208.*

73) *L. 4. 37. D. h. t.*

74) *Nov. 4. cap. 3. anth. hoc nisi C. de solut.*

für die Verpflichtung des Autors zu liefern, vorgekommen, so haftet derselbe doch nach der Natur des Kaufcontractes für die Entwährung der verkauften Sache⁷⁵⁾, indem die Tradition derselben für nicht geschehen gilt, si quis eam iure avocaverit⁷⁶⁾. Die Tradition, zu welcher der Verkäufer verpflichtet ist, ist also nicht ein nudum factum, sondern causa bonorum⁷⁷⁾.

III. Rücksichtlich der Verpflichtung des Autors nach erfolgter Entwährung kommt es darauf an, ob ein besonderer Vertrag wegen der Evictionleistung geschlossen war oder nicht, und ob also mit der actio ex stipulatu, oder actio emti gegen ihn geklagt wird.

a) Im ersten Falle entscheidet das geleistete Versprochen, und bei dem Versprechen des Doppelten, Dreifachen u. s. w. gilt der bedungene Kaufpreis als das Einfache. Der Fiscus wird indeß unter keinen Umständen zu einem Mehreren, als zur Rückgabe des Kaufpreises verpflichtet, selbst wenn von seinen Vertretern ein Mehreres versprochen sein sollte⁷⁸⁾.

Bei der Klage aus der Stipulation ergeben sich in denjenigen Fällen, wo eine theilweise Eviction erfolgt, und das Verhältniß durch Vergrößerung oder Verminderung der Sache noch verwickelter geworden ist, aus der nothwendig werdenden Repartition eines Theiles der stipulirten Summe auf das wirklich Evincirte besondere Schwierigkeiten, die natürlich bei der actio ex emto, wo es blos auf Ausmittelung des Interesse ankommt, hinwegfallen. Streng genommen würde, wenn nur ein Theil entwöhret ist, aus der Stipulation gar nicht geklagt werden können, weil die Eviction des Ganzen als Bedingung der Stipulation angesehen werden muß. Aus diesem Grunde und wegen des Ausspruches in L. 56. §. 2. D. h. t. hatten Cujas⁷⁹⁾ und nach ihm Reuvere⁸⁰⁾ auch angenommen, daß bei der stipulatio duplae die Entwährung einzelner Theile ausdrücklich habe bevormortet werden müssen. Richtiger ist es indeß, die in der gedachten Stelle gegebene, freilich nicht blos vom Slavenverkauf zu verstehende Vorschrift, nicht als eine allgemeine zu nehmen; vielmehr folgt es⁸¹⁾ schon aus der Natur der Stipulation selbst, daß, wenn eine Sache unter Angabe von Theilen verkauft wird, z. B. ein Grundstück von 100 Morgen, dieselbe an sich schon auf die Theile bezogen werden muß, so daß der Verkäufer das duplum jedes einzelnen Theiles versprochen hat. Wo hingegen eine Sache als ein einfaches ohne Angabe von Theilen verkauft wird, wie dieses bei Sachen, die man nicht pro diviso besitzen kann, der Fall ist, da mußte die Stipulation allerdings

75) L. 66. pr. D. de cont. emt. (18. 1.) L. 11. §. 2. D. de act. emti. L. 60. 70. D. h. t. L. 6. C. h. t.

76) L. 3. pr. D. de act. emti.

77) L. 52. §. 1. D. de verb. ob. (45. 1.) Einde, Zeitschrift Bd. 11, S. 29.

78) L. 5. pr. D. de iuro fisci. (49. 14.)

79) Ad Afric. VI. ad L. 24. h. t.

80) Thibaut, Pand. §. 183. Schweppe, röm. Privatrecht §. 442.

81) Neufstetel, im Archiv für civil. Praxis Bd. 7, S. 212.

auf eine theilweise Eviction gerichtet werden. Rückfichtlich dieser Eviction sind nun verschiedene, in L. 64. D. h. t. erörterte Fälle⁸²⁾ zu unterscheiden: 1) Die verkaufte Sache wird ganz evincirt. Dann muß das duplum des Kaufpreises ganz geleistet werden, was keiner besonderen Bemerkung bedürfte, wenn es nicht auch in dem Falle einträte, wo die Sache nach dem Kaufe und vor der Eviction durch casus oder Saumseligkeit des Käufers vermindert oder verschlechtert ist. Eben so wenig wird aber auch die Verpflichtung des Verkäufers vergrößert, wenn die Sache vor der Eviction verbessert oder durch Zufall vergrößert war (L. 64. pr. cit.). Diese Entscheidung ist völlig consequent, weil das zu Leistende nicht das duplum des Werthes, den die Sache zu einer bestimmten Zeit hatte, sondern das duplum des Kaufpreises ist, und die eingetretene Verbesserung oder Verschlechterung der Sache deren Identität nicht verändert, so daß immer die Eviction den Verlust der ganzen Sache herbeigeführt hat. 2) Es wird ein Theil der Sache evincirt. Ist dieses a) ein ideeller Theil, pars pro indiviso, des Ganzen, so wird der zu leistende Betrag nach dem Verhältnisse dieses Theiles zum ursprünglichen Ganzen berechnet, ohne daß dessen spätere Vermehrung oder Verminderung in Anschlag käme. Sind also von 1000 Morgen 200 durch Wasserfluth untergegangen, und es werden nun von einem Dritten (der natürlich einen Anspruch auf ein ideelles Viertel des Ganzen gehabt haben muß⁸³⁾) noch 200 Morgen evincirt, so wird von der dupla ein Fünftheil geleistet, weil 200 Morgen ein Fünftheil des ursprünglichen Ganzen bilden. Wollte man annehmen, dem Käufer müßte ein Viertel der dupla geleistet werden, weil ihm von den noch gebliebenen 800 Morgen ein Viertel evincirt sei, so würde man den zufälligen Untergang von 200 Morgen dem Verkäufer zur Last legen, während ihn doch der Käufer tragen muß. Die noch bleibenden 800 Morgen werden also im Verhältniß zum Verkäufer so angesehen werden müssen, als ob es noch 1000 wären, und als ob der Käufer blos ein Fünftheil davon verloren hätte, während der Evicent mit seinem Ansprüche auf ein ungetheiltes Viertel 200 Morgen als den vierten Theil des noch Vorhandenen erhalten mußte und den Verlust von 200 Morgen dadurch mitträgt, daß er nur 200 Morgen und nicht 250 bekommt. Auf gleiche Weise wird in dem umgekehrten Falle gerechnet, wenn nach dem Kaufe und vor der Eviction die Sache durch Zufall größer geworden war. Wenn also 1000 Morgen verkauft sind, zu diesen 200 durch Alluvion hinzukamen und nun ein Fünftheil pro indiviso, also 240 Morgen evincirt werden, so wird nicht ein Viertel, sondern nur ein Fünftheil des duplum der Kaufsumme gewährt, weil wegen des Anspruches des Dritten auf einen ideellen Theil des Ganzen die Eviction auch die Alluvion mit umfaßt, aber der

82) Donellus, de evict. cap. 7. Callet ad h. l. Meermann II. p. 328. Cuiac. ad h. l. lib. 7. ad quaest. Pap. observ. XXVI. 37. Faber, ration. ad h. l. Glück, Comment. Bd. 20, S. 330 fig. Neustetel, im Archiv für civ. pr. Bd. 7, Nr. X.

83) Donellus l. c. p. 242.

Verkäufer rücksichtlich dieser letzteren dem Käufer zu nichts verbunden ist (L. 64. §. 1. cit.). Aus diesen beiden Fällen zusammengesetzt ist der in L. 64. §. 2. cit. entschiedene. Sind von 1000 Morgen 200 durch Abfluss verloren gegangen, und nachher an einem anderen Theile des Grundstückes wieder 200 durch Alluvion angefügt und nun ein ideelles Fünftheil evincirt, also 200 Morgen, so reichen die eben erwähnten Grundsätze zur Entscheidung aus. Die verlorenen 200 Morgen sind dem Käufer verloren, und die angefügten sind für ihn gewonnen, so daß dieser Gewinn und Verlust dem Autor weder nützt noch schadet. Er prästirt also weder ein Viertel noch ein Fünftheil des doppelten Preises für 1000 Morgen, sondern ein Fünftheil des doppelten Preises für 800 Morgen. b) Wird von dem verkauften Grundstücke ein Theil pro indiviso evincirt, so wird dieser Theil nicht in seinem Verhältnisse zum Ganzen, sondern als ein abgesondertes Stück betrachtet, und das duplum seines zur Zeit des Kaufes stattgefundenen Wertes prästirt⁸⁴⁾. Sind indessen in einem solchen Falle besondere Preise für die einzelnen Theile und nicht bloß ein Preis für das Ganze bestimmt gewesen, so kommt der auf den evincirten Theil stipulirte Preis als das Einfache des zu prästirenden duplum in Betracht⁸⁵⁾.

Auf den Fall, daß ein intellectueller Antheil, *pars pro indiviso*, den Gegenstand des Verkaufes bildet, geht nach Meusnier's Ansicht⁸⁶⁾ der §. 4. der L. 64. cit., in welchem derselbe darnach vor non totum ein si, und vor quemadmodum, est einschließt. Dann bestimmt die Stelle, daß im Falle Jemand an dem Grundstücke eines Dritten einen Morgen pro indiviso besitzt und verkauft, sobald es sich zeigt, daß nur ein halber Morgen pro indiviso sein gewesen, und er also die Eviction der anderen Hälfte (*partem dimidiam iugeri pro indiviso*) zu prästiren hat, es hier wie in den vorhin erörterten Fällen zu halten sei, und es keinen Unterschied begründe, ob das verkaufte Object in einem selbstständigen Ganzen oder in dem intellectuellen Theile eines anderen Ganzen bestehe. Diese Erklärung hat es für sich, daß darnach Papi- nian bei seiner scharfen Casuistik auch des zweiten möglichen Hauptfalles, daß das Ganze kein selbstständiger, sondern nur ein intellectueller Theil eines anderen Ganzen ist, erwähnt; wem indeß die dabei nöthige Emendation des Textes zu gewagt erscheint, der wird bei der Interpretation von Eujac. (l. c.) stehen bleiben können, nach welcher §. 4 cit. so ausgelegt wird, daß ein Morgen zwei Eigenthümern gehört, und von einem derselben verkauft sei, alsdann aber der Käufer nur die Hälfte erwerbe, und wegen der anderen Hälfte Evictionsleistung fordern könne.

Diese Regeln über die Evictionsleistung für entwähnte Theile eines Ganzen finden jedoch nur statt, wenn Theile, die mit dem Ganzen gleichartig sind, z. B. Stücke eines Acker, evincirt werden. Tritt die Eviction ungleichartiger Theile ein, z. B. einzelner Stücke des Baumaterials eines

84) L. 64. §. 3. cit. L. 1. L. 13. 14. 45. D. h. t.

85) L. 53. pr. D. h. t.

86) Archiv für civilistische Praxis Bb. 7, S. 217.

verkauften Schiffes oder Hauses; so findet die *actio ex stipulatu* gar nicht statt, sondern nur die *actio ex emto* ⁸⁷⁾. Endlich ist bei der *actio ex stipulatu*, welche, wie oben bemerkt, auch wegen Entwährung des Nießbrauchs stattfindet, noch anzuführen, daß sie wegen Eviction der Früchte der verkauften Sache, oder der nach dem Kaufe geborenen Jungen verkaufter Thiere nicht angestellt werden kann ⁸⁸⁾. Auch versteht es sich von selbst; daß der Verkäufer, dem erst ein Theil und dann das Ganze evincirt worden ist, sich dasjenige, was er auf den Theil von seinem Autor erhielt, auf das nachher noch wegen des Ganzen zu fordernden *duplum* abrechnen lassen muß ⁸⁹⁾.

b) Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung ist aber auch schon, abgesehen von einem besonderen darauf gerichteten Versprechen, in der Natur des Kaufcontractes begründet, und mit der *actio emti* geltend zu machen. Der Verkäufer muß die verkaufte Sache tradiren; die eses Tradiren soll indeß nicht ein *nudum factum*, ein bloßes Hingeben, wie zum Besehen, sein, sondern *causa honorum* ⁹⁰⁾, und kann nicht für geschehen gelten, sobald dem Käufer der Besitz der Sache von einem Dritten wieder abgenommen wird ⁹¹⁾. Es entspricht also der Natur des Kaufcontractes, daß in einem solchen Falle der Verkäufer wegen unterlassener Erfüllung seiner Pflicht zur gültigen Uebertragung für das Interesse haftet. — Zunächst wird nun in mehreren Stellen gelehrt ⁹²⁾, es könne, wenn die *stipulatio duplae* unterblieben sei, mit der *actio emti* dennoch auf die *dupla* geklagt werden. Diese Stellen sind indeß dahin zu verstehen, daß entweder, wenn die *Stipulation moris et consuetudinis* sei, der Richter im *bonae fidei iudicium* sie ergänzen kann ⁹³⁾, oder daß die *Stipulation* als aus Versehen unterblieben betrachtet werden muß ⁹⁴⁾. Sonst geht die *actio emti* auf das volle Interesse des Käufers, und daher nicht bloß auf Rückgabe des Kaufpreises ⁹⁵⁾. Hat sich also der Werth der Sache nicht vermehrt oder vermindert, so wird es regelmäßig bei der Rückgabe des Kaufpreises bleiben, ist indeß die Sache deteriorirt oder meliorirt, so kommt das Interesse in Anschlag, welches der Käufer zur Zeit der Eviction hatte ⁹⁶⁾, doch darf in dem Falle einer Verbesserung der Sache das Interesse des Käufers nicht über das *duplum* des Kaufpreises berechnet werden ⁹⁷⁾, eine Bestimmung, die von Justinian in der *L. un. C. de sent. quae pro eo quod interest prof.*

87) L. 36. h. t.

88) L. 43. 62. §. 2. D. h. t.

89) L. 48. D. h. t.

90) L. 52. §. 1. D. de verb. obl. (45. 1.)

91) L. 3. pr. D. 11. §. 2. D. de act. emti. (19. 1.)

92) Paullus sent. rec. II. tit. 17. §. 2. L. 2. D. h. t. ähnlich L. 31. §. 20. D. de aedil. Edicto. (21. 1.)

93) L. 7. D. de neg. gest. (3. 5.)

94) L. 37. §. ult. D. h. t. Cuiac., paratitta in tit. Cod. 8. 44.

95) L. 8. 60. 70. D. h. t. L. 43. D. de act. emti. (19. 1.) L. 23. C. h. t.

96) L. 43. 45. pr. D. de act. emti. (19. 1.) L. 70. D. h. t.

97) L. 44. D. de act. emti. (19. 1.) Caellet l. c. p. 326.

allgemein ausgesprochen ist, und die man mit *Cujacius* (ad Afric. VIII. ad L. 44. cit.) durch den Satz, *nimia rescari bonae fidei iudicio et quod excedit duplum nimium id certe esse*, erklären muß. Rückfichtlich der etwa vom Käufer auf die evincirte Sache gemachten Verwendungen muß beachtet werden, ob derselbe mittelst des Retentionsrechtes deren Erstattung vom Evincenten erlangen konnte, und wenn ihm dieses möglich war, so werden sie ihm von seinem Autor nicht mit vergütet⁹⁸). Standen die Verwendungen dagegen vom Evincenten nicht zu erlangen, weil sie entweder *impensae voluptuosae* waren, oder der Käufer nicht im Besitze der Sache war und das Retentionsrecht nicht üben konnte, so muß der Autor sie erstatten; dem Käufer werden indeß die Früchte, die er dadurch gewann und dem Evincenten nicht mit herauszugeben brauchte, darauf abgerechnet⁹⁹). Eben so muß der Autor auch den Werth bloß zufälliger Verbesserungen und Vermehrungen, z. B. von Alluvionen, für welche der Evincent nichts vergütet, mit bezahlen¹⁰⁰). Zu dem Interesse gehören auch die Zinsen des Kaufgeldes, insofern sie nicht durch die Früchte der Sache gedeckt sind¹⁰¹), der Gewinn, der durch die erkaufte Sache zu erlangen stand, z. B. die einem evincirten Sklaven hinterlassene Erbschaft¹⁰²), und der Betrag der auf den Evictionsprozeß verwendeten Kosten¹⁰³). Uebrigens versteht es sich nach dem Bisherigen von selbst, daß, wenn eine von mehreren zugleich verkauften Sachen evincirt wird, das Interesse des Käufers gerade bei der evincirten Sache ohne Rücksicht auf den Werth aller übrigen in Anschlag kommt, indem man für jede einzelne Sache eine besondere Klage auf Evictionsleistung annimmt¹⁰⁴). Bei der Eviction eines Theiles der gekauften Sache gelten bei der *actio emti* insofern andere Grundsätze als bei der *actio ex stipulatu*, als bei jener das Interesse, welches der Käufer bei dem bestimmten evincirten Theile, und bei der durch die Eviction eines Theiles etwa veranlaßte Verschlechterung der ganzen Sache hatte, berücksichtigt wird¹⁰⁵). — Von der Verpflichtung zum vollständigen Schadenersatz kann sich übrigens eben so wenig der Autor, als der für ihn eingetretene Bürge, dadurch befreien, daß er nach erfolgter Entwähnung die evincirte Sache wieder herbeischafft, er hat vielmehr auch alle Kosten und Schäden mit zu ersetzen, wenn ihm dieses Auskunftsmittel helfen soll¹⁰⁶).

98) L. 45. §. 1. D. de act. emti. (19. 1.)

99) L. 9. 16. C. h. t.

100) L. 15. 16. 66. §. 3. D. h. t.

101) L. 74. §. 1. D. h. t.

102) L. 9. 51. §. 3. D. h. t.

103) L. 17. C. h. t. Voet, C. ad h. t. §. 25. Pufendorf II. 35. §. 19. L. 15. D. de doli except. (44. 4.) L. 18. D. ratam rem haberi. (46. 8.)

104) L. 47. 72. D. h. t. Ueber *datio in solutum* L. 46. D. de solut. (46. 3.), *Cuiac*, ad Afr. VIII. ad L. 47. cit. und *Rechtslexikon* Bd. 3, C. 247.

105) L. 8. 15. §. 1. 2. L. 44. D. h. t.

106) L. 67. D. h. t. L. 16. D. de doli except.

c) Rückfichtlich der Klagen auf Evictionleistung ist noch zu bemerken, daß mehrere Verkäufer oder mehrere Erben eines Verkäufers nur pro rata haften¹⁰⁷⁾, ausgenommen wenn sie sich in solidum verpflichtet haben, von welchem Falle L. 51. §. 4. h. t. zu verstehen ist¹⁰⁸⁾, wenn die mehreren Autoren wegen eines dolus haften¹⁰⁹⁾, oder wenn vom Testator mehreren Erben das solidarische Pflichten aufgelegt ist. Der Fall der L. 65. D. h. t., den Glück¹¹⁰⁾ als Ausnahmefall anführt, ist im Grunde kein solcher, es ist nämlich in dieser Stelle ausgesprochen, daß von zwei Verkäufern einer verpfändeten Sache beide haften, wenn auch der eine für seinen Antheil die Sache von dem Pfandrechte befreit, sobald die Eviction mittelst der actio hypothecaria erfolgt und der letzte keine Cession der Klage gegen seinen Mitverkäufer fordern, sondern höchstens die in dem sonst zwischen ihm und diesem stattfindenden Verhältnisse begründete Klage anstellen kann¹¹¹⁾.

Die Klage auf Eviction ist übrigens immer nur gegen den unmittelbaren Autor anzustellen, und gegen den entfernten nur auf den Grund einer von jenem erlangten Klagecession¹¹²⁾. Eine scheinbare Ausnahme hiervon bilden die in L. 22. §. 1. h. t. und L. 71. h. t. enthaltenen Bestimmungen, daß die Frau und der Vater der Frau gegen ihren Autor, von dem sie die Dotalsachen acquirirt hatten, Klagen können, wenn die dos evincirt wird, ohne daß sie die Regressnahme des Ehemannes wegen der Eviction abzuwarten brauchten.

Endlich concurriren im Falle der Schließung einer stipulatio duplae die actio ex stipulatu und die actio ex emto electiv, und der Käufer kann, wenn sich sein Interesse höher als auf die dupla beläuft, mit dieser nachfordern, was er mit jener nicht erlangt hat.

IV. Es ist jetzt derjenigen Fälle Erwähnung zu thun, in welchen das Recht auf Evictionsleistung hinwegfällt.

1) Die erste Ausnahme pflegt rückfichtlich der sogen. universitates iuris behauptet zu werden. Man unterscheidet gewöhnlich die universitates facti und iuris und läßt bei ersten den Evictionsregress wegen einzelner daraus entwährter Sachen zu, bei letzteren aber nur wegen Eviction des Ganzen oder einer pars quota, wegen Entwährung einzelner Theile aber nur, wenn dieselben namentlich als Gegenstand des Verkaufes mit bezeichnet sind¹¹³⁾. Indessen möchte es richtiger sein, den Unter-

107) L. 139. in f. D. de verb. obl. L. 39. §. 2. D. h. t. Ribbentrop, Correalobl. S. 199. L. 2. C. h. t.

108) Ribbentrop a. a. D. S. 200.

109) L. 11. §. 2. D. ad leg. Aquil.

110) Comment. Bb. 20, S. 425.

111) Cuiac. ad h. l. lib. VIII, ad Quaest. Papin.

112) L. 33. 59. D. h. t. über den fiscus L. 3. C. quando fiscus vel privatus. (4. 15.)

113) Callet ad L. 1. C. h. t. Meerm. vol. 2. p. 315. Cuiac., rec. sol. ad L. 1. C. h. t. Glück, Comm. Bb. 20, S. 214 ff. Die citirten Gesetze sind L. 5. D. h. t. L. 1. C. h. t. L. 38. pr. D. de act. emti. (19. 1.) L. 7. 14. §. 1. L. 15. D. de hered. vel act. vend. (18. 4.)

schied zwischen *universitas facti* und *iuris*, wobei man bei den letzteren an eine Vermögensmasse denkt, ganz aufzugeben, indem es nur darauf ankommt, ob das Ganze als solches, als Begriffsganzes, und ohne Rücksicht auf die einzelnen Theile in Frage steht, und in diesem Falle dann für alle *universitates* dasselbe gilt. Die *universitas iuris* läßt sich freilich noch in einer anderen Beziehung unterscheiden¹¹⁴⁾, allein bei der Frage von der *Evictionsleistung* kommt es lediglich darauf an, ob eine Gesamtheit als Begriffsganzes in Frage stand, und dann wird für Entwöhnung einzelner Sachen nicht gehaftet. Entweder gehörte das evincirte Stück zu der *universitas*, und dann hat es der Käufer *iniuria iudicis* verloren, oder es gehörte nicht dazu, und dann war es ihm gar nicht mit verkauft, weil er nicht die einzelnen Stücke, sondern ein Begriffsganzes gekauft hat¹¹⁵⁾, welches ohne Rücksicht auf bestimmte einzelne Stücke gedacht wird.

2) Wenn der Käufer wissentlich eine fremde oder verpfändete Sache an sich brachte, so kann er bei erfolgter *Eviction* keine Entschädigung von seinem Autor fordern und nach der — freilich früher oft bestrittenen, aber gewiß nicht wegzuleugnenden — Bestimmung der Gesetze auch nicht einmal den gezahlten Kaufpreis zurückverlangen¹¹⁶⁾. Von dieser Bestimmung finden jedoch wieder folgende Ausnahmen statt: a) Wenn der Erbe eine Sache, welche einem Dritten legirt war, verkauft, so kann der Legatar die Sache von dem Käufer vindiciren, und dieser alsdann — womit der Erbe gestraft sein soll — von letzterem den Kaufpreis wiederfordern, selbst wenn ihm das Verhältniß der Sache bekannt gewesen ist¹¹⁷⁾. b) Hat ein Pfandgläubiger auf betrügerliche Weise das Pfand verkauft, und der Schuldner vindicirt dasselbe von dem als *doli particeps* zu betrachtenden Käufer, so kann dieser vom Schuldner doch noch die Restitution des dafür gezahlten Preises sammt Zinsen verlangen, weil die Schuld des Schuldners ja eben um diesen Betrag verringert ist¹¹⁸⁾. c) Sind Sachen der Kirchen oder frommen Stiftungen widerrechtlich veräußert, so können dieselben zwar den Käufern wieder abgenommen werden, aber diesen soll, selbst im Falle sie in *mala fide* waren, ein Anspruch auf Rückgabe des Kaufgelbes gegen die Verwalter des Kirchenvermögens zustehen¹¹⁹⁾.

3) Der *Evictionsregreß* fällt weg, wenn es an den oben sub I. angegebenen allgemeinen Voraussetzungen fehlt, oder der Käufer die ihm in Beziehung auf den Prozeß mit dem *Evincenten* obliegenden daselbst angegebenen Verpflichtungen vernachlässigt hat.

4) Der Pfandgläubiger, welcher *iure creditoris* verkauft, haftet nicht für *Eviction*, der Käufer hat sich vielmehr an den Schuldner, in

114) Riezulf, Theorie des gem. Civilrechtes Bd. 1, S. 821.

115) L. 5. D. h. t.

116) L. 27. C. h. t.

117) L. 4. §. ult. C. comm. de leg. (6. 43.)

118) L. 1. C. si vendito pign. agut. VIII. 80.

119) Novella 7. cap. 5.

dessen Namen der Gläubiger verfuhr, zu halten¹²⁰). Wenn er dagegen iure communi verfuhr, d. i. wenn er das Pfand als seine eigene Sache verkaufte, oder Evictionsleistung versprach¹²¹), so haftet er für die Eviction¹²²), und ebenso, wenn er in dolo war, wenn die Eviction auf den Grund eines älteren Pfandrechtes erfolgte¹²³), oder wenn er die Formen und Requisite des Verkaufes nicht beachtete¹²⁴). Sind im Wege der Execution abgepfändete Sachen verkauft und evincirt, so haftet nicht der verkaufende Beamte, sondern der Schuldner, und auch dieser nur auf den Betrag des gezahlten Preises sammt Zinsen nach Abzug der vom Käufer etwa gezogenen Früchte¹²⁵).

5) Die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung kann auch in Folge eines besonderen Vertrages, *pactum de non praestanda evicione*, hinwegfallen. Die Gültigkeit eines solchen Vertrages wird in L. 10. D. de hered. vel act. vendita bestimmt behauptet, über seine Folgen, welche in L. 11. §. 18. D. de act. emti näher auseinander gesetzt werden, haben sich aber eine Menge abweichender Ansichten gebildet¹²⁶). Da das Gesetz wirklich keine jener Verschiedenheit der Meinungen entsprechende Schwierigkeiten darbietet, so ist es angemessen, hier nur seinen Sinn anzugeben. Ulpian untersucht den Sinn der *stipulatio habere licere*, und entscheidet, daß, wenn der Verkäufer bloß versprochen habe: *per se venientesque a se personas non fieri quo minus habere liceat*, für eine durch dritte Personen geschehene Eviction nicht gehaftet werde¹²⁷). Dann wird die abweichende Meinung von Julian angeführt, welcher L. 15. D. behauptet hatte: in diesem Falle, so wie bei der Verabredung *nihil evictionis nomine praestatum iri*, lasse sich wohl annehmen, daß nach erfolgter Eviction keine Klage auf das Interesse, wohl aber die *actio ex emto* auf Rückgabe des Kaufpreises stattfinden, denn es entspreche der Natur des Kaufes als eines b. f. *negotium* nicht, daß der Käufer die Sache verlieren, und der Verkäufer den Preis behalten solle, wenn man nicht etwa vorziehe, die Sache so zu betrachten, als habe der Käufer, wie bei einer *emtio spei*, sich gerade der Gefahr dieses Verlustes durch jene Verabredung unterwerfen wollen. Diese Ansicht von Julian wird dann von Ulpian am Schlusse der Stelle entschieden verworfen, und bloß für den Fall, daß der Verkäufer wissentlich eine fremde Sache

120) Tit. Cod. cred. evict. pign. non debere §. 46. L. 38. D. h. t. L. 10. D. de distr. pign. (20. 5.)

121) Cuiac., recit. sol. ad tit. C. cit.

122) L. 59. §. 4. D. mandati. (17. 1.)

123) L. 1. C. cred. evict. pign. non debere. (8. 46.)

124) L. 12. §. 1. D. de distr. pign. (20. 5.)

125) L. 50. L. 74. §. 1. D. h. t. L. 13. C. h. t.

126) Franc. Callet. l. c. p. 827. Cuiac. ad D. 11. §. 18. de pact. emti. J. H. Böhrmer, vindiciae iuridicae pacti de non pr. ev. in exerc. ad P. IV. nr. 61. Ales, veritas communis op. circa pact. de non pr. ev. contra novissimos Böhrmeri errores vindicata. Heidelb. 1736. G. L. Böhrmer, repet. vindiciae pacti de non pr. ev. etc. Halaë Magd. 1787. Glück, Comment. Bd. 20, §. 1121.

127) Cf. Cuiac. ad L. 88. de Verb. Obl.

verkauft hatte, und also bei dem *pactum de non praestanda evictione in dolo* war, gebilligt. Nach diesem Inhalte der Stelle muß man denn der Meinung von Ulpian vor der ausdrücklich verworfenen und gar nicht einmal bestimmten Ansicht von Julian den Vorzug einräumen. Von selbst versteht es sich dabei, daß der Regreß, den Ulpian im Falle eines *dolus* des Verkäufers gestattet, nicht bloß auf Rückgabe des Preises, sondern auf das Interesse geht¹²⁸). Man muß übrigens einen Kauf, bei welchem die Verpflichtung des Verkäufers zur Evictionsleistung erlassen ist, für ein mit einer Schenkung gemischtes Geschäft halten¹²⁹).

V. Zuletzt ist noch einer Reihe anderer Rechtsgeschäfte außer dem Kaufe Erwähnung zu thun, bei welchen die Gewährleistung für eine stattgefundenen Uebertragung in Frage kommt.

1) Bei Schenkungen ist es von je streitig gewesen, ob und in wie weit der Schenker für Eviction hafte. Die Glossen¹³⁰) unterscheidet, ob die Schenkung *a promissione* oder *a datione* begonnen hat, und läßt im ersteren Falle einen Evictionsregreß zu, nicht aber im letzteren. Später herrschte eine Zeit lang die Ansicht¹³¹), daß der Schenker ohne besonderes Versprechen für Eviction nicht hafte, und endlich machte sich die Meinung geltend¹³²), daß man zu unterscheiden habe, ob *ex genere*, ob eine *species*, oder ob *mixtim* eine gewisse Sache aus einem bestimmten Complexus von Sachen geschenkt sei; im ersten und letzten Falle finde die Evictionsleistung statt, außer bei Entzöhrung der Gesamtheit, aus welcher die einzelne Sache zu geben war, nicht aber im zweiten. Man wird über die ganze Frage indeß zu keiner klaren Ansicht gelangen, wenn man nicht die verschiedenen Formen der Perfection der Schenkung unterscheidet, von denen natürlich überall bloß diejenigen, durch welche Sachen übertragen werden sollen, in Betracht kommen können. Die nähere Erörterung dieser Formen muß einem späteren Artikel vorbehalten bleiben, und hier nur bemerkt werden: a) Bei der *mera et simplex datio* oder der *rerum donatio*, welche durch einfaches Hingeben perfect wird, ist an keine Evictionsleistung zu denken. Diese Schenkung ist ein einfacher isolirter Act, welcher weder einen Grund, noch eine über seine Bornahme hinaus zwischen den Parteien dauernde Wirkung hat¹³³). b) Rücksichtlich der Schenkungsverträge muß man trennen a) die einfache *stipulatio donandi animo facta*. Hier ist das durch die Stipulation constituirte Forderungsrecht das Geschenke, und mit dem Geben des Gegenstandes der Stipulation wird nicht geschenkt, sondern bezahlt.

128) L. 6. §. ult. D. de act. emti. (19. 1.)

129) L. 31. §. 1. D. de donat. int. vir. et uxorem. (24. 1.) v. Savigny, System Bb. 4, S. 101.

130) Ad L. 1. C. de iure dot. ad L. 18. D. de donat.

131) Callet ad L. 2. C. de evict. Meermann II. p. 316. Donnell. ad L. 2. C. de evict. nr. 6. Thibaut, civil. Abh. Nr. IV.

132) Koch, de evicione non indistincte praest. Giessae 1774. Glück, Comment. Bb. 20, §. 1119.

133) Gans, Obligationenrecht S. 198, 199. L. 18. §. ult. D. de donat. (39. 1.)

Wird also eine fremde Sache gegeben, so wird die Verpflichtung ad dandum nicht erfüllt, und die Klage aus der Stipulation dauert fort¹³⁴).
 β) Besondere Schwierigkeiten ergeben sich für die im Justinianischen Rechte, namentlich in L. 35. C. de don. vorgeschriebenen Formen. Hier ist das einfache Versprechen klagbar gemacht, und die Nothwendigkeit der Tradition der geschenkten Sache erlassen, so daß theils noch das einfache Versprechen allein die Schenkung nicht insofern vollendet, als man nur das nomen, nicht aber die Sache selbst als deren Gegenstand zu betrachten hätte, theils aber das wirkliche Geben kein Schenken, sondern nur ein Zahlen ist, zu dem der Schenker genöthigt werden kann. Es bleibt also vollkommen zweifelhaft, ob man die Grundsätze sub a) von der rerum donatio, oder die Grundsätze sub b) von der promissio donandi causa facta anwenden soll, und in diesem Zweifel bleibt kein Ausweg übrig, als daß man die Analogie dessen, was bei Legaten gilt¹³⁵), befolgt, so daß bei der Schenkung einer Sache ex genere für Eviction gehaftet wird, nicht aber bei einer verschenkten species¹³⁶); und bei einer evincirten species der Empfänger dann Entschädigungsansprüche hat, wenn er beweist, daß der Schenker wissentlich eine fremde Sache verschenke¹³⁷). Die remuneratorische Schenkung ist wie jede andere zu behandeln, die donatio sub modo steht dagegen einem Innominatcontracte gleich.

2) Bei dem Tausche findet abweichend vom Kaufe sogar die Verpflichtung zur Eigenthumsübertragung statt. Wenn also eine fremde Sache gegeben, so kann der Empfänger, selbst bevor die Eviction wirklich erfolgt ist, entweder mit der actio praescriptis verbis auf Entschädigung klagen, oder das ganze Geschäft ob causam non secutam aufheben und das seinerseits Gegebene wiederfordern¹³⁸).

3) Bei der Erbtheilung findet auf Evictionsleistung die actio praescriptis verbis statt. S. Rechtslexikon Bd. 3, S. 954.

4) Bei einem geschlossenen Vergleiche ist rücksichtlich der Frage vom dem Ansprüche auf Evictionsleistung zu unterscheiden. Wird der streitige Gegenstand selbst, an welchem der eine Transigent vergleichsweise seine Ansprüche aufgab, evincirt, so haftet ihm sein Gegner nicht für Eviction, da sich gar nicht behaupten läßt, daß eine Uebertragung der Sache vorgekommen sei, für deren Gültigkeit eingestanden werden müßte. Der Vergleich selbst bleibt auch in einem solchen Falle unanfechtbar. Ist dagegen dasjenige gar nicht im Streite befangene Object evincirt, welches der eine Transigent von dem anderen für Aufgeben seiner Ansprüche bekam, so findet allerdings ein Anspruch auf Gewährleistung statt, der mit der

134) L. 75. §. ult. D. de verb. obl. (45. 1.) L. 107. D. de reg. iur.

135) Die nach L. 36. D. de leg. (2.) §. 1. J. de leg. (2. 20.) passend sein dürfte.

136) L. 45. §. 1. L. 71. §. 1. D. de leg. I. L. 29. §. 3. D. de leg. III. L. 58. D. h. t.

137) §. 4. J. de leg. (2. 20.) L. 10. C. eod. tit.

138) Cuiac., obs. XXIII. cap. 28. L. 1. §. 1. D. de perm. (19. 6.) L. 1. C. eod. tit. L. 29. C. h. t.

actio ex stipulatu oder actio praescriptis verbis geltend zu machen ist¹³⁹⁾.

5) Ueber datio in solutum siehe Rechtslexikon Bd. 3, S. 247.

6) Ueber die Brautgabe siehe Rechtslexikon Bd. 2, S. 403.

7) Wird ein gegebenes Lehen evincirt, so haftet der Lehnsherr dafür, und muß entweder eine andere Sache von gleichem Werthe zum Lehen hingeben, oder, wenn er solche nicht hat, den Werth und das Interesse vergüten¹⁴⁰⁾, in welchem Falle der Vasall sich mit dem substituirtten Werth ein Lehen anzuschaffen hat. Bei einem Asterlehn haftet nur der unmittelbare Lehnsherr, der sich indeß durch Klagencession befreien kann, und beim feudum oblatum nicht der Lehnsherr, sondern der Vasall für Eviction. Was übrigens von der Eviction des ganzen Lehens gilt, ist auch auf die Eviction einzelner Stücke anzuwenden¹⁴¹⁾.

8) Beim Pfandcontracte wird ebenfalls für Eviction gehaftet. Hat der Schuldner dem Gläubiger eine fremde oder bereits anderweit verpfändete Sache verpfändet, so kann er mit der actio pignoratitia contraria auf Entschädigung in Anspruch genommen werden¹⁴²⁾, wenn dem Gläubiger das Verhältniß der Sache nicht bekannt gewesen ist¹⁴³⁾.

9) Wird eine vermietete Sache dem Miether evincirt, so kommt es darauf an, ob der Vermiether in bona fide oder in mala fide war. Im ersten Falle kann er von dem Augenblicke an, wo dem Miether die Benutzung der Sache entzogen wurde, kein Miethgeld fordern, im zweiten Falle hat er demselben das volle Interesse zu ersetzen¹⁴⁴⁾.

10) Ueber die Haftung des Cedenten bei einer cedirten Forderung siehe Rechtslexikon Bd. 2, S. 653.

Liebe.

Gewalt, Verbrechen der Gewaltthätigkeit, crimen vis¹⁾. In dem Systeme des gemeinen Strafrechtes muß ein besonderes Verbrechen der Gewaltthätigkeit angenommen werden, für dessen Begriff und Thatbestand zunächst das römische Recht Entscheidungsquelle ist. Der auf dieses Verbrechen bezügliche Theil der justinianischen Compilation schließt sich an eine von Augustus herrührende lex Julia de vi an, in welcher zwischen vis publica und zwischen vis privata unterschieden war²⁾. Die

139) L. 33. C. de transact.

140) II. F. 8. pr. 25. 80. 96. Sächf. Lehn. Art. 35. Schwab. Lehnrecht Art. 38.

141) Strube, rechtl. Bedenken 1. 112.

142) L. 9. pr. L. 32. L. 36. §. 1. D. de pign. act. (13. 7.)

143) L. 16. §. 1. eod. tit.

144) L. 33—35. D. locati. (19. 2.) Cui a c. ad hh. II. ad Afric. tract. VIII. Böhmer, electa iuris civil. tom. I. nr. I. §. 16.

1) Von der auf dieses Verbrechen bezüglichen Literatur ist vorzüglich zu bemerken: Loew, commentatio de praeceptis iuris romani circa crimen vis. 1829. Petermann, comment. de praeceptis iur. rom. circa crimen vis. 1832. Madai, commentatio iuris rom. de vi publica et privata. 1832. Wächter, im neuen Archive des C.-R. Bd. 11, S. 635 flg., Bd. 12, S. 342 flg., Bd. 13, S. 1 flg., S. 195 flg. und S. 374 flg.

2) Es ist indeß sehr bestritten, ob es nur eine lex Julia de vi gegeben, oder ob ein besonderes Gesetz de vi publica und ein anderes de vi privata

Bedeutung dieser Unterscheidung bestand darin, daß die *vis publica* mit härterer Strafe, als die *vis privata* belegt wurde. Nach dieser Unterscheidung wird auch in den Pandecten in verschiedenen Titeln von dem *crimen vis* gehandelt³⁾. Man darf aber darum nicht glauben, daß alle Fälle, die im justinianischen Rechte zu der einen oder anderen Art der Gewaltthätigkeit gerechnet werden, die nämliche Stellung in der *lex Julia de vi* gehabt haben. Es wurden vielmehr in der justinianischen Gesetzgebung mehrere Fälle, die nach der *lex Julia* zur *vis privata* gehörten, unter die Strafbestimmungen gegen die *vis publica* gestellt, um sie mit härterer Strafe treffen zu können⁴⁾. Auch waren in der *lex Julia de vi* manche Fälle noch nicht begriffen, die nach justinianischem Rechte als *crimen vis* aufgefaßt werden können, indem der ursprüngliche Inhalt jenes Gesetzes schon vor Justinian durch Interpretation der Juristen, *Senatusconsulte* und kaiserliche Rescripte erweitert worden war⁵⁾. Für das heutige gemeine Strafrecht kann es nur darauf ankommen, die Fälle zu bestimmen, die nach justinianischem Rechte überhaupt zum *crimen vis* und im besonderen zu der einen oder anderen Art der Gewaltthätigkeit gerechnet werden müssen.

Das justinianische Recht nimmt einen allgemeinen Begriff strafbarer Gewalt an, der schon von den classischen Juristen in der Weise ausgebildet worden war, daß alle Handlungen, die unter diesen Begriff fielen, als *crimen vis* angesehen und entweder mit der Strafe der *vis publica* oder mit der Strafe der *vis privata* belegt wurden⁶⁾. Nach diesem Begriffe gehören zum *crimen vis* alle Handlungen, durch welche einer Person widerrechtlicher Zwang angethan und dieselbe genöthigt werden soll, wider ihren Willen etwas zu thun, oder zu unterlassen, oder zu dulden⁷⁾. Das wesentliche Merkmal, durch das sich das *crimen vis* von anderen Verbrechen unterscheidet, ist seine Richtung gegen die Freiheit des Willens, indem der Gezwungene durch die Gewalt zu einem

gehandelt habe. Während Wächter, a. a. D. Bb. 13, S. 219, mit überwiegenden Gründen das Erstere behauptet, ist Rabai, a. a. D. §. 12, der entgegengesetzten Meinung.

3) Tit. D. ad leg. Juliam de vi publica. (48. 6.) Tit. D. ad leg. Jul. de vi privata. (48. 7.) Im Code ist nur ein Titel ad legem Juliam de vi publica vel privata. (9. 12.)

4) Vgl. darüber Wächter a. a. D. Bb. 13, S. 44 flg. und S. 195 flg.

5) Vgl. Wächter a. a. D. S. 212.

6) L. 152. D. de R. J. (L. 17.) Ulpian ad edictam: Hoc iure utimur, ut quidquid omnino per vim fiat, aut in vis publicae aut in vis privatae crimen incidat.

7) Das Wort *vis* kommt in den Quellen in einem weiteren und in einem engeren Sinne vor. Im weiteren Sinne bedeutet es jede gegen den Willen eines Anderen unter omniene Handlung, wenn auch gar keine persönliche Gewalt gegen denselben damit verbunden war. L. 1. §. 5—9. L. 20. pr. §. 1. 2. D. quod vi aut clam. (43. 24.) Im engeren Sinne bezeichnet es die gegen die Person des Gezwungenen gehende Gewalt, die in den Quellen auch als *vis atrox* bezeichnet wird. L. 1. 2. §. 1. D. quod metus causa. (4. 2.) L. 1. §. 3. 29. D. de vi. (43. 16.) Daß bei dem *crimen vis* nur an *vis* in diesem Sinne gedacht ist, vgl. Wächter a. a. D. Bb. 11, S. 635 flg.

Handeln, Unterlassen oder Dulden genöthigt werden soll⁸⁾. Von welcher Art dieses Handeln, Unterlassen oder Dulden sei, ist für den Begriff des Verbrechens an und für sich gleichgiltig; aber es ist möglich, daß das crimen vis wegen jener Art zugleich als ein anderes Verbrechen aufgefaßt werden kann, in welchem Falle bei dem römischen Accusationsproceß der Ankläger die Wahl hatte, ob er wegen des crimen vis oder wegen des anderen Verbrechens anklagen wollte⁹⁾. Die Strafe des crimen vis war verschieden, je nachdem die angethane Gewalt zur vis publica oder zur vis privata gerechnet wurde. Die regelmäßige Strafe der vis publica war Deportation¹⁰⁾. In einzelnen sogleich zu erwähnenden Fällen sollte Todesstrafe eintreten. Auch sollte die Strafe der Deportation regelmäßig in Todesstrafe verwandelt werden, wenn der Verbrecher eine vilis persona oder infam war, oder überführt wurde, wiederholte Gewaltthätigkeiten begangen zu haben¹¹⁾. Die Strafe der vis privata war Confiscation des dritten Theiles des Vermögens und Infamie¹²⁾.

Was nun den Unterschied zwischen vis publica und vis privata betrifft, so sollten nach dem neuesten justinianischen Rechte folgende Fälle zur vis publica gerechnet werden: 1) Wer Waffenvorräthe in seiner Behausung oder Besizung aufhäuft¹³⁾ und wer an öffentlichen Orten be-

8) Vgl. Wächter a. a. D. Bb. 13, S. 243.

9) So kann z. B. das crimen vis ein Mittel sein, Jemanden zu tödten, indem er etwa gezwungen wird, Gift einzunehmen, oder indem er eingesperrt wird, ohne Nahrungsmittel zu erhalten. In einem solchen Falle konnte der Ankläger nach der lex Cornelia de sicariis klagen, wenn er sich getraute, den animus occidendi zu beweisen; aber er konnte auch, wenn ihm das bedenklich schien, nach der lex Julia de vi klagen, um den Verbrecher wenigstens mit der Strafe dieses Gesetzes belegen zu lassen.

10) §. 8. J. de publ. iudiciis. (4. 8.) L. 7. C. ad leg. Jul. de vi. (9. 12.)

11) L. 8. §. 1. C. ad leg. Jul. de vi. (9. 12.)

12) §. 8. J. de publ. iudiciis. (4. 8.) L. 1. pr. L. 8. D. ad leg. Jul. de vi priv. (48. 7.) Die angegebene Strafe der Confiscation war schon in der lex Julia vorgeschrieben. Zu dieser Strafe kam die Infamie als ein sich von selbst verstehender Zusatz hinzu, als der Grundsatz aufkam, daß Jeder nach einer lex iudiciorum publicorum Verurtheilte infam würde. Nach einem Zeugnisse des Paullus, sentent. recept. V. 26. §. 3., wurde die vis privata außerdem noch mit Relegation bestraft. Allein diese Strafe, die in der zwischen Augustus und Paullus liegenden Zeit aufgekommen sein muß, wurde von Justinian entlassen wieder aufgegeben, was auch um so eher geschehen konnte, als Justinian die schwereren Fälle der vis privata unter die vis publica gestellt hatte, um sie mit der gegen diese vorgeschriebenen Strafe zu treffen. Vgl. Wächter a. a. D. Bb. 13, S. 222 flg., S. 240. Nur in einem speciellen Falle ließ Justinian auch die Strafe der Relegation fortbestehen. L. 4. §. 1. D. de vi incend. ruin. (47. 9.) Nach der allgemeinen Fassung der in L. 8. C. ad leg. Jul. de vi (9. 21.) enthaltenen Vorschrift muß man indessen annehmen, daß solche, die mehrmals Gewalt verübten, so wie auch Infame und Personen niedersten Standes auch wegen vis privata mit dem Tode bestraft werden konnten. Vgl. Wächter a. a. D. Bb. 13, S. 241.

13) L. 1. D. ad leg. Jul. de vi publ. (48. 6.)

waffnet erscheint¹⁴). Auf diese Handlungen paßt der angegebene Begriff des *crimen vis* in sofern nicht, als mit ihnen noch keine wirkliche persönliche Gewalt ausgeübt wird. Es war vielmehr nur eine nahe liegende polizeiliche Rücksicht, aus welcher diese Handlungen verboten wurden. Dabei war es sehr natürlich, dieselben unter die *lex de vi* zu stellen, weil von ihnen die in diesem Gesetze verbotenen Handlungen am Meisten zu befürchten waren¹⁵). 2) Wer eine Verschwörung eingeht, um einen Aufstand zu verursachen¹⁶); 3) wer Sklaven oder auch freie Leute unter Waffen hält¹⁷); 4) wer fremde Gebäude oder Besitzungen erbricht oder erstürmt und ausplündert¹⁸); 5) wer bei einer Feuersbrunst raubt¹⁹); 6) wer bei einer Feuersbrunst Waffen trägt, um zu rauben²⁰); 7) wer mit bewaffneten Genossen den Besitzer aus seinem Hause, Grundstücke oder Schiffe herauswirft oder ihm daselbst Gewalt anthut²¹); 8) wer durch Erregung eines Aufstandes oder Auflaufes eine Feuersbrunst veranlaßt²²); 9) wer Menschen zusammenruft, um Jemanden zu prügeln²³); 10) wer Jemanden einsperrt²⁴); 11) wer Jemanden zwingt, einen Vertrag einzugehen²⁵); 12) wer Leichenbegängnisse gewaltsamer Weise stört²⁶); 13) wer verheurathete oder unverheurathete Frauenspersonen entführt²⁷); 14) wer männliche oder weibliche Personen durch Gewalt zur Unzucht mißbraucht²⁸); 15) wer sein Amt mißbraucht, um einen römischen Bürger ungeachtet einer eingelegten Berufung zu tödten, zu geißeln oder zu foltern²⁹); 16) wer sich an Gesandten oder deren Begleitern vergreift oder sie in anderer Weise beleidigt³⁰); 17) wer einen Angeklagten mit Ge-

14) L. 3. §. 1. D. eod. L. 10. pr. D. eod.

15) Vgl. Wächter a. a. D. Bb. 13, S. 242.

16) L. 3. pr. eod.

17) L. 3. pr. eod.

18) L. 3. §. 2. L. 11. pr. D. eod. Hier sollte Todesstrafe eintreten, wenn es in bewaffnetem Haufen geschah.

19) L. 3. §. 3. D. eod.

20) L. 3. §. 5. D. eod.

21) L. 3. §. 6. D. eod.

22) L. 5. pr. D. eod. Ohne Zweifel ist dabei an culpose Brandstiftung gedacht, die bei Aufständen und Aufläufen leicht vorkommen kann, da bei doloser Brandstiftung nach der *lex Cornelia de sicariis* geklagt werden konnte. L. 1. pr. D. ad leg. Corn. de sicar. (48. 8.)

23) L. 10. §. 1. D. eod. Wenn Jemand dabei getödtet wurde, sollte Todesstrafe eintreten. L. 6. C. ad leg. Jul. de vi. (9. 12.) Darauf beziehen sich die am Schlusse der L. 10. §. 1. cit. vorkommenden Worte: *neque homo occisus sit*, indem nur, wenn Niemand dabei getödtet wurde, die regelmäßige Strafe der *vis publica*, sonst aber die Todesstrafe eintreten soll. Vgl. Wächter a. a. D. Bb. 13, S. 244.

24) L. 5. pr. D. eod.

25) L. 5. pr. D. eod.

26) L. 5. pr. D. eod.

27) L. 5. §. 2. D. eod. Hier sollte statt der Deportation Todesstrafe eintreten.

28) L. 3. §. 4. D. eod.

29) L. 7. D. eod.

30) L. 7. D. eod.

walt verhindert, zu rechter Zeit in Rom vor dem Richter zu erscheinen³¹⁾; 18) wer absichtlich die Unabhängigkeit und Sicherheit der Gerichte gefährdet³²⁾; 19) wer einen verfassungswidrigen Gebrauch von seiner Amtsgewalt macht³³⁾; 20) wer Jemanden zwingt, dem Volke Spiele oder Geldausstellungen zu versprechen³⁴⁾; 21) wer neue ungesegliche Abgaben eintreibt³⁵⁾.

Aus dem Verzeichnisse der zur vis publica gehörigen Fälle ergibt sich von selbst, welche Fälle nach justinianischem Rechte zur vis privata gerechnet werden müssen. Da es in diesem Rechte anerkannt ist, daß jede persönliche Gewalt, durch welche Jemand zu einem Handeln, Unterlassen oder Dulden gezwungen werden soll, strafbar ist³⁶⁾, so gehören zur vis privata alle Fälle persönlicher Gewalt, die nicht zur vis publica gerechnet werden³⁷⁾. In den Institutionen gibt Justinian als Unterscheidungsmerkmal zwischen vis publica und vis privata das Bewaffnetsein an, so daß darnach alle Fälle bewaffneter Gewalt zu jener, die Fälle unbewaffneter Gewalt dagegen zu dieser gerechnet werden mußten³⁸⁾. Allein das Bewaffnetsein ist weder ursprünglich nach der lex Julia das Unterscheidungsmerkmal zwischen vis publica und privata gewesen³⁹⁾, noch kann es nach justinianischem Rechte dafür genommen werden. Denn das eben gegebene Verzeichniß der im justinianischen Rechte zur vis publica gerechneten Fälle ergibt deutlich, daß auch Fälle nicht bewaffneter Gewalt zu derselben gehörten. Aus diesem Verzeichnisse scheint vielmehr hervorzugehen, daß das Princip, nach welchem im justinianischen Rechte zwischen vis publica und privata unterschieden wird, nur darin besteht, daß die schwereren Fälle der Gewaltthätigkeit zur vis publica gerechnet werden sollten. Da unter diese schwereren Fälle allerdings auch, aber nicht ausschließlich die Fälle bewaffneter Gewalt gehörten, so ist es zwar nicht geradezu unrichtig, aber wenigstens ungenau und unvollständig ausgedrückt, wenn in den Institutionen das Bewaffnetsein als das Unterscheidungsmerkmal zwischen vis publica und vis privata angegeben wird⁴⁰⁾.

In den einheimischen Quellen des gemeinen Strafrechtes, namentlich in der Carolina, ist von einem Verbrechen der Gewaltthätigkeit in dem umfassenden Sinne des römischen Rechtes nicht die Rede. Dagegen

31) L. 8. D. eod.

32) L. 10. pr. D. eod.

33) L. 10. pr. D. eod.

34) L. 10. pr. D. eod.

35) L. 12. pr. D. eod.

36) L. 152. D. de R. J. (L. 17.)

37) Vgl. darüber Wächter a. a. D. Bd. 13, S. 240.

38) §. 6. J. de interd. (4. 15.) §. 8. J. de publ. indic. (4. 18.)

39) Denn daß zur vis privata ursprünglich auch bewaffnete Gewalt gehörte, ergibt sich aus Paulus, sentent. recep. V. 26. §. 3. Vgl. über den ursprünglichen Unterschied zwischen vis publica und vis privata Wächter a. a. D. Bd. 13, S. 44 fig.

40) Vgl. Wächter a. a. D. Bd. 13, S. 238.

sind einzelne Fälle, die nach römischem Rechte unter den Gesichtspunct des *crimen vis* gezogen werden müßten, zum Theil unter besonderen Benennungen hervorgehoben und mit Strafe bedrohet. Solche Fälle sind: Entführung⁴¹⁾, Nothzucht⁴²⁾, Raub⁴³⁾, Aufruhr⁴⁴⁾, Landzwang⁴⁵⁾ und Befehdung oder Landfriedensbruch⁴⁶⁾. In sofern es für diese Fälle besondere einheimische Straffsazungen gibt, hat man zwar für die Beurtheilung derselben nicht nöthig, das römische Recht zu Hilfe zu nehmen⁴⁷⁾; aber dennoch ist es für das gemeine Strafrecht nothwendig, ein besonderes Verbrechen der Gewaltthätigkeit anzuerkennen, da es außer den in der Carolina besonders hervorgehobenen Fällen noch sehr viele Fälle von Gewaltthätigkeit gibt, für welche man im gemeinen Rechte gar kein Strafgesetz haben würde, wenn man nicht die Bestimmungen des römischen Rechtes über *crimen vis* zu Grunde legen wollte⁴⁸⁾.

Seinem Begriffe nach ist dieses Verbrechen solche Gewaltthätigkeit, durch welche einer anderen Person in der Freiheit ihres Willens widerrechtlicher Zwang angethan, oder durch welche sie zu einem Handeln, Unterlassen oder Dulden gezwungen werden soll. Zum Thatbestande dieses Verbrechens gehört 1) die Absicht, eine andere Person in der angegebenen Weise in der Freiheit ihres Willens zu beschränken, und 2) Darlegung dieser Absicht durch eine äußere Handlung, die entweder in unmittelbarer Anwendung körperlicher Kräfte, oder in dem Gebrauche solcher Drohungen⁴⁹⁾ bestehen kann, durch welche der Widerstand des Gezwungenen aufgehoben werden soll. Diesem Begriffe nach kann das Verbrechen nur gegen Personen, nicht auch gegen Sachen begangen werden⁵⁰⁾. Dabei muß es aber auch für eine gegen die Person gerichtete Gewalt genommen werden, wenn zwar die Handlung des Verbrechens zunächst gegen eine Sache gerichtet ist, aber durch die Weise ihrer Begehung den

41) P. G.-D. Art. 118.

42) P. G.-D. Art. 119.

43) P. G.-D. Art. 126.

44) P. G.-D. Art. 127.

45) P. G.-D. Art. 128.

46) P. G.-D. Art. 129.

47) Vgl. über diese Verbrechen in diesem Lexikon die betreffenden Artikel.

48) Solche Fälle sind z. B. widerrechtliches Einsperren und Gefangenhalten, so weit es nicht unter den Begriff des Menschenraubes fällt; Unzüchtigkeiten, die auf gewaltsame Weise verübt werden, so weit sie nicht als Nothzucht erscheinen; Gewaltthätigkeit, um Jemanden zur Eingehung einer Verbindlichkeit zu nöthigen u. s. w. Vgl. Wächter a. a. D. Bd. 12, S. 347. Daß daher das Verbrechen der Gewaltthätigkeit in einigen neueren Handbüchern, z. B. von Littmann und Jarcke, mit Unrecht als überflüssig übergangen wird, vgl. Wächter a. a. D. Bd. 12, S. 343 flg.

49) Zwar heißt es in L. 1. §. 29. D. de vi (43. 16.), daß es keine *vis sine corporali vi* gebe. Allein es ist für die Nothigung des Willens gleichgültig, ob die persönliche Gewalt wirklich angewendet, oder ob sie blos angedroht wird, wenn nur nach den Umständen des Falles eine Bewirklichung der Drohung zu befürchten ist. L. 1. D. quod metus causa. (4. 2.) Vgl. Wächter a. a. D. Bd. 11, S. 639.

50) S. oben Note 7.

Beweis liefert, daß die Absicht darauf ging, etwaigem Widerstande gewaltfam entgegenzutreten ⁵¹). Das Verbrechen ist vollendet, wenn der Widerstand des Gezwungenen so weit überwunden wird, daß er genöthigt ist, sich dem Verlangen des Zwingenden zu fügen oder zu unterwerfen ⁵²).

Nach dem angegebenen Begriffe unterscheidet sich das Verbrechen der Gewaltthätigkeit hinlänglich von anderen Verbrechen, ohne daß man zu dieser Unterscheidung nöthig hat, mit den meisten Lehrbüchern die Beschränkung hinzuzufügen, daß nur diejenige Gewaltthätigkeit das eigenthümliche Verbrechen der Gewaltthätigkeit bilde, die nicht in ein bestimmtes anderes besonders benanntes Verbrechen übergehe ⁵³). Das Wesen des eigenthümlichen Verbrechens der Gewaltthätigkeit besteht darin, daß durch dieselbe dem Willen eines Anderen widerrechtlicher Zwang angethan werden soll. Es kann allerdings durch Gewaltthätigkeit auch ein anderes als das eigenthümliche Verbrechen der Gewaltthätigkeit begangen werden, wenn nämlich die letztere blos das Mittel sein sollte, eine Verletzung zuzufügen, die ein besonderes Verbrechen bildet, wie z. B. eine Tödtung durch Gewaltthätigkeit versucht oder vollendet werden kann; aber alsdann ist das eigenthümliche Verbrechen der Gewaltthätigkeit ausgeschlossen, nicht aus dem Grunde, weil die Gewaltthätigkeit in ein besonderes für sich benanntes Verbrechen übergeht, sondern nur darum, weil es an der zum Thatbestande jenes Verbrechens gehörigen Absicht mangelt, dem Willen eines Anderen widerrechtlichen Zwang anzuthun. Denn die Absicht des Verbrechers ist in diesem Falle nicht auf diesen Zwang, sondern auf die Tödtung gerichtet, und nach dieser Absicht muß das Verbrechen, dessen er sich schuldig gemacht, bestimmt werden. Ob der Verbrecher bei seiner Gewaltthätigkeit wirklich die Absicht gehabt zu tödten oder eine andere Rechtsverletzung hervorzubringen, die ein besonderes Verbrechen bildet, ist freilich eine Sache des Beweises, den bei unserem Inquisitionsprozesse der Richter von Amtswegen beibringen muß, und bei dem römischen Accusationsprozesse der Ankläger liefern mußte, und in Ermangelung dieses Beweises ist es möglich, daß der Richter in der Beschaffenheit der Handlung wenigstens den Beweis findet, daß der Verbrecher die zum eigenthümlichen Verbrechen der Gewaltthätigkeit gehörige Absicht gehabt habe und also wegen dieses Verbrechens bestraft werden könne, so wie auch der Ankläger, wenn er sich nicht getraute, den *animus occidendi* zu beweisen, um *ex lege Cornelia de sicariis* Klagen zu können, die Anklage *ex lege Julia de vi* stellen konnte; aber daß in diesem Falle das Verbrechen als wirkliches *crimen* vis genommen wird, hat seinen Grund nur darin, daß kein anderer als der zu diesem Verbrechen gehörige *dolus* bewiesen ist.

51) L. 1. §. 28. D. de vi. (43. 16.) Es würde in diesem Falle nach heutigem Rechte wenigstens Versuch der Gewaltthätigkeit angenommen werden müssen. Vgl. Wächter a. a. D. Bd. 11, S. 640.

52) Vgl. Wächter a. a. D. Bd. 13, S. 396.

53) Vgl. über diesen Punkt Wächter a. a. D. Bd. 13, S. 378 fig.

In Ansehung der gemeinschaftlichen Strafe des Verbrechens der Gewaltthätigkeit unterliegt es zuvörderst keinem Zweifel, daß die Strafen des römischen Rechtes durch Gerichtsgebrauch aufgehoben worden sind. Von der römischen Strafe der vis publica konnte schon aus dem Grunde keine Rede sein, weil die Deportation auf eine Insel unanwendbar war, und die Strafe der vis privata fand bei der auf der Hand liegenden Unangemessenheit der Confiscation um so eher keinen Eingang, als man schon bei der vis publica genöthigt war, von der römischen Strafbestimmung abzuweichen. Obgleich die Unanwendbarkeit der römischen Strafen an und für sich nur die Folge zu haben brauchte, daß man an die Stelle derselben andere Strafen setzte, die ihnen an Schwere möglichst gleich kamen, so setzte sich doch in der teutschen Praxis der Grundsatz fest, daß die Strafe der Gewaltthätigkeit eine arbiträre sei, deren Bestimmung im einzelnen Falle dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben müsse⁵⁴). Bei dieser Bestimmung muß immer noch Rücksicht auf den Unterschied zwischen vis publica und vis privata genommen, und in Fällen, die zur ersteren gehören, eine entschieden härtere Strafe erkannt werden. Auch muß dabei das objective Princip unseres germanischen Rechtes, nach welchem der größere oder geringere verletzende Erfolg, den die Handlung gehabt, von bedeutendem Einflusse auf die Strafgröße ist, mit in Anschlag gebracht werden. In keinem Falle darf die Gewaltthätigkeit für ein so leichtes Verbrechen gehalten werden, daß nicht in den schwereren Fällen derselben mehrjährige Zuchthaus- oder Arbeitshausstrafe erkannt werden könnte. In leichteren Fällen kann dagegen bis zu Gefängnißstrafe von einigen Wochen oder Monaten heruntergegangen werden⁵⁵).

Von unseren Strafgesetzbüchern haben die älteren, nämlich das preussische, österreichische und bayerische kein Verbrechen der Gewaltthätigkeit in dem Umfange, als das gemeine Strafrecht angenommen, sondern nur einzelne Fälle dieses Verbrechens als besondere Verbrechen hervorgehoben⁵⁶). Nach diesen Gesetzgebungen werden viele Fälle unbestraft bleiben müssen, die nach gemeinem Rechte einer Strafe unterliegen, da dieses, ungeachtet es ebenfalls viele einzelne Fälle besonders hervorhebt und in der Bestrafung auszeichnet, einen allgemeinen Begriff strafbarer Gewalt aufstellt, unter welchen alle nicht besonders hervorgehobenen Fälle, in denen Jemand zu einem Handeln, Unterlassen oder Dulden gezwungen werden soll, subsumirt werden können. Die übrigen neuen Gesetzbücher haben sich wieder mehr dem Standpuncte des gemeinen Rechtes angeschlossen, indem sie zwar viele einzelne besonders strafbare Fälle als besondere Verbrechen hervorheben, aber daneben einen allgemeinen Begriff strafbarer Gewaltthätigkeit aufstellen. So macht sich nach dem sächsischen Gesetzbuche des Verbrechens der Nöthigung schuldig, wer ohne Recht oder mit Ueberschreitung der Grenzen seines Rechts Kör-

54) Vgl. Wächter a. a. D. Bd. 13, S. 400 flg.

55) Vgl. überhaupt Wächter a. a. D. Bd. 13, S. 411 flg.

56) Vgl. Mittermaier in Feuerbach's Lehrbuch Note VI zu §. 399.

perliche Gewalt oder Drohungen anwendet, um Jemanden zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung zu nöthigen⁵⁷⁾. Während das sächsische Gesetzbuch für solche Nöthigung, in sofern sie nicht in ein schwereres Verbrechen übergeht, auf Anzeige des Genöthigten Gefängnißstrafe bis zu sechs Monaten eintreten läßt, kann nach dem württembergischen Gesetzbuche auf Anzeige des Genöthigten Gefängniß oder Arbeitshaus bis zu vier Jahren erkannt werden, wenn Jemand rechtswidrig körperliche Gewalt, Drohungen oder sonstige Mittel anwendet, um einen Anderen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung zu nöthigen⁵⁸⁾. Ebenso ist im braunschweigischen Strafgesetzbuche ein besonderes Verbrechen der Nöthigung angenommen, dessen sich derjenige schuldig macht, der Gewalt oder gefährliche Drohungen gegen eine Person anwendet, um dieselbe zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung rechtswidrig zu nöthigen⁵⁹⁾. Die diesem Verbrechen gesetzte Strafe ist verschieden, je nachdem mehr oder weniger erschwerende Umstände dabei vorkommen, und der Zweck der Nöthigung mehr oder minder verwerflich ist. Sie kann bis zu Zuchthausstrafe gehen, wenn der Angriff lebensgefährlich war, und der Angegriffene dabei gepeinigt wurde; wenn Mehrere sich zu der That verbunden hatten, oder wenn dieselbe zur Nachtzeit, oder mit Eindringen in die Wohnung oder den dazu gehörigen geschlossenen Bezirk, oder mit Waffen, oder wenn sie mit Unkenntlichmachung der Thäter durch Anschwärzen oder Vermummen verübt war, soll Zwangsarbeit nicht unter ein Jahr erkannt werden; in anderen ohne solche erschwerende Umstände vorkommenden Fällen soll Gefängnißstrafe von drei Monaten bis zu einem Jahre eintreten⁶⁰⁾. Auch das hannöversche Gesetzbuch drohet demjenigen, der ohne Recht oder mit Ueberschreitung der Grenzen seiner Rechte durch körperliche Gewalt oder Drohungen Jemanden zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nöthigt, Gefängniß oder Arbeitshaus und unter erschwerenden Umständen Zuchthaus, wenn die That nicht ihrer geringfügigkeit wegen zu einer bloßen polizeilichen Ahndung geeignet ist und in sofern sie nicht in ein schwereres Verbrechen übergeht⁶¹⁾. In derselben Weise drohet auch das großherzoglich hessische Strafgesetzbuch demjenigen, der durch widerrechtliche Gewalt oder Drohung, deren Verwirklichung zu befürchten stand, Gefängniß oder Correctionshaus bis zu einem Jahre, wenn der Genöthigte Klage darüber erhebt, und die That nicht in ein schwereres Verbrechen übergeht⁶²⁾.

Euben.

Gewohnheitsrecht ¹⁾ im allgemeinen Sinne ist gleichbedeutend mit ungeschriebenem Rechte im juristischen Sinne. Man bezeichnet damit

57) Art. 168.

58) Art. 281.

59) §. 178.

60) §. 178 verglichen mit §. 175.

61) Art. 247.

62) Art. 168.

1) Pütter, Beitr. zum teutsch. Staats- und Fürstent. Th. 2 (Okt. 1779. 8.), S. 3—29, 68—109. Guilleaume, theor.-pract. Abhandl. der

überhaupt alle Rechtsnormen, welche ohne das ausdrückliche Gebot der gesetzgebenden Gewalt entstehen. Im engeren, eigentlichen Sinne aber versteht man unter Gewohnheitsrecht diejenigen Rechtsnormen, welche unmittelbar in dem Bewußtsein des ganzen Volkes leben und darum als das unmittelbare Product seines Willens gelten²⁾. Dieß ist auch die Form seiner Entstehung: ohne ein künstliches Medium, macht es sich auf natürlichem Wege geltend durch den Einfluß, welchen die Uebereinstimmung einer nationalen Ueberzeugung auf die einzelnen Glieder des Volkes ausübt³⁾. Es entspringt aus dem innersten Leben der Völker und wird zunächst erkennbar, indem es in Uebung, Sitte, Gewohnheit heraustritt. Die gleiche, durch den Einfluß des Volksgewisses bedingte Handlungsweise der Einzelnen ist also nicht Quelle, sondern nur Erscheinungsform des Gewohnheitsrechtes, nicht die einzelnen Handlungen, welche sich erst auf Rechtsideen des Volkes gründen, sondern vielmehr diese letzteren machen das Wesen der Gewohnheit aus und begründen deren Verbindlichkeit⁴⁾. Es gibt aber auch eine Form der Entstehung des Rechtes, welche nicht unmittelbar vom Volke ausgeht, sondern wo, weil die Rechtsnormen nicht vom ganzen Volke gekannt sind, dessen Wille nur mittelbar sich zeigen kann. Dieß geschieht, indem das Volk Individuen in seiner Mitte hat, deren juristischem Wissen und Willen es als seinem eigenen vertraut. Diese Individuen — die Juristen — sind die Repräsentanten des Volkes, welche dasselbe bei der Production vertreten, durch sie spricht sich der concrete Staatswille gerade so aus, wie durch das ganze Volk. Der Inbegriff der Rechtsnormen, welche auf diese Weise entstehen, heißt das Juristenrecht⁵⁾. Gewohnheitsrecht und Juristenrecht haben mit einander gemein, daß sie beide auf einem innerlichen Wege entstehen, während das promulgirte Recht

Rechtst. von dem Gewohnheitsr. Dsnabr. 1801. 8. Grolman, Magaz. für die Philosophie des Rechtes und der Gesetzg. Bd. 1, S. 2, Nr. V. Schömann, Handb. des Civilr. (Sieß. 1806. 8.), Bd. 2, S. 28 ff. Volkmar, Beitr. zur Theorie des Gewohnheitsr. Braunsch. 1806. 8. Alder, Versuch eines Beitr. zur Revision der Theorie vom Gewohnheitsr. Jen. 1813. 8. Gesterding, Beisteuer zur Theorie vom Gewohnheitsr. im Arch. für die civil. Praxis Bd. 3, Nr. VIII, S. 259—288. Puchta, das Gewohnheitsr. Th. 2. Erlang. 1828. 1837. 8. v. Savigny, System des h. röm. R. Th. 1 (Berlin 1840. 8.), §. 7, 8, 12, 14, 18—20, 25, 26, 28—30. Maurenbrecher, Lehrb. des gem. deutsch. Privatr. Bd. 1 (Wonn 1840. 8.), §. 21—22.

2) Puchta a. a. D. Th. 1, S. 9. Maurenbrecher a. a. D. §. 20.

3) v. Savigny a. a. D. §. 12.

4) Offenbar irrig ist die Ansicht, nach welcher die Entstehung des Rechtes aus der Gewohnheit abgeleitet wird, s. Pütter a. a. D. S. 11 ff., Glück, Erl. der Pand. Th. 1, S. 447, Gesterding a. a. D. §. 1. Indessen hat auch dieser Irrthum einen wahren Bestandtheil. In vielen Fällen können manche ins Einzelne gehende Bestimmungen, bei denen es nur darauf ankommt, daß irgend eine feste Regel gelte und als geltend bekannt sei, welche es auch sei, lediglich durch öftere Uebung dem Volke selbst zu bestimmterem Bewußtsein gebracht werden. v. Savigny a. a. D. §. 12, S. 35.

5) Puchta a. a. D. Th. 1, S. 78 u. 147. v. Savigny a. a. D. §. 14 u. 19. Maurenbrecher a. a. D. §. 20 u. 28 ff.

durch einen äußerlichen Act sein Dasein erhält; ferner, daß sie beide auf einer wirklichen gemeinsamen Ueberzeugung beruhen, während diese bei dem promulgirten Rechte gewissermaßen in einer Fiction besteht, wornach eben das, was die Gesetzgebung als allgemeinen Willen ausspricht, auch als solcher gilt, endlich auch darin, daß beide einen eigenthümlichen, ihnen angehörigen Inhalt haben, während der Gesetzgeber seinen Stoff nicht aus sich selbst, sondern aus dem Volke oder aus wissenschaftlichen Ansichten nimmt⁶⁾. Im allgemeinen muß aber noch bemerkt werden: Es würde durchaus irrig sein, wenn man annehmen wollte, zur Existenz einer Volksüberzeugung gehöre, daß eine Ansicht allen Volksgliedern zum Bewußtsein gekommen sei. Auch innerhalb des Volkes, in welchem das Gewohnheitsrecht besteht, müssen die Kundigen von denjenigen unterschieden werden, die an dem gemeinsamen Rechtsbewußtsein nicht wirklichen Antheil nehmen, deren Rechtsverhältnisse aber nicht minder unter dem Gewohnheitsrechte stehen. Denn darauf, ob Alle diese oder jene rechtliche Ueberzeugung haben, was ohnedies unmöglich ist, kommt es nicht an, sondern nur darauf, ob diese Ueberzeugung als eine gemeinsame im Bewußtsein derer ist, die nach ihrem Berufe, ihrer Stellung und ihrer Einsicht als Träger des gemeinsamen Rechtsbewußtseins gelten können⁷⁾. Für eigentliche Juristen sind darum solche des Gewohnheitsrechtes Kundige nicht zu halten. Wenn aber in dem natürlichen Entwicklungsgange der Völker eine wissenschaftliche Kenntniß des Rechtes entsteht, deren Besißer sich nicht bloß dadurch, wie viel sie vom Rechte, sondern auch dadurch, wie sie es wissen, von den Uebrigen unterscheiden, so muß sich nothwendig die Kenntniß des Rechtes im Volke immer mehr verlieren. Ein besonderer Stand, der der Rechtskundigen, wird das Organ werden, durch welches sich nunmehr die gemeinen nationalen Rechtsansichten aussprechen. Den Juristen, als einem integrierenden Bestandtheile des Volkes, wird die genauere Ausbildung und die Anwendung des Rechtes anheimfallen; sie werden dabei als Repräsentanten des Volkes verfahren: ihre gemeinsame Ueberzeugung wird als Volksüberzeugung gelten. Daß auch in Deutschland das Recht diesen natürlichen Gang der Entstehung hat, ist historisch nachzuweisen. So lange die alte Gemeindeverfassung bestand, brachte es schon die Einrichtung der Gerichte mit sich, daß das Recht in lebendiger Anschauung aller selbstständigen Mitglieder der Volksgemeinde blieb. Die Rechtsfälle, welche in diesen Gerichten zur Anwendung kamen, gründeten sich entweder auf die stillschweigende, gemeinsame Ueberzeugung der Glieder, oder auf vertragmäßiges Uebereinkommen Aller (gewillkührtes Recht). Da die Glieder der Volksgemeinde selbst oder einzelne Erwählte unter der Controle der übrigen die Urtheilsfinder waren, so bedurfte es keiner Aufzeichnung des Rechtes. Es bestand ohne an einen Buchstaben gefesselt zu sein, weil Alle durch die tägliche Uebung in der lebendigen Anschauung desselben blieben. Erst nachdem

6) Puchta a. a. D. Th. 1, S. 161.

7) Derselbe Th. 1, S. 149 u. Th. 2, S. 18. v. Savigny a. a. D. S. 30.

durch die Völkerwanderung sich größere Staatsvereine unter erblichen Regenten gebildet hatten, deren Herrschaft in den neuerobernten Ländern auch auf römische Unterthanen sich erstreckte, fing man an, die bisherigen Gewohnheiten in Sammlungen zu bringen. Aber auch diese Aufzeichnung, welche übrigens bei den meisten teutschen Völkern nur einen kleinen Theil des bisherigen Rechtes umfaßte, geschah wohl mehr, daß Jemand unter einem fremden Stamme nach seinem Rechte gerichtet werden konnte, als zur Unterstützung der Urtheilsfinder in dem eigenen Volke. Nach der Errichtung der fränkischen Monarchie, der allmählig alle Völker einverleibt wurden, welche das damalige Germanien bewohnten, wurden zwar von den Regenten mit Zuziehung der Reichsstände theils allgemeine, theils besondere Gesetze unter dem Namen von Capitularien gegeben. Allein die Freiheit des Einzelnen in Beziehung auf das Recht ward hierdurch nicht beschränkt. Wenn die Capitularien Gegenstände des Volksrechtes betrafen, so konnten sie, ohne von den Volksgemeinden angenommen zu sein, nicht zur Anwendung kommen. Uebrigens blieb das Privatrecht meist den Volksrechten überlassen, die Capitularien enthielten für dasselbe nur wenig. Endlich blieb auch ohne Einfluß, daß seit Karl dem Großen in den Gerichten besonders erwählte Schöffen aufkamen, weil dadurch der Umstand anderer freier Männer von der Theilnahme an den gerichtlichen Verhandlungen nicht ausgeschlossen ward⁸⁾. Die Richter mit ihren Schöffen sprachen vor wie nach dem alten Rechte, wo es nöthig war, dasselbe ergänzend oder der Zeit anpassend. Und dieses Verfahren war denn so genügend, als in der Ordnung, weil das bei den öffentlich gehaltenen Gerichten versammelte Volk das Urtheil zu schelten oder gut zu heißen befugt war.

Erst durch das Aufhören der alten Gauverfassung, durch die Veränderung im Heerdienste und durch den immer weiter sich ausbreitenden Lehnsnerus kam die Hauptmasse des Volkes aus dem lebendigen Zusammenhang mit den öffentlichen Verhältnissen. Die Nation löste sich in eine Menge größerer und kleinerer Gesellschaften auf, ein engherziger Corporationsgeist beherrschte die Nation. Der allmähliche Verfall der bisherigen geschriebenen Gesetze war hiervon die Folge, neues, auf dem Willen des Gesetzgebers gegründetes Privatrecht half dem Mangel nicht ab. Das 10., 11. und 12. Jahrhundert hat, mit Ausnahme des geistlichen Rechtes, nur wenig schriftliche Normen aufzuweisen. So geschah es, daß die Entwicklung und Fortbildung des Rechtes auf eine Weise vor sich ging, welche einen ganz neuen Zustand herbeiführte, indem sich ein Gewohnheitsrecht ausbildete, das nicht wie das frühere, vor Aufzeichnung der Volksgesetze entstandene⁹⁾, von dem Volke unmittelbar, sondern ausschließend von den Gerichten ausging. Man unterscheidet daher vom zehnten bis zwölften Jahrhunderte so viele Formen des Gewohnheitsrechtes, als Arten der Gerichte. Wenn gleich die meisten Entschei-

8) v. Savigny, Gesch. des röm. R. im Mittelalter Bd. 1, S. 200.

9) Zúrl, Vorlesungen über das teutsche Privatr. (Kost. 1832. 8.), S. 133.

dungsnormen ihrem Ursprunge nach nur auf einzelne Corporationen und Genossenschaften berechnet waren, so erhielt sich doch auch in ihnen manche allgemeine Nationalsitte, und die Aussprüche der Schöffengerichte, namentlich der Oberhöfe, konnten diese Gleichförmigkeit nie ganz untergehen lassen. Sie wurden die eigentlichen Bildungsanstalten des allgemeinen Privatrechtes. An Aufzeichnung des Gerichtsbrauches wurde jedoch damals noch nicht gedacht: das Recht lebte in den Schöffen fort. Einzelne Weisthümer (Belehrungen über vorgelegte Rechtsfragen), Urtheile und Willkühren sind lediglich die historischen Rechtsquellen, welche wir aus jener Zeit besitzen. Erst gegen die Mitte des zwölften Jahrhunderts fing man an, den Gerichtsbrauch der Schöffen aufzuzeichnen. Dies geschah zuerst in den Städten (Stadtrechte), später erfolgte auch die Niederschreibung der Landrechte. Diese Sammlungen, die zuerst von Privatpersonen ausgingen, sollten ursprünglich wohl nur dienen, den Schöffen, welche das Recht zu finden hatten, ihr Geschäft zu erleichtern. Sie gelangten bald zu großem Ansehen und galten in einzelnen teutschen Ländern nicht bloß als doctrinelle Rechtsquelle, sondern als Gesetzbücher. Doch auch diese Landrechte sanken mit Ausbildung der Territorialverfassung in Teutschland zu Büchern des Particularrechtes herab. Je mehr sich die landesherrliche Gesetzgebung entwickelte, um so weniger wurde das bisherige Gewohnheitsrecht beibehalten. Auch war durch die Reception des römischen und canonischen Rechtes allmählig ein künstlicher Rechtszustand erzeugt worden, der das practische Bedürfniß des Volkes von selbst an die Wissenschaft verwies. Das alte hergebrachte Recht konnte von nun an nur noch in dem Juristenrechte wirksam werden.

Ob es heutzutage in Teutschland nur particuläre oder auch allgemeine Gewohnheiten und wenn es diese gebe, ob sie nur zufällig und historisch oder auch im juristischen Sinne gemein geltende seien? ist streitig¹⁰⁾. Aus der bloßen Uebereinstimmung vieler in verschiedenen Ländern entstandener Rechtsdenkmäler kann freilich mit rechtlicher Gewißheit ein allgemeiner Nationalgrundsatz nicht gefolgert werden. Schon in den ältesten Zeiten lassen sich Spuren solcher Rechte finden, die nur diesem oder jenem Stande eigen waren, oder die vorzüglich nur ein oder der andere Volksstamm in Uebung hatte. Diese können in ihrer Fortpflanzung nicht auf ganz Teutschland sich erstreckt haben, sie sind gewissen Ständen und Provinzen eigen geblieben, sie haben nur unter diesen Ständen oder in den Provinzen die Eigenschaft eines gemeinen Rechtes (besonderes und particuläres teutsches Gewohnheitsrecht). Allein nicht nur aus der Sache selbst läßt sich begreifen, wie es allgemeine Gewohnheiten geben könne und wie in ihnen Eine Rechtsquelle bestehe, sondern

10) Ekhard, hermeneut. iur. l. 2. c. 1. §. 1 u. 2. Hufeland, Beitr. zur Berichtigung und Erweiterung der positiv. Rechtswissenschaft St. 1, Abhandl. I, S. 1—20. Dessen Einleitung in die Wissenschaft des h. teutsch. Privatr. §. 13. Darg, Handb. des teutsch. Privatr. Th. 1, §. 80, S. 330—336, erkennen ein gemein anwendbares Gewohnheitsr. nicht an.

es spricht auch die Geschichte, die Gesetzgebung und die Praxis für diese Ansicht¹¹⁾. Allgemeine Gewohnheiten kommen theils auf die Weise vor, daß für die Nichtaufnahme oder Modification mancher römischen Rechtsgrundsätze eben nur auf sie sich bezogen werden kann, theils so, daß sie aus einem allgemeinen Verkehre und einer hieraus entspringenden gleichförmigen Rechtsansicht geschichtlich nothwendig hervorgingen. Endlich erscheint nach der Lage des teutschen Rechtes auch das als gemeine Gewohnheit, was auf historischem Wege aus der Natur der Institute, nicht aus Analogieen genommen, das stehende Resultat einer gemeinen Ansicht geworden ist¹²⁾.

Bei den alten römischen Juristen finden wir das Gewohnheitsrecht nicht in der ihm zukommenden Ausdehnung und Wichtigkeit anerkannt. Was ihnen im wirklichen Leben vorkam, war meist particuläres Gewohnheitsrecht und auf dieses beziehen sich die meisten Stellen über Gewohnheitsrecht, die aus ihren Schriften erhalten sind¹³⁾. Sie haben in der practischen Betrachtung des Gewohnheitsrechtes weniger das Wesen, das Recht selbst, als das äußere, die Erscheinung (*consuetudo*), die Anwendung hervorgehoben, obgleich ihre Begriffe nicht blos bei diesem Neusserlichen stehen geblieben sind. Die Theorien über Gewohnheitsrecht aber, welche die neueren Rechtslehrer daraus abgeleitet haben, bieten die verschiedensten Extreme dar. Weder über die Entstehung, noch über den Umfang des Gewohnheitsrechtes, noch über die Art und Weise, wie sie dasselbe in der Praxis angewendet wissen wollen, sind sie unter einander einig und es lassen sich diese verschiedenen Ansichten bis auf die Glossatoren zurückverfolgen. Erst in ganz neuer Zeit hat sich eine dem Wesen und der Natur des Gewohnheitsrechtes entsprechende Ueberzeugung gebildet, und es ist zu erwarten, daß sie sich bald als eine gemeinsame geltend machen und in der Praxis Anerkennung verschaffen werde.

Da die meisten Rechtslehrer zunächst aus der Wiederholung einzelner Handlungen die Entstehung des Gewohnheitsrechtes abgeleitet und diese (*actus introductivi*) als die Quelle angesehen haben, so ist natürlich, daß sie darauf gekommen sind, die Siltigkeit einer solchen factischen Gewohnheit auf den Willen des Gesetzgebers zurückzuführen¹⁴⁾. Ihnen erscheint das Gewohnheitsrecht als eine Art Opposition der Unterthanen gegen die Regierung, als Anmaßung eines Zweiges der höchsten Gewalt, als eine nicht natürliche Art der Rechtsverzeugung, die einer ganz besondern Rechtfertigung bedarf. Diese konnte nur gesucht werden in der Einwilligung des Gesetzgebers. Diejenigen, welche die in dem *corpore*

11) Eichhorn, über das geschichtl. Studium des teutsch. Rechtes, in der Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bd. 1, S. 124 und Einleit. §. 26. Mittermaier, Grundsätze des gem. teutsch. Privatr. §. 22, S. 108. Philipps, Grundsätze des gem. teutsch. Privatr. S. 92.

12) Türck a. a. D. S. 375 u. 376. Pütter a. a. D. S. 78 flg.

13) Puchta a. a. D. Bd. 1, S. 71 flg. Savigny a. a. D. §. 25.

14) Klöpper a. a. D. S. 12. Gesterding a. a. D. §. 1.

iuris enthaltenen Gesetze, die einer Gewohnheit Gesetzeskraft zusprechen, zum Grunde legen und darin eine schon längst durch Deutschlands Gesetzgebung recipirte ausdrückliche allgemeine Vorschrift erkennen, haben darin einen consensus generalis expressus des Gesetzgebers in alle künftige Gewohnheiten finden wollen¹⁵⁾. Des Gesetzgebers consensus specialis — wenn der Gesetzgeber von einer im Lande aufgetommenen Gewohnheit wisse und diese stillschweigend genehmige — erfordern dagegen Einige nur, wenn durch die Gewohnheit ein Gesetz abgeschafft werden soll¹⁶⁾, Andere behaupten dagegen, lediglich diese Consensart mache ein wahres Gewohnheitsrecht aus, sie verlangen ohne Unterschied zur Gültigkeit desselben den Beweis, daß der Gesetzgeber von der Gewohnheit Kenntniß gehabt habe¹⁷⁾.

Diese Grundansichten haben nun auch den größten Einfluß auf die practische Behandlung der einzelnen, das Gewohnheitsrecht betreffenden Fragen gehabt. Dieselben betreffen theils die Bedingungen — theils den Beweis — theils die Wirkungen des Gewohnheitsrechtes¹⁸⁾.

Was die ersteren, die Bedingungen betrifft, so hat man, weil das gleichförmige Handeln als eigentlicher Entstehungsgrund der Rechtsregel angesehen worden ist, angenommen, es müßte sich dieser Entstehungsgrund stets in bestimmte, einzelne erweisliche Handlungen auflösen lassen¹⁹⁾. Die Erfordernisse aber, welchen die Handlungen entsprechen sollen, wenn sie in jedem einzelnen Falle zum Beweise eines Gewohnheitsrechtes als concludente Handlungen brauchbar sein sollen, lassen sich auf folgende Bedingungen zurückführen:

1) Es sollen, mehrere Handlungen sein (frequentia actuum), weil sich sonst nicht eine gewisse und beständige Regel für die Zukunft folgern lasse²⁰⁾. Wie viele erforderlich seien, darüber ist lange gestritten worden. Einige halten zwei Handlungen schon für hinlänglich²¹⁾, Andere haben die Sache lediglich dem Ermessen des Richters überlassen wissen wollen. Sie gehen von der Ansicht aus, daß es nicht auf die Vielheit der Handlungen, sondern darauf ankomme, ob so viele Handlungen wirklich vorgekommen seien, daß aus denselben nicht nur überhaupt eine gewisse und beständige Regel hergeleitet, sondern auch mit Gewißheit auf die Einwilligung und Zufriedenheit des Gesetzgebers geschlossen werden könne. Diese Ansicht hat sich später immer allgemeiner geltend

15) Höpfner, Institut. §. 38. Glück, Pand. Th. 1, §. 447 fig.

16) Mit Hinsicht auf die L. 2. C. quae sit longa consuetudo Waldeck, inst. iur. civ. §. 30. Gesterding a. a. D. §. 1.

17) Glück a. a. D. Th. 1, §. 35.

18) v. Savigny a. a. D. §. 170.

19) Derselbe §. 171 fig.

20) Glück a. a. D. Th. 1, §. 86, §. 455.

21) Carpzov P. II. const. 3. def. 22. n. ult. Schilter, exercit. 2. th. 17. Gail, lib. II. obs. 31. nr. 7. Eichmann, Erläuterungen des bürgerl. R. Th. 1, §. 374 u. a. m.

gemacht und sie kann mit mehr oder weniger Modificationen als die unter den Romanisten heutzutage herrschende angesehen werden²²⁾.

2) Die Handlungen sollen gleichförmig, d. h. alle nach einerlei Regel unternommen worden sein (ununterbrochene Handlungen, *actus uniformes, continui, non interrupti*). Allerdings wird, wenn die Abweichung von der Norm, die bei anderen Fällen beobachtet worden, von der Beschaffenheit ist, daß sie sich mit der Annahme einer gemeinsamen Ueberzeugung schlechthin nicht verträgt, von einem existirenden Gewohnheitsrechte nicht die Rede sein können. Aber es ist auch denkbar, daß ein anerkannter Rechtsfact zuweilen nicht angewendet wird, indem in dem einzelnen Falle eine irrige Meinung sich geltend macht, oder Unkenntniß diese Wirkung hervorbringt. Deshalb kann die Vermuthung, die durch eine wiederholte Uebung für die Existenz eines Gewohnheitsrechtes begründet ist, nicht schlechthin durch eine entgegengesetzte Uebung zerstört werden. Der Einfluß, den eine nachgewiesene Nichtbeachtung des Sakes auf den die Existenz desselben prüfenden Richter äußern muß, wird sich nicht nur durch die Beschaffenheit dieser Nichtbeachtung bestimmen, sondern es wird auch die Bedeutung solcher Fälle der Nichtbeachtung durch die Beschaffenheit der für die Existenz des Rechtes angeführten Uebung selbst sich vermindern oder verstärken²³⁾.

3) Die Handlungen sollen sich lange Zeit hindurch wiederholen (*consuetudo inveterata, diuturna, longaevus usus*). Dieß Erforderniß ist auf sehr verschiedene Weise näher bestimmt worden. So hat man angenommen, daß eine unwordenkliche Weise hindurch der Satz geübt worden sein müsse. Dagegen erfordern Einige zur Begründung eines Gewohnheitsrechtes nur eine Zeit von 10 oder 20 Jahren, weil diese den Raum einer langen Zeit beschränken²⁴⁾; Andere eine Zeit von 30 oder 40 Jahren²⁵⁾, weil von den kirchlichen Gesetzgebern im Geiste der damals bei den Legisten herrschenden Ansicht der Grundsatz, daß eine Verjährung gegen die Kirche 40 Jahre fordert, auch auf eine Gewohnheit gegen das kirchliche Recht angewendet und bei dieser der Ablauf jener Zeit als Erforderniß festgesetzt worden ist²⁶⁾. Noch andere und

22) Cuiacius, lib. XX. obs. 1. Ant. Schulting, enarrat. part. prim. Dig. de legib. §. 17. Von dem Busch, de consuet. §. VII. XXXVII. Höpfer, Institutionen §. 58. Glück a. a. D. §. 457. Thibaut, Pand. Th. 1, §. 18. v. Savigny a. a. D. §. 29. Puchta a. a. D. Th. 2, §. 84.

23) Puchta a. a. D. Th. 11, §. 92.

24) Donellus, commentar. iur. civ. lib. I. c. 10. Berger, oecon. iur. lib. I. tit. 1. §. 19. nr. 3. Schilter, exerc. 2. §. 19. Von dem Busch, diss. l. c. cap. III. §. 38. Selchow, element. (ed. 4.) §. 67. Geisler, iur. Germ. priv. §. 44. Schnaubert, Beitr. zum Staats- und Kirchenr. Th. 1, §. 17 flg.

25) Gibert, corp. iur. canon. p. 87. Boehmer, princ. iur. canon. lib. II. sect. III. tit. 5. §. 232.

26) Cap. ult. X. de consuet. cap. 3. eod. in 6to. Auf demselben Wege ist man in Sachen zu dem Gebrauche gekommen, die vortige Verjährungszeit von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen bei der Gewohnheit zu fordern.

zwar ältere Rechtsgelehrte haben sogar eine Zeit von 100 Jahren erfordert, weil irgendwo der Ausdruck *longaevum* diese Bedeutung hat. Alle Zeiten, die erwähnt werden, sind von den Instituten hergenommen, die man unter dem allgemeinen Ausdrucke der Verjährung zusammenfaßt, die Zeit von 10, 20, 30, 40 Jahren, ferner die unvordenkliche Zeit. Die herrschende Meinung war lange, daß 10 Jahre hinreichten. Späterhin haben sich die Meisten dahin geeinigt, gar keine bestimmte Zeit anzunehmen, sondern Alles dem richterlichen Ermessen zu überlassen. Dabei ist es denn auch geblieben²⁷⁾. Es kommt hier, wie bei der Mehrheit der Handlungen, Alles darauf an, zu verhüten, daß das Individuelle, Zufällige, Vorübergehende durch den täuschenden Schein, den es annehmen kann, fälschlich als Kennzeichen einer Grundlegenden gemeinsamen Rechtsüberzeugung angesehen werde²⁸⁾.

4) Die Handlungen sollen öffentlich, d. h. auf eine solche Art geschehen sein, daß sowohl die Unterthanen selbst, unter denen eine verbindliche Norm entstehen soll, als auch der Gesetzgeber dieselben haben wissen können (offenkundige Handlungen, *actus publici*)²⁹⁾. Dieß haben Einige in so weit beschränkt, daß sie nicht gerade eine positive Deffentlichkeit, sondern nur eine Nichtverheimlichung fordern³⁰⁾. Dagegen ist von Mehreren sogar verlangt worden, daß die Gewohnheit in den Gerichten bestätigt und nach derselben rechtskräftig gesprochen worden sei, weil das Volk von außergerichtlichen Handlungen feltener Kunde erhalte³¹⁾.

Carpov, *iurispr. forens. P. II. const. 3. def. 21.* und Bekanntmachung des k. sächs. Oberappellationsgerichtes v. 6. August 1836, Nr. I.

27) Jo. Hr. Hochstetter, *diss. de praescriptione consuetudin. ad cap. ult. X. de consuet.* Stuttgart 1776. 4. Gebrüder Overbeck, *Rebitationen über verschiedene Rechtsmaterien* Bb. 3, *Rebit.* 181, S. 309 flg. H. Noodt, *commentar. ad dig. de leg. p. 15.* Ant. Schulting, *enarrat. p. I. Dig. ibid. §. 17.* Lauterbach, *collec. theor. pr. Pand. h. t. §. 35.* Stryk, *usus mod. Pand. h. t. §. 12.* Cocceji *iur. civ. contr. h. t. quaest. XL.* Müller *ad Struvium, exerc. 2. th. 20. tit. §. Cramer, obs. iur. univ. tom. III. obs. 847. §. 16.* Danz, *Handbuch* Bb. 1, §. 56, S. 198. Thibaut, *Pand. Th. 1, §. 19.*

28) Puchta *a. a. D. Th. 2, S. 93 flg. v. Savigny a. a. D. S. 173.*

29) A. Gaill, *pract. observ. II. 31. §. 7. 8.* Klöpper *a. a. D. §. 35.* Thibaut, *Pand. Th. 1, §. 18.* Schweppe, *Lehrb. des röm. Privatr.*, 4. Ausg., §. 33a. Mühlbruch, *Lehrb. der Pand. §. 38.*

30) Klöpper *a. a. D. §. 35.* Thibaut *a. a. D. §. 18.*

31) Maurer, *jurist. Abhandl.*, 1. Samml., Nr. VI, S. 125 u. 140. Hofacker, *diss. de iure consuetud. cap. III. §. 39—41.*, in Hinsicht auf die Bestimmung L. 34. de legib. (1. 3.) Dieß ist jedoch von den Meisten verworfen worden: Voet, *comm. ad Dig. tit. de leg. §. 30.* Cocceji *iur. contr. h. t. qu. XI. in f. Cramer, obs. iur. univ. III. obs. 847. §. 10.* Eichmann *a. a. D. Th. 1, S. 379.* Gebr. Overbeck, in den *Rebital.* über verschiedene Rechtsmaterien Bb. 3, *Reb. 183.* Guilleaume, *diss. cit. §. 16. nr. V. und a. a. D. §. 31. et VI.* Lauterbach I. 3. §. 35. Müller *ad Struv. I. 3. §. 20.* Holtmar, *Beiträge* S. 79 flg. Klöpper *a. a. D. §. 31.* E. C. Staudinger, *de cons. contradicto iur.*

Allerdings kann die Deffentlichkeit, mit welcher eine Handlung geschah, derselben für die Erkenntniß des Gewohnheitsrechtes eine besondere Bedeutung geben, wenn sie von der Beschaffenheit ist, daß sich daraus die Uebereinstimmung Anderer mit der von dem Handelnden befolgten Regel ergibt. Daß aber dadurch nicht ein Erforderniß für die einzelnen Handlungen entsteht und daß eben so wenig der Deffentlichkeit für sich eine solche Bedeutung beigelegt werden kann, ist neuerdings auf eine überzeugende Weise dargethan³²⁾.

5) Die Handlungen sollen in der Meinung rechtlicher Nothwendigkeit (ex opinione necessitatis) unternommen worden sein³³⁾, d. h. die Handelnden müßten die Meinung gehegt haben, ihnen liege die Verbindlichkeit ob, also zu handeln, oder wie man dieses Erforderniß auch näher bestimmt hat, die Handlung müsse in der Absicht vorgenommen sein, daß der ihr zu Grunde liegende Satz für die Zukunft gelte. Das Wahre an der Sache ist: es muß in den Handlungen eine dem Publicum erkennbare Norm sich aussprechen, welche die Handelnden im freien Glauben an ihre juristische Nothwendigkeit bei den Handlungen befolgt haben. Diese Ueberzeugung, unter deren Einflusse der Handelnde stand, darf übrigens nicht eine bloß individuelle, sie muß eine gemeinsame sein. Dieses Erforderniß ist indessen nicht in dem Sinne zu nehmen, daß an jeder Handlung, welche als Erkenntnißmittel eines behaupteten Gewohnheitsrechtes gebraucht werden soll, diese Grundlage einer gemeinsamen Ueberzeugung positiv erkennbar und nachzuweisen sein müßte. Es darf nur bei einer Handlung, auf die sich als auf eine Uebung des Rechtsfases berufen wird, nicht schon für sich betrachtet der Mangel einer rechtlichen Volksüberzeugung, aus der sie hervorgegangen, sich hervorthun³⁴⁾.

6) Die Handlungen sollen nicht auf Irrthum beruhen³⁵⁾. Ueber dieses Erforderniß haben sich die Juristen, namentlich diejenigen, welche der Gewohnheit die Kraft beigelegt haben, einen Rechtsfatz hervorzubringen, von jeher sehr schwankend geäußert³⁶⁾. Es ist auch klar, daß dieses Erforderniß von ihrem Standpunkte aus mit dem der rechtlichen Nothwendigkeit gar nicht vereinigt werden konnte. Denn wer die Handlung mit der opinio necessitatis vornahm, befand sich in einem offen-

dicio firmata. Goetting. 1754. Thibaut a. a. D. §. 19. Glück a. a. D. Th. 1, §. 86, S. 475. Einige haben unterschieden und nur dann gerichtliche Handlungen erfordert, wenn die Gewohnheit einem geschriebenen Gesetze gerade zuwider ist. Schilter, exerc. ad Pand. th. 21. Berger, oecon. iur. lib. I. tit. 1. nr. 19. Wernher, select. observ. for. tom. II. P. IX. obs. 193. p. 564.

32) Puchta a. a. D. Th. 2, S. 41 flg.

33) Hartleben, medit. ad Pand. spec. XI. med. 8. Nettelblatt, system. element. iurisprud. posit. Germanor. §. 169. Glück a. a. D. Th. 1, §. 86, S. 461.

34) Puchta a. a. D. Th. 2, §. 4, 5, S. 38 flg.

35) L. 39. D. de leg.

36) Köbber a. a. D. S. 135 flg. Gesterding a. a. D. §. 4. Mühlensbruch, Lehrb. des Pandektenr. §. 38.

baren Irrthume, indem der nach jener Ansicht erst durch die Gewohnheit entstehende Rechtsfaz noch nicht existirte. Einige haben daher den Irrthum nicht nur zugelassen, sondern sogar als nothwendig mit jedem Gewohnheitsrechte verbunden angesehen.

Wenn ein nachzuweisender Irrthum ein Hinderniß für die Annahme, daß ein Gewohnheitsrecht existire, werden soll, so kann dieß nur dadurch geschehen, daß er die rechtliche Ueberzeugung, welche die Grundlage der Gewohnheit ist, ausschließt. War die Ueberzeugung des Handelnden eine irrige, setzte er einen Rechtsfaz voraus, der wirklich nicht existirte, so kann die Handlung desselben auch nicht als Uebung eines Rechtsfazes und als ein Zeugniß für denselben betrachtet werden, jede Berücksichtigung eines solchen Actes muß wegfallen. Dadurch ist jedoch nicht die Möglichkeit ausgeschlossen, daß ein solcher Rechtsfaz nachher in die gemeinsame Ueberzeugung aufgenommen werde und dadurch entstehe³⁷⁾. Auch ist der Irrthum nicht im Wege, wenn die Handlung eine so äußerliche und an sich gleichgiltige Natur hat, daß dabei von einer inneren Ueberzeugung eigentlich nicht die Rede sein kann³⁸⁾.

7) Die Handlungen sollen vernunftgemäß (*rationabiles*) sein³⁹⁾. Was man darunter zu verstehen habe, darüber sind die Rechtslehrer sehr verschiedener Ansicht. Im allgemeinen hat man die Gewohnheiten als *irrationabiles* bezeichnet, welche göttlichen Vorschriften oder die dem gemeinen Wohle des Staates und der Kirche zuwider sind. Von Anderen ist die Regel in einem bloß negativen Sinne aufgefaßt worden; sie wollen nur ganz widersinnige, dem sittlichen Gefühle widerstrebende Gewohnheiten als zu befolgende Rechtsnormen nicht gelten lassen.

Irrthum und Unvernünftigkeit sind Eigenschaften, deren Abwesenheit allerdings Bedingung ist, wenn das Handeln fähig sein soll, zur Anerkennung eines Gewohnheitsrechtes mitzuwirken. Allein diese Bedingung ist schon in der allgemeinen Bedingung der rechtlichen Nothwendigkeit mit enthalten, sie ist keine besondere, selbstständige Bedingung, sondern eine bloße Folge oder Entwicklung des letzteren Erfordernisses.

Die Lehre von den Erfordernissen der Gewohnheit ist zunächst aus dem mit der gewöhnlichen Lehre vom Beweise des Gewohnheitsrechtes zusammenhängenden Bestreben, die richterliche Erkenntniß in die bestimmtesten, dem Gegenstände unangemessenen Grenzen einzuschließen, hervorgegangen.

37) Puchta a. a. D. Th. 1, S. 99 fig. und Th. 2, S. 62 fig.

38) v. Savigny a. a. D. §. 29, S. 176. S. oben Note 4.

39) Thomasius, *de iure consuetud. et observ.* §. 36. 107. Senckenberg, *de iure observantiae et consuet.* §. 7. haben das Erforderniß der Vernunftmäßigkeit bestritten. Daß übrigens die Rationabilität, die Genehmigung des Gesetzgebers, die Nichtunterbrechung und die Abwesenheit des Irrthums, da sie vermuthet würden, nicht besonders erwiesen zu werden brauchten, sondern, wenn ein oder das andere behauptet werde, dieß zur Ausführung im Gegenbeweise gehöre, nehmen Mehrere an. Kemmerich, *de probat. consuet. et observantiae.* (Jen. 1732. 1746. 1773.) Sect. 2. §. 6. u. Thibaut a. a. D. §. 20. Glü c a. a. D. S. 477—485.

Was nun diese anbelangt, so ist folgende Ansicht sehr verbreitet. Jede Gewohnheit sei eine Thatfache, die wie jede andere, die zur Begründung eines Rechtes gehöre, von derjenigen Partei, die sich auf sie berufe, bewiesen werden müsse⁴⁰⁾. Daher gelte über die Beweislast und über die Führung des Beweises in Beziehung auf das Dasein eines Gewohnheitsrechtes alles dasjenige, was in Beziehung auf andere Thatfachen nicht bezweifelt werde. Doch ist in der neueren Zeit die Behauptung der Nothwendigkeit eines Beweises auf dem gewöhnlichen processualischen Wege hie und da schon sehr modificirt worden. Es soll die Gewohnheit keines Beweises bedürfen, wenn sie ganz notorisch d. i. an dem Orte, wo davon die Frage ist, allgemein bekannt oder zur eignen Wahrnehmung der Gerichte gelangt sein sollte⁴¹⁾. Nur wegen Schwierigkeit der Ausmittlung soll dem Richter auf Beweis zu erkennen gestattet sein⁴²⁾. Ja es ist sogar behauptet worden, daß durch historische Forschung die Grundsätze aufgesucht werden könnten, die die Gewohnheit veranlaßt hätten⁴³⁾. Die Beweismittel sind die gewöhnlichen, durch welche dem Richter die juristische Gewißheit eines Factums gegeben werden muß: Zeugen, Urkunden und Eid.

Dieser Lehre ist mit Recht der Vorwurf gemacht worden, daß sie auf Erkenntniß der Rechtsregel dasjenige übertrage, was nur von der Erkenntniß der besonderen Thatfachen des einzelnen Falles wahr sei. Nur von diesen letzteren gelte die bemerkte Nothwendigkeit des Beweises nach bestimmten Proceßregeln, nicht von den Rechtsfällen, die der Richter anzuwenden habe. Die Erforschung der Rechtsfälle sei seiner eigenen selbstständigen an Proceßform nicht gebundenen Thätigkeit überlassen. Der Grundsatz, daß Thatfachen von den Parteien, die ihre Ansprüche darauf gründen wollen, auegirt und erwiesen werden müßten, könne daher, wenn er auf gewisse Rechtsfälle gegen die Regel Anwendung finden sollte, nie in der vollen Ausdehnung, wie er für Thatfachen gelte, angewendet werden. Die Regel müsse für den teutschen Richter ihre volle Anwendung finden 1) hinsichtlich des gemeinen Rechtes, welche Quelle es auch haben möge; 2) hinsichtlich des promulgirten Rechtes seines Landes; 3) hinsichtlich des in seinem Gerichtsbezirke geltenden aufgezeichneten Gewohnheitsrechtes. Dagegen könne die Anforderung der Kenntniß an den Richter nicht gemacht werden in Absicht auf auswärtige Rechte, welchen Ursprung diese auch haben möchten, und auf das Gewohnheitsrecht seines Landes, welches nicht zu dem in seinem Gerichtsbezirke geltenden und zugleich aufgezeichneten gehöre. Die Partei, die sich auf einen Rechtsfall berufe, von welchem der Richter keine Kenntniß zu haben brauche,

40) Kemmerich l. c. Sect. II. Bern. Aug. Gaertner, med. pract. ad Pand. spec. I. med. XIII. Glück a. a. D. §. 87. Thibaut, Pandektent. Th. 1, §. 20. Türck a. a. D. S. 366. Hofacker, princ. I. §. 123. v. Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civilt. Th. 1, S. 15.

41) Glück a. a. D. §. 87. Thibaut a. a. D. §. 20. Gödner, Panbb. des Prog. Bd. 3, Abh. 32, §. 11.

42) Schweppe, röm. Privat., 4. Ausg., §. 35.

43) Weisse, Einleitung in das gem. teutsche Privat. §. 34.

müsse, wenn sie sicher sein wolle, diese Regel dem Richter anzeigen und zugleich zur Ueberzeugung bringen. Versäume sie jenes oder mislinge ihr dieses, so habe sie sich selbst den Nachtheil zuzuschreiben und den Richter treffe im allgemeinen kein Vorwurf. Darum seien jedoch Rechtsfälle dieser Art keineswegs durchgängig wie Facta zu behandeln. Die Nothwendigkeit der Allegation solcher Rechtsfälle sei keine absolute, sondern nur dadurch bedingt, daß der Richter ihre Existenz nicht zu kennen brauche. Sei das Hinderniß, welches eine Nichtkenntniß seiner Anwendung entgegenstellen würde, nicht vorhanden, so könne die Anwendung dadurch, daß der Rechtsfall von den Parteien nicht allegirt worden sei, keineswegs gehindert werden. Das Gewohnheitsrecht dürfe nicht so leicht der Richter beachten, wenn er auch nur zufällig Kenntniß davon habe. Eben so wenig dürften in Bezug auf die Frage, wenn in dem Proceß die Allegation des Rechtsfalles geschehen müsse, schlechtweg die Grundsätze von Thatsachen angewendet werden. Nur letztere müßten in den bestimmten Zeitpunkten des Rechtsstreites vorgebracht und nach bestimmten Regeln und Formen des Processus bewiesen werden, das Gewohnheitsrecht könne in jeder Lage des Rechtsstreites auf die Beurtheilung Einfluß bekommen und über die Art der Beweisführung habe der Richter dabei ganz freie Macht⁴⁴⁾. Die meisten Germanisten sind bis jetzt der Meinung, daß der Beweis eines Gewohnheitsrechtes sich nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes richte. Allein dem ist mit Bezug auf teutsche Gesetze nicht ohne Grund widersprochen worden.

Die neueste teutschrechtliche Theorie stützt sich auf die alte Schöffenvorfassung Deutschlands. Sie geht von dem Grundsatz aus, daß das Volk den Parteien seinen als vorhandenes Gewohnheitsrecht schon bestehenden, allgemeinen Willen ausdrücklich selbst und zwar im Ganzen bezeuge. Wie früher der Richter durch den sogenannten Umstand, durch die Bürgersprachen und durch die Weisthümer über das vorhandene Recht verständigt worden sei, so liege auch dem heutigen teutschen Richter, wenn er das Gewohnheitsrecht nicht von Amtswegen kenne, die Pflicht ob, das Volk zu befragen⁴⁵⁾. Dieses entscheide in zwiefacher Form entweder unmittelbar oder mittelbar. Als die unmittelbaren Aussprüche des Volkes über sein rechtliches Wissen und Wollen bei Processen werden angegeben: 1) die Gutachten kundiger Männer⁴⁶⁾. Man nennt sie auch die Verständigen; sie werden von dem Richter aus dem Volke gewählt, als Männer des allseitigen Vertrauens und sind nicht zu verwechseln mit den Sachverständigen, welche zu Rathe gezogen werden, wenn die Entscheidung einer streitigen Rechtsfache neben der Gewißheit bestimmter Thatsachen zugleich eine Be-

44) Puchta a. a. D. S. 160 fig. v. Savigny a. a. D. S. 187 fig.

45) Maurenbrecher, Lehrb. des teutschen Privatr., 2. Ausg., Bd. 1, §. 25.

46) Mascardus, de probation. Vol. I. concl. 424. §. 57. v. Bülow und Pagemann, pract. Erörterungen Th. I, 61, S. 317 fig. B. P. Puchta, Zeitschrift für Civilt. und Civilproz. Th. VII, 10, S. 352.

urtheilung dieser nach den Regeln einer solchen Wissenschaft oder Kunst voraussetzt, die nicht zum Gebiete der Rechtswissenschaft gehört. Die Aussage solcher Personen sei glaubwürdig, wenn durch sie die Existenz oder Nichtexistenz des Rechtsfaktes aus eigener unmittelbarer Wahrnehmung bezeugt werde. Sie müßten daher dem Kreise des Volkes angehören, in welchem die in Frage stehende rechtliche Ueberzeugung bestehen sollte. Ferner müsse von ihnen zu erwarten sein, daß sie die Wahrheit sagen wollten. Ihre Vereidigung⁴⁷⁾ sei als eine Bedingung ihrer vollkommenen Glaubwürdigkeit zu betrachten. Dagegen sei es nicht nöthig, daß ihre Aussage auf einzelne Fälle der Uebung sich erstrecke, sobald dieselbe nur auf die Existenz des Gewohnheitsrechtes selbst gerichtet sei. Die Zahl der Personen, deren übereinstimmende Aussagen den Richter zur Annahme des Gewohnheitsrechtes vermögen könnten, lasse sich natürlich nicht bestimmen. Sie werde nicht nur von der Beschaffenheit der Personen und ihrer Aussagen, sondern auch nach dem Umfange des Rechtsfaktes, der dadurch erwiesen werden sollte, in jedem einzelnen Falle zu bestimmen sein⁴⁸⁾. Daß wenigstens in Handelsfachen diese Gutachten (Parere) noch heutzutage gewöhnlich sind, ist bekannt. 2) Die Rechtsprüche im Munde des ganzen Volkes zur Bezeichnung gewohnheitsrechtlicher Sätze. Dies gelte jedoch nur von solchen Sprichwörtern, welche wirklich noch im Volke lebten, und welchen ein wirklicher Rechtsfatz zu Grunde liege. Sei das letztere zweifelhaft, so müsse die Uebung des im Sprichworte enthaltenen Satzes als Rechtsfaktes nachgewiesen werden, außerdem, wenn die Bedeutung des Sprichwortes als Rechtspruches sonst gewiß sei, bedürfe es keiner Nachweisung der wirklichen Anwendung. Auf gleicher Linie mit den Parömien ständen gemeinsam anerkannte und vererbte Rechtsregeln, wenn sie wirklich ein Recht aussprächen, das in der Ueberzeugung der Juristen, in ihrer Eigenschaft als Vertreter des Volkes, begründet sei⁴⁹⁾. Die mittelbaren Aussprüche des Volkswillens geschähen in der Form des Juristenrechtes. Sie erschienen entweder in den Präjudicien der Gerichte oder in den Büchern der Rechtsgelehrten, so weit nämlich beide über das Dasein eines Gewohnheitsrechtes Zeugniß ablegten. Was die Präjudicien anbelange, so könne zwar denselben keine verbindende Kraft beigelegt werden, weder für das Gericht, denen sie angehörten, noch für andere Gerichte, die jenem untergeben seien. Allein frühere Forschungen dürfe der Richter benutzen. Wenn also dieselbe Regel des Gewohnheitsrechtes, die jetzt in einem Rechtsstreite angeführt und bestritten werde, schon in einem früheren Rechtsstreite geltend

47) Nov. 106.

48) Puchta a. a. D. Th. 2, S. 141 fig.

49) Eichhorn, Einleit. in das deutsche Privatr. §. 27. Philippys, deutsch. Privatr. S. 166. J. Weiske, Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 25. Kind, de iurisprud. Germ. paroemiaca eiusque cauto usu. Lips. 1776. 4. Weiske, Einl. in das deutsche Privatr. §. 34. Türck a. a. D. S. 367. Maurenbrecher a. a. D. §. 26.

50) Puchta a. a. D. Th. 2, S. 150.

gemacht worden und von demselben oder einem andern Richter, nach sorgfältiger Prüfung, als wahr anerkannt worden sei, so enthalte dieses Urtheil gleichsam ein amtliches Zeugniß, wodurch die gegenwärtige neue Forschung erleichtert oder ganz entbehrlich gemacht werde⁵¹). Die Glaubwürdigkeit des Zeugnisses beruhe einmal darauf, daß das Gericht durch einen vor ihm geführten Rechtsstreite zur Untersuchung veranlaßt worden und diese gleichsam unter Controle der widersprechenden Partei geführt habe, dann aber auch darauf, daß die Mittel für die Erkenntniß dieses Rechtes diesem Gerichte zu Gebote ständen⁵²). Was die Aufzeichnung des Gewohnheitsrechtes in Büchern betreffe, so werde der Richter nur einem übereinstimmenden Zeugniß mehrerer von einander unabhängiger, aus eigener Erfahrung redender und sonst zuverlässiger Schriftsteller Glauben schenken dürfen. Dabei habe er darauf zu sehen, ob nicht einer particulären Praxis ohne weiteres eine beliebige Ausdehnung gegeben worden sei, so wie ob nicht beachtungswerthe entgegengesetzte Zeugnisse vorkämen.

Schließlich sind noch die verschiedenen Ansichten zu erwähnen über die Kraft oder die Wirkung, die man dem Gewohnheitsrechte beigelegt hat. Von denen, die es zwar neben das gesetzliche Recht, aber nur als ein von diesem abhängigen, adoptirten dargestellt haben, ist vorzugsweise die Möglichkeit der Aufhebung von Gesetzen durch Gewohnheit erörtert worden. Namentlich ist hier die L. 2. C. quae sit longa consuetudo (S. 53.)⁵³) es gewesen, welche vielen Anstoß erregt hat. Auf Grund derselben ist von Einigen dem Gewohnheitsrechte die derogirende Kraft gegenüber von Gesetzen ganz abgesprochen und seine Wirksamkeit auf solche Fälle beschränkt worden, worüber eine Entscheidung in dem gesetzlichen Rechte nicht gegeben ist⁵⁴). Andere haben zwar der Gewohnheit diese Kraft beigelegt, aber nur, wenn das Oberhaupt des Staates, von dem Dasein derselben unterrichtet, sie nicht mißbilligt habe⁵⁵), oder wenn die Verjährung hinzugekommen, oder die Gewohnheit schon in contradictorio judicio anerkannt worden sei⁵⁶). Noch Andere haben in

51) L. 34. D. de leg. (l. 3.) Puchta a. a. D. Th. 1, S. 96 und Th. 2, S. 129 flg.

52) Diese Glaubwürdigkeit kommt einem auf Ersuchen gegebenen Attestate einer Behörde, worin überhaupt die Existenz des Rechtsfages bezeugt wird, nicht zu. Mevius, Decis. IV. 2. Horn, consultat. XII. 28. Pufendorf, observ. II. 138. §. 2. Strube, rechtl. Bedenken V. 90. Es steht nicht einmal auf gleicher Stufe mit dem anderer kundiger und glaubwürdiger Personen. Maurerbrecher a. a. D. §. 26, Nr. 16, S. 49. K. W. Puchta a. a. D. Th. 2, S. 133 u. 197 und Rittermaier, im Archive für civil. Praxis XVIII. 4. S. 87.

53) Ueber die verschiedene Auslegung dieser Stelle s. Glück a. a. D. Th. 1, §. 93, S. 516. Puchta a. a. D. Th. 2, S. 211. v. Savigny a. a. D. Weil. II, S. 420.

54) Klügler a. a. D. §. 22–28. Schömann, Handb. des Civil. S. 63.

55) Grotman a. a. D.

56) J. Oldendorp, Consil. Marburg. I. 3. Schilter, praxis J. R. ex. II. §. 21. Kind, quaest. forens. I. 38.

einer besonderen Modification der *Consuetudo* den Fall gesucht, in welchem einem Gesetze derogirt werden könne. Sie haben zwischen *desuetudo* (Entwöhnung) und *consuetudo legi contraria* unterschieden⁵⁷⁾. Zur ersteren soll gehören, wenn ein Gesetz seit langer Zeit nicht befolgt oder angewandt worden sei, obgleich Fälle genug vorgekommen, in welchen es hätte angewendet werden können und müssen (Abschaffung eines Gesetzes durch Nichtgebrauch). Diese sei unbedenklich erlaubt, die zweite dagegen, die Verdrängung eines Gesetzes durch ein Gewohnheitsrecht, welches eine andere Regel an die Stelle setze (*consuetudo abrogatoria*), gänzlich zu verwerfen. Sehr verbreitet ist endlich auch die Meinung, daß zwar Dispositivgesetze, aber keine gebietenden oder verbietenden durch eine *consuetudo contraria* aufgehoben würden⁵⁸⁾. Eine etwas andere Gestalt haben Germanisten der Sache dadurch gegeben, daß sie das Gewohnheitsrecht in die Grenzen des Rechtes der Autonomie einschränken⁵⁹⁾, also eine derogatorische Gewohnheit nur in so weit anerkennen, als sie die Grenzen autonomischer Bestimmungen nicht überschreitet.

Allein diesen Ansichten liegt offenbar eine falsche Vorstellung über das Wesen des Gewohnheitsrechtes zu Grunde, welches nicht einer untergeordneten Quelle seine Entstehung verdankt, sondern seine Grundlage, wie das gesetzliche Recht, im nationalen Bewußtsein hat und von dem letzteren in seiner Entstehung nur dadurch sich unterscheidet, daß jenes die wirkliche gemeinsame Ueberzeugung des Volkes, dieses aber der von dem durch die Verfassung gegebenen Organe ausgesprochene Gesamtwille ist. Der Ausdruck des Gesetzgebers gilt als gemeinsame Ueberzeugung, mithin nicht weniger nicht mehr als diese. Weiden kommt als ordentlichen Rechtsquellen eine gleiche Kraft zu. Tritt zwischen ihnen eine Collision ein, so ist sie ganz eben so anzusehen, wie wenn sie zwischen Rechtsfällen derselben Quelle einträte. Dafür gilt aber die bekannte Regel, daß das jüngere Gesetz dem älteren vorgeht (*lex posterior derogat priori*). Eine Modification der Wirkung tritt nur ein, wenn eine particuläre Gewohnheit entweder mit dem Staatsinteresse oder mit einem absoluten allgemeinen Landesgesetze in Widerspruch steht. Hier muß der Gewohnheit, selbst wenn sie neuer ist als das Gesetz, jede Kraft abgesprochen werden⁶⁰⁾.

Die genauere Ausbildung und Anwendung des Rechtes im Einzelnen ist der besondere Beruf des Juristenstandes, welcher als ein Bestandtheil des Volkes in diesem Kreise des Denkens die Gesamtheit vertritt. Das Recht, welches auf diese Weise sich ausbildet, ist, wie

57) Schweitzer, de *desuetudine*. Lips. 1801. Häbner, Bericht. und Zufüge zu Höpfer S. 159.

58) Hofacker, *princ. iur. civ.* §. 126. C. E. Weiss, de *vi consuet. in caus. crim.* p. 32 sq. Schweppe, *röm. Privatr.*, 4. Ausg., Bb. 1, §. 34, S. 74. Mühlbruch, *Lehrb. des Pandektenr.* §. 39.

59) Eichhorn, *Einl. in das teutsche Privatr.* §. 26. Weisse, *Einl. in das teutsche Privatr.* §. 33.

60) v. Savigny a. a. D. S. 196.

bereits oben erwähnt worden, nur seiner Erscheinungsform nach, von dem unmittelbar im Bewußtsein des Volkes lebenden Rechte verschieden⁶¹⁾. Der Juristenstand ist aber in dieser seiner Eigenschaft als Repräsentant des Volkes bei Aus- und Fortbildung des Rechtes auf eine zwiefache Weise wirksam, einmal, indem er das Recht auf den concreten Fall anwendet, zweitens indem er es in wissenschaftlicher Weise zum Bewußtsein bringt und darstellt. Nach diesen verschiedenen Functionen theilt man die Juristen in Praktiker und Theoretiker. Das Juristenrecht, welches bei der praktischen Beschäftigung der Juristen sich ausdrückt, heißt der Gerichtsgebrauch, die Praxis (*usus forensis, auctoritas rerum judicatarum, consuetudo judiciaria, usus fori*)⁶²⁾, weil es sein Dasein in dem Gebrauche der Juristen bei der gerichtlichen Rechtsprechung offenbart. Das Juristenrecht, welches in Folge der formellen, rein wissenschaftlichen Thätigkeit der Juristen zu Tage kommt, heißt die Theorie, die Meinung der Rechtsgelehrten, das wissenschaftliche Recht (*communis doctorum opinio, auctoritas prudentum*)⁶³⁾.

Die Gesetze können weder alle mögliche Fälle, die im wirklichen Leben sich ereignen, erschöpfen, noch in der Deutlichkeit gegeben werden, daß über ihren wahren Sinn gar kein Zweifel entstehen könnte. Die Gesetzgebung kann auch nicht, wenn sich bei irgend einem neuen oder mit neuen Modificationen begleiteten Falle ein wirklicher Mangel der Gesetze zeigt, sogleich eine neue Form schaffen, weil die Gesetze keine organisirende Kraft in sich haben, durch welche sie sich allmählig, nach Maßgabe des eintretenden Bedürfnisses, von selbst fortbilden können. Es müssen daher Elemente im Staatsleben bestehen, welche diesem Mangel, sobald er sich zeigt, abhelfen, und indem sie die Gesetze nach dem Leben modificiren, den Widerstreit, der aus einer oder der andern Ursache zwischen beiden entsteht, ausgleichen. Dies thun die Rechtsgelehrten, indem sie die Gesetze und Gewohnheiten erklären, den vollständigen Sinn und Inhalt derselben entwickeln, die Principien, Gründe und den Zweck der Gesetze aufsuchen und ihre rechtliche Haltbarkeit und Anwendbarkeit prüfen. In dieser Function erscheint die Wirksamkeit der Juristen zunächst nur als eine abhängige, ihren Stoff von außen empfangende; in dessen erzeugt sich durch die dem Stoffe gegebene Form zugleich ein neues organisches Leben, welches bildend auf den Stoff selbst zurückwirkt, so daß auch aus der Wissenschaft als solcher eine neue Art der Rechtserzeugung unaufhaltsam hervorgeht⁶⁴⁾. Die Gerichte benutzen die Reful-

61) Maurenbrecher a. a. D. §. 30.

62) G. A. Haus, über den rechtl. Werth des Gerichtsgebrauches. Erlangen 1789. 8. Jordan, Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch, im Archive für die civil. Praxis Bd. 8, Nr. IX, S. 191 flg. Müller, über den Werth des Gerichtsgebrauches in dessen civil. Abhandl. 1833, Th. 1, S. 159 (Nr. 1 u. 3 gegen die Autorität der Theorie, Nr. 2 für die Theorie allein).

63) Ueber das Juristenrecht nach seinen beiden Erscheinungsformen s. F. Weiske, Einleit. in das deutsche Privatr., 2. Aufl., §. 35 flg. Jacobson, über Theorie und Praxis in der Zeitschrift für preuß. Recht, 1834, I, 1, S. 72. Maurenbrecher a. a. D. §. 28 flg. v. Savigny a. a. D. §. 14—19, 20.

64) v. Savigny a. a. D. §. 14, S. 46.

tate der Doctrin und liefern durch ihre Entscheidungen wiederum Stoff für die Theorie. So stehen Theorie und Praxis in steter Wechselwirkung zu einander, diese erhält durch jene neues, frisches Leben, jene durch diese neuen praktischen Stoff. Die Praxis würde ohne die Doctrin bald zum bloßen Schlendrian herabsinken, aber auch die Rechtstheorie kann ohne fleißige Berücksichtigung der Praxis nicht bestehen, weil man erst im praktischen Leben die Rechtsbedürfnisse und den Erfolg der Rechtsgrundsätze genau kennen lernen kann⁶⁵).

In Deutschland waren seit dem zehnten und elften Jahrhundert, wo die geschriebenen Volksgesetze in ihrer Eigenschaft als geschriebenes Recht in Vergessenheit kamen und das Recht wieder anfang als ungeschriebenes Fortzubestehen, es hauptsächlich die Gerichte, welche sich der Rechtsbildung bemühten. Mit der Aufnahme des römischen Rechtes trat jedoch ein so künstlicher Rechtszustand ein, daß von selbst die unskudirten Schöffen den durch besonderes Studium zu einem höheren Grade von Rechtskenntniß gelangten Richtern weichen mußten. Die juristische Schule, die nunmehr entstand, hatte aber mit vielen Schwierigkeiten zu kämpfen. Es handelte sich nicht bloß um die wissenschaftliche Fortbildung eines nationalen Rechtes, ein ganz neues, bisher unbekanntes Rechtselement mußte dem Leben angepaßt werden. Die Anwendbarkeit des römischen Rechtes auf die einheimischen Rechtsverhältnisse zu bestimmen, das Anwendbare von dem Unanwendbaren zu trennen, den zwischen beiden Rechtsquellen entstandenen Streit auszugleichen, die Lücken durch Auslegung und Analogie zu ergänzen, kurz, aus der großen Masse von Rechtsmaterialien ein für die deutschen Ansichten und Verhältnisse passendes Gebäude aufzuführen, dies war die Arbeit, welche in Ermangelung einer einsichtsvollen, thätigen Gesetzgebung von nun an der Doctrin in engster, harmonischer Verbindung mit der Praxis überlassen blieb. Seitdem hat zwar die Rechtswissenschaft verschiedene Bildungsstufen durchlaufen, allein ihr allgemeines Verhältniß zu der Rechtszeugung selbst ist bis auf den heutigen Tag ziemlich dasselbe geblieben, nur daß die neuere Gesetzgebung einzelner Staaten die Kraft des Gewohnheitsrechtes sehr beschränkt hat. (Preuß. Landr. Einleitung §. 60. und Publicationspatent §. VII. Oesterr. Gesetzb. Einleitung §. 16. Badisches Landrecht §. 6.) Die Autorität des Gerichtsbrauches ist von Vielen⁶⁶) auf die Behauptung gestützt worden, daß ein Gericht durch mehrere gleichförmige Aussprüche verbunden werde, die von ihm befolgte Regel nun auch in der Zukunft unabänderlich beizubehalten, ja daß, wenn das sich selbst bindende Gericht das höchste des Landes sei, diese Subiccate auch von allen anderen Gerichten desselben Landes als Norm beim Rechtsprechen befolgt werden müßten.

65) J. H. Böhm, de iniusta theor. et prax. opposit. in exerc. ad P. tom. I. und Thibaut, Vertheidigung der Praxis gegen manche neue Theorien im Archive für die civil. Prax. V. Nr. XIII, S. 313—317.

66) Thibaut a. a. D. §. 16 und Maurenbrecher a. a. D. §. 31, der jedoch durch die beigefügte Beschränkung §. 32 die für seine Meinung angezogenen gesetzlichen Autoritäten auf die richtige Deutung zurückführt.

Allein weder das römische noch das teutsche Recht legt dem Richter die Verbindlichkeit auf, rechtskräftige Entscheidungen anderer Gerichte oder seiner Vorgänger wie Gesetze zu betrachten, um Fälle derselben Art darnach zu entscheiden. Dieß würde sich auch in der That mit der Stellung, die den Gerichten in Teutschland eingeräumt ist, ganz und gar nicht vertragen. Jedes Gericht ohne Unterschied ist bei Beurtheilung der seiner Entscheidung vorgelegten Rechtsfälle nach eigener bester Einsicht und Gewissenhaftigkeit zu verfahren verbunden. Die Gesetze schreiben nur vor, daß die Gerichte vorhandene rechtskräftige Urtheile als Entscheidungsnormen befolgen sollen, wenn die darin enthaltenen Rechtsgrundsätze mit ihrer Ueberzeugung übereinstimmen und wenn sie richtigere, den Gesetzen und der Gerechtigkeit entsprechendere Entscheidungsnormen nicht aufzufinden vermögen⁶⁷⁾. Wenn dagegen eine wiederholte, ernste Prüfung neue, bisher unerwogene Gründe darbietet, kann das Verlassen der früher befolgten Regel nicht getadelt werden.

Anderer haben dem Gerichtsgebrauche nur dann eine verbindende Kraft beilegen wollen, wenn der Begriff und die Bedingungen des Gewohnheitsrechtes auf ihn passen⁶⁸⁾. Man hat daher auch gefragt, wie oft ein Gericht über einen Grundsatz sich aussprechen müsse, um einen Gerichtsgebrauch zu begründen. Allein geht man bei dem Gerichtsgebrauche von dem richtigen Gesichtspunkte aus, daß ein Gericht nur nach wohl geprüften Rechtsgründen handle und urtheile und die einmal begründet befundenen Normen in allen künftigen Fällen befolgen werde, weil nach den Grundsätzen der Gerechtigkeit unter völlig gleichen Umständen von demselben Gerichte völlig gleiche Urtheile gefällt werden müssen, so reicht zur Begründung eines Gerichtsgebrauches auch schon ein einziger Fall hin. Das Gericht kann bei einem zweiten vorkommenden Falle sich auf den ersten berufen und dadurch sich vor aller Verantwortung sichern. Ist aber von einem allgemein angenommenen Gerichtsbrauche eines Landes die Rede, so genügt es nicht, die Anerkennung eines Rechtsfages in einzelnen Urtheilen nachzuweisen. Auch hier ist, wie bei den Schriftstellern, eine allgemeinere Uebereinstimmung nöthig, die durch mehrere gegen einander laufende Urtheile gänzlich ausgeschlossen wird⁶⁹⁾. — Die Beweismittel über das Dasein eines Gerichtsgebrauches sind nicht nur die Acten des betreffenden Gerichtes und die gedruckten Mittheilungen aus diesen Acten, die Präjudiciensammlungen; sondern auch die Zeugnisse der betreffenden Gerichte selbst haben hier beweisende Kraft, weil es Zeugnisse über ihre eignen Handlungen sind. (Im Mittelalter vertraten die Weisthümer deren Stelle.) Der Gerichtsgebrauch, welcher sich lediglich auf das richterliche Verfahren, auf den Proceßgang

67) L. 13. C. de sentent. et interloc. (7. 45.) L. 3—6. u. L. 10—13. D. de legib. Die Reichsgesetze bei, Maurenbrecher a. a. D. §. 31, Note 5 und §. 32, Note 7.

8) Genster, Anleitung zur gerichtl. Praxis §. 1, N. 4. Söfchen, Vorlesungen über das gem. Civiir. Th. 1, S. 97 flg.

69) v. Savigny a. a. D. §. 20, S. 97.

bezieht, heißt zum Unterschiede von dem materiellen Gerichtsgebrauche, welcher die eigentlichen Entscheidungsnormen, das materielle Recht, zum Gegenstande hat, der formelle (*usus fori*)⁷⁰⁾ und Gerichtsobservanz, wenn er durch stillschweigende, in entscheidenden Handlungen sich ausprechende Uebereinkunft der Glieder eines Richtercollegiums entsteht⁷¹⁾.

Der Theorie kommt zwar an und für sich keine verbindliche Kraft zu, allein darum läßt sich noch nicht behaupten, daß ihre Autorität in Deutschland lediglich auf Schwäche und Vorurtheil beruhe⁷²⁾. Durch die wissenschaftliche Behandlung des Rechtes werden nicht nur die Principien der gegebenen Rechtsätze und diese selbst zum Bewußtsein gebracht, sondern es werden aus diesen Principien auch noch andere, neue Sätze gefolgert und auf diese Weise die vorhandenen Gesetze wirklich vervollständigt. Diese durch die wissenschaftliche Thätigkeit der Theoretiker erlangten Resultate darf kein deutscher Richter ignoriren. Er muß vielmehr, wenn ihm in einem vorkommenden Falle über die Anwendbarkeit eines bestimmten Rechtsatzes Zweifel begehren, alle zu Gebote stehende Hilfsmittel, durch welche er zu einer richtigen Ansicht über das anzuwendende Gesetz gelangen kann, zu Rathe ziehen. Hat nun irgend eine Ansicht alle oder doch die mehrsten Rechtsgelehrten für sich, so daß sie als ausgemacht richtig fast allgemein anerkannt wird (*communis doctorum opinio*), so soll der Richter, da er die herrschenden Rechtsansichten des Volkes bei dem Rechtssprechen zu berücksichtigen hat, von einer solchen Ansicht nur dann abgehen, wenn er sie als ungegründet oder irrig darzustellen vermag⁷³⁾. Woran das Dasein einer wahren und guten Autorität zu erkennen ist, das läßt sich nicht durch eine äußere Regel ein für allemal im voraus bestimmen. Auf die Zahl der übereinstimmenden Schriftsteller kann es nicht ankommen. Sind also in Ansehung irgend eines Rechtsatzes die Ansichten getheilt, so wird der Richter, wenn er nicht im Stande sein sollte, auszumitteln, welche von denselben die richtigste sei, zunächst darauf zu sehen haben, ob diejenigen Rechtslehrer, die im Rufe besonnener und gründlicher Forschung stehen, in einer solchen Meinung übereinstimmen⁷⁴⁾. Dabei darf ein gewisser Usus, der in der Literatur und an den Gerichten sich bildet, nicht unberücksichtigt bleiben⁷⁵⁾. Die Bücher aber werden als Beweismittel für das Theorierecht gebraucht in der Form des Allegirens.

Zum geschriebenen Rechte verhält sich das Juristenrecht ganz wie

70) Gensler, Anleit. zur gerichtl. Praxis Th. 1 (Heidelb. 1821), §. 1, Nr. 4. Mühlenbruch, Pandekten. Th. 1, S. 108.

71) Thibaut a. a. D. §. 16. Jordan a. a. D. S. 236. M. H. Gribner, de observantia collegior. iuridicor. (Viteb. 1718.) et in opusc. tom. IV. p. 42 sq. Hierher gehört auch der sogen. *stylus curiae*. S. Stryk, diss. tom. I. nr. 23. S. dagegen Eichhorn, teutsch. Privatr. §. 35.

72) Thibaut a. a. D. §. 16.

73) Jordan a. a. D. S. 259.

74) Derselbe S. 260. v. Savigny a. a. D. S. 89.

75) Maurenbrecher a. a. D. §. 36, S. 90.

das Gewohnheitsrecht, zwischen beiden entscheidet das Alter, sobald nicht ein ausdrücklicher Widerspruch der Gesetzgebung (durch eine correctorische Entscheidung oder eine authentische Declaration) den Conflict aufhebt. Auch mit dem Gewohnheitsrechte hat das Juristenrecht gleiche Autorität. Stehen beide im Widerspruche, so kommt es darauf an, auf welcher Seite bei Behauptung des Rechtsfases die größere Uebereinstimmung mit den allgemeinen Rechtsprincipien sich befindet. Erst wo diese major ratio nicht zu ermitteln ist, kann die Regel *jus posterius derogat priori* eingreifen. Die größere Uebereinstimmung mit den allgemeinen Rechtsprincipien ist es auch, welche den Ausschlag geben muß, wenn zwischen den beiden Erscheinungsformen des Juristenrechtes, der Theorie und der Praxis, ein Conflict entsteht; wo jedoch Volk und Gerichte über einen Rechtsfaz übereinstimmend sich aussprechen, wird von selbst eine solche Meinung gegen eine widersprechende Theorie sich durchsetzen⁷⁶⁾.

v. Salza.

Snabenjahr ¹⁾. Nach den Observanzen und Statuten teutscher Stifte ²⁾ hatten schon im zwölften Jahrhunderte die Canoniker das Recht, über die Pfündeneinkünfte des nächsten Jahres nach ihrem Tode zum Besten ihrer Gläubiger oder einer *pia causa*, zuweilen aber auch nach freier Willkür zu verfügen (*annus gratiae*). Dieser letzteren Gestaltung traten zwar einzelne Provincialsynoden entgegen³⁾; sie erhielt sich aber doch, wenn schon auf veränderter Grundlage, in fortwährender Uebung. Die Erklärung für diese Erscheinung findet sich in der seit dem vierzehnten Jahrhunderte entwickelten Einrichtung⁴⁾, daß die Canoniker, nachdem sie in die Reihe der ordentlichen Stifftsglieder eingetreten, zum Besten der Präbendenmasse, der *Fabrica*, oft aber auch des Pabstes (s. d. A. Annaten), auf die Einkünfte eine bestimmte, oft auf vier, fünf oder sechs Jahre ansteigende Zeit⁵⁾ verzichteten oder *Carenz* leiden mußten (sogen. *annus carentiae*). Für dieses Opfer bedurfte es einer Vergeltung, und diese wurde eben in jenem Fortbezug der Einkünfte während des sogenannten **Snabenjahres** gefunden, der nunmehr also den Charakter einer bloßen Concession verlor, und in das Gebiet der wohlverwor-

76) Marenbrecher a. a. D. §. 39 u. 40.

1) Dürr, de annis gratiae canonicorum ecclesiarum cathedr. et colleg. in Germania. Mog. 1770. und in Schmidt, thes. iur. eccl. T. VI. p. 166 sq. — Stryk, de anno gratiae. Francof. 1669. Fleck, de anno gratiae et deservito ex legibus Sax. aestimando. Lips. 1793. 4.

2) Beispiele bei Dürr l. c. p. 168 sq.

3) Conc. Mogunt. (1261.) c. 54. bei Hartzheim, Conc. Germ. T. IV. p. 615.

4) Dürr, de annis carentiae canonicorum ecclesiarum cathedr. et colleg. in Germania. Mog. 1772. und bei Schmidt l. c. p. 204 sq.

5) Nach der Extr. Suscepti regiminis c. 2. de elect. in Extr. Joann. XXII. sollte die Carenzzeit höchstens eine dreijährige sein; diese Bestimmung war aber nicht in allen teutschen Stiftern zur Herrschaft gekommen. So waren z. B. in Worms, Speyer und Constanz vier, in Magdeburg fünf, in Augsburg sechs Carenzjahre üblich. Eine Zusammenstellung aus den Stifftstatuten gibt Dürr l. c. p. 249 sq.

nen Rechts hindbertrat. Im Einzelnen war freilich durch die Statuten und Observanzen das Verhältniß höchst verschieden gestaltet. Doch wurde es, wo nicht abweichende Bestimmungen in die Mitte traten, als Grundsatz betrachtet⁶⁾, daß der Ertrag des Gnadenjahres ein integrierender Theil der Erbschaft sei, mithin der Genuß wegfalle, wo der Erbe die letztere ausgeschlagen habe; daß das Gnadenjahr mit dem Todestage anfangen und nicht auf diejenigen Emolumente sich erstrecke, welche, wie die Distributionen, die Präsenz voraussetzen, endlich daß es da nicht eintrete, wo der Erblasser von der Pfründe suspendirt oder sonst am Besitze rechtlich gehindert sei. Gegenwärtig kommen aber, weil die Verhältnisse der Stiftspfründen sich völlig geändert haben, diese Sätze nicht mehr zur Anwendung.

Auf einer anderen Grundlage ruht das Gnadenjahr, Gnadenhalbjahr, Gnadenquartal⁷⁾, welches in den evangelischen Landeskirchen zum Besten der Nachgelassenen der Geistlichen eingeführt ist. Dieses ist eine persönliche Vergünstigung, und hat eben als solche nichts gemein mit der Erbschaft; es fällt also den Berechtigten selbst dann zu, wenn sie auf die Erbschaft verzichteten oder von dieser ausgeschlossen worden sind⁸⁾. Aus demselben Grunde kann auch der Geistliche nicht letztwillentlich darüber verfügen, und eben so wenig unterliegt es der Beschlagnahme durch die Gläubiger desselben. Ferner gehört der Ertrag, falls einer der mehreren zum Genuß Berechtigten stirbt, nicht den Erben des letzteren, sondern der freigewordene Antheil accrescirt den Uebrigen. Die Frage, wem diese Wohlthat zustehet, kann an sich nur zu Gunsten der Wittve und der unversorgten Kinder beantwortet werden⁹⁾. Doch haben Gesetzgebung und Gewohnheitsrecht die Kinder und die Enkel vorverstorbenen Kinder ohne Unterschied für berechtigt erklärt. Die Theilung geschieht, wo nicht specielle Bestimmungen vorliegen, zwischen der Wittve und den Kindern nach Kopftheilen, während die Enkel nach Stämmen theilnehmen. Regelmäßig erstreckt sich das Gnadenjahr nicht auf die Stolgebühren. Doch werden zuweilen auch diese unter dem Beneficium begriffen, in welchem Falle aber dann die Verpflichtung der Berechtigten besteht, die vicarirenden Geistlichen zu entschädigen¹⁰⁾. Zuletzt versteht es sich von selbst, daß die Hinterbliebenen eines Geistlichen, der

6) Dürr, de annis gratiae p. 190 sq.

7) J. H. Böhmer, J. E. P. L. III. tit. 5. §. 288 sq.

8) Anders in letzterer Beziehung das preuß. allgem. Landr. II. 11. §. 848.

9) Böhmer l. c. §. 290 sq. — Nach dem preuß. allgem. Landr. II. 11. §. 839 flg. gebührt die Gnadenzeit nur solchen Kindern des Pfarrers, die sich bei seinem Ableben noch in seiner Gewalt befunden haben, den Enkeln und bloß angenommenen Kindern nur dann, wenn sie, als der Geistliche starb, sich in seinem Hause und seiner Verpflegung befanden. Vgl. dagegen für Sachsen, wo die angenommenen Kinder ausgeschlossen sind: Weber, sächs. L.-R. Bb. II, S. 517.

10) Preuß. allgem. Landr. II. 11. §. 854.

removirt war, oder auf sein Amt verzichtet hatte, keinen Anspruch haben ¹¹⁾. Richter.

Gottesdienst. Der folgende Artikel hat die Bestimmung, die Lehre von dem Cultus und dessen rechtlichen Beziehungen zu erschöpfen. Nach der Natur der Sache war von der katholischen Kirche auszugehen, und zwar wurde der Stoff so geordnet, daß nach einer allgemeinen Uebersicht über den Entwicklungsgang des Cultus zuvörderst die Frage nach dem Recht der Gesetzgebung im Gebiete der Liturgie und nach der hier einschlagenden Berechtigung des Staates, dann die Lehren von den Hauptbestandtheilen des Gottesdienstes, endlich die Bestimmungen über den Gebetsdienst der Geistlichen, über die Verehrung der Heiligen und Reliquien und über die Processionen und Wallfahrten erörtert sind.

A. Der Cultus der katholischen Kirche ¹⁾.

I. Allgemeine Uebersicht.

Wie die Kirche selbst im Schooße des Judenthums erwachsen ist, so hat auch ihr Cultus zunächst aus dem Tempeldienste sich entwickelt, und dessen Elemente sich assimilirt. Auf der anderen Seite wurden durch die Heidenchristen auch manchen heidnischen Gebräuchen der Eingang in das gottesdienstliche Leben erschlossen; doch bildete das Abendmahl und die Taufe, so wie die Vorlesung der heiligen Schriften die Einheitspunkte eines Cultus, dessen Charakteristisches für jene älteste Zeit in dem freien Zusammenwirken im Glauben und der Liebe gesucht werden muß. Schon im dritten Jahrhunderte hatte aber der Gottesdienst festere Gestalt gewonnen, wie z. B. die Mittheilungen des Justinus Martyr zeigen ²⁾, und gleichzeitig tritt die Tendenz, denselben gesetlich zu ordnen, hervor, in welchem Bezuge namentlich auf die sogenannten apostolischen Constitutionen zu verweisen ist ³⁾, welche die im Kreise des Judenthums von ihren Verfassern vorgefundenen Uebungen darstellen. Für das Abendland finden sich Zeugnisse dieses Alters freilich nicht. Desto reicher flie-

11) In Beziehung auf die Wittve und die Kinder emeritirter Geistlicher haben die Particularrechte verschiedene Bestimmungen. Nach dem preuß. allgem. Landr. II. 11. §. 842 gebührt ihnen kein Gnadenjahr; nach sächs. Rechte, Weber, a. a. D. S. 518, beziehen sie dasselbe jedoch, wie sich von selbst versteht, nur nach Höhe des dem Verstorbenen ausgesetzten Betrages.

1) Gavanti, thesaurus sacrorum rituum, s. Comm. in rubricas missalis et breviarii Rom. (Rom. 1628.) fol. adi. SS. PP. et S. R. C. decretis novisque observ. et addit. ed. Merati. (Rom. 1736—38.) 4 Vol. 4. Bona, rerum liturgicarum libri II. (Paris. 1672.) 4. ed. Sala. (Turin. 1747—49.) 2 T. fol. Schmid, Liturgie der christl. Religion, 3 Bde (Passau 1832), 2. Ausg., 1841.

2) Apol. I. 61 sq. (ed. Braun, Bonn. 1830.) — Justini Martyris de sacris Christianorum publicis narratio. Hal. 1725.

3) Förtsch, die apostolischen Constitutionen und ihre Geltung in liturgischer Hinsicht in Größmann, Denkschr. des evang. Priesterseminars zu Friedberg für d. J. 1839. Gief. 1839.

fen die Quellen seit dem 5. und 6. Jahrhunderte⁴⁾; insbesondere enthalten die den Päpsten Leo d. Gr. und Gelasius zugeschriebenen Sacramentarien neben zahlreichen späteren Zusätzen doch des Ursprünglichen Vieles, und klar ausgeprägt zeigen uns die liturgischen Schriften Gregors d. Gr. die Formen des römischen Gottesdienstes ihrer Zeit. Sie sammt den ältesten ordines Romani⁵⁾, deren erster schon durch Gregor benutzt zu sein scheint, sind der treue Ausdruck der inmittelst in dem Glaubensleben der Kirche herrschend gewordenen Ideen. War es ursprünglich die Idee der Gemeinschaft mit einander und dadurch mit dem Princip der Erlösung, die wir als Trägerin des Gottesdienstes zu betrachten haben, so tritt nun jene Sonderung hervor, in welcher die Priester, als sie mit der Wunde und Lösungswalt ausgestatteten Organe der göttlichen Gnade, bei dem Cultus die allein thätigen sind, während die Gemeinde sich nun als empfangend darstellt. In gleichem Schritte mit der allgemeinen Entwicklung, in welcher die römische Kirche sich zum Mittelpunkte des religiösen Lebens gestaltete, gingen dann die in ihre ausgebildeten liturgischen Formen in die einzelnen Landeskirchen über. Insbesondere ist geschichtlich beurlundet, daß sie in England⁶⁾ schon im siebenten Jahrhunderte den Sieg über die altbritische Liturgie davon getragen hatten, und daß auch im Frankenreiche unter Pipin und Karl d. Gr. römische Sprache und römischer Cultus zur Herrschaft gelangten⁷⁾.

4) Muratori, *liturgia Romana vetus, tria sacramentaria completas, Leonianum scil., Gelasianum et antiquum Gregorianum*, cet. (Venet. 1748.) 2 T. fol. — Marten, *de antiquis ecclesiae ritibus*, Ed. II. (Antw. 1736—38.) 4 T. fol. — Mabillon, *de liturgia Gallicana libri III*. Paris. 1729. 4. — Ueber die verschiedenen Ausgaben des Sac. Greg. von Pamellius (*liturg. latinor.* [Col. 1572.] 2 T. 4.), von Rocca (*thesaur. pontificiar. sacrarumque antiquitatum*, Ed. Rom. II. 1745. 2 T. fol.), von Menardus (Paris. 1642. und in den Opp. Greg. M. stud. monach. Benedict. T. III.) s. Augusti, *Denkwürdigk. Bb. 4, S. 265* flg.

5) Dieser ist unvollständig von Cassander (Colon. 1561.) und dann von Pittory (*de divinis catholicae eccl. officiis ac ministeriis varii vetustiorum aliquot ecclesiae patrum ac scriptorum libri, videlicet Isidori Hisp., Amalarii etc.* Colon. 1568.), dann vollständig von Mabillon (*Mus. Ital. T. II. Paris. 1724. 4.*) herausgegeben. Bei dem Letzteren finden sich weiter eine Anzahl (früher nur zum Theil) bekannter Ritualbücher, welche ebenfalls den Namen ordines Romani führen. Aus diesem Material ist dann der gewöhnliche, oft herausgegebene ordo Romanus erwachsen.

6) Sappenberg, *Gesch. von England Bb. 1, S. 183* flg.

7) Paul. Diac. *Gest. episc. Metens.* (bei Pertz, *Mon. T. II. p. 268.*): *Ipsum clerum abundanter lege divina Romanaque imbutum cantilena morem atque ordinem Romanae ecclesiae servare praecipit, quod usque ad id tempus in Mettensi ecclesia factum minime fuit.* — *Cap. Car. M. (789.) c. 79.* bei Pertz *T. III. p. 66.*: *Ut sanctum Romanum planiter discant et ordinabiliter per nocturnale vel gradale officium peragatur, secundum quod beatae memoriae genitor noster Pippinus rex decertavit ut fieret, quando Gallicanum tulit ob unanimitatem apostolicae sedis et sanctae Dei ecclesiae pacificam concordiam, und in der Constit. de emendatione librorum et officiorum ecclesiasticorum (782.) ib. p. 45.*: *Accensi praeterea memoriae venerandae Pippini genitoris nostri exempla, qui totas Galliarum ecclesias Romanae traditionis suo studio cantibus decoravit.* — *Monach.*

Ganz freilich vermochte der der abendländischen Kirche inwohnende Trieb nach äußerer Einheit die individuelle Entwicklung nicht zu verdrängen, wie denn z. B. in Mailand von jeher und bis auf unsere Zeit sich eine Liturgie erhielt, deren Zusammenhang mit dem Cultus der griechischen Kirche nicht verkannt werden kann⁸⁾. Eben so finden wir in Spanien die an eigenthümlichen Formen sehr reiche, aus der Zeit der westgothischen Herrschaft stammende sogenannte mozarabische Liturgie, die nur allmählig den Bemühungen der Päbste erlag⁹⁾. Indessen sind diese Spuren eines von der allgemeinen Entwicklung unberührten besonderen Lebens doch nur vereinzelte, und thatsächlich stand es schon im Mittelalter fest, daß die römische Liturgie der Typus sei, nach welchem der Cultus der Landeskirchen sich zu richten habe. Zur Vollendung kam diese Gestaltung, als im Concilium von Trient gegenüber dem Protestantismus sich das Glaubensbewußtsein der römischkatholischen Kirche concentrirte. Hieran knüpfte sich als unmittelbare und nächste Folge die Nothwendigkeit auch der Liturgie die entsprechende Sorgfalt zuzuwenden, um auch in diesem Stücke die Einheit der Kirche zu sichern. Deshalb stellte diese Kirchenversammlung dem Pabste eine Revision der Rituale anheim¹⁰⁾, deren Resultate uns in dem von Pius V. publicirten (1570), von Clemens VIII. verbesserten (1604) Missale, in dem von Pius V. bekannt gemachten (1568), unter Clemens VIII. (1602) und Urban VIII. (1631) wiederholten Revisionen unterworfenen Breviarium für das sogenannte officium divinum in specie (s. u.), in dem Pontificale Rom. von Clemens VIII. (1596), und dem Ceremoniale episcoporum (1600) von Clemens VIII. für die bischöflichen Verrichtungen, endlich in dem Rituale von Paul V. (1614) für die pfarramtlichen Functionen vorliegen¹¹⁾. Diese haben die Bestimmung, die Grundlagen der liturgischen Functionen in der ganzen Kirche zu sein; doch haben einzelne religiöse Genossenschaften besondere Breviarien, und in den einzelnen Diöcesen sind gewöhnlich auf jener römischen Grundlage für die Pfarrer besondere Rituale publicirt worden.

Sangall. Gesta Car. M. L. 1. c. 7. 8. 10. bei Pertz T. I. p. 734 sq., Monach. Eugolism. add. ad annal. Laurisham. ann. 787. ib. p. 170 sq., Eckhard., minimus de cantu eccl. c. 9. 10., vita B. Notkeri bei Canis., lect. ant. T. III. P. 2. p. 557 sq. — Von Bedeutung für die Geschichte des Ueberganges der römischen Liturgie nach Deutschland sind auch die Statutt. Salisburg. (799.) bei Pertz T. III. p. 85. — Ueber die liturgischen Schriften des Amalarius, welche für die Einführung des römischen Cultus im Frankenreiche sehr wirksam geworden sind, und über den sogen. Micrologus s. Mabillon, comm. in ord. Rom. p. III sq., Schröckh, Kirchenzesh. Bd. 23, S. 224 flg., Bd. 28, S. 276 flg. Augusti, Denkwürdigkeiten Bd. 4, S. 275 flg.

8) Bonal. c. L. I. c. 10. Augusti a. a. D. S. 281 flg.

9) Bonal. c. c. 11. Augusti S. 294 flg.

10) Sess. XXV. de indice libr.

11) Ueber die verschiedenen Ausgaben dieser Ritualbücher ist insbesondere Zaccaria, bibliotheca ritualis (Rom. 1776. 78.) 2 T. 4. zu vergleichen.

Die Frage, wem

II. das Recht, die Liturgie zu bestimmen, zustehe, ist mittelbar in der bisherigen Darstellung schon beantwortet. Es kann nach allen die Verfassung beherrschenden Grundsätzen nicht in Zweifel gestellt werden: dieses Recht ist, so weit es sich um allgemeine Anordnungen handelt, als wesentliches in dem Primat begriffen, und die Bischöfe sind nicht befugt, Formen, welche sich auf die Uebereinstimmung der ganzen Kirche gründen, wie namentlich den Gebrauch der lateinischen Sprache¹²⁾, ohne Genehmigung des allgemeinen Oberhauptes abzuändern. Dennoch ist die Wirksamkeit der Ordinarien in diesem Gebiete noch immer sehr bedeutend, denn überall haben sich in den einzelnen Diöcesen besondere gottesdienstliche Uebungen, besondere Feste und Andachten erhalten, welche ihrem Anordnungsrechte unterliegen, und inmitten des großen Reises der allgemeinen Liturgie bleibt es genug der Punkte, in denen das individuelle Leben der Diöcesen und die Autorität der Ordinarien ihre Stätte hat. In Beziehung auf die Anordnung und Aufhebung der Festtage vergl. dies. Art. Endlich ist hier noch die Frage zu erörtern, welches Recht der Staat rücksichtlich der Liturgie in Anspruch zu nehmen habe. Dieses kann, wie sich aus dem Begriffe des Staates von selbst ergibt, schlechthin nur ein negatives sein, das Recht allen sein eigenes Sein nachtheilig berührenden gottesdienstlichen Gestaltungen zu wehren, und die liturgischen Anordnungen des Kirchenregiments, welche zugleich in das äußere Leben eingreifen, an seine Mitwirkung zu binden. Auf dieses Befugniß des Staates stützen sich namentlich die in vielen deutschen Ländern rücksichtlich der Processionen, Wallfahrten u. erlassenen beschränkenden Anordnungen¹³⁾ (vergl. u.).

III. Die Hauptbestandtheile des Gottesdienstes.

a) Die Messe¹⁴⁾.

Den Höhen- und Mittelpunkt des gottesdienstlichen Lebens bildet die Messe, in welcher der Priester das unblutige Opfer dem Herrn dar-

12) Die Bestimmungen des Concils von Trident Sess. XXII. de sacr. miss. cap. 8. und can. 9. beziehen sich zunächst auf die Messe; doch fordert der römische Stuhl auch den Gebrauch der lateinischen Sprache bei der Verwaltung der Sacramente, dessen Beibehaltung in dem bayer'schen Concordate Art. XII. (ut in ecclesiasticis functionibus, praesertim autem in missa et in administratione sacramentorum ecclesiae formulae in latina lingua usurentur) er sich ausdrücklich stipulirt hat. Indessen ist doch in einzelnen deutschen Ländern, wie z. B. in Oesterreich, der Gebrauch der deutschen Sprache wenigstens bei der Auspendung der Sacramente angeordnet, eine Verfügung, die in der bekannten Note des Cardinalstaatssecretärs Consalvi an den Bisthumsverweser v. Wessenberg v. 2. Sept. 1817 (Denkschr. über das Verfahren des röm. Hofes [Karlsr. 1818], S. 22) zu den *scandalosissimi abusi* gerechnet wird.

13) Vgl. das Edict über die äußeren Verhältnisse des Königreiches Bayern in Beziehung auf Religion und kirchliche Gesellschaften v. J. 1818, §. 76 flg.

14) Vgl. z. B. Gavanti, thesaurus (s. o. Note 1), Benedict. XIV., de sacros. missae sacrificio, in Opp., Antony, praxis rituum, quibus in s. missae sacrificio ecclesia utitur. Monast. 1831. — Gräfer, die röm.

bringt. Es ist nicht der Ort hier, in eine geschichtliche Entwicklung der einzelnen Handlungen einzugehen, welche in ihrer Totalität die Messe bilden. Indem wir vielmehr in diesem Bezug auf die reichhaltige liturgische Literatur verweisen, begnügen wir uns zu bemerken, daß sich ursprünglich der gemeinsame Cultus in zwei Hauptabschnitte sonderte, von denen der eine, die sogenannte *missa catechumenorum*, die Vorlesung der heiligen Schriften und die Gebete, der andere, die sogenannte *missa fidelium*, die Verwaltung des Mysteriums der Kirche begriff, dieser für die Gläubigen allein, jener auch für die Katechumenen, die Ungläubigen und die Büßer. Später verlor sich diese Scheidung insofern, als die Entlassung der zur Theilnahme an dem Opfer nicht Berechtigten durch das *Ite missa est*, von welchem die Messe ihren Namen entlehnt¹⁵⁾, hinwegfiel. Indessen ist noch in der heutigen Messordnung ein didaktischer Theil unterschieden worden, der in seinem Coniteor (der alten Epomologese), dem Introitus, dem Kyrie und Christe Eleison, dem Gloria in excelsis, dem Dominus vobiscum und den durch das Oremus eingeleiteten Gebeten, der Lectio aus dem alten und neuen Testamente, dem Graduale, dem Alleluja und dem Tractus, der Lectio evangelii und der Predigt die alte Katechumenenmesse repräsentirt. Hieran schließt sich das Offertorium, als vorbereitender Act für den Messcanon, in welchem der Priester in seinem Namen und im Namen der Gemeinde die Bittgebete darbringt und die Wandelung selbst vollzieht. Den Schluß endlich bildet die Communion, nach welcher der Priester die Gemeinde mit dem *Ite missa est* unter Gebet und Segen entläßt.

Wird die Messe mit Entwicklung aller Riten gefeiert, so heißt sie *missa solennis*, während im entgegengesetzten Falle, also wenn die Feier mit abgekürztem Ritual statt findet, von einer stillen Messe (*missa minus solennis*) gesprochen zu werden pflegt. Von dieser Eintheilung ist die andere in *missa publica* und *privata* wohl zu unterscheiden. Die erste in ihrer engeren Bedeutung stellt den gemeinsamen Gottesdienst, die alten Collecten und Synaxen dar, und es ist bei ihr die Theilnahme der Gemeinde an dem Abendmahl wesentliches Moment ihres Begriffes. Hierher gehört insbesondere die Pfarrmesse, welche in der Parochialkirche wenigstens an jedem Sonn- und Festtage gefeiert werden soll¹⁶⁾. In weiterer Bedeutung ist aber auch diejenige Messe eine

kath. Liturgie nach ihrer Entstehung und geschichtl. Ausbildung, oder geschichtl. Darstellung aller in der röm. Messe vorkommenden Gebete, Gesänge und Gebräuche (Halle 1829), 2 Bde.

15) Ueber die verschiedenen Ableitungen des Wortes *missa*, unter denen jene von dem *Ite missa* (= *missio*) *est*, die wahrscheinlichere ist, vgl. Du Fresne, gloss. s. h. v.

16) Conc. Trid. Sess. XXIII. c. 14. de ref. — Nach den Declarationen der Congr. conc. sollen die Pfarrer, deren Einkünfte die Congrua nicht erreichen, wenigstens an Festtagen, alle andere aber täglich das Messopfer pro populo appliciren, Prosper Lambertinus, instit. X. (p. 56. Ed. Ingolst. 1751. 4.) Das letztere ist jedoch in teutschen Diocesen nicht üblich, vgl. z. B. für Mainz:

öffentliche, welche, wiewohl der Priester allein communicirt, doch für ein die Gemeinde oder die Kirche betreffendes Anliegen applicirt wird, wie die Messe am Aertefeste, oder bei dem Bittgange einer Gemeinde, die Messe um eine glückliche Pabstwahl, die missa pro rege u. s. w. Die Messe dagegen, in welcher das Opfer zum Besten einer persona privata dargebracht wird, ist die Privatmesse¹⁷⁾. Doch bezeichnen die Dogmatiker nach dem Concil von Trident¹⁸⁾ mit diesem Namen überhaupt diejenige, bei welcher allein der Priester sacramentalisch communicirt. In die Kategorie der Privatmessen gehören insbesondere die Motivmessen, in welchen die Kirche zum Besten einzelner Gläubigen als Vergeltung für eine ihr erwiesene Wohlthat das Opfer darbringt, und als Unterart der letzteren, die Todtenmessen, für das Seelenheil eines Abgeschiedenen. Wesentliche Voraussetzung¹⁹⁾ hierbei ist, daß die Messe nur für einen Gläubigen und Würdigen applicirt werde, weshalb den Ungläubigen, Schismatikern und Ketzern, den ungetauften Kindern und Katechumenen, Zinswucherern²⁰⁾, Selbstmördern²¹⁾ u. a. diese Wohlthat verweigert wird. Als Handlung aber, welche einen Anspruch auf die letztere gewährt, betrachtet die Kirche schon die Erlegung eines stipendium²²⁾ zum Besten des Messe lesenden Priesters, eine Gestaltung, welche eintrat, seit die Darbringung des Materials zu dem Opfer durch die Gemeinde sich verlor. In der That kam die mit ihr verbundene große Gefahr des Mißbrauches einzelnen Kirchenschriftstellern schon früh zum Bewußtsein, wie ihn denn z. B. schon Wallfrid Strabo²³⁾ lebendig beklagt. Dennoch finden wir später die Stipendien überall in Uebung und als Gegenstand der Erwerbsucht gebraucht, der mehre, insbesondere die sogenannten trocknen Messen (missae siccae)²⁴⁾ und die sogenannten

Schumann, Samml. der das Kirchen- und Schulwesen betr. Verordn. (Mainz 1840), S. 237.

17) Ueber die Geschichte der Privatmessen und der Motiv- und Todtenmessen insbesondere vgl. Bona l. c. L. I. c. 14. mit den Noten von Sala, Muratori, diss. de liturg. Rom. c. 16 sq. in dem Note 4 angeführten Werke u. a.

18) Sess. XXII. c. 6. de sacr. miss.

19) Seiß, Recht des Pfarramtes Bd. 2, S. 145 flg.

20) C. 3. X. de usur.

21) C. 12. c. XXIII. qu. 5.

22) Guyard, dissertation sur l'honoraire des messes, 1747., Ropp, die kathol. Kirche im 19. Jahrh. S. 202 flg., Prosper Lambertin, instit. LVI., Benedict. XIV., de synod. dioec. L. V. c. 8 sq. — Ueber die alten Oblationen (c. 8. Dist. XC. [statut. eccl. ant.], c. 73. Dist. I. de cons. [Innoc. I. 416.], c. 5. Dist. II. de cons. [conc. Carth. 897.], c. 6. eod. [conc. Trull. 692.]) s. u. a. Roestell, de bonis eccl. ante Const. M. Regiom. 1825.

23) De reb. eccl. c. 22.: In hoc error non modicus, quod quidam se non posse aliter plenam commemorationem eorum facere, pro quibus offerant, nisi singulas oblationes pro singulis offerant; quum vero sciamus, unum pro omnibus mortuum, unum panem esse et sanguinem, quod universalis ecclesia offert.

24) D. i. diejenigen, bei denen der Priester alle Gebete, mit Ausnahme der des Canons und der auf die Opferung und Eumtion bezüglichen, abbetet,

missae bifaciatae²⁵⁾, so wie die Messen zum heiligen Antonius, zum heiligen Michael²⁶⁾ und die sogenannten Gregoriusmessen²⁷⁾, ihren Ursprung verdanken. Solchen Mißbildungen traten zwar theils die Concilien, theils später die Congreg. rituum entgegen; ein völliges Verbot der Messstipendien, wie es z. B. auf dem Concil von Trident beantragt wurde²⁸⁾, und wie es u. a. bei den Jesuiten die Ordensstatuten ausgesprochen haben²⁹⁾, ist aber nicht erfolgt, und noch immer besteht die Einrichtung, daß gegen eine bestimmte Gabe einzelne Messen gelesen werden. Sehr häufig finden sich auch besondere Stiftungen, deren Ertrag zur Verwendung für eine Messe am Anniversarium des Begräbnisses oder einem anderen Tage bestimmt ist. Die quantitativen Festsetzungen geben für beide Fälle die Obergrenze oder besondere Diöcesentaxen³⁰⁾.

Der Minister der Messe ist ausschließlich der Priester³¹⁾, dessen Beruf in der Verwaltung des Opfers seinen Mittelpunkt hat. Der Empfang der Priesterweihe reicht jedoch allein nicht aus, sondern die Kirche fordert von dem Celebranten außerdem noch Nüchternheit³²⁾,

ohne zu consecriren, s. Schmid a. a. D. Bd. 1, S. 498. In einem Pontifical des Bischofs Prudentius von Troyes bei Martene l. c. L. I. c. 3. a. 1. nr. 16. und bei Durantis, rational. divin. L. IV. c. 1. nr. 23. wird diese Art der Messe als erlaubt vorausgesetzt. Setzt ist sie nicht mehr üblich.

25) Vgl. synod. Herbipol. (1407.) c. 17. Bei diesen wurde die Katechumenenmesse so oft wiederholt, als Stipendien vorlagen, und dann in der missa fidelium fortgeführt. Auf einen ähnlichen Mißbrauch bezieht sich schon conc. Tol. XII. (681.) c. 5. in c. 11. Dist. II. de cons., welches den Priestern untersagt, mehrere Messen hintereinander so zu lesen, daß nur bei der letzten die Sumtion geschieht.

26) Conc. Salegustad. (1023.) c. 10.

27) Die 30 Gregoriusmessen, welche nach einander gelesen zu werden pflegten (sogen. Tricenarium Gregorii) und für besonders verdienstlich und wirksam gehalten wurden, knüpfen sich an eine Erzählung in dem vierten B. der Dialogen Gregor's d. Gr., und waren insbesondere bei den Cluniacensern üblich. Durch die congreg. conc. wurden sie als besonderer Dienst verboten.

28) Pallavicin., hist. conc. Trid. L. XVIII. c. 6. nr. 96.

29) Vgl. Institut. Soc. Jesu. (Prag. 1757.) T. I. p. 412. 421. Die Jesuiten dürfen auch nicht die Verpflichtung zu immerwährenden Messen übernehmen.

30) Vgl. Prosper Lambertin. l. c. — Ein Beispiel bei Schumann a. a. D. S. 242.

31) Die Verwaltung des Opfers durch einen nichtbefähigten Geistlichen ist ein kirchliches Vergehen, welches durch die Constitutionen Ervi alias von Clemens VIII. und Apostolatus officium von Urban VIII. mit Degradation bedroht ist. Laien, welche sich desselben schuldig machen, sollen dem weltlichen Richter zu gebührender Bestrafung übergeben werden. Vgl. Seiß, von dem Verbrechen der Ordensurpation, in seiner Zeitschrift für Kirchenrechts- und Pastoralwissenschaft Heft 1 (Regensburg 1842), S. 57.

32) Vgl. Seiß a. a. D. S. 191 flg., Schmid a. a. D. S. 502 flg. — Der Geist der in diesem Bezuge bestehenden Verfügungen kann aus folgender Stelle des römischen Messbuches erkannt werden: Siquis non est ieiunus post mediam noctem, etiam post sumtionem solius aquae vel alterius potus vel

Reinheit des Körpers und des Geistes, und ein der Würde ihres heiligsten Mysteriorums entsprechendes äußeres Verhalten, in welchem letzteren Bezüge hier auf die liturgischen Schriften verwiesen werden muß. Bei der Feier soll der Priester sich zweier oder im Nothfall wenigstens eines Ministranten bedienen³³⁾, deren Bestimmung es ist, anstatt des Volkes zu respondiren. Diese sollen nach der ursprünglichen Idee Geistliche sein³⁴⁾, was in größeren Kirchen noch jetzt beobachtet wird. In den Pfarrkirchen ist es dagegen jetzt allgemein üblich, daß auch Laien respondiren, und nur dieses gilt als unverbrüchliche Regel, daß dazu niemals Frauen gewählt werden dürfen³⁵⁾. Messen, welche der Priester ohne Respondenten liest, heißen missae solitariae, und wurden durch die Gesetze schon früh verboten³⁶⁾. Doch ist die Möglichkeit ihrer Zulassung durch päpstliches Indult nicht zu bezweifeln.

Der Ort der Messe ist ordnungsmäßig der Altar in der Kirche³⁷⁾. Zur Feier in einer Capelle bedarf es besonderer Gestattung durch den Kirchenoberen³⁸⁾, die nur unter großen Beschränkungen, theils rücksichtlich der Lage, an denen die Messe gelesen werden soll, theils in Bezug auf die zur Theilnahme berechtigten Personen gegeben zu werden pflegt. Eine Ausnahme bildete früher das einzelnen Mönchsorden zugestandene Privilegium, überall an einem tragbaren Altar Messe lesen zu dürfen³⁹⁾. Dieses ist aber durch das Concil von Trident aufgehoben

cibi, per modum etiam medicinae et in quantumcunque parva quantitate, non potest communicare nec celebrare. Si autem ante mediam noctem cibum aut potum sumserit, etiamsi postmodum non dormierit, nec sit digestus, non peccat, sed ob perturbationem mentis, ex qua devotio tollitur, consulitur aliquando abstinendum. Si reliquiae cibi inmanentis in ore transglutiantur, non impediunt communionem, quum non transglutiantur per modum cibi, sed per modum salivae. Item dicendum, si lavando os deglutiat stilla aquae praeter intentionem cet.

33) C. 61. Dist. I. de cons. (conc. Nannet. ? vgl. Const. Worm. A. 829. c. 8. bei Pertz T. III. p. 342., conc. Paris. VI. L. I. c. 48., Reg. I. 193.)

34) S. die Stoffe zu c. 61. cit.

35) C. 1. X. de cohab. cler. et mul.

36) S. Note 33. — Bona l. c. L. I. c. 13.

37) C. 1. 11. 12. 14. 15. Dist. I. de cons.

38) Das Concil v. Trident Sess. XXII. de observ. et evitand. in celebr. miss. bestimmt: Neve patiantur (episcopi) privatis in domibus atque omnino extra ecclesiam et ad divinum tantum cultum dedicata oratoria ab eisdem ordinariis designanda et visitanda sanctum hoc sacrificium a saecularibus aut regularibus quibuscunque peragi. Diese Stelle wurde später theils durch die Declarationen der Congr. conc., theils durch päpstliche Constitutionen (s. bes. Benedict. XIV., Const. Magno [1751.] §. 11.) so gedeutet, daß es zur Anlegung eines Privatatoriums eines päpstlichen Indultes bedürfe, was aber nicht durchgängig practisch geworden ist (vgl. z. B. für Oesterreich Graf Barth: Barthenheim, Oesterreichs geistl. Angelegenheiten [Wien 1841], S. 554). Ueber die im Texte angedeuteten Beschränkungen ist die angef. Const. von Benedict XIV. zu vergleichen, S. eiq. a. a. D. S. 325.

39) C. 30. X. de privil., Benedict. XIV. Const. cit. — Dem Jesuiten, denen Paul III. dieses Privilegium ertheilt hatte, wurde dasselbe wenigstens

worden. Dagegen besteht noch jetzt eine solche Vergünstigung rücksichtlich der Bischöfe (s. d. Art. Altar), und anerkannt ist, daß im Falle der Noth an jedem anständigen Orte an einem tragbaren Altare das Opfer dargebracht werden könne ⁴⁰⁾.

Die Zeit der Messe endlich ist jetzt die Zeit von Sonnenaufgang bis Mittag, für die Parochialmesse gewöhnlich die neunte Stunde ⁴¹⁾. Früher war es üblich, das Opfer auch in der Nacht, namentlich vor Weihnachten ⁴²⁾, Ostern und Pfingsten und in den Nächten nach den Quatembersonnabenden zu celebriren. Hiervon hat sich jedoch nur die Messfeier am Weihnachtsfeste erhalten, und selbst diese sogenannte Christmesse hat aus polizeilichen Gründen in den meisten Ländern auf eine spätere Zeit verlegt werden müssen ⁴³⁾. Eine andere, dem Feste der Geburt Christi eignende Auszeichnung ist, daß, während eine allgemeine Regel jedem Priester an Einem Tage nur Eine Messe zu lesen gestattet ⁴⁴⁾, an jenem drei Messen gelesen werden dürfen ⁴⁵⁾. Abgesehen von dieser Ausnahme ist die Häufung der Messen nur in Nothfällen ⁴⁶⁾, also namentlich wenn ein Pfarrer mehre Gemeinden zu verwalten hat, und ihm kein Hilfspriester zur Seite steht, oder wo die Pfarrkirche so eng ist, daß sie nicht die ganze Gemeinde zu fassen vermag, oder in Folge eines päpstlichen Privilegiums, durch welches zuweilen bestimmte Feste für einzelne Länder zu polysliturgischen erhoben worden sind ⁴⁷⁾, gestattet. Auf der anderen Seite ist aber auch kein Tag von der Messfeier ausgeschlossen, und nur in sofern bildet der Charfreitag eine Ausnahme, als an ihm nicht das Opfer consecrirt, sondern die Messe mit vorausgeweihten Elementen (g. missa praesanctificatorum) gefeiert wird ⁴⁸⁾. In Beziehung auf die Privatmessen pro defunctis besteht nach den Rubri-

für die Missionen von Gregor XIII. wieder bestätigt, Inst. Soc. Jes. T. I. p. 68.

40) C. 11. 30. Dist. I. de cons.

41) Nach c. 52. Dist. cit. — Privatmessen dürfen zur Zeit der Pfarrmesse nicht gelesen werden.

42) C. 48. Dist. cit. (Pseudotelesph. nach dem Liber Pontif.) — Bona l. c. L. c. 21.

43) Vgl. für Mainz: Schumann a. a. D. S. 239, für Württemberg: Lang, Sammlung der württemb. Kirchengesetze S. 53 fg., 111, 193, 199 fg., 242. — Anders in Oesterreich nach Hofkanzleidecr. v. 1. Febr. 1810. Graf Barth-Barthenheim a. a. D. S. 539.

44) Die frühere Zeit kannte diese Regel nicht (conc. Tol. XII. (681.) c. 6. in c. 11. Dist. II. de cons., conc. Salegunstad. (1022.) c. 5., Mabillon, comm. in ord. Rom. p. XLVI. LX.). Vgl. aber c. 53. Dist. I. de com. (Alex. II.), c. 3. 12. X. de cel. miss.

45) C. 3. X. h. t. — Bona l. c. c. 18.

46) C. 3. cit. — Die Entscheidung über das Vorhandensein der Nothwendigkeit gebührt dem Bischof, für den nach den besonderen Statuten zuweilen die Decane die licentia binandi erteilen, s. z. B. Mainzer Diöcesanstaturen Abschn. II, §. 26.

• 47) Benedict. XIV., de synod. dioeces. L. VI. c. 8.

48) Ueber diese Messe: Bona l. c. L. c. 15., Mabillon l. c. p. LXXIV sq.

fen des Missals die Beschränkung, daß sie an Doppelfesten und Sonntagen nicht gelesen werden dürfen.

b) Die Predigt und die Fürbitten. Die Katechese.

Das alte Recht betrachtet die Predigt des Evangeliums als einen wesentlichen Theil des bischöflichen Berufs⁴⁹⁾. Später trat dieselbe, nachdem die Verfassung sich entwickelt hatte, in den Kreis der pfarramtlichen Pflichten; doch schärften z. B. noch die fränkischen Capitularien den Bischöfen ein, sich des Predigtamtes nicht zu entschlagen⁵⁰⁾. Auf diesem Standpunkte ruhen auch die Verfügungen des Concils von Trient⁵¹⁾, welches die Erzbischöfe, Bischöfe und andere Prälaten verpflichtet, an Sonn- und Festtagen, in der Advents- und Fastenzeit aber täglich oder wenigstens dreimal in jeder Woche entweder selbst oder durch geeignete Stellvertreter, deren Bestellung schon das vierte Concil vom Lateran vorgeschrieben hatte⁵²⁾, das göttliche Wort zu verkündigen. Gleiche Verfügungen bestehen über die Predigt durch die Pfarrer. Den Laien ist nach dem ganzen die Verfassung beherrschenden Princip das Predigen verboten⁵³⁾, und auch für andere, durch ihr Amt nicht verpflichtete Geistliche bedarf es der bischöflichen Zulassung⁵⁴⁾. Insbesondere sollen die Ordensgeistlichen, bevor sie auf den Grund der ihnen von ihren Oberen ertheilten Licenz in den Kirchen ihres Ordens predigen dürfen, die Benediction, zur Predigt in anderen Kirchen aber die Licenz des Ordinarius nachsuchen⁵⁵⁾.

Der Inhalt der Predigt soll nach den Bestimmungen des Concils von Trient die Hinweisung auf die Pflichten des christlichen Lebens und die Heilswege der Kirche, die Erläuterung der Messereimonien, die Erklärung des Sacramentes der Buße u. s. w. sein. Schon aus diesen Bestimmungen, aber auch aus der Stellung der Predigt⁵⁶⁾ am Schlusse der Katechumenenmesse ergibt sich, daß die Einmischung persönlicher Rügen, welche unmittelbar auf die Andacht bei dem heiligsten Acte zerstörend zurückwirken müßte, nicht in dem Geiste der Kirche liegen⁵⁷⁾, und in der That haben teutsche Synodalstatuten oft den Pfar-

49) C. 6. Dist. LXXXVIII. (Statutt. eccl. ant.) — Ambros. de offic. sac. I. 1.: Episcopi proprium munus docere populum. Augusti, Denkwürdigkeiten Bd. 6, S. 315 fg.

50) Cap. Ref. Fr. I. 103.

51) Conc. Trid. Sess. V. c. 2. Sess. XXIV. c. 4. de ref.

52) C. 15. X. de off. iud. ord.

53) C. 20. Dist. IV. de cons. (Statutt. eccl. ant.), c. 12. 14. X. de haeret.

54) Köln. Stat. bei Hartzheim, coll. conc. T. VIII. p. 518. T. IX. p. 931., Augsb. Stat. ib. T. IX. p. 33., Dsnabr. p. 435. u. a.

55) Conc. Trid. Sess. XXIV. c. 4. de ref.

56) Rainzer Diöcesanstatuten Abschn. V, §. 10.

57) Anderer Ansicht ist Seiz a. a. D. S. 78, der dem Pfarrer das Befugniß beilegt, über diejenigen Pfarrangehörigen, welche sich dem Laster und der Sünde ergeben haben, nach der Predigt eine persönliche Rüge zu verhängen. Vgl. aber die in der Note 54 angef. Dsnabrücker und Kölnner Stat. bei Hartzheim T. IX.

ren die Anwendung dieses sogenannten Personalelenchus ausdrücklich untersagt. Daß der Geistliche der abweichenden Glaubenssäge anderer Confessionen in der Predigt gedenken könne, um durch den Segenssag die Wahrheit der katholischen Lehre in helleres und klareres Licht zu stellen, unterliegt keinem Zweifel, wobei sich freilich die auch in den Diöcesanstatuten⁵⁸⁾ anerkannte Verpflichtung zur Vorsicht und Milde von selbst versteht. Dagegen sind die sogenannten Controverspredigten, deren unmittelbarer Zweck es ist, die anderen im Staate recipirten Confessionen zu bekämpfen, und dadurch Unfrieden und Zwietracht zu stiften, mit Recht durch die Staatsgesetzgebungen untersagt worden⁵⁹⁾.

An die Predigt knüpfen sich verschiedene Fürbitten, und dann die Bekanntmachung von Eheverabredungen (s. Aufgebot), kirchlichen Feierlichkeiten u. s. w. Unter den ersten hat da, wo der Landesherr nicht katholisch ist, auch das Gebet für diesen seine Stelle, während in dem entgegengesetzten Falle die Commemoration desselben in dem Te igitur des Meßcanons geschehen sollte. Indessen gelten hier verschiedene Uebungen, und oft wird auch für den katholischen Regenten nur nach der Predigt gebetet⁶⁰⁾, was in einer irrthümlichen Auffassung einer Stelle in dem römischen Missal seinen Grund hat⁶¹⁾. In der That ist aber die Stellung des Gebets für den Landesherrn gleichgiltig, und nur dieses kann behauptet werden, daß die Kirche für das Oberhaupt des Staates, ganz abgesehen von der Confession desselben, ihre Fürbitten darzubringen schlechtthin verpflichtet sei. In Beziehung auf die öffentlichen Bekanntmachungen am Schluß der Predigt besteht in den meisten Staaten das Verbot des Mißbrauches der Kanzel zur Verkündigung weltlicher Angelegenheiten⁶²⁾.

Eine zweite Art der öffentlichen Unterweisung in den Grundsätzen der Religion bilden die Katechesen. Diese sollen nach den Bestimmungen des neuesten Rechtes in allen Parochieen an Sonn- und Festtagen mit der Jugend gehalten werden, und die Pfarrer sind für berechtigt erklärt, gegen Aeltern, welche ihre Kinder nicht zum Erscheinen anhalten, selbst mit Censuren vorzuschreiten⁶³⁾. Die näheren Bestimmungen sowohl

58) S. z. B. Grmländ. Stat. bei Hartzheim T. IX. p. 99.

59) Preuß. allg. Landr. II. 11. §. 38.

60) Schmid a. a. D. S. 377 fig. — Ein Beispiel gibt das Rundschreiben an die Pfarrer der Erzdiöc. Köln v. 3. Nov. 1825, in der Sammlung der wichtigsten allgem. Verordn. und Bekanntm. (Köln 1837), S. 11.

61) Das von Pius V. publicirte Missal (s. o.) hatte die Worte: et pro rege nostro N. weggelassen, was sich zunächst auf den Kirchenstaat bezog. Biewohl nun selbst röm. Schriftsteller, z. B. der von Schmid S. 417 angeführte Bellarmin, die besondere Erwähnung des Regenten in den Kirchen außerhalb des Kirchenstaates für nothwendig hielten, ist doch oft dieselbe unterlassen worden, weil Pius V. selbst verordnet hatte: Neque in missae celebratione alius... preces, quam quae hoc missali continentur, addere vel recitare praesumant. In Oesterreich z. B. ist dieser Irrthum beseitigt.

62) Z. B. österr. Hofcancleidecr. v. 17. März 1791, Barth- Barthensheim a. a. D. S. 533, bayer. Verordn. v. 22. Juni 1808, Brendel, Kirchenr. S. 1228 u. a.

63) Conc. Trid. Sess. XXIV. c. 4. de ref.

über die Zeit der Katechesen, als über das Alter der Christenlehropflichtigen geben die besondern Gesetze, die zuweilen auch die Erwachsenen dann, wenn dieselben dem Frühgottesdienste nicht betwohnen konnten, zum Erscheinen bei der Christenlehre verpflichten⁶⁴).

Endlich ist hier noch der jetzt in vielen teutschen Diöcesen bestehenden Uebung des gemeinsamen teutschen Kirchengesanges zu gedenken. Für diesen sind besondere Gesangbücher gebräuchlich⁶⁵), welche schlechthin der Approbation der Ordinarien bedürfen.

c) Die Verpflichtung der Parochianen zur Theilnahme an dem Gottesdienste.

Nachdem solchergestalt die Hauptbestandtheile des gemeinsamen Gottesdienstes dargestellt worden, ist noch die Frage zu beantworten, in wiefern die Parochianen zur Theilnahme an dem letzteren als verpflichtet betrachtet werden dürfen. In diesem Bezuge hatte z. B. schon im vierten Jahrhunderte eine freilich jetzt nicht mehr nachweisbare Synode⁶⁶) diejenigen Laien mit dem Banne bedroht, welche sich länger als drei Wochen dem Gottesdienste in der Kirche ihres Aufenthaltsortes entziehen würden, und später finden sich bis hinab in das funfzehnte Jahrhundert noch viele Verfügungen⁶⁷), welche die Parochianen der Messe, und zwar der Pfarrmesse, an Sonn- und Festtagen beizuwohnen verpflichten, zuweilen unter Androhung einer Geldbuße⁶⁸) oder der Versagung des christlichen Begräbnisses für die Uebertreter⁶⁹). Indessen hat die einzelnen religiösen Orden, z. B. den Mendicanten und später den Jesuiten, ertheilte Berechtigung zu öffentlichem Gottesdienste auf diese

64) Oesterr. Hofentschl. v. 9. Febr. 1784, Barth- Barthenheim a. a. D. S. 532.

65) S. z. B. Rainzer Diöcesanstat. v. 1837, Abschn. V, §. 23.

66) Conc. Gard. (347.) c. 14.: Memini autem superiore concilio fratres nostros constituisse, ut si quis laicus in ea, in qua commoratur, civitate, tres dominicos dies, id est per tres septimanas, non celebrasset conventum, communionis privaretur. Diese Verfügung ist für die griech. Kirche im conc. Trull. wiederholt.

67) C. 64. (conc. Agath. 506.), c. 65. (conc. Aurel. 511.), c. 52. (cap. Theodulph. c. 797.) Dist. I. de cons., c. 5. C. IX. qu. 2. (cap. Reg. Fr.), c. 4. C. cit. und c. 2. X. de paroch. III. 29. (conc. Nannet.), c. 2. Extrav. comm. de treuga I. 9.

68) Vgl. z. B. Verordn. des Bischofs Dietrich II. von Ermland (1471) bei Jacobson, Gesch. der Quellen des preuß. Kircheng. Bd. 1, Abth. 1, S. 135 der Urk.: Des suntags vnd ander heilige tage sal ein itzlich mensche, das gekommen ist czu seynen vornunfftigen joren, komen zu seynrer pfarrekyrche vnd messe horen vnde predigat von anbegyn czu dem ende vater vnser vnd ave maria vm der geboten noch zu sprechen seynem pfarrer vnde dy offnbar beychten. Wer nicht kommt zu dem anbegyn der messe, der vorbusszet I guten schillingk, vorseumet her dy predigat, ebin zo vil. Wer abir eyner vn der predigat, vnde dy gemene beichte nicht noch sagete, abir dy vorberurten gebete, vorbusszet I guten sch., vnd also dy nicht an das ende der messe bleiben. Hatte aber vmannt redliche sache synes usbleibens, das steet zu irkenntnis synes pfarrers.

69) S. Ermländ. Stat. (1449) das. S. 220.

Disciplin mildernd eingewirkt ⁷⁰⁾, und jetzt kann es als feststehender Grundsatz angesehen werden, daß die Pfarrgenossen auch anderwärts ihre religiöse Befriedigung suchen dürfen, und daß ein Zwang zur Theilnahme an dem Pfarrgottesdienste gegen sie nicht angewandt werden dürfe. Nur dann wird der Ordinarius einzuschreiten berechtigt sein, wenn sich ergibt, daß die Parochianen „in contemtum“ der Parochialkirche handeln, was freilich durch bestimmte Handlungen, und zwar durch andere, außer dem Besuche eines auswärtigen Gottesdienstes, erwiesen sein muß. Diese Grundsätze sind sowohl durch päpstliche Constitutionen, als durch vielfache Declarationen der Congr. concilii anerkannt, von denen die letzteren sich geradezu auf die hier einschlagenden Bestimmungen der Tridenter Synode stützen. Eine andere Frage ist es, ob nicht gegen Pfarrgenossen, die sich der Theilnahme an dem Gottesdienste überhaupt entziehen, die Disciplin der Kirche sich bethätigen dürfe. Diese ist nicht zu verneinen, und es wird das Verfahren dieses sein, daß der Pfarrer zuerst durch Belehrungen, Ermahnungen und Warnungen einzuwirken sucht, und dann dem Ordinarius zu weiterer Verfügung Anzeige erstattet.

IV. Das Officium divinum in specie ⁷¹⁾.

Der Dienst des Herrn an Sonn- und Festtagen genügte dem religiösen Bedürfnisse der früheren Zeit nicht, sondern täglich vereinigten sich die Gläubigen zum Gebet zu bestimmten Stunden, namentlich um die dritte (9), sechste (12) und neunte (3) und am Abend ⁷²⁾. Hieraus wurde später besonders in den Klöstern ein stehender Dienst ⁷³⁾, der dann mit diesen aus dem Morgenlande auch in das Abendland verpflanzt wurde, und zwar bezeichnen hier die geschichtlichen Urkunden schon früh das Matutinum mit den Laudes, die Prim, die Terti, die Sext, die Non, die Vesper und das Completorium als die canonischen Tageszeiten. Aus den Klöstern ging im achten Jahrhundert diese Einrichtung auch in die Capitel über, deren Bestimmung es insbesondere war, dem Gottesdienste seine Stetigkeit zu sichern. Mit der Zeit änderte sich aber die diesfallsige Disciplin, zuvörderst dadurch, daß sich die früher üblich ge-

70) Vgl. überh. Benedict. XIV., de synod. dioec. L. XI. c. 14. und die dort gegebenen Belege, namentlich aus den Declar. der Congr. conc. zu Conc. Trid. Sess. XXII. de obs. in celeb. miss. und Sess. XXIV. c. 4. de ref. — Durchaus abweichender Ansicht in diesem Stücke ist Seix. a. a. D. S. 69 flg., S. 216 flg., der den Pfarrer für berechtigt hält, alle Grade der Admonition, bis zur öffentlichen Beschämung e suggestu, und alle Grade der Censuren bis zur Excommunication anzuwenden, indem er die im Texte angeedeutete practische Entwicklung mit dem Namen einer unvernünftigen, mithin verwerflichen und canonisch verdamnten Gewohnheit belegt, als deren Quelle er S. 72 die Rechtsansicht der protestantischen Doctoren bezeichnet. Es wird hinreichen, diese Ansichten auf die Declarationen der Congr. conc. zu verweisen.

71) van Espen, de horis canonicis, in den Opp.

72) Apostelgesch. III. 1, X. 9, XII. 12, XVI. 25, Eph. V. 19, Coloff. III. 16.

73) Die Belege für die folgende geschichtliche Entwicklung bei Thomas-sin., vetus et nov. eccl. discipl. P. I. L. II. c. 71 sq.

wesene Theilnahme des Volkes mehr und mehr verlor, und dann durch die schon zeitig eingetretene Umwandlung der Stiftsverhältnisse, in deren Folge die Canoniker sich der persönlichen Theilnahme am Chordienst entzogen. Dieser Mißbildung wirkten jedoch die Kirchengesetze, freilich mit sehr ungleichem Erfolge, entgegen; insbesondere ist auch im Concil von Trient die Verpflichtung der Canoniker angeschärft⁷⁴⁾, und das auf Förderung des gemeinsamen Chordienstes berechnete Institut der Distributionen (s. d. Art. Canonikus) bestätigt. In Beziehung auf die übrigen Geistlichen, welche an dem gemeinsamen Dienste nicht Theil zu nehmen vermochten, anerkannte die Gesetzgebung die Verpflichtung, wenigstens für sich die Tagzeiten abzuhalten⁷⁵⁾, namentlich verpflichtete das Concilium von Basel alle Beneficiaten⁷⁶⁾ und alle Geistlichen der höheren Weihen, und hierbei ist es auch in dem neueren Rechte geblieben. Indessen muß hier nach der Natur der Sache sehr vieles der Treue der einzelnen Geistlichen überlassen bleiben, die vor ihrem Gewissen die Frage zu entscheiden haben, wenn sie ohne Gefahr der Sünde, z. B. bei körperlichem Hindernisse, oder bei einer Collision der Recitation mit der Erfüllung eines christlichen Liebesdienstes ihrer Gebetspflicht sich ganz entschlagen, oder einzelne Horen zusammenziehen können⁷⁷⁾. Dessen-liche Verrichtung der Brevierandacht ist nur in den Cathedralen, Collegiaten und Klosterkirchen, und zwar hier in verschiedener, durch die Observanz bestimmte Weise, üblich⁷⁸⁾, während in einfachen Pfarrkirchen nur die Vesper, gewöhnlich am Sonntage, öffentlich gefeiert wird. Die Grundlage bildet das bereits früher erwähnte römische Brevier⁷⁹⁾, durch welches die früheren Breviarien sowohl der römischen Kirche, als der einzelnen Landeskirchen und religiösen Genossenschaften verdrängt wurden; die letzteren jedoch unter der Voraussetzung, daß sie nicht bereits zweihundert Jahre üblich gewesen, oder vom Beginn vom römischen Stuhl approbirt worden waren⁸⁰⁾.

V. Von der Verehrung der Heiligen, Reliquien und Bilder⁸¹⁾.

Die Kirche hat von jeher das Andenken an diejenigen ihrer verstorbenen Glieder gefeiert, welche sich durch besondere Verdienste um sie selbst, und

74) Sess. XXIV. c. 12. de ref.

75) Belege bei Thomassin. l. c. — Vgl. z. B. die Regel des Chrobogang v. Reg. c. 24. 27., Cap. Hincm. Rem. c. 9. (c. 2. Dist. XCI. und c. 1. X. de celebr. miss.) u. a.

76) Sess. XXI. c. 5. — Vgl. c. 1. 2. de fruct. benef. restitutione in VII.

77) Prosper Lambertin., inst. XXIV.

78) Von der Verpflichtung der Canoniker zum Chordienste handelt sehr ausführlich Prosper Lambertin., inst. CVII.

79) Zaccaria, bibl. rit. L. I. c. 4. T. I. p. 107.

80) Vgl. die bei der Publication des Breviars erlassene Const. Quod a nobis von Pius V.

81) Benedict. XIV., de servorum Dei beatificatione et beatorum canonisatione, in Opp.

durch hohe Frömmigkeit ausgezeichnet haben. Insbesondere erwies sie solche Verehrung den Blutzegen, für welche sie dem Herrn ihre Fürbitten darbrachte. Aber aus diesen letztern wurde bald ein Gebet um Fürsprache bei Gott an die vollendeten Erlösten, die man nun als die Vermittler der göttlichen Gnade anrief und verehrte⁸²⁾. Das Zeugniß über Wandel und Verdienste, dessen es hierzu bedurfte, legten zuerst die Bischöfe auf den Synoden ab. Doch findet sich schon im zehnten Jahrhundert, daß auch der Pabst einen Bischof⁸³⁾ in die Reihe der Heiligen erhob, und seit dem zwölften wurde in consequenter Anwendung der inmittelst herrschend gewordenen Verfassungsanschauungen das Recht der Heiligsprechung zu einem vorbehaltenen Rechte des Primats⁸⁴⁾. Dieses übten die Päbste in der ersten Zeit dieser Entwicklung entweder unter dem Beirathe einer Synode oder so, daß sie sich der Mithilfe und des Rathes der Cardinäle und einzelner Erzbischöfe und Bischöfe bedienten⁸⁵⁾. Seit dem sechzehnten und siebzehnten Jahrhundert ist aber das Verfahren dieses, daß zuvörderst durch den Ordinarius, in dessen Diöces entweder der Leichnam des zu Canonisirenden ruht, oder von dem letzteren besondere Wunder verübt worden sind, eine Voruntersuchung veranstaltet wird, an welche sich dann ein sehr umständlicher, durch eine höchst genaue Instruction vorgezeichneter Proceß bei der Congr. rituum anschließt. Hierauf folgt, wenn in den Generalcongregationen die etwa entstandenen Zweifel beseitigt, und nachdem noch verschiedene Consistorien zur definitiven Beschlußnahme abgehalten worden sind, die feierliche Canonisation, über welche eine Bulle erlassen wird. Unterschieden wird übrigens zwischen Seligsprechung und Heiligsprechung. Von diesen führte die erstere ursprünglich zur Verehrung in einem engeren kirchlichen Kreise, jene zur Verehrung in der ganzen Kirche. Seit jedoch hier ein päpstliches Reservat in die Mitte getreten, wird der Unterschied so gefaßt, daß die erste als Erlaubniß, die zweite als Gebot der Verehrung betrachtet wird. Indessen ist jene gewöhnlich die Vorbereitungsstufe für die letztere.

In Beziehung auf die Ueberreste heiliger Personen, die sogenannten Reliquien, deren Verehrung die Kirche ebenfalls zuläßt, besteht die Verfügung, daß zuvörderst die Identität derselben durch eine genaue Untersuchung von dem Ordinarius ermittelt werden solle⁸⁶⁾. Doch tritt hier häufig auch die Thätigkeit der Congreg. rituum in die Mitte⁸⁷⁾. Ganze Körper der Heiligen sollen nicht in Privathäusern, sondern in verschlossenen Behältnissen in den Kirchen aufbewahrt werden. Verboten ist auch der Handel mit Reliquien, weshalb zuweilen die weltlichen Ge-

82) Conc. Trid. Sess. XXV. de invoc. sanct.

83) Dieses war der Bischof Ulrich von Augsburg, Mansi, coll. conc. T. XIX. c. 169 sq., Mabillon, acta 55. ord. Bened. Saec. V. praef. n. 99. Weitere Beispiele bei Benedict. XIV. l. c. L. I. c. 8.

84) C. 1. X. de reliquiis et vener. sanctor.

85) Benedict. XIV. l. c. L. I. c. 16.

86) C. 1. X. h. t. Conc. Trid. Sess. XXV. de invoc. sanct.

87) Vgl. überhaupt Benedict. XIV. l. c. L. IV. P. 2. c. 24 sq.

setze in katholischen Staaten über das Verfahren mit den in den Verlassenschaften befindlichen Reliquien besondere Verfügungen enthalten⁸⁸⁾.

Endlich gestattet die Kirche zur Erhöhung der Andacht, und zur Belebung des Andenkens an die Heiligen und die Thatfachen der heiligen Geschichte auch die Aufstellung von Bildern⁸⁹⁾. Aber zugleich hat sie auch den Ordinarien hier die Sorge für die Abweisung der hier möglichen Mißbräuche zur Pflicht gemacht, und zur Aufstellung ungewöhnlicher Bilderwerke die Approbation derselben erfordert⁹⁰⁾.

VI. Processionen und Wallfahrten. Außerordentliche Andachten.

Das gottesdienstliche Leben der katholischen Kirche ist ein unendlich vielgestaltiges; ihm genügen nicht die reichen Formen des regelmäßigen gemeinsamen Cultus, sondern in allen Diocesen hat der Glaube Sinn, aber zuweilen auch, was nicht verschwiegen werden darf, der Aberglaube außerordentliche Andachten und religiöse Uebungen geschaffen. Diese darzustellen würde hier nicht gerechtfertigt sein; es genügt vielmehr zu wiederholen, daß in diesem Punkte die Autorität der Ordinarien wirksam wird, die bald etwaige Auswüchse und Mißbildungen entfernt, bald das vorliegende religiöse Bedürfnis durch die entsprechenden Anordnungen befriedigt. Der Staat aber wacht über die desfalls bestehenden Gebräuche, nach den bereits oben angedeuteten Grundsätzen. Insbesondere haben in den meisten Staaten die Processionen und Wallfahrten wesentlichen Beschränkungen theils durch die Ordinariate, theils durch die weltliche Gewalt unterlegen. Die ersten sind häufig auf das Frohnleichnamsfest, den Marienstag und die Bittwoche und zwar auf den Umkreis der Pfarrei beschränkt, wobei aber den Bischöfen das Recht, sie in allgemeinen Nothfällen anzuordnen, unverkümmert geblieben ist. Die anderen dürfen oft nur in Begleitung des ordentlichen Seelsorgers, zwar nicht nach entfernteren Orten oder gar in das Ausland stattfinden⁹¹⁾.

B. Der Cultus der evangelischen Kirche⁹²⁾.

I. Allgemeine Uebersicht.

Wenn es in der katholischen Kirche die Feier des Opfers ist, welche dem Cultus seine individuelle Gestalt verliehen hat, so hat der Gottes-

88) S. 2. B. österr. Hofkanzleibedr. v. 16. Nov. 1826 bei Barth: Barthenheim a. a. D. S. 552.

89) C. 28. Dist. III. de cons. (conc. Nic. II. 787.), conc. Trid. Sess. XXV. de invoc. sanctor.

90) Conc. Trid. l. c. — Auch die weltliche Gesetzgebung hat oft beschränkende Verfügungen, s. 2. B. für Oesterreich: Barth: Barthenheim a. a. D. S. 550.

91) Für Oesterreich: Barth: Barthenheim a. a. D. S. 542 flg., für das Groß. Hessen: Schumann, Sammlung S. 246, für die Erzdiocese Köln: erzbisch. Rundschr. v. 12. Mai 1826, in der Sammlung der wichtigsten allgem. Verord. S. 20 u. a.

92) Eisen Schmid, Gesch. der vornehmsten Kirchengebräuche der Protest. Leipzig 1795. Kapp, Grundsätze zur Bearbeitung evangel. Agenden mit geschichtl. Berück. der früheren Agenden. Erl. 1831. Wetter, die Lehre vom

dienst der evangelischen Kirche sich nicht minder auf seiner eigenthümlichen Basis entwickelt. Wie vieles auch in der ersten Zeit des Werdens und Gestaltens namentlich in den Ländern der sächsischen Reformation von den Gebräuchen der katholischen Kirche beibehalten wurde⁹³⁾, und wie sehr auch noch später äußerlich die Reihenfolge der gottesdienstlichen Handlungen an die Liturgie der letzteren erinnert: immer war es das Princip der Rechtfertigung durch den Glauben, welches auch hier seinen Einfluß theils umgestaltend, theils in neuen Bildungen bethätigte. Daher jene Verwerfung des Opferdienstes, in dem die Gemeinde sich nur passiv verhält, daher die Gemeinschaftlichkeit im Gesange und das Zusammenwirken mit dem Geistlichen in den Collecten und Responsonen, daher endlich die der Predigt, die sowohl für den Glauben zu wirken, als um das gemeinsame religiöse Bewußtsein zu bezeugen, bestimmt ist.

Die ersten liturgischen Anweisungen gingen sämmtlich von den Reformatoren aus, und verbreiteten sich, wie z. B. Luthers Tauf- und Traubüchlein und dessen formula missae (1523) nur über specielle Theile des gottesdienstlichen Lebens. Nur kurze Zeit darauf treffen wir auf Gesetzgebungen, welche, wie die Brandenburg-Nürnbergische von 1533 und Kirchenordnung des Herzog Heinrich von Sachsen (1539), sich über das ganze Gebiet der Liturgie verbreiten; doch ist weder in dieser, noch in den gleichzeitigen Privatschriften, z. B. dem „Agendbüchlein“ des Veit Dietrich u. a., das liturgische Element ausgeschieden, sondern sie erstrecken sich gleichmäßig auch über die specielle Seelsorge⁹⁴⁾. Noch unbestimmter ist das Verhältniß in den späteren Kirchenordnungen, die unter dem Namen der Agenda einen eigenen Abschnitt darbieten, der, gegenüber dem Catechismus oder den Credendis, nicht nur die Normen für den Cultus, sondern auch Verfügungen über die verschiedensten äußeren Rechtsverhältnisse der Kirche, die Visitationen, die Stellung der Superintendenten und der Consistorien, die Besetzung der Kirchenämter, die Immunitäten der Kirchendiener und Verwaltung des Kirchengutes u. s. w. enthält. Erst seit dem achtzehnten Jahrhundert findet sich eine strengere Sonderung, mit der dann der Name „Agende“ für die liturgischen Formulare ausschließlich üblich geworden ist.

In Beziehung auf

II. das Recht, die Liturgie zu bestimmen, kann, so viel den allgemeinen Grundsatz anlangt, hier auf den Artikel Evangelische Kirchenverfassung verwiesen werden. Bekanntlich

Christl. Cultus nach den Grundf. der evang. K. Berlin 1839. Klopffer, Liturgik. Leipz. 1841.

93) Kapp a. a. D. S. 73 flg.

94) Wie die verschiedenen Cultusgesetzgebungen der einzelnen Länder in gegenseitiger Beziehung und Wechselwirkung stehen, ist noch nicht vollständig erörtert. Einen Versuch, dieselben zu gruppiren, gibt Kapp a. a. D. S. 164 flg. Ueber die Anschauungen Luthers: Funk, Geist und Form des von Luther angeordneten Cultus. Berlin 1818. Eine Zusammenstellung und eine Anzahl älterer Kirchenordnungen enthält (bess.) die Kirchenordn. der evang.-luth. Kirche in ihren ersten Jahrb. Berlin 1824.

ist dasselbe in der neueren Zeit, gelegentlich der preussischen Agende, Gegenstand lebhafter Verhandlungen gewesen, die denn, je nach den von den Sprechern gewählten Standpunkten, die aller verschiedensten Resultate geliefert haben⁹⁵). Wie aber auch hier die Ansichten sich kreuzen mögen, es kann nicht zweifelhaft sein, das richtig verstandene Princip der Kirche wehrt jener alles Gemeinleben vernichtenden Lehre, die das Recht der Liturgie ausschließlich dem Regenten übereignet, ohne der Kirche irgend welche Theilnahme zuzugestehen. Daß das Regiment im Gebiete des Glaubens einseitig gesetzgeberisch thätig werden könne, wird Niemand, der der evangelischen Kirche wirklich angehört, behaupten. Ist aber dieses der Fall, wie soll bei einer Gesetzgebung über den Cultus, der schlechthin nur der lebendige Ausdruck des gemeinsamen Glaubens sein soll, ein anderes möglich sein? In der That wird diese nur da ihre Gewähr haben, wo sie nicht einseitig, und wenn dieses auch noch so gründlich durch das Lehramt berathen wäre, von dem Regiment angeordnet, sondern unter Zustimmung der Kirche in das Leben getreten ist. Und für diesen Satz spricht auch das Princip des Cultus, das Princip der Gemeinschaftlichkeit, des freien Zusammenwirkens im Glauben und der Liebe, welches, um sich zu bethätigen, mit Nothwendigkeit das ungetrübteste Vertrauen voraussetzt. Darum fordern wir also für jede neue Agende die Zustimmung der Kirche, indem wir uns rücksichtlich der Form, innerhalb deren diese hervortreten soll, auf die in dem angeführten Artikel gegebene Darstellung zurückbeziehen. Wenn aber jener Consens der Kirche vorliegt, so fragt es sich noch weiter, wie zu verfahren sei, wenn einzelne Gemeinden die Annahme verweigern. Auch in diesem Falle ist eben um der Bedeutung des Cultus willen jeder Zwang unzulässig, sondern hier kann nur durch Belehrung in christlicher Liebe gewirkt werden. Ueberhaupt ist hierbei nicht außer Acht zu lassen, daß, abgesehen von den in der Schrift selbst geordneten Handlungen, die evangelische Kirche nicht in der Einheit der Formen ihr Wesen zu suchen hat.

III. Einzelne Theile des Gottesdienstes.

Der Mittelpunkt des Gottesdienstes sollte, seiner ganzen Bestimmung nach, die Abendmahlsfeier (s. d. Art. Sacramente) bilden, in der die Gemeinschaftlichkeit des christlichen Lebens ihr Ziel und ihren Gipfel hat⁹⁶). Der jetzige Cultus der evangelischen Kirche hat aber allgemein nicht darauf Anspruch, diese Forderung zu befriedigen, da in

95) Pacificus Sincerus (Schleiermacher), das liturg. Recht evang. Landesfürsten. Göt. 1824. Augusti, Erklärung über das Majestätsrecht in kirchl. Dingen. Frankf. 1824. Dessen Nachtrag zu der Schrift: Nähere Erklärung u. s. w. Bonn 1827. * Marheineke, über die wahre Stelle des liturg. Rechtes. Berl. 1825. v. Ammon, die Einführung der Berliner Agende. Dresd. 1825. Schmidt, de iure liturgico principis evangelici. Lips. 1826., deutsch das. 1833. Ueber das Majestätsrecht in kirchl. bef. liturg. Dingen. Braunschw. 1827. Falck, Actenstücke betr. die preuß. Agende. Kiel 1827.

96) Spöfling, von der Composition der christlichen Gemeindegottesdienste, oder von den zusammengesetzten Acten der Communion. Grt. 1837.

den meisten Kirchen die Communion im engeren Sinne nur zu bestimmten Zeiten stattfindet. So ist es geschehen, daß die Predigt das Centrum jedes Gottesdienstes bildet, um das sich die übrigen Theile, die Gebete und Gesänge, bewegen. Nach der Natur der Sache gehört dieselbe in den Kreis der pfarramtlichen Thätigkeit; doch lassen die Kirchengesetze überall auch geprüfte Candidaten und mit Erlaubniß der Superintendenten auch Studierende der Theologie zur Kanzel zu. Die Grundlage der Predigt bilden bald die aus dem katholischen Cultus beibehaltenen Perikopen⁹⁷⁾, bestimmte Schriftabschnitte, die, auf das Kirchenjahr vertheilt, bei dem Gottesdienste gelesen werden, bald besonders von der oberen Behörde vorgezeichnete Texte, bald endlich ist dieselbe der Auswahl des Predigers anheimgestellt. Aber auch wo dieses letztere nicht der Fall ist, fordert es die Bestimmung der Predigt, welche das Schriftwort mit den Zuständen und Bedürfnissen des Gemeindelebens zu vermitteln hat, daß bei individuellen Anlässen dem Geistlichen die Wahl eines passenderen Textes frei bleibe. Rücksichtlich des Verhaltens der Predigt gegenüber den anderen Confessionen müssen die bereits früher dargestellten Grundsätze⁹⁸⁾ gelten, ein Satz, den freilich die intolerante Gesinnung einer vergangenen Zeit anzuerkennen verweigerte, und in gleicher Weise muß auch für die evangelische Predigt gelten, was von der Unzulässigkeit des sogenannten Personalelencus oben gesagt ist. Zwar hat es eine Zeit gegeben, in der die entgegengesetzte Ansicht von einer großen Anzahl evangelischer Geistlicher behauptet wurde. Indessen war dieses doch nur ein Zeichen, daß man sich die Bedeutung der Kirchenzucht überhaupt nicht zum Bewußtsein gebracht hatte. Diese fordert, wie schon an einem anderen Orte auseinandergesetzt wurde, schlechthin das Zusammenwirken des Geistlichen und der Gemeinde; sie verliert ihren Sinn und ihre Wirkung, wenn sie in ein Gericht des strafenden Priesters umschlägt⁹⁹⁾. Wirklich haben auch zuweilen die Kirchenordnungen schon im sechzehnten Jahrhunderte hier beschränkende Verfügungen getroffen¹⁰⁰⁾, wenn schon nicht gesagt werden soll, daß diesen mehr als die Rücksicht auf Erhaltung des äußeren Friedens, ein tieferes Erkenntniß des evangelischen Principes unterliege. Noch viel mehr unzulässig ist es, daß der Geistliche auch das Verhalten der Obrigkeit zum Gegenstande einer Rüge mache, was von den Geistlichen der lutherischen Kirche früher geübt, und als im Bereiche der Kirche liegend vertheidigt wurde¹⁰¹⁾. Dieses war der Ausfluß jener Richtung nach der Hierarchie, die eine Zeit lang sich des lutherischen Clerus bemächtigt hatte, jener Tendenz

97) Augusti, Denkwürdigk. Bb. 6, S. 196 flg.

98) Vgl. die Mittheilungen über die sächs. Gesetzgebung bei Weber, sächs. Kirchenr. Bb. 2, S. 99 flg. Preuß. allg. Landr. II. 11. §. 38.

99) Sächs. Generalart. v. 1580, in dem Codex des sächs. Kirchenrechtes (Leipz. 1840), S. 19 flg. — Preuß. allg. Landr. II. 11. §. 83—85.

100) Puchta, Recht der Kirche (Leipz. 1840), S. 144.

101) Gerhard, loci theol. Loc. XXIV. cap. VI. sect. 2. §. 287. ed. Cotta.

der Carpzove u. a., die als ihren Gegensatz das die Kirche negirende Territorialsystem hervortrieb.

In Beziehung auf die einzelnen bei dem Gottesdienste üblichen Gebete, von denen das Hauptgebet nach der Predigt immer auch die Fürbitte für den Landesherren enthält, und den gemeinschaftlichen Gesang dürfen wir hier auf die liturgische Literatur verweisen; von dem rechtlichen Standpunkte aus reicht es hin zu bemerken, daß der Geistliche nicht berechtigt ist, eigenmächtig von den in der Agende enthaltenen Formularen abzuweichen. Bekanntmachungen weltlicher Natur, wie sie sonst öfters dem allgemeinen Gebete nach der Predigt sich anzuschließen pflegten, sind mit Recht durch neuere Gesetzgebungen untersagt worden.

Endlich sind auch in der evangelischen Kirche als Theil des Gottesdienstes die Catechisationen üblich, bei denen zu erscheinen die Geseze gewöhnlich die jüngeren, seltener auch die erwachsenen, Gemeindeglieder verpflichten¹⁰²).

IV. Von der Verpflichtung zur Theilnahme an dem Gottesdienste.

Die Kirchengesetze bringen den Kirchengliedern ihre Verpflichtung, der Theilnahme an dem gemeinsamen Gottesdienste sich nicht zu entschlagen, oft und nachdrücklich in Erinnerung. Hierbei setzen sie oft auch eine Strafe für das Versäumen¹⁰³), und namentlich bedrohen sie die fortgesetzte Enthaltung vom Abendmahl, von der bei diesem letzteren noch besonders gesprochen werden wird, mit der Entziehung des kirchlichen Begräbnisses. Hieron ist es aber schon längst, und zwar mit Recht abgekommen, weil die evangelische Kirche jede Theilnahme an der gottesdienstlichen Gemeinschaft verschmähen muß, die nicht aus freiem Entschlusse hervorgeht. Deshalb ist es jetzt die Sache der Privatseelsorge, auf lässige Gemeindeglieder einzuwirken, nur dieses sollte; so viel das äußere Recht anlangt, die Regel sein, daß wer sich der Gemeinschaft der Kirche entzieht, auch des Stimmrechts in kirchlichen Gemeindeangelegenheiten verlustig erachtet werden sollte.

Eine sehr wichtige, hier einschlagende Frage ist schließlich diese, in wiefern den Gemeindegliedern das Recht zustehe, sich zu gottesdienstlichen Privatversammlungen zu vereinigen¹⁰⁴). Ueber diese sich auszusprechen boten den Gesetzgebungen die durch Spener eingeführten „collegia pietatis“, später die sogenannten Conventikel Veranlassung. In der That sind die Entscheidungen höchst verschieden; aber wer da sich erinnert, daß das allgemeine Priesterthum ein Grundprincip der Kirche ist, der muß mit Nothwendigkeit zugestehen, es sei ein Recht der Gemeindeglieder, auch außerhalb des gemeinsamen Gottesdienstes in gemeinschaftlichen An-

102) Vgl. z. B. Weber, sächs. Kirchenr. Bb. 2, S. 101 flg.

103) S. z. B. Weber a. a. D. Bb. 2, S. 43.

104) Amtl. Gutachten über die Rechtmäßigkeit und Rathsamkeit frommer Privatgemeinschaften und Zusammentünfte innerhalb der prot. K. (v. Supferr) bei Rheinwald, acta hist.-eccl. 1835. p. 453 sq. — Treffliche Grundsätze entfaltet das württemb. Generalrefer. v. 10. Oct. 1743, das. S. 511 flg.

bachtshungen ihrem religiösen Gefühle Nahrung zu verschaffen. Nur muß hierbei vorausgesetzt werden, daß Vereinigungen dieser Art sich nicht in das Geheimniß zurückziehen, sondern daß der Geistliche, wie die Obrigkeit darum wisse, und beiden der Zutritt nicht verweigert werde. Auf der andern Seite ist aber auch das Kirchenregiment unbedingt berechtigt, in Zeiten separatistischer Aufregung Privatvereinigungen solcher Art zu untersagen. Richter.

Gotteslästerung, Störung des Gottesdienstes¹⁾. Unter Gotteslästerung (*blasphemia* im prägnanten Sinne) versteht man im gemeinen teutschen Criminalrechte den absichtlichen und zum öffentlichen Aergerniß gereichenden Ausdruck der Geringschätzung eines der Gegenstände christlich-religiöser Verehrung. Der Gesichtspunkt für die legislative und dogmatische Auffassung dieses Verbrechens hat unter dem Einflusse der Religion und der steigenden Aufklärung mehrfach gewechselt. Das römische Recht bezeichnet als Motiv seiner harten Straffaction die Befürchtung, daß der Zorn der Gottheit wegen der Lästerung Landplagen verhängen werde²⁾, und das ältere teutsche Recht theilt diese Ansicht³⁾. In dem letzteren tritt aber daneben und zum Theil sogar ausschließlich⁴⁾ die Beziehung auf eine Beleidigung der Gottheit hervor, und dieser Gesichtspunkt ist bis in das vorige Jahrh. der vorherrschende gewesen. Reinerer Begriffe von dem Verhältnisse des Menschen zu dem göttlichen Wesen ließen denselben wieder verlassen und man erklärte nunmehr, namentlich von der Ansicht ausgehend, daß jedes Vergehen eine Rechtsverletzung involviren müsse, die Gotteslästerung für eine Injurie gegen die kirchliche Gesellschaft⁵⁾, oder mit noch eigenthümlicherer Wendung für eine *iniuria ratione cultus divini alicui illata*⁶⁾. In der neuesten Zeit hat man in Gesetzgebung und Wissenschaft anerkannt, daß der Grund der Straf-

1) Die Literatur hinsf. beider Verbrechen s. bei Kappler, *Tit. des Criminalrechtes* §. 191, 192, wo nur hinsf. des ersteren hinzuzufügen ist, von Aet. teren: P. F. Romanus, *D. de blasphemia*. Lips. 1670. A. Bdct. Carpov, *D. de blasphemia*, ib. 1678. (letzterer bes. auf sächsisches Recht bezüglich), und von Neuere: Paul, im *Archive des Criminalr.* VIII. 4. v. Preuschen, ebend., neue Folge 1841, 11.

2) *Διὰ γὰρ τοιαῦτα πλημμελήματα καὶ λιμοὶ καὶ σεισμοὶ καὶ λοιμοὶ γίνονται.* Nov. 77. cap. 1. §. 1.

3) vndt ist bey unsern Zeiten, als offenkundig ist, dergleichen viel vnd mancherley Plagen vnd Straff gefolgt — aus dem Wir die Straff Gottes billich bedenken (Ebnigl. *Sagung von Gotteslästerern* v. 1495), dardurch Gott nicht allein gegen den Uebelthätern, sondern auch den Oberleuten, die solches zu wehren schuldig seynd, und gedulden, zu den Werken des Zorns und erschöcklicher zeitlicher und ewiger Straff bewegt wird. R. P. D. v. 1530 *Tit. I.*, §. 1 und v. 1548 *Tit. I.*, §. 1.

4) *Reichsabschied* v. 1512 *Tit. 4.*

5) Vorzüglich Feuerbach, *Lehrb.* §. 303, und Grolman, *Grundsätze* §. 308.

6) So Stäbel in der *Diss. inaug. quatenus actiones religioni non convenienter ex principiis iuris publici universalis poenis criminalibus coerceri possint?* (Vitemb. 1791.) p. 28.

barkeit der Gotteslästerung in der Nothwendigkeit liege, die sittlich-religiösen Grundlagen des Staates nicht ungestraft dem öffentlichen Ausdruck der Verachtung Preis geben zu lassen⁷⁾.

Auch auf die Feststellung des Thatbestandes haben diese wechselnden Meinungen von dem Grunde der Strafbarkeit Einfluß gehabt. Das römische Recht begnügt sich fast mit dem bloßen Worte der blasphemia, im canonischen Rechte⁸⁾ ist wenigstens ein publice hinzugefügt; die C. C. C.⁹⁾ wird genauer und hat durch ihre Distinction: so epner Gott zumist, das gott nit bequem ist, oder mit seinen worten gott, das im zusteht, abschneidet, schon Veranlassung zu einer unnützen Eintheilung der blasphemia in attributiva und derogatoria gegeben; sehr ausführlich sind die oben angeführten Reichsgesetze; die neueren Gesetzgebungen (vielleicht mit alleiniger Ausnahme der sardinischen¹⁰⁾) geben statt der einzelnen Fälle vielmehr bloß die leitenden Grundsätze an. Gemeinrechtlich scheiner zwei Punkte vorzugsweise im Auge behalten werden zu müssen: die durch die gegenwärtige Stellung der Kirchen in Deutschland zu einander bedingte Beschränkung der in den, zum Theil vor Anerkennung der Protestanten erlassenen, Reichsgesetzen enthaltenen Bestimmungen¹¹⁾, und die nothwendige Rücksicht auf öffentliches, durch die Gotteslästerung gegebenes Aergerniß¹²⁾. Daß die Unterlassung einer bloßen Ceremonie nicht hierher zu rechnen sei, ist anerkannt¹³⁾; ob man hiernach noch zwischen Blasphemie im weiteren Sinne und Gotteslästerung unterscheiden will, so daß unter jener jede dolose Schmähung von Gegenständen religiöser Verehrung, unter dieser nur eine gleiche Handlung in Bezug auf das höchste Wesen verstanden werde, kann man bei der Darstellung des gemeinen Rechtes der Wissenschaft überlassen; legislativ-politisch und im Sinne der meisten neueren Gesetzgebungen wird es sich nicht rechtfertigen lassen, so lange das Ermessen des Richters hier in Bestimmung der Strafe nicht beschränkt wird.

Das römische Recht strafe die Gotteslästerung mit dem Tode, das

7) Man kann hinf. dieses Gesichtspunktes wohl ziemlich allgemein Uebereinstimmung annehmen, wenn gleich innerhalb desselben noch immer differente Ansichten sich darlegen. So bekämpft noch v. Preuschen a. a. D. Paul's und Rittermaier's Ansicht, ohne doch zu einem anderen Resultate zu kommen.

8) Cap. 2. X. de maledicis.

9) Art. 106.

10) Siehe bei Rittermaier zu Feuerbach S. 427, 13. Ausg.

11) S. Feuerbach §. 304, Note d.

12) S. Marezoll, Lehrb. S. 471, Note 1. Dieselbe scheint sehr verkannt zu sein in den beiden, in Demme's Annalen Bd. 3, S. 102 und Bd. 5, S. 279 mitgetheilten Entscheidungen sächsischer Gerichtshöfe aus ziemlich neuer Zeit, während z. B. in einem schon von Fißig (Zeitschr. Bd. 20, S. 145) veröffentlichten Falle eine von einem Juden gegen zwei Christinnen auf dem Boden seines Hauses ausgestoßene Schmäherei gegen die Person Christi nicht für eine öffentliche erachtet ward.

13) Martin, Lehrb. §. 271, Nr. 10. Abegg, Lehrb. S. 708.

canonische mit Selbstbuße¹⁴⁾ bis zu 40 solidi (neben der kirchlichen Strafe). Die Reichsgesetze erkennen verschiedene Gradationen an, deren höchste, Todesstrafe, die übrigen verschiedene, dem richterlichen Ermessen überlassene Leibesstrafen sind, womit Infamie coincidirt. Auch die Nichtanzeige des Verbrechens ist nach ihnen strafbar¹⁵⁾. Die teutschen Particulargesetzgebungen haben meist Gefängnißstrafe höchstens bis zu 2 Jahren.

Verschieden von der Gotteslästerung kann auch eine wirkliche Injurie gegen die Kirche als eine Gesellschaft vorkommen¹⁶⁾.

Störung des Gottesdienstes¹⁷⁾ ist die durch widerrechtliches und absichtliches Verhalten herbeigeführte Hinderung oder Unterbrechung einer öffentlichen Handlung des christlichen Gottesdienstes. Im schwersten Falle, dem der gewalthätigen Verhinderung des Geistlichen in seinen Amtsverrichtungen, drohte das röm. Recht Todesstrafe¹⁸⁾; die gemeinrechtliche Praxis hat auch für diesen, wie das röm. Recht schon für die anderen Fälle, arbiträre, meist Freiheitsstrafe eingeführt, und die neueren Gesetzgebungen der einzelnen teutschen Territorien gehen gleichfalls bis zu mehrjähriger Freiheits- (und zwar meist Arbeitshaus-) strafe, wobei sie noch zwischen den nächsten Objecten des Verbrechens, jedoch mehr den Worten, als den Strafbestimmungen nach, zu distinguiren pflegen.

H. Schletter.

Grenze (Gränze), Schnebe, Achte, Mark, Untermark, Laag, eigentlich das Ende einer Sache, daher lateinisch finis¹⁾ (im mittelalterlichen Latein grenicia), dann der Punkt oder die Punkte, wo die Enden mehrer Gegenstände an einander stoßen. Und da mehrere Punkte eine Linie bilden, selten aber eine Grenze nur an Einem Punkte vorhanden ist, in der Regel auch der Ausdruck von unbeweglichen Gegenständen gebraucht wird; so versteht man darunter gewöhnlich die *Linie*, in welcher neben einander liegende Grundstücke an einander stoßen²⁾ — *Grenzlinie*, *Grenzzug*. So im gegenwärtigen Artikel, worin der figürliche Gebrauch des Wortes Grenze in der juristischen Sprache, namentlich bei der Lehre vom Auftrag, als Grenzen der Com-

14) Auch noch das franz. Gesetz v. 17. Mai 1819 hat Selbststrafe von 16—500 Francs für tout outrage à la morale publique et religieuse.

15) S. bes. R. P. D. v. 1548 Tit. I, §. 8.

16) Abegg S. 708. Feuerbach §. 308.

17) Vgl. Bülow u. Pagemann, pract. Erdr. Bb. 1, S. 73 und Abegg in Schundt's Jahrbüchern Bb. 21, S. 294, der namentlich gegen Ausdehnung dieses Verbrechens auf in der Kirche, aber vor der Versammlung der Gemeinde, oder doch vor dem rituellen Anfange des Gottesdienstes vorgefallene Störungen warnt.

18) L. 10. C. de episc. et cler. (1. 3.) — Nov. 123. cap. 31.

1) v. Pölitz (praes. Thomae), discursus iuridicus de finibus. Jenae 1651. Fischer, Cameral- und Polizeirecht Bb. 2, §. 911 flg.

2) Abelung, Wörterbuch der hochdeutschen Mundart u. d. W. Gränze. F. X. Weiske, Handbuch des Landwirtschaftsrechtes §. 119, 120.

mission (s. u. Commission 2. Bd. S. 704), der Vollmacht, der Staats-³⁾ und der deutschen Bundesgewalt⁴⁾ u. s. w., auf die diesfalligen Artikel hiermit verwiesen und der Gebrauch des Wortes Grenze in der Bedeutung von Grenzzeichen⁵⁾ (s. w. u.) nur der Vollständigkeit halber erwähnt wird. Die Linie, in welcher gewisse Grundstücke an einander stoßen, braucht aber nicht eine körperliche Linie zu sein, durch welche die Trennung eines von dem anderen erfolgt; sie ist an sich eine unkörperliche, eine bloß mathematische Linie⁶⁾. Oft wird sie hingegen zu einer körperlichen dadurch, daß ein körperlicher, ~~von~~ einem Orte zum anderen hin erstreckender Gegenstand, z. B. eine Mauer, ein Fluß u. s. w., mit der Grenzlinie in gleicher Richtung und so hinläuft, daß seine Mitte die Grenzlinie beider Nachbargrundstücke aufnimmt, daß dieser Gegenstand selbst die Grenze bildet. So war es das Areal von 5 Fuß, welches nach dem älteren römischen Rechte zwischen den Aeckern verschiedener Eigenthümer unbebaut liegen sollte⁷⁾. Der Ort, auf welchem sich die Grenze, körperlich oder unkörperlich, befindet, heißt die Grenzscheide, Grenzcheidung⁸⁾. Da die scharfe Begrenzung des Rechtes jedes Berechtigten zur Erhaltung des Rechtszustandes im Staate unumgänglich nöthig ist, so gehört die genaue Bezeichnung der Punkte an Grundstücken, bis wie weit einem oder dem Anderen ein Recht daran zusteht, zu den vorzüglichsten Mitteln der Erhaltung des Rechtszustandes bei Grundstücken. Haben die beiden an einander stoßenden Grundstücke einen und denselben Eigenthümer, so liegt es in der Natur des Eigenthumsrechtes, daß derselbe, ohne daß ihn Jemand, der nicht ein anderes dingliches Recht auf den Grundstücken hat, daran hindern kann, die Grenzen dieser seiner Grundstücke mit gewissen Grenzzeichen zu bemerken, sein Eigenthum einzufassen befugt ist⁹⁾. Dahingegen darf er zwischen seine und seiner Nachbarn Grundstücke Grenzzeichen, die also der Grenzlinie selbst stehen, da diese ihm und den Nachbarn gemeinschaftlich gehört, ohne der Ersteren Zustimmung nicht setzen. Wohl aber kann er sein Eigenthum einzufassen, wenn er mit dem Einfassungsmittel auf seinem eigenen Grundstücke bleibt und da, wo nach den Landesgesetzen eine gewisse Entfernung solcher Einfassungsmittel von der Grenze vorgeschrieben ist, diese Entfernung einhält. Dann aber bezeichnet auch das Einfassungsmittel die Grenze nicht, ist nicht ein eigentliches Grenzzeichen, ist nicht die Grenze. Da das Eigenthum nicht das einzige Realrecht an Grundstücken ist, so lassen sich, außer den, allerdings die

3) Maurenbrecher, Grundsätze des deutschen Staatsrechtes §. 39.

4) Ebenbaselst §. 113.

5) Abbelung a. a. D. Pagemann, Landwirtschaftsrecht §. 161. Glük, Pandectencommentar Th. 10, §. 717, S. 433.

6) Weiske a. a. D. §. 120, S. 116.

7) L. 13. D. fin. regund. (10. 1.) L. 5. C. eod. (3. 39.)

8) Abbelung a. a. D., wo mit Recht dieser letzte Ausdruck auch von der Grenzberichtigung (s. w. u.) gebraucht wird.

9) Pagemann a. a. D. §. 162. Strube, rechtliche Bedenken, Spangenberg'sche Ausgabe, Weid. 195. (I, 178.)

Hauptgattung der Grenzen ausmachenden Eigenthumsgrenzen, noch manche anderen Grenzen in Beziehung auf Grundstücke denken, und zu deren Bezeichnung werden gleichfalls die Grenzzeichen oft gebraucht¹⁰⁾. So haben schon die verschiedenen Grundstücksarten, Wäsen, Felder, Wälder, insonderheit aber Gärten und Höfe — letztere beiden gewöhnlich durch Mauern, Zäune, Stäbete — ihre bezeichneten Grenzen. Oft sind bei Servituten, z. B. Hut- und Weide-, Jagdgerichtigkeit u. s. w. — Hutsäulen, Jagdsäulen — die Grenzen bezeichnet; man findet da, wo noch Frohne existirt, die Stäben durch Steine u. s. w. abgetheilt, bis wie weit die Frohner ihr Frohnen, Aekern, Mähen u. s. w. zu verrichten haben — Theilsteine u. s. w.

Der Zweck der Bezeichnung der Grenze durch gewisse Grenzzeichen, der Annahme gewisser auf der Grenzschelte befindlichen Gegenstände als Grenzzeichen, als Grenze im rechtlichen Sinne mit den rechtlichen Effecten der Grenze, ist nach Obigem die Sicherstellung der Verhältnisse derjenigen Personen gegen einander, welchen gewisse Rechte bis zur Grenze zustehen, der Grenznachbarn, Adjacenten (*confines*)¹¹⁾, in wie weit diese Rechte von der Grenze abhängen, der Nachbarrechte¹²⁾ in dem angegebenen Sinne¹³⁾. Das römische Recht, mit welchem im Principe selbst einige Landesgesetze¹⁴⁾ übereinstimmen, behält das Eigenthum an den auf einem Grundstücke stehenden Bäumen dem Grundstückeigentümer ganz vor und gestattet nur dem Nachbar, auf dessen Grundstück der Baum übergeht, sich dagegen durch Klagen dahin, daß die in das Nachbargrundstück übergehenden Wurzeln¹⁵⁾, ingleichen die herabhängenden Zweige auf 15 Fuß hoch¹⁶⁾, abgehauen werden, und daß der Eigenthümer die auf des Nachbarn Grundstück gefallenen Früchte an jedem dritten Tage auflese¹⁷⁾. Anders die deutschen Gesetze. Aus Zusammenstellung zweier sächsischen Gesetze sammt der Glossa dazu¹⁸⁾ hat sich überall, wo sächsisches Recht gilt, das in dem teutschen

10) Weiske a. a. D.

11) Adelung a. a. D. Weiske a. a. D. §. 130.

12) Koch, vom Nachbarrecht, vermehrt von Joh. Jodocus Beck. Nürnberg 1744. Prosch, die Rechte der Nachbarn, Schwerin 1826, und die in Rittermaier, Grundf. des teutschen Privatrechtes §. 112 in den Noten, besonders Note 6 genannten Schriftsteller.

13) Verschieden von den Nachbarrechten, als Antheilen am Gemeinberechte, Rittermaier a. a. D. §. 112. Runde, Grundf. des teutschen Privatrechtes §. 312.

14) Das preuss. Landrecht Th. 1, Tit. 9, §. 287 erlaubt zwar das eigenthümliche Abhacken der in den Nachbargarten überlaufenden Wurzeln, besieht aber die Abgabe des dießfalligen Holzes an den Baumeigentümer. Aehnlich das bayerische Civilgesetzbuch Art. 677.

15) L. 6. §. 2. D. arborum furtim caesarum. (47. 7.)

16) Tit. Dig. de arboribus caedendis. (43. 27.)

17) Tit. Dig. de glande legenda. (43. 28.)

18) Sächsisches Landrecht Buch 2, Art. 52 und sächsisches Reichsbiß Art. 126. Vgl. Stryk, usus modernus pand. Lib. 43. Tit. 29. §. 1. Prosch a. a. D. S. 60.

Sprichworte: „Was in des Nachbars Garten fällt, das ist sein“¹⁹⁾, ausgedrückte Princip festgestellt. Danach ist jeder Grundstücksbesitzer Herr des Baumes, dessen Stamm aus seinem Grunde hervorkommt, die aus des Nachbars Grundstück hängenden Früchte und Aeste aber kann dieser abhauen und sich so, oder wenn sie abgefallen sind, zuerlegen — Ueberhangs-, Ueberfallsrecht, Anriß²⁰⁾. Dieser Grundsatz ist theils in andere teutsche Rechte übergegangen, theils findet er sich in solchen selbst ursprünglich²¹⁾, so daß man ihn häufig als gemeines teutsches Recht annimmt²²⁾. Nach der richtigeren Meinung muß, wo seine Gültigkeit nicht nachgewiesen werden kann, die Gültigkeit der römischen Rechtsgrundsätze präsumirt werden²³⁾. Wo aber auch der erwähnte teutschrechtliche Grundsatz gilt, ist er doch auf Gemeinden nicht anwendbar, rücksichtlich der auf die Gemeindegrundstücke überhängenden Nachbarbäume²⁴⁾. Auch gehört der auf der Grenze selbst stehende Baum, sowohl nach römischem als teutschem Rechte, beiden Nachbarn gemeinschaftlich²⁵⁾. (Ueber das Nachbarrecht²⁶⁾ (*jus vicinitatis*) in Bezug auf Gebäude und namentlich beim Bauen, vergl. Bd. 4 S. 453 fig. u. d. W. Gebäude.)

Der Zweck der Erhaltung des Rechtszustandes im Staate durch gehörige Abgrenzung der Besitzungen begründet das vom Nachbarrechte verschiedene Grenzrecht²⁷⁾. Das Grenzrecht in der vorliegenden Bedeutung²⁸⁾ besteht subjectiv, inwiefern die Rede von dem Besitzer des begrenzten Gegenstandes ist, in dem Rechte, jeder Verachttheiligung der Grenze entgegenzutreten und die richtige Grenze aufrecht zu erhalten²⁹⁾, inwiefern es sich um die treffende Staatsbehörde handelt, in dem Rechte selbst oder durch Unterbehörden die Grenzen sowohl der Besitzungen des Staates, als der der Einzelnen und ihrer Corporationen im Staate zu

19) Eisenhart, Grundsätze der teutschen Rechte in Sprichwörtern S. 230 (214).

20) Prosch a. a. D. S. 57 fig., besonders S. 58.

21) Ebendaf. S. 60 fig.

22) Kunde a. a. D. §. 276.

23) Danz, Landbuch zu Kunde's Grundf. §. 284b. Mittermaier a. a. D. §. 147.

24) Prosch a. a. D. S. 75 fig. Mittermaier a. a. D.

25) L. 19. pr. D. communi divid. (10. S.) Weiske a. a. D. §. 82 u. 83. Krause, de iure in arbores vicini in nostrum prominentes aërem. Viteb. 1765.

26) Die neueste Schrift über preussisches Particularrecht in dieser Beziehung ist Grein, die Rechtsverhältnisse der Nachbarn in Bauangelegenheiten. Berlin 1842.

27) Dassov, de iure finium. Vit. 1676. Link, de iuribus finium. Jenae 1677. v. Rotermundt (praes. Gerdes), disp. de iure finium. Gryphisw. 1683. Oettinger, de iure et controuv. limitum. Augsb. 1689. Joh. Jobocus Beck, vollständiges Recht der Grenzen und Marksteine, 4. Ausg. Nürnberg 1754. (Nürnberg u. Frankfurt 1722.) Stier, de iure et controversiis limitum.

28) Nicht das mit Gastgericht, Gastrecht, gleichbedeutende Grenzrecht.

29) Weiske a. a. D. §. 132.

bewahren, zu untersuchen und zu bestimmen³⁰⁾, endlich objectiv in dem Complexe der diesfalligen rechtlichen Principien des geschriebenen und ungeschriebenen Rechtes. Das Grenzrecht wird gewahrt a. vom Privatbesitzer durch Grenzanzlegung, Grenzbeziehung und Grenzregulirung auf eigenen Grundstücken ohne weiteres, hingegen auf mit einem Grenznachbar gemeinschaftlicher Grenze durch dieselben Mittel nach vorausgegangener Vereinigung und gemeinschaftlich mit ihm, außerdem durch Anrufung der Obrigkeit; b. von den Staatsbehörden rücksichtlich des Staatseigenthums durch jene Mittel, jedoch wenn der Grenznachbar nicht eine Privatperson, sondern ein auswärtiger Staat und mit diesem eine Vereinigung nicht zu treffen ist, durch die im Staats- und Völkerrechte diesfalls enthaltenen Bestimmungen. Tritt hingegen die Staatsbehörde ohne eigenes Interesse ein; so liegt ihr, als Polizeibehörde, die Ueberwachung der Grenzen durch Grenzzüge u. s. w. ob. Als Richter hat sie, nach den diesfalligen processualischen Vorschriften, auf Anrufen einer Partei, oder Beider, wiewohl unter Mithülfe der angegebenen Mittel, zu verfahren. Man hat, um diese Verhältnisse zu erläutern, die Grenzen in Landesgrenzen, innere Grenzen und in äußere und innere Grenzen, d. s. Grenzen der auf In- und Ausland sich erstreckenden Gerechtigkeiten, eingetheilt³¹⁾. Besser möchte sich die Sache in folgender Maße darstellen lassen.

Zu den Grenzen, welche nicht wegen des Eigenthums an Grund und Boden vorhanden sind, wohl aber sich auf einen Grundstückscomplex beziehen (s. S. 882), gehören die Staatsgrenzen. Sie sind die Hauptart der den Privatgrenzen, d. i. den Grenzen der Besitzungen der Privatpersonen, entgegengesetzten öffentlichen Grenzen, welche zur Absonderung der Besitzungen der Gemeinden und andern Corporationen, der Fluren, Gerichtsbezirke, Provinzen, Territorien u. s. w. dienen³²⁾. Von allen diesen, mit Ausschluß der nachstehend besonders behandelten Staatsgrenze, wird das Nöthige gelegentlich bemerkt werden. Nur rücksichtlich der Gerichtsgrenze kann hier nicht unerwähnt bleiben, daß, im Falle der Begehung eines Verbrechens auf der Grenze das gesetzlichste Auskunftsmittel unstreitig die Verhandlung des Criminalprocesses vor einem aus beiden Gerichten zusammengesetzten gemeinschaftlichen Gerichte sein würde. In der Regel werden auch die Landesgesetze darüber, was in diesem Falle zwischen Gerichten eines und desselben Territoriums stattfinden soll, hingegen die jetzt in Deutschland so häufigen Conventionen der verschiedenen Bundesstaaten wegen Beförderung der Criminalgerichtspflege darüber, wie es in solchem Falle zwischen Gerichtsstellen der verschiedenen Territorien zu halten ist, klare

30) Uebersetzung a. a. D.

31) Seweloh, Grenzrevision und Grenzregulirung. Fulda 1808.

32) Jac. Brunneemann, diss. de iure limitum provincialium. Hildebrand, de finium provincialium et publicorum visitatione. Alt. 1716. Menius, diss. de finibus territorii. Lips. 1740. Weiske a. a. D. §. 122. Gluck a. a. D. Th. 10, §. 720 u. 721, S. 457.

Masse geben. Wo aber diese particularrechtlichen Dispositionen fehlen und die beiden Gerichte zur Niederlegung eines gemischten Gerichtes nicht zu bewegen sind, da wird in der Regel das *forum praeventionis* bezüglich *deprehensionis*, zumal bei der in Teutschland sehr allgemein grundgesetzlichen Verweigerung der Auslieferung der Verbrecher, den Vorzug geltend machen³³). Die Staatsgrenze aber anlangend, läßt sich kein Staat ohne die objective Basis eines Landes denken, und das Staatsgebiet besteht aus dem Landesbezirk, den die Gesamtheit der Staatsbürger bewohnt³⁴), oder, anders ausgedrückt, aus demjenigen Theile der Erde, welcher der freien Wirksamkeit des fraglichen Staats und seiner Gewalt — Staatsgewalt — unterworfen ist³⁵). Der teutsche Bund scheint hiervon eine Ausnahme zu machen, inwiefern er mit einem eigenen Staatsgebiete nicht versehen ist, vielmehr nach dem ersten Artikel der Bundesacte „die souveränen Fürsten und freien Städte Teutschlands mit Einschluß Ihrer Majestäten des Kaisers von Oesterreich und der Könige von Preußen, von Dänemark und der Niederlande, und zwar der Kaiser von Oesterreich und der König von Preußen, beide für ihre gesammten, vormals zum teutschen Reiche gehörigen Besitzungen, der König von Dänemark für Holstein, der König der Niederlande für das Großherzogthum Luxemburg, sich zu einem beständigen Bunde vereinigten, welcher der teutsche Bund heißen soll.“ Sonach kann man nur behaupten, daß die Staaten dieser einzelnen Souveräns das Bundesgebiet ausmachen³⁶). Es hat aber jeder einzelne Bundesstaat seine Territorialgrenzen, welche durch Verträge mit den Nachbarstaaten, Herkommen und Besitz festgestellt zu sein pflegen³⁷). Diese Territorialgrenzen, so weit sie mit dem Auslande, d. h. mit nicht am teutschen Bunde theilhaftigen Staaten zusammenstoßen, bilden die Grenze des teutschen Bundes — die Bundesgrenze. Ob jedoch gleich das Bundesgebiet in sofern als ein geschlossenes Ganze in den teutschen Grundgesetzen dargestellt wird, in wiefern kein Theil desselben ohne Zustimmung des Bundes veräußert werden darf, und jede Verletzung der Grenzen eines Bundesstaates als Verletzung des Gebietes des teutschen Bundes selbst angesehen wird; so unterscheidet sich doch das teutsche Bundesgebiet dadurch von den Staatsgebieten der einzelnen Bundesstaaten, daß seine Grenzen in einigen Theilen nicht mit den dort befindlichen Grenzen der geschlossenen Bundesstaaten zusammenfallen, sondern mit den alten Grenzen des teutschen Reiches, welches kein *territorium clausum* war³⁸). Unter diesem letzten

33) Vgl. Glüd a. a. D. Th. 6, §. 517, S. 311 ff.

34) v. Aretin, Staatsrecht der constitutionellen Monarchie Bd. 1, Th. 1, I, §. 1, S. 141. Vgl. Schmalz, das teutsche Staatsrecht §. 7.

35) Maurenbrecher a. a. D. §. 59. Schmid, Lehrbuch des teutschen Staatsrechtes §. 78, S. 129.

36) Klüber, öffentliches Recht des teutschen Bundes §. 87. Maurenbrecher a. a. D. §. 102.

37) Klüber a. a. D. §. 92.

38) Maurenbrecher a. a. D. §. 102 verb: mit §. 64.

Ausdruck — geschlossenes Staatsgebiet im Gegensatz von offenem Staatsgebiete (*territorium non clausum*)³⁹⁾ — versteht man ein solches, worin der äußere Umfang der Wirksamkeit der Staatsgewalt durch die Grenzen des Areals so bestimmt ist, daß Alles ihr unterliegt, was sich innerhalb dieser Grenzen des Areals befindet: *Quicquid est in territorio, etiam est de territorio*⁴⁰⁾. Die einzelnen deutschen Bundesstaaten sind aber sämmtlich *territoria clausa*⁴¹⁾. Im Voraus muß hier bemerkt werden, daß es, nach den Ansichten beinahe aller deutschen Publicisten der verschiedensten Schulen⁴²⁾, keine natürliche Grenze des Staates im Sinne des Privatrechts (s. w. u.) gibt. Wohl aber sieht ein Theil der deutschen Publicisten, das wesentliche Kriterium der Nationalität in der Sprache findend und so für die Staaten Nationalgrenzen annehmend, diese, nicht aber Flüsse, Berge u. s. w., als die natürlichen Staatsgrenzen an⁴³⁾. Die oben (S. 885) näher charakterisirten Grenzen der einzelnen Bundesstaaten sind, eben nach diesem Charakter, politische Grenzen. Sie sind, in wiefern sie auf positiven Bestimmungen beruhen, entstanden theils durch rechtliche Entscheidungen, theils durch europäische Völker-, theils durch deutsche Bundesverträge, worunter in dieser Beziehung die Wiener Congressacte vom 9. Juni 1815 und der Frankfurter Territorialrecess vom 20. Juli 1820 besonders zu bemerken sind⁴⁴⁾, theils endlich durch Staatsverträge der einzelnen Bundesstaaten unter einander. Zum Behufe der Letzteren und zu Berichtigung und Festsetzung dieser Territorialgrenzen werden in der Regel von beiden Seiten Grenzcommissionen ernannt⁴⁵⁾, welche auch die Rechte der beteiligten Privatpersonen, namentlich der Adjacenten an der Landesgrenze, mit zu berücksichtigen und jene daher, so weit als nöthig, zuzuziehen haben. Führen solche Verhandlungen freilich nicht zum Zwecke, so bleibt nichts übrig, als die Vermittelung des Bundestages nachzusuchen, nach dessen fruchtlosem Bemühen die Sache an eine Austrägalinstanz gelangen würde⁴⁶⁾. Zur Erhaltung der bestehenden Grenzen und ihrer Rechte steht den einzelnen Territorialherren die Grenzpolizei zu⁴⁷⁾, so wie denn zur Aufsicht

39) *Non clausum dicitur, ubi plures domini in certo districtu, ita iurisdictione territoriali gaudent, ut quilibet in suos homines, eorumque bona et res eandem privative exercent; Moscow, principia iuris publici p. 386.*

40) Maurenbrecher a. a. D. §. 59.

41) Maurenbrecher a. a. D. Note c.

42) Maurenbrecher a. a. D. besonders Note d. Staatslexikon von Rottet und Welcker Bd. 7, unter dem Worte: Grenze, S. 108.

43) Rottet-Welcker a. a. D. S. 106 flg., besonders 107 und 109. Vgl. Pölig, Jahrbücher der Geschichte und Staatskunst, Juni 1836, S. 499 flg.: Ueber die so genannten natürlichen Grenzen der Staaten.

44) Maurenbrecher a. a. D. §. 137.

45) Klüber a. a. D. §. 92.

46) Klüber a. a. D. §. 216. Maurenbrecher a. a. D. §. 111 u. 118.

47) Maurenbrecher a. a. D. §. 196, Note g.

auf die Grenzen in manchen Staaten Beamte unter dem Namen Grenzräthe⁴⁸⁾, Grenzcommissarien u. s. w. angestellt sind. Inwiefern übrigens die nachstehenden Grundzüge des Privatrechtes und Einrichtungen rücksichtlich der Privatgrenzen auf die Staatsgrenzen analog Anwendung finden, dies beruht auf den allgemeinen Grundzügen über Anwendung des Privatrechtes in staatsrechtlichen Angelegenheiten. Zu bemerken ist nur noch, daß, wenn gewisse Districte, Communen u. s. w. officieil als Grenzämter, Grenzfestungen⁴⁹⁾, Grenzstädte⁵⁰⁾, Grenzdörfer bezeichnet werden, die Grenzen des diesfalligen Gebiets in der Regel auch die Territorialgrenze bilden.

Sollen die Privatgrenzen ihre Bestimmung, Sicherung des Rechtszustandes im Staate, erreichen, so müssen sie — dies sind unumgänglich nothwendige Erfordernisse — deutlich, um erkannt zu werden, fest, um nicht der Veränderung zu unterliegen, und von den Interessenten (entweder freiwillig oder durch rechtliches Erkenntniß) anerkannt sein⁵¹⁾. Zufällige Eigenschaften der Grenzen aber sind diejenigen, welche sie in Folge ihrer Entstehung oder ihres Zweckes erhalten. In dieser letzten Beziehung sind sie, je nach Beschaffenheit des Gegenstandes, den sie begrenzen sollen, Eigenthums-, Haus-, Hof-, Dorf-, Feld-, Flur-, Jagd-, Forst-, Gerichts-, Fischerei-, Weide- u. s. w. Grenzen⁵²⁾. Vorzüglich unterscheiden sich von den Landgrenzen die Wassergrenzen und zwar erstlich in wiefern bei der Wassergrenze Wasser und Land theilhaftig sind. Bei einem Wassergrundstücke, namentlich bei stagnirenden Seen und Teichen, gibt der gewöhnliche volle Wasserstand, Wasserspiegel das Merkmal ab⁵³⁾, wasach, wenn durch Entwässerung der Umfang zweifelhaft worden ist, derselbe mittelst Nivellements ausgemittelt werden kann. Der Wasserspiegel selbst pflegt durch sogenannte Spiegelspähle bezeichnet zu werden. Bei Flüssen, Strömen und Bächen wird zwar die Fahrwasserhöhe, der ordentliche mittlere Wasserstand und Lauf (naturalis rigor, perpetua sui mensura in der Gesetzesprache⁵⁴⁾), so daß der Strom zu seinem gewöhnlichen Gebrauche, sei es Schifffahrt, Flöße, Uebersehen in Rähnen und Schiffen, oder Fischerei u. s. w., tauglich ist, berücksichtigt, und es werden als Grenzen des Stromes und Flußbettes in privatrechtlicher Beziehung die Linien angenommen, welche das Wasser an beiden Ufern bezeichnet⁵⁵⁾; allein die Souveränitätsgrenze ist in der Regel die Mitte des Flusses, bei Brücken die Mitte der Brücke, wiewohl neuerlich als solche auch zuweilen der Thalweg, d. i. der das Fahrwasser stets

48) Schnaubert, Anfangsgründe des Staatsrechtes §. 164.

49) Adelung a. a. D.

50) Ebenbaselbst.

51) Weiske a. a. D. §. 123, S. 120.

52) Hagemann a. a. D. §. 161. Glöck a. a. D. §. 717, S. 483.

53) Hagemann a. a. D. §. 163, Note 9. Weiske a. a. D. §. 133.

54) L. 1. §. 5. D. de fluminibus ne quid etc. (43. 12.)

55) Hagemann a. a. D. Weiske a. a. D. §. 133 u. 134.

bildende stärkste und tiefste Stromstrich, angenommen worden ist⁵⁶⁾. Anders ist es bei der Ufergrenze. Denn während bei der Teich-, Bach-, Fluß- u. s. w. Grenze nur der Mittelwasserstand, das Wasser, welches der Fluß u. s. w. in seinem gewöhnlichen Flußbette faßt, in Betrachtung kommt, fängt das Ufer (ripa), die Ufergrenze da an, wo das Land vom Mittelwasser bespült wird, und endigt, wo der höchste Wasserstand (plenissimum flumen) ist⁵⁷⁾. Zweitens: Da, wo die Grenze des Wassers selbst nur im Wasser gebildet wird⁵⁸⁾, geschieht dies entweder durch darin befindliche Inseln, Griesen u. s. w. oder durch Annahme eines gewissen Maßes vom Ufer an, und es pflegt diese Grenze durch eingepflanzte Signalruthen, oder durch Flaggen auf dort schwimmenden, angeankerten Rähnen, Tonnen u. s. w. bezeichnet zu werden⁵⁹⁾. Eine andere, ihrem Zwecke nach von den gewöhnlichen sich unterscheidende Grenze ist die, welche die Rechte, Besizungen u. s. w. unter der Erde sondert. Dies geschieht durch Grenzzeichen, gewöhnlich Grenzsteine (Lochsteine genannt), welche senkrecht (seiger) über der unterirdischen Grenze auf der Erdoberfläche gesetzt werden und worauf sich in den Urkunden (Muthbüchsen, Muthzetteln) bezogen wird. Die Lochsteine müssen übrigens eben solche Steineier (s. w. u.) haben, wie andere Grenzsteine. (Vergl. den Art. Bergrecht, 5. Bd. S. 952). Wenn aber zwei Zechen (dem Unternehmer zum Bergbau zugetheilte Masse, Zehen) durchschlägig worden sind, d. h. wenn die Arbeit darin so weit gediehen ist, daß Beide an einander kommen, so wird, auf Ansuchen, als Grenzzeichen eine Erbstufe, Markscheidstufe, in Weisheit der Geschworenen und Vorsteher, im gevierten Felde in seigergerader Richtung (s. Bergrecht a. a. D.) geschlagen⁶⁰⁾. Es ist ein Theil der Markscheidkunst, den Punkt, wo dies geschehen muß, anzugeben und die Grenzen der unter der Erde befindlichen Gruben eines über der Erde vermessenen Grundstückes besonders nach gedachten Lochsteinen aufzufinden. Tritt Zweifel darüber ein, welcher von mehreren Markscheidzügen, d. i. vermessenen Punkten, der richtige sei, so wird von einem dritten Markscheider (Geometer des Bergamtes⁶¹⁾) ein Wehrzug gemacht, d. i. die Ausmessung, wodurch der Zug des einen oder andern Markscheiders verworfen (gewehrt) wird⁶²⁾.

Die zufälligen Eigenschaften der Grenzen in Folge ihrer Entstehung beruhen auf dem Unterschiede zwischen natürlichen und künstlichen Grenzen⁶³⁾. Der Unterschied dieser beiden hängt

56) Klüber a. a. D. §. 92.

57) Weiske a. a. D. §. 135.

58) Thiloisius, de iure limiti in aquis constituti.

59) Weiske a. a. D. §. 136.

60) Hake, in dem nachstehend citirten Commentar §. 210. Weiske a. a. D. §. 137.

61) Hake, Commentar über das Bergrecht (Eulzbach 1823), §. 102.

62) Ebendaf. §. 586.

63) Glück a. a. D. Th. 10, §. 720, 721, S. 456. Hagemann a. D. §. 162. Weiske a. a. D. §. 119, 121.

aber wieder davon ab, je nachdem das Grenzzeichen ein künstliches oder natürliches ist. Grenzzeichen, Grenzmal, Malzeichen (terminus) ist jeder körperliche Gegenstand, der zur Bezeichnung der Grenze einer Besizung gebraucht wird⁶⁴). Werden zufällig am Orte der Grenze befindliche, von der Natur erzeugte, wenn auch unter Beiwirkung von Menschenhänden in den jetzigen Zustand gebrachte Gegenstände zu Grenzzeichen angenommen, so sind dies natürliche Grenzzeichen, natürliche Grenzen (termini naturales). Dahin gehören Grenzberge, Bergrücken, Thäler, Hügel⁶⁵), Straßen, Wege⁶⁶), Raine⁶⁷), Felsen, Bäume, Wälder, Hölzer⁶⁸), Wasser⁶⁹), Flüsse, Bäche, Seen, Teiche u. s. w. Ein mit natürlichen Grenzen versehenes Grundstück hieß bei den Römern ager arcifinius; im Gegensatz von ager limitatus (unserem Teutschen: versteineter Acker, versteinete Grenze, d. i. Acker und Grenze mit Grenzsteinen versehen, entsprechend), welches ein Grundstück anzeigte, das mit öffentlich hergestellten und anerkannten Grenzen versehen war⁷⁰). Rücksichtlich der natürlichen Grenzen ist nur zu bemerken, daß bei Grenzflüssen der Thalweg (s. S. 887) als die eigentliche Grenze beider anliegender Grundstücke angesehen wird⁷¹), daß, so wie die Grenze überhaupt, so auch Grenzwasser, Grenzwege, Grenzraine u. s. w. gewöhnlich den Adjacenten auf beiden Theilen gemeinschaftlich gehören, und daß die Grenzbäume auch häufiger zu den künstlichen Grenzzeichen gerechnet werden⁷²). Grenzbäume, angelachte, angelaschte Bäume, Mark-, Mal-, Rains-, Kreuz-, Loch-, Lach-, Lachterbäume, Rainweiden, Loche, Lache⁷³), sind zur Bezeichnung der Grenze von den an jener Stelle stehenden Bäumen ausgewählte Stämme. Doch werden sie auch zuweilen, jedoch wohl selten, gepflanzt. Es wird ihnen häufig durch Abköpfen, Schneideln ic. ein auffallend aussehendes Aeußere gegeben; sie werden jedoch, wenn ihre Qualität als Grenzbäume nicht durch andere Beweismittel dargethan ist, in der Regel nur dann als solche anerkannt, wenn die üblichen Zeichen an ihnen angebracht sind, welche, nach Abhauen eines Stückes Schale, durch Einhauen oder Einbrennen einiger Buchstaben, häufig eines bloßen Kreuzes, durch dessen Mitte ein Loch gebohrt ist, auch wohl bloß durch Bohren eines Loches ohne Kreuz gemacht werden⁷⁴). Daher mehrere der angegebenen Namen. Rücksichtlich der

64) A belung a. a. D. u. d. B. Gränzzeichen, Gränzmahl.

65) A belung a. a. D. u. d. B. Gränzhügel.

66) Ebenbas. u. d. B. Gränzweg.

67) Vgl. Weiske a. a. D. §. 17 a. C. und §. 120 a. C.

68) A belung a. a. D. u. d. B. Gränzholz.

69) A belung a. a. D. u. d. B. Gränzwasser.

70) Weiske a. a. D. §. 121.

71) Ebenbas.

72) Ebenbas.

73) Weiske a. a. D. A belung a. a. D. u. d. B. Gränzbaum.

74) Strube a. a. D. Heb. 218 (V, 81), Note b. Glück a. a. D.

Th. 10, §. 720, 721, S. 456.

Grenzraine (Feldraine, Pflugrecht) ist noch zu bemerken ⁷⁵⁾, daß für sie häufig landesgesetzlich eine gewisse Breite bestimmt ist ⁷⁶⁾, und daß sie nicht abgeackert und nicht versäet, oder sonst verkleinert werden dürfen ⁷⁷⁾. Künstliche Grenzzeichen sind die, welche in der Hauptsache zu dem Zwecke gemacht sind, um als Grenzzeichen zu dienen. — Es kann übrigens nicht geleugnet werden, daß einige der zu den natürlichen in der Regel gerechneten Grenzzeichen theilweise, ihrer Entstehung nach, zu den künstlichen gehören, z. B. Grenz bäume, Grenzwege 2c., und daß, um nicht eine dritte Art, gemischte Grenzzeichen, zu schaffen, man das a potiori sit denominatio angewendet hat. Wo künstliche und natürliche Grenzen concurriren, haben die Ersteren den Vorzug, da sie besonders für die Grenzbezeichnung angebracht, während die natürlichen in der Regel nur, weil sie zufällig vorhanden waren, als solche angenommen worden sind und daher nicht vernüthet werden kann, daß bei dieser Annahme so sorgfältig zu Werke gegangen wurde, wie bei der eigen nur zu diesem Zwecke erfolgten Errichtung einer künstlichen Grenze ⁷⁸⁾.

Im Gegensatz von den natürlichen Grenzen entstehen nämlich die künstlichen dadurch, daß von den zu Herstellung der Grenze Berechtigten willkürlich irgend ein Gegenstand, als Grenzzeichen, in die Grenze gebracht wird. Man rechnet dazu Grenz-, Rain-, Marksteine, hölzerne und steinerne Crucifixe, einfache Kreuze, Grenzsäulen, -Stangen, -Pfähle, -Graben, -Hausen, -Häuser, -Mauern, -Zäune, -Hedden, -Planken ⁷⁹⁾, -Stackete u. s. w. ⁸⁰⁾, welche sämmtlich sich durch ihre Namen charakterisiren. Da jedoch diese verschiedenen Zeichen auch aus anderen Gründen, als um der Grenze willen, in der Gegend der Grenze vorhanden sein können, so müssen die Umstände, unter denen sie sich dort befinden, und die besonderen Eigenschaften und Kennzeichen die Gründe an die Hand geben, ob sie für Grenzzeichen zu achten sind, oder nicht. Im allgemeinen ist für die mehesten dieser künstlichen Grenzzeichen ein Hauptmerkmal dieser Qualität, daß sie in gerader Linie auf einander hinweisen ⁸¹⁾. Auf den Grenzpfählen und Grenzsäulen aber pflegen häufig die Anfangsbuchstaben der Grenzbesitzer nach den Seiten zu, auf welchen Jeder seine Besitzung hat, eben so die Wappen der Besitzer, namentlich der Communen und besonders, wenn die Säulen Landesgrenzsäulen sind, der Landesherrschaften einge-

75) Weiske a. a. D. §. 120 u. 125.

76) Z. B. nach dem preuß. Landrechte Th. 1, Tit. 17, §. 364, bezüglich 1 und 4 Fuß.

77) Sachsenspiegel Buch 3, Art. 86. Tot. Tit. Dig. term. mot. (47. 21.)

78) Weiske a. a. D. §. 121 a. G.

79) Gebrüder Overbeck, Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien Bd. 9, S. 242: Ob ein zwischen zwei benachbarten Grundstücken gesetztes Riegelwerk für die Bezeichnung der Grenze anzunehmen sei?

80) Uebung a. a. D. u. d. W. Gränzgraben, -Hausen, -Pfahl, -Säule u. s. w.

81) Pagemann a. a. D. §. 162. Strube a. a. D. Bed. 218 (V, 81).

braunt, eingehauen, oft nur auf besonderen Tafeln, welche an der Grenzsäule befestigt sind, angemalt zu werden. Ueberhaupt pflegen sich der Grenzsäulen, besonders der hölzernen (vielleicht weil in diesem Falle gewöhnlich Beamten vorhanden sind, welche auf ihre Erhaltung ein besonderes Augenmerk richten, und daher ihre Dauer nicht so nöthig ist, wie bei Privatleuten) mehr Guts-, Gerichts- und Landesherrschaften zu bedienen, daher Jagdsäulen, Gerichtssäulen, Sleitsäulen u. s. w. Bei Grenzgraben, mögen sie trocken liegen, oder ein fortlaufendes oder stagnirendes Wasser in ihnen sein, wird durch die Mitte des Grabens die Grenze gebildet und zu deren Erhaltung kann jeder Nachbar vom Andern die Hebung des Grabens, d. i. die Reinigung desselben von Schutt, Schlamm u. s. w. bis auf den eigentlichen Grund und die Ausstechung des eingelaufenen Rasens und eingefallenen Erdreichs, zum Antheile des Hebenden, verlangen⁸²). Die Grenzhäufen pflegen von Steinen oder Erde aufgeworfen zu sein. Die Grenzhäuser⁸³) pflegen selten zu Bezeichnung von Privatgrenzen zu dienen. Sie sind gewöhnlich zu Bewahrung der Grenzen größerer Gebiete angelegt, wie denn von kleineren Grenzfestungen dieser Name auch gebraucht zu werden pflegt, daher dann die oben (S. 886) erwähnten staatsrechtlichen Grundsätze zur Anwendung kommen. Grenzbilder im eigentlichen Sinne, menschliche Statuen, deren unterster Theil in einer Scheide zu stecken scheint, kommen selten als wirkliche Grenzzeichen, sondern mehr als Verzierungen zur Anwendung. Das allgemein üblichste und wichtigste künstliche Grenzzeichen ist der Grenz-, Mark-, Mal-, Mund-, Schied-, Rainstein (lapis finalis oder l. terminalis), sonst auch Wendelstein⁸⁴) genannt⁸⁵), ein Stein, der auf die Grenze selbst, als Grenzzeichen, gesetzt wird. Derselbe wird zu diesem Zwecke am häufigsten sowohl bei Eigenthums- als anderen Grenzen gebraucht⁸⁶), obgleich die Wahl der Grenzzeichen den Eigenthümern frei steht, wenn nicht Particulargesetze ein Anderes vorschreiben. Häufig werden zu den Grenzsteinen regelmäßig behauene, so viel als möglich lange Bruchsteine genommen und so gesetzt, daß eine scharfe Kante auf den nächsten Grenzstein zeigt, oder daß die gedrückte platte Form der Steine, so wie Nummern daran die Richtung derselben andeuten. Hat man behauene Sandsteine, so werden Namen, Wappen u. s. w. wie oben (S. 890), auch zuweilen die Nummer des Grenzsteines darauf eingehauen. Oft werden aber nur rohe, unbehauene Steine dazu angewendet⁸⁷). Wenn auch kein Gesetz es vorschreibt, so ist es doch allgemei-

82) L. 2. §. 2 u. 4. D. d. aqua et aquae pluviae arcendae. (89. 3.)

Weiske a. a. D. §. 121 u. 132.

83) Abtheilung a. a. D. u. b. W. Gränzhäuser.

84) Abtheilung a. a. D. u. b. W. Gränzstein.

85) Die Hauptschrift ist die schon angezogene von Beck, über Grenzen und Marksteine. Vgl. auch Rinder (praes. Hildebrand), de diversitate lapidum finalium eorumque iure. Altorf 1710.

86) Vgl. oben (S. 882) gegen Weiske a. a. D. §. 120.

87) Weiske a. a. D. §. 123.

ner Gebrauch, unter jeden Grenzstein das Geheimniß, die Zeichen, Eier, Stein Eier (ovula, testes) zu legen. Diese bestehen in Glascherben, Kiesel, besonders solchen kleinen Steinen, welche in der Gegend des Grenzsteines nicht gewöhnlich sind, in Stücken Ziegelstein, Kohlen, Eierschalen, Haaren u. s. w. — eine gewisse Zahl der Eier ist nicht bestimmt, doch werden von jeder Gattung in der Regel mindestens drei genommen — kurz! in solchen Gegenständen, welche der Verwesung weniger unterworfen sind und aus deren Anblick sich leicht erkennen läßt, daß der Stein von Menschenhänden dahin gesetzt ist⁸⁸). Es werden übrigens die Steine nach Verschiedenheit der Gegenstände, für welche sie die Grenze bilden sollen, aufgeführt: als Landes-, Herrlichkeits- oder Gütergrenzsteine, dann als Gerichts- (auch Obrißkeits- oder Bannsteine genannt), Gleits-, Forst-, Jagd-, Zehend-, Flur- und Markungs-, Weid-, Hut- und Trattsteine — Ausdrücke, die sich durch sich selbst erklären — hiernächst als Zollsteine, Zollsäulen, wodurch die Behörde angedeutet wird, an welcher der Zoll von der fraglichen Grenzstelle an zu entrichten ist; als Wegsteine, welche die Grenzen der Wege, namentlich Deichselsteine, welche die Mitte des Weges und also, wenn dieser ein Grenzweg ist, die eigentliche Grenze selbst anzeigen, als Wassersteine, Fischsäulen zu Bezeichnung der Wasser- und Fischereigrenzen (die sogenannten Freihungssteine⁸⁹) sind eine mit dem Asylrecht verschwundene Antiquität). Von praktischem Nutzen ist aber die Eintheilung nach der Stellung, welche von den Steinen eingenommen wird, in Haupt-, Eck- und Ortsteine. Ortsteine sind solche, welche am Anfange oder Ende der Grenzbezeichnung, Ecksteine (lapides angulares) solche, welche da, wo die Grenze eine Ecke bildet, also gerade im Winkel stehen. Diese beiden Arten sind Hauptsteine (lapides principales), auf welche es bei der Grenzbezeichnung am mehresten ankommt, zu welchen daher die besten und bezeichnendsten genommen und welche mit der größten Sorgfalt gesetzt werden⁹⁰). Minder bedeutend sind die Läufer (cursores, lapides minores, concomitantes, secundarii, intermedii), d. s. die Steine, welche blos die Grenzlinie, den Grenzzug von einem Hauptsteine bis zum anderen bezeichnen und wozu die geringeren Steine verwendet werden⁹¹). Denn bei zu großer Entfernung der Ortsteine in der Grenzlinie von einander würde eine Veränderung der letzteren durch Abackern u. s. w. leicht möglich sein, daher die Läufer als Zwischensteine nöthig erscheinen. Man kann sonach nicht annehmen, daß die Grenze da einen Winkel bildet,

88) Strube a. a. D. Bd. 218 (V, 81). Hellfeld, iurisprud. forensis §. 721. Glück a. a. D. §. 456. Pagemann a. a. D. §. 162. Weiske a. a. D. §. 125.

89) Rinder-Hildebrand l. c. §. 7. nr. 4. Beck a. a. D. Buch 1, Cap. 2, observ. 6.

90) Rinder-Hildebrand l. c. §. 5—9. Beck l. c. observ. 4—12.

91) Rinder-Hildebrand l. c. §. 5. Beck l. c. observ. 12. Glück a. a. D. §. 457.

sich nach einer anderen Seite wendet, sich bricht, wo ein Stein steht. Man nimmt vielmehr an, daß von einem Steine zum anderen eine gerade Linie geht und daß die Grenze nur da einen Winkel bildet, wo ein durch seine nach zwei Seiten zeigende Form sich als solchen charakterisirender Eckstein steht. Krümmte Grenzlinien können, außer wenn die Grenzsteine ganz nahe stehen, in der Regel nur durch natürliche Grenzen, oder durch Grenzgraben und durch Urkunden nachgewiesen werden⁹²⁾.

Soll durch Grenzen wirklich die Erhaltung des Rechtszustandes im Staate gefördert werden; so müssen da, wo es an einer richtigen Begrenzung fehlt, Grenzen angelegt, die vorhandenen Grenzen müssen erhalten, die verloren gegangenen wo möglich wieder hergestellt, die in Unordnung gekommenen regulirt werden. Die Anlegung der Grenzen (*limen agere, mensuram agere*⁹³⁾) geschieht, wenn der Eigenthümer des zu begrenzenden Grundstücks auf seinem Eigenthume bleibt (S. 881), von dem Eigenthümer allein, schützt ihn aber dann nicht wider seine Nachbarn. Soll dieß erlangt werden, so muß er letztere, so weit er an Jedes Befizung angrenzt, zur Anlegung der Grenzen zuziehen (vergl. S. 881)⁹⁴⁾, bei welcher übrigens die vorstehenden Regeln und Grundsätze zu beobachten sind. Lassen die Grenznachbarn sich freiwillig und *privatim* nicht dazu bewegen, so muß er den Richter zur Grenzregulirung auffordern, die denn auf gemeinschaftliche Kosten geschieht (s. w. u.), da die Verweigerung der Theilnahme an der außergerichtlichen Grenzregulirung eine Verweigerung der Anerkennung der Grenze, so wie sie der Nachbar anlegen will, involvirt, die Regulirung auch zu beiderseitigem Vortheile geschieht. Kommt es nun wirklich zur Anlegung, so muß die Grenze durch einen, von beiden Theilen zu erwählenden, und bei gerichtlicher Anlegung verpflichteten, Feldmesser — in manchen Ländern gibt es im allgemeinen verpflichtete Grenzmesser⁹⁵⁾, Grenzscheider, Märker, Flurmesser, Siebner, Landmesser, Steinseher (*mensores, agrimensores*) — genau ausgemessen, namentlich das Maß der Grenzlinie von Stein zu Stein angegeben, nicht nur die Grenze, sondern die ganze nächste Umgegend mit jedem anliegenden Grundstücke, nach seiner Art und Größe, in einen Riß — Grenzziß — gebracht und dieser von den Interessenten anerkannt werden⁹⁶⁾. Zuweilen werden auch mehrere Feldmesser zugezogen. Ueber das ganze Geschäft wird, wenn die Grenzanelung richterlich geschieht, ein umständliches Protocoll — Grenzprotocoll — aufgenommen, worin die ganze Handlung der Grenzanelung, die Art, wie dabei verfahren worden, von welchen Punkten man ausgegangen ist und

92) Weiske a. a. D. §. 124.

93) Ebendaf. §. 126, S. 123.

94) Ebendaf. §. 127, S. 125.

95) Adlung a. a. D. u. d. B. Gränzmesser, Gränzscheider.

96) Klüber, Instruction für verpflichtete Landescheider, Steinseher u. s. w. Pappenheim 1808.

wohin man sich gewendet hat (nach den Himmelsgegenden und den anliegenden Grundstücken), dann wodurch man sich davon, daß die Grenze gerade so laufe, wie sie angenommen worden ist, überzeugt, oder wie man sich darüber vereinigt hat, ferner Lage, Abdachung, Richtung und Art der umliegenden Grundstücke (ob Holz, Wald, Feld u. s. w.), endlich das gefundene Maß von Grenzzeichen zu Grenzzeichen, oft auch, zu größerer Sicherheit, das Maß jedes anliegenden Grundstückes angeben, das Protocoll aber den Interessenten zur Anerkennung vorgelesen, bezüglich vorgelegt und von ihnen unterzeichnet wird. Häufig wird das Resultat der Grenzanlegung in einen Grenzrecess gebracht⁹⁷⁾, d. i. ein förmlicher schriftlicher Vertrag der Grenznachbarn über den Grenzvergleich⁹⁸⁾, über die Art, auf welche die Grenze für die Zukunft bestehen soll, und häufig wird jenes Resultat noch in besondere Bücher, Grenzregister, Flur-, Grenz-, Lager-, Fund-, Bann-, Markungsbücher, Grenzbeschreibungen, Flurläufer, Steuer- und Zinsregister⁹⁹⁾, eingetragen¹⁰⁰⁾. Bei dem ganzen Geschäft aber muß die äußere Form der Grenzanlegung, d. i. richtige Stellung der Grenzzeichen nach ihrem Zwecke und die innere Form, d. i. die Beobachtung genauer Legalität in der Procebur und der gesetzlichen Einrichtung der Risse, Protocolle u. s. w., auf das strengste beobachtet werden¹⁰¹⁾.

Für Erhaltung der Grenzen wirkt vermöge des subjectiven Grenzrechtes (S. 883) in der Regel theils der Besizer selbst, theils der Staat. Der Besizer thut dies durch Besichtigung der Grenzen mittelst zu gewissen Zeiten zu veranstaltender Umgänge daran — Grenzbegehungen, Grenzzüge, Grenzbeziehungen, Grenzumgänge, namentlich, wenn die Besizungen groß z. B. Rittergüter, Gemeindefluren u. s. w. sind. Mittelst dieser Handlungen überzeugen sich die Interessenten von der noch bestehenden Nichtigkeit der Grenzen, oder von der entstandenen Ungewisheit, sie lernen auch dieselben kennen, wenn sie solche noch nicht kannten. Da aber der größere Theil der Besizungen zu klein ist, um besondere Grenzzüge zu veranlassen, sie auch bei den verschiedenen Ansichten der Eigenthümer häufig unterbleiben dürften, so sind solche in mehreren Staaten für gewisse Zeitabschnitte, z. B. alle drei Jahre, anbefohlen, wo dann diese Grenzzüge mit besonderen Feierlichkeiten, z. B. Musik, Tanz, Abschießen von Gewehren bei den Grenzzeichen, Zuziehung der Schuljugend u. s. w. zu geschehen pflegen, damit jeder Einwohner die Grenzen seinem Gedächtnisse desto sicherer einpräge. Bei

97) Uebelung a. a. D. u. d. W. Gränzrecess.

98) Ebendas. u. d. W. Gränzvergleich.

99) Höck, Abhandlung von Flur-, Lager- u. s. w. Büchern. Frankfurt 1798. (v. Trübschler), Anweisung zur Abfassung rechtlicher Aufsätze, Hauptabth. 3, Hauptst. 2, §. 15, S. 434.

100) Ueber das Ganze vgl. Pagemann a. a. D. §. 163. Glück a. a. D. S. 457 flg. Weiske a. a. D. S. 125, 126, 127. Seweloh a. a. D. Höck, Abhandl. von Versteinigung, Beschreibung, Verzeichnung und Beziehung der Grenzen. Mainz 1789.

101) Weiske a. a. D. §. 130.

diesen Grenzbeziehungen werden, außer den Besitzern der zu umgrenzenden Grundstücke, auch die Grenznachbarn zugezogen und häufig ein Vermessungsgewerk abhibirt, um, im Fall entstehenden sofort zu beseitigenden Streit, die nöthigen Vermessungen machen lassen zu können. Auch werden dunkel gewordene Grenzen wieder erneuert, z. B. die angemalten Buchstaben und Wappen aufgefrischt, die gesunkenen Grenzsteine, besonders im sumpfigen Boden häufig, wieder gehoben, d. h. der Stein wird vorsichtig ausgegraben, es werden die ovals untersucht und er wird mit den Eiern gerade so wieder gestellt, wie er vor dem Versinken stand. Auch die Grenzgraben werden dabei gehoben (S. 891), wenn sie dessen bedürfen und dies sogleich möglich ist; außerdem wird dies wenigstens angeordnet¹⁰²). Häufiger sorgt auch der Staat durch Anstellung besonderer Grenzwachter (custodes finium vergl. S. 886) oder durch Verordnung zu deren Anstellung für Communen u. s. w., was übrigens auch oft Privatbesitzer von selbst thun¹⁰³). Zur Sicherung der Grenzen müssen ferner nach gemeinem Rechte¹⁰⁴) in der Regel vom Verkäufer eines Grundstückes dem Käufer die Grenzen angezeigt werden und endlich wird nach gemeinem Rechte die absichtliche Verfälschung der Grenzen als Verbrechen gestraft.

Die Grenzverrückung, Grenzverfälschung¹⁰⁵) (termini motio, crimen termini moti) ist die in Beziehung auf Grenzzeichen verübte Fälschung¹⁰⁶). Am richtigsten unter den Begriff von Fälschung gebracht¹⁰⁷), wird zu diesem Verbrechen, als Privatverbrechen die Verrückung, Versetzung oder Vernichtung eines Privatgrenzzeichens in der Absicht der Benachtheiligung eines Anderen erfordert¹⁰⁸). Die peinliche Gerichtsordnung¹⁰⁹) disponirt, daß der, welcher dieß begeht, „peinlich am Leib nach gevehrlichkeit groß gestalt vnd gelegenheit der sachen vnd der person, nach radt gestrafft werden soll,“ — also eine willkürliche Leibesstrafe nach der Größe des gestifteten Schadens und nach Beschaffenheit der Umstände und Personen¹¹⁰), sonach auch nach Verhältniß der Bosheit und Gefährlichkeit der Handlung¹¹¹).

102) Weiske a. a. D. §. 132.

103) Weiske a. a. D.

104) L. 63. §. 1. D. de contrah. emt. vend. (18. 1.) L. 48. D. de act. emt. et vend. (19. 1.) Glück a. a. D. Th. 16, §. 985, S. 121.

105) Obrecht, sacra termini, Argent. 1674. Trotz, de termino moto. Trai. 1750. Müller, de crimine termini moti. Lipsiae 1752. Golius, de termino moto. Argent. 1757. Adrian Beier, de termino. Jen. Leyser, med. ad D. spec. 558. Practische Fälle s. bei Pfister, merkw. Criminalfälle Bd. 4, Abh. 6. Bischof, merkw. Criminalrechtsfälle Bd. 4, S. 267 flg.

106) Ahegg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft §. 205. Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechtes, Ausg. von Rittermaier, §. 423. Martini, Lehrbuch des Criminalrechtes §. 192 (196).

107) Marejoll, das gemeine teutsche Criminalrecht §. 158.

108) Littmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft Bd. 2, §. 504.

109) Art. 114.

110) Littmann a. a. D.

111) Wie die Praxis strafft, s. bei Quistorp, Grundr. des teutschen peinl. Rechtes Th. 1, §. 212. Koch, institutiones iur. crim. §. 553, jezt in der Regel nicht über Gefängniß.

Wohlgleich erhöht wird die Strafe, wenn das Grenzzeichen unter öffentlicher Autorität gesetzt worden war¹¹²). Die Particulargesetze stellen dies Verbrechen unter die Fälle theils des Betruges, theils der Verbrechen wider die öffentliche Treue, theils der Eigenthumsbeeinträchtigung¹¹³). Ganz von diesem Privatverbrechen verschieden ist das Verbrechen der Verrückung der Landesgrenze, von mehreren Particulargesetzen für Staatsverrath erklärt und auch im gemeinen Rechte nach den Grundsätzen von Hoch- und Landesverrath zu beurtheilen¹¹⁴).

Die Wiederherstellung der verlorenen Grenzen (*declaratio finium*¹¹⁵) setzt den Fall voraus, daß ein Grenz Nachbar sich seines Nachbargrundstückes über dessen zu erweisende Grenze hinaus anmaßt. Schon Frontinus¹¹⁶) nimmt 15 Arten von Grenzstreitigkeiten an, z. B. *de rigore, de modo, de fine, de proprietate, de loco etc.* Die *controversia de loco*¹¹⁷) ist der hier vorliegende Fall. In diesem steht dem Besitzer des gedachten Nachbargrundstückes in der Regel bezüglich die *vindicationis-* oder *Negatorienklage* zu¹¹⁸), weil hier der Streit über das Terrain selbst ist, das entweder erstgedachtem Grenz Nachbar oder dem letztgedachten Nachbargrundstückbesitzer gehört; die Entscheidung des diesfallsigen Rechtsstreites kam bei den Römern dem Prätor zu¹¹⁹). Hierher ist auch der Fall zu rechnen, wenn ein Weg Nachbar auf eine unerlaubte Art einen öffentlichen Weg auf das entgegengesetzte Nachbargrundstück z. B. durch unerlaubtes Abackern, durch verbindlichkeitswidrige Unterlassung der gehörigen Unterhaltung des Weges auf seiner Seite, so daß die Geschirre auf dem entgegengesetzten Nachbargrundstücke fahren müssen u. s. w., auf dieses Grundstück hinübertreibt. Dem Verletzten steht hier die *viae receptae s. rejectae actio* dahin zu¹²⁰), daß der Verlezende den vorigen Weg wieder herstelle und den durch die Hinübertreibung des Weges entstandenen Schaden ersetze¹²¹), daß ihm auch jedes anderweite derartige Beginnen bei Strafe untersagt werde. Nämlich eine und dieselbe Tendenz damit hat das *Interdictum ne quid in via publica fiat*¹²²). In allen diesen Fällen behauptet der Kläger, die Grenze gewiß zu wissen, und verlangt deren Wiederherstel-

112) Martin und Abegg a. a. D.

113) Marezoll a. a. D.

114) Martin und Abegg a. a. D. Vgl. Littmann a. a. D. §. 309, 310.

115) Weiske a. a. D. §. 126.

116) *De agrorum qualitate et limitibus* ed. Goes. p. 39.

117) L. 60. D. de verb. signif. (50. 16.) Weiske a. a. D. §. 127.

118) Hagemann a. a. D. §. 163.

119) Glück a. a. D. §. 717, §. 437.

120) L. 3. pr. D. de via publica et itinere. (43. 11.) Schweppe, das römische Privatrecht §. 600.

121) Böhmmer, de actionibus Sect. II. cap. XI. §. 12. Schmidt, gerichtliche Klagen und Einreden §. 1325.

122) L. 2. §. 20 u. 24. D. ne quid in via publica fiat. (43. 8.) Glück a. a. D. §. 718, §. 448, 449.

lung. Hier ist also die Tendenz in der Hauptsache eine vindicatio finium, und die Klage unterscheidet sich von der actio finium regundorum (s. w. u.) dadurch, daß sie eine bestimmte Grenze zum Gegenstande hat¹²³). Der Kläger muß bei allen diesen Klagen den Beweis der Grenze (probatio finium¹²⁴) führen, welcher jedoch nicht etwa bloß durch den Besitz dargethan werden kann¹²⁵), sondern in der Hauptsache geführt werden muß durch Beaugenscheinigung unter Zuziehung Sachverständiger (Feldmesser, sogenannter Grenzmeister), durch Untersuchung der Grenzzeichen, namentlich Hebung der Grenzsteine (s. S. 895), Prüfung der daran und darunter befindlichen Zeichen (s. S. 889, 890 u. 892), durch Vergleichung des an Ort und Stelle getroffenen Befundes nicht nur mit den um der Grenzen willen eigen vorhandenen Urkunden (s. S. 893 u. 894), sondern auch mit den sogenannten Hilfsurkunden, d. i. solchen, aus denen sich zufällig die Grenzen ergeben¹²⁶), z. B. Kataster, Kaufbriefe, Lehnurkunden und Lehnbriefe, Flur- und Lagerbücher, Prozeß- und sonstige Gerichtsacten u. s. w. Bloße Schlüsse aus mehrdeutigen Erscheinungen und Hypothesen sind nur mit höchster Vorsicht anzuwenden¹²⁷). Es findet aber dabei auch der Gebrauch der Eidesdelation und der in diesem Falle in der Regel an Ort und Stelle abzuhörenden Zeugen statt, von welchen Letzteren sogar testes de auditu zulässig¹²⁸), obgleich vorzüglich solche Personen, welche vermöge ihrer Geschäfte häufig die Fluren und Grenzen begehen, wie Jäger, Hirten, Flurschützen, Feldwächter u. s. w., vor allen aber die nicht dabei interessirten Feldnachbarn tauglich hierzu sind¹²⁹). Doch wird bei Grenzstreitigkeiten der Beweis durch alte Monumente u. s. w. dem durch Zeugen vorgezogen¹³⁰). Vorzüglich nützlich zur Entscheidung solcher Prozesse ist es, wenn vor der Entscheidung ein Grenzriß (s. S. 893) gefertigt, zu den Acten gebracht und von beiden Parteien anerkannt wird¹³¹). Wird die wahre Grenze bewiesen, so wird diese wieder hergestellt und übrigens der Klagbitte gemäß verfahren, außerdem der Kläger abgewiesen.

Schon hieraus ergibt sich, daß diese Klagen, namentlich die Rei-

123) L. 6. D. de rei vindicat. (6. 1.): Si in rem aliquis agat debet designare rem, et utrum totam an partem et quotam petat; appellatio enim rei non genus sed speciem significat. Hagemann a. a. D. §. 163. Sandt, Archiv für das Civil- und Criminalrecht der preussischen Rheinprovinzen Bd. 17 (neue Folge Bd. 10, Abth. 1), S. 191.

124) Weiske a. a. D., Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen über versch. Rechtsäm. Th. 1, S. 271 flg.

125) Glüch a. a. D. §. 720 u. 721, S. 455. Hagemann a. a. D. §. 163 und der dort angeführte Leyser l. c. Vol. I. spec. 114. med. 1.

126) Weiske a. a. D. §. 130.

127) Weiske a. a. D. §. 126 u. 130.

128) Glüch a. a. D. §. 720 u. 721, S. 461.

129) Hagemann a. a. D. Weiske a. a. D. §. 130.

130) L. 10. D. de probationibus et praesumptionibus. (22. 3.) Glüch a. a. D. Th. 21, §. 1145—1156, S. 289 flg.

131) Hagemann a. a. D.

viduation möglichst zu vermeiden sind, weil sie einen schweren Beweis haben und keine Hilfe geben, wenn die richtigen Grenzen nicht bewiesen werden können, die Grenzen gänzlich ungewiß und in Unordnung sind. Dafür gibt das römische Recht ganz vorzüglich die schon in den Zwölftafelgesetzen begründete Grenzscheidungs-, Marktscheidungs-, Grenzklage (actio s. iudicium finium regundorum)¹³²). Sie ist ein iudicium divisorium und fand ursprünglich bloß statt, wenn de sine (s. S. 896) gestritten wurde, eine controversia finalis, iurgium finale vorlag, noch jetzt, wie gedacht, wenn wirkliche Grenzverwirrung (fines confusi) vorhanden ist¹³³), während wir den Ausdruck Grenzstreit, Grenzproceß für alle möglichen Streitigkeiten über Grenzen gebrauchen¹³⁴). Der actio fin. reg. liegt eine obligatio quasi ex contractu zum Grunde¹³⁵) und sie findet nach römischem Rechte nur bei der Grenzverwirrung unmittelbar an einander liegender Grundstücke¹³⁶), nicht Gebäude¹³⁷), für weite bezüglich die novi operis nuntiatio und das interdictum quod vi aut clam gegeben sind, nach canonischem Rechte hingegen auch dann statt, wenn die geographisch abgesteckten Grenzen gewisser Berechtigten in Verwirrung gerathen sind¹³⁸), nicht bei allen anderen Streitigkeiten über Grenzreitengrenzen¹³⁹). Da die Grundstücke unmittelbar an einander liegen müssen, so wird die Klage durch einen dazwischen befindlichen öffentlichen Weg oder Fluß¹⁴⁰) (nicht Privatfluß, Graben oder Bach¹⁴¹)), ausgeschlossen. Eben so findet sie nicht statt, wenn die Grenzen nicht verworren, sondern bloß die verlorenen Grenzzeichen herzustellen sind, wofür eine auf Verlaugung gerichtete Imploration ausreicht¹⁴²). Auch nicht, wenn ein, zwischen den Grenzen zweier Grundstücke inlegendes

132) Massow, praes. Thomae, discursus iurid. de finium regundorum iudicio. Jenae 1650. v. Spedner, rechtliche Blicke auf Markungs- und Marktverrückungsklagen. Nürnberg 1817. Evers und Bender, allgemeine juristische Zeitschrift, Jahrg. 1828, S. 117. K. Weiske, sceptisch-practische Behandlung einiger civilrechtlichen Gegenstände (Leipzig 1829), S. 55. Puchta, über die actio finium regundorum, in der Zeitschrift für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen Hft. 2 (Cassel 1837), Nr. 1. Wiederhold, Bemerkungen über die act. fin. reg., in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Bd. 13, Hft. 1, Nr. III, S. 35 flg. Sternberg, Einiges über die actio finium regundorum, ebendas. Bd. 17, Hft. 3, Nr. XIII, S. 426 flg.

133) Glücl a. a. D. Th. 10, §. 717, S. 433, 436.

134) Abelung a. a. D. u. d. W. Gränzstreit.

135) Schweppe a. a. D. §. 600.

136) L. 4. §. 11. L. 5 u. 6. D. finium regundorum. (10. 1.) Schweppe a. a. D.

137) L. 4. §. 10. eod. Schweppe a. a. D. Puchta, über die gerichtlichen Klagen der Landeigenthümer §. 137, S. 388. Glücl a. a. D. Th. 10, §. 718, S. 447 u. 450.

138) Cap. 3 u. 13. X. de probationibus. (2. 19.)

139) v. Wening: Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes Bd. 3, Cap. 5. 177.

140) L. 4. §. 11. D. fin. reg. (10. 1.)

141) L. 6. D. eod. Glücl a. a. D. S. 449.

142) Puchta a. a. D. §. 137, S. 388 u. 390.

Stück von beiden Anliegern als Zubehör in Anspruch genommen wird — eine Art der Vindication¹⁴³). Es kann sie aber der Berechtigte jeder Art, also, außer dem Eigenthümer, auch der Pfandgläubiger, Emphyteuta, Usufructuar u. s. w. gebrauchen¹⁴⁴). Sie ist auch eine actio duplex, deren sich jeder Grenznachbar, dem an der Grenzregulirung gelegen ist, bedienen, daher der Kläger rücksichtlich der dem Beklagten in Ansehung der Grenzberichtigung zustehenden Gegenforderungen zugleich Beklagter ist und in dieser Beziehung, gegen den Grundsatz: actor non condemnatur, verurtheilt werden kann¹⁴⁵). Obgleich der Hauptgegenstand der Klage die Grenzverwirrung und erstere deshalb zum Theil auf die aus dieser Verwirrung, unmittelbar nach dem Gesetze oder nach den Grundsätzen über Administration, hier Administration der Grenzen, (quasi ex contractu) hervorgehenden persönlichen Verbindlichkeiten gerichtet und daher insoweit actio in personam ist; so geht sie doch auch auf Erstattung dessen, was der Beklagte in Folge der Verwirrung von den Grundstücken des Klägers besitzt, daher sie zugleich den Charakter einer actio in rem hat und unter diesen Umständen offenbar eine actio mixta¹⁴⁶) ist¹⁴⁷). Das Klaggesuch wird ursprünglich dahin gerichtet, daß die alten Grenzen wo möglich hergestellt, außerdem, nach vorgängiger Vermessung der treffenden Grundstücken eine neue Grenze und somit ein neuer Eigenthums- und Besitzstand festgesetzt werde¹⁴⁸). Sie geht also, im Gegensatz von der vindicatio finium, die ein Bestimmtes zum Gegenstande hat, auf etwas noch nicht Bestimmtes und ist so auch eine actio arbitraria, weil das richterliche Ermessen für Bestimmung neuer Grenzen eintritt¹⁴⁹). Bleibt die Klage bei diesem ursprünglichen Klaggesuche stehen, so nennen die Rechtslehrer dieselbe eine actio finium regundorum simplex. Wird sie aber, wie nach den Note 148 angezogenen Schriftstellern gewöhnlich geschieht, zugleich darauf gerichtet, daß der Beklagte dem Kläger das zehier zu viel Innegehabte sammt den dadurch entbehrten Nutzungen, Früchten und gehabten Schäden ersetze¹⁵⁰), so tritt der Fall ein, wo sie nach Note 146 pro rei vindicatione ist, und dann pflegt sie actio finium regundorum qualificata genannt zu werden¹⁵¹). Dieß ändert aber ihre Na-

143) Puchta a. a. D. §. 137, S. 389, §. 138, S. 390 u. 391.

144) L. 4. §. 9. D. finium regund. (10. 1.) v. Wening-Fugenhelm a. a. D. Puchta a. a. D.

145) L. 2. §. 1. L. 3. D. communi dividendo. (10. 3.) Gluck a. a. D. Th. 10, §. 717, S. 441.

146) L. 1. D. finium regundorum (10. 1.): Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est. Puchta a. a. D. S. 391.

147) Ueber alles dieß vgl. Gluck a. a. D. S. 441 flg.

148) Böhmcr l. c. Sect. II. cap. VI. Schmidt a. a. D. §. 1142. Gluck a. a. D. S. 445. Puchta a. a. D. §. 139, S. 395. Mühlenbruch, doctrina pandectarum §. 424.

149) Puchta a. a. D. §. 138, S. 392.

150) Inwiefern auf diese Nebenforderungen geklagt werden kann, darüber vgl. Gluck a. a. D. §. 723, S. 464 flg.

151) Gluck a. a. D. §. 719, S. 451.

tur nicht. Denn die Gesetze¹⁵²⁾ sagen ausdrücklich: *In iudicio finium regundorum etiam eius ratio sit, quod interest etc. Post litem contestatam etiam fructus venient in hoc iudicio.* Der Richter hat sofort, nachdem er angegangen worden, mindestens den jüngsten Besitz zu berichtigen, damit, wenn von beiden Theilen die Grenzverwirrung zur Sprache gebracht worden, klar werde, wer der Kläger ist, und damit Thätlichkeiten unter den Parteien vermieden werden¹⁵³⁾. Da der Kläger seine Klage auf die vorhandene Grenzverwirrung stützt, so hat er diese, wenn der Gegner sie leugnet, zu beweisen. Dabei ist es nun wohl möglich, daß der Kläger beweisen muß, wie die Grenzen vorher waren, wenn er seine Behauptung, daß die Grenzen jetzt verwirrt seien, darauf, daß sie jetzt anders, als sonst seien, gründet. Allein es ist dieß bei der actio finium regund. keineswegs alle Mal nöthig, und diejenigen Schriftsteller, welche einen solchen Beweis alle Mal verlangen, verwechseln die gegenwärtige Klage mit der vindicatio finium. Denn wenn man dieß bei Ersterer als das thema probandum annehmen wollte, so müßte der Kläger, wenn er die vorigen Grenzen nicht bewiese, nach dem bekannten Brocardicum iuris: *actore non probante absolvitur reus*, abgewiesen werden, die Grenzen möchten so verworren sein, als sie wollten, und der Fall, daß der Richter pro arbitrio dieselben regulirte, könnte gar nicht eintreten. Es beruht ja die act. fin. reg., wie gedacht, gerade darauf, daß man die Grenzen jetzt nicht kennt, und gerade dadurch wird die confusio finium klar, wenn keine der beiden Parteien die Grenzen beweisen kann, indem auch der Beklagte, wenn er andere Grenzen angibt, als der Kläger, mit seinen Gegenbeweismitteln gehört werden muß¹⁵⁴⁾. Der Richter¹⁵⁵⁾ hat vor allen Dingen beim Beginn des Prozesses durch Augenscheineinnahme¹⁵⁶⁾ und, wenn nicht schon ein beiderseits anerkannter Miß zu den Acten gebracht ist, durch Weibringung eines solchen die Sache möglichst aufzuklären und, wenn die Verwirrung constatirt ist, die alten Grenzen wo möglich auszumitteln¹⁵⁷⁾. Daher ist es allerdings nützlich, wenn der Kläger die alten Grenzen nach seiner Ueberzeugung angibt; allein die Klage kann nicht als unstatthaft verworfen werden, wenn er dieß unterläßt, *quia ultra posse nemo tenetur*¹⁵⁸⁾. Bei Auffuchung der alten Grenzen wird dann

152) L. 4. §. 1 u. 2. D. finium regundorum. (10. 1.) L. 56. D. familiae erciscundae. (10. 2.) Glück a. a. D. §. 717, S. 445. Schweppe a. a. D. litt. D. S. 524. Mühlenbruch l. c.

153) Glück a. a. D. §. 717, S. 441.

154) Glück a. a. D. S. 455.

155) Völg, von dem Verfahren in Grenz- und Hausachen, in dessen civilistischen Abhandlungen, 2. Ausg. (Cob. und Leipzig 1832), S. 229 fig.

156) Puchta a. a. D. §. 140.

157) L. 11. D. finium regund. (10. 1.) L. 3. C. eod. (3. 39.) Hellfeld l. c. §. 721. Glück dazu a. a. D. S. 454. Thibaut, System des Pandektenrechtes §. 718. v. Wenning-Ingenheim a. a. D. §. 117. Schweppe a. a. D.

158) Gegen Glück a. a. D. und besonders gegen den in der Note 87 angeführten Klein, Rechtspr. der Hallischen Juristenfacultät Bd. 1, Nr. 40.

mittelft Befichtigung an Ort und Stelle¹⁵⁹) im übrigen mit Beobachtung derselben Formen verfahren, wie bei Anlegung neuer Grenzen (f. S. 893) und bei dem Beweis auf angestellte *vindicatio finium* (f. S. 897). Lassen sich die alten Grenzen nicht auffinden, auch sich eine Vereinigung unter den Parteien nicht zu Stande bringen; so bewirkt der Richter die Grenzregulirung¹⁶⁰) selbst, wobei er in derselben Weise verfährt, dabei besonders den ganzen in Verwirrung gekommenen Sturbdistrict vermessen läßt, nach den Antheilen der einzelnen Adjacenten, wie solche durch Grund- und Lagerbücher, Acquisitionsurkunden und andere Beweismittel eruiert werden, einem Jeden nach Verhältniß seiner Theilnahme an der verworrenen Masse in Gemäßheit der Societätsregel und nach billigem Ermessen einen Antheil zuteilt, danach aber die Grenze ordnet. Ja wenn die Grenzen zum Theil bekannt sind, darf der Richter sogar, zu möglichster Erlangung einer geraden Linie Etwas von dem Grundstücke des Einen dem Anderen zuerkennen (*adiudicatio*) und diesem dagegen eine Geldzahlung an jenen auflegen (*condemnatio*)¹⁶¹).

Oft erheischt die Nothwendigkeit, daß, namentlich zur Verhütung von Thätlichkeiten (vergl. S. 900), für die Dauer des Processes ein Provisorium angeordnet werde. Dieß geschieht dadurch, daß eine interimistische Grenzlinie gezogen und die Grenznachbarn vorläufig so in den Besitz eingewiesen werden, oder äußersten Falles so, daß das streitige Stück sequestrirt wird¹⁶²). Der Gerichtsstand ist, nach der Natur der Sache, das *forum rei sitae*. Wird durch die Privatgrenze zugleich die Gerichtsgrenze gebildet, so vereinigen sich beiderseits Gerichte zu einem gemischten Gerichte (vergl. S. 885). Sind diese freilich auch über die Gerichtsgrenze im Streite, so muß die Sache an die nächste Oberginstanz zur Anordnung des Nöthigen gebracht werden. Concurriert die Landesgrenze, so hat die Regierung nach obigem Grundsatz (S. 884) das Erforderliche zu verfügen, wobei rücksichtlich des Privatrechtspunktes auch ein gemischtes Gericht wird entscheiden müssen¹⁶³). Die Verjährung in Bezug auf Grenzrecht anlangend, so wurde die *controversia de line* (f. S. 896 u. 898) von Theodosius II. gar keiner, von Anastasius der vierzig-, von Justinian der dreißigjährigen Verjährung unterworfen¹⁶⁴); doch ist dieß letztere, da der Zustand jeder Verwirrung, an sich und seiner Natur nach, nicht in einen feststehenden übergehen kann, nur von der *actio finium regundorum qualificata* (f. S. 899)

159) Glük a. a. D. S. 459.

160) Seweloh, in der angeführten Schrift. Poser, Handbuch über die Abtheilungen der Grundstücke. Prag 1817.

161) §. 6. J. de officio iudicis. (4. 17.) L. 2. §. 1. L. 3. D. finium regundor. (10. 1.) Puchta a. a. D. §. 138, S. 393 und §. 139, S. 394. Weiske a. a. D. §. 131. Hagemann a. a. D. §. 163. Glük a. a. D. §. 722, S. 461 flg. v. Wening-Ingenheim a. a. D.

162) Puchta, über Provisorien in der angez. Zeitschr. für Civilr. und Proz. Bd. 5, Hft. 1, Nr. VII, S. 131.

163) Wagner, Zeitschr. für österreich'sche Rechtsgelehrsamkeit Bd. 2, S. 133.

164) Reinhardt, die *usucapio* und *praescriptio* des römischen Rechtes (Stuttgart 1832), §. 121.

zu verstehen, während die, den Zustand der Verwirrung voraussetzende *actio finium regundorum simplex* unverjährbar ist¹⁶⁵). Buddens.

Güterrechte der Ehegatten. Aus dem Wesen der Ehe folgt ein rechtlicher Einfluß auf die Vermögensverhältnisse der Ehegatten überall nicht. Die Gemeinschaftlichkeit des Lebens unter Ehegatten kann bestehen, ohne daß einer derselben von seinen Vermögensrechten irgend etwas verliert, und ohne daß in Ansehung des Erwerbes oder Verlustes solcher Rechte irgend eine Modification herbeigeführt wird. — Die Ehe führt aber, vermöge der Verschiedenheit der Stellung der Geschlechter in Beziehung auf die Fähigkeit zur Ausübung und zum Schutze von Rechten, ein anderes Verhältniß mit sich; nämlich eine dem Manne als dem Haupte der Familie untergeordnete Stellung der Frau als eines Gliedes der Familie desselben. — Durch dieses Verhältniß sehen wir in den ersten historischen Anfängen der für unser jetziges Recht in Betracht kommenden Rechtszustände einen Einfluß der Ehe auf die Vermögensverhältnisse der Gatten vermittelt. — So bei der mit der strikten römischen Ehe verbundenen *manus mariti*, vermöge welcher die Frau gleich einem Kinde des Mannes (*filiae loco*) sich dergestalt in der Gewalt des Mannes befindet, daß ihre vermögensrechtliche Persönlichkeit ein Bestandtheil der seinigen ist und hinfolglich auch ihre sämmtlichen Vermögensrechte die seinigen sind; und daß diese Wirkung ihren Grund nicht in der Ehe selber, sondern in dem durch die Ehe hervorgerufenen Familienverhältnisse hat, zeigt sich nicht allein darin, daß die Frau des Mannes, der nicht selber Familienhaupt ist, sondertn sich in einer fremden *potestas* befindet, zu dem Inhaber dieser *potestas* in einem ähnlichen Verhältnisse steht¹⁾, sondern auch darin, daß sie mit der freien Ehe nicht verbunden ist. — Eine ähnliche Unterwürfigkeit findet sich in dem Mundium des deutschen Ehemannes über die Frau; aber es ist hier nicht die vermögensrechtliche Persönlichkeit der Frau in die seinige übergegangen, sie ist ihr vielmehr verblieben, aber vermöge der Gewere, welche er an ihren Gütern hat, liegt der rechtliche Schutz derselben allein in seiner Hand, während der Schutz ihrer Person ihm vermöge seiner ehelichen Vogtei zusteht²⁾. Schon hier zeigt sich eine wesentliche Ver-

165) L. 5 u. 6. C. finium regundorum. (3. 39.) L. 6. §. 1. de annuali except. (7. 40.) Alciatus, tract. finium regundorum sive de quinque pedum praescriptione. Col. 1590. Ayrer, de praescriptione limitum. Berger, oeconomia iuris L. III. Tit. VI. th. 4. not. 7. Leyser l. c. Vol. VII. spec. 454. med. 11. 12. 13. Pagemann a. a. D. §. 164. Glück a. a. D. §. 719, S. 451 fg. Schweppe a. a. D. §. 600 a. E. Mühlenbruch l. c. §. 424.

1) Denn ist sie auch nicht in dessen *manus*, so ist sie doch in seiner familia und *seine sua* (Cai. J. III. §. I. 111. II. 159.). Vgl. Zimmermann, Gesch. des röm. Privatrechtes I. §. 226 mit §. 122. Mühlenbruch in Heinecc. Antiq. Rom. ed. Mühlenbr. I. Tit. 10. §. 6. not. i. et *ibid.* cit. und §. 6—14. *ibid.*

2) Albrecht, die Gewere u. s. w. §. 2. Sächs. Landr. I. 31. §. 2, 45. §. 2. Schwab. Landr. (v. b. Jahr) 313. 1. Vgl. Kunde, deutsches eheliches Güterrecht §. 6, S. 11 fg. und das. Cit.

schiedenheit in der Grundform dieser Verhältnisse. Bei der *manus in-
nere* Vereinigung der Vermögensverhältnisse und Rechtlosigkeit der Frau
dem Manne gegenüber; bei dem *Mundium* Sonderung zwischen Mann
und Frau, und Berechtigung der Frau dem Manne gegenüber; aber
Abhängigkeit der Frau in Ansehung des Schutzes ihrer Rechte von dem
Manne, also Beschränkung derselben auf einen Anspruch auf Schutz,
auf mittelbaren Schutz, und bloß in Ansehung der äußeren Seite der
Vermögensrechte eine Vereinigung in der Hand des Mannes. Und von
dieser äußeren Vereinigung sind denn auch die altteutschen Paroemien:
Mann und Weib haben nicht gezweit Gut an ihrem Leibe, oder in ihrem
Leben³⁾, zu verstehen. — Die Unfähigkeit des weiblichen Geschlechtes in
Ansehung der Ausübung und des Schutzes von Rechten verlor sich in-
deß im Laufe der Zeiten, oder ließ nur die Folge übrig, daß die Zu-
ziehung eines Beistandes ein den Willen des Weibes überall nicht un-
wirksam machendes förmliches Erforderniß gewisser Handlungen jener
Art wurde, wie bei der späteren teutschen Geschlechtscuratel. In sofern
sich die früheren Einwirkungen auf die Vermögensverhältnisse während
der Ehe noch erhielten, konnten sie nun als eine Folge der Unterwür-
figkeit der Frau unter die Gewalt oder den Schutz des Mannes nur
dann noch erscheinen, wenn man diese als alleinige Folge der Ehe, und
nicht als eine Folge jener Unfähigkeit ansah; wenn man eine gleiche
Unterwürfigkeit der Frau, wie sie in Ansehung der sonstigen Lebensver-
hältnisse durch die Ehe begründet wird, auch in Ansehung ihrer ver-
mögensrechtlichen Verhältnisse annahm. Sonst konnte nur die Ehe sel-
ber als der thatsächliche Grund dieser Einwirkungen erscheinen. Es war
aber nicht immer die Ehe allein, welche solche Einwirkungen mit sich
führte; es wurden vielmehr nicht selten noch besondere Dispositionen dazu
erfordert, deren Wirksamkeit aber durch die Ehe bedingt war, wie
bei der römischen *dos*, nach der Regel: *dos sine matrimonio non intel-
ligitur*. — So ist es denn auch nach dem geltenden Rechte, und auf
dieses gesehen, muß man den Begriff der Güterrechte der Ehegatten da-
hin bestimmen: daß sie diejenigen vermögensrechtlichen Ver-
hältnisse der Ehegatten sind, welche durch die Ehe be-
gründet werden oder von derselben abhängen. — Die ver-
schiedenartigsten auf die sonstigen Verhältnisse der Ehegatten zu einander
und zu ihren Kindern, so wie zu deren Verwandtschaften sich erstrecken-
den Berücksichtigungen, und die verschiedenartigsten Ansichten und Auf-
fassungsweise, haben indeß hier zu den verschiedenartigsten Gestaltungen
geführt. — Das Güterrecht der Ehegatten kann als ein Theil der Fa-
milienverfassung bezeichnet werden, und hier wird jede Gesetzgebung, die
nicht Willkür zu ihrem Principe erheben will, das einmal Bestehende
anerkennen müssen, so unbequem auch die Verschiedenheit dem Fachjuristen
sein mag⁴⁾. Die thatsächliche Theilnahme am Vermögensgenusse,

3) Sächs. Landr. I. 30. §. 1. Schwab. Landr. 256. 2.

4) Nur muß man nicht Alles als etwas Bestehendes betrachten, was in
den Darstellungen der Juristen steht; nicht dasjenige, was nach von außen,

welche allerdings die mit der Ehe verbundene Lebensgemeinschaft nach sich zieht⁶⁾, hat sich in dieser Verfassung zu einem rechtlichen Verhältnisse gestaltet; die Fortdauer dieses Genusses, welche die freiwillige Fürsorge des einen Gatten dem anderen nach seinem Tode zu sichern suchen wird, ist oft schon durch das Gesetz bestimmt; und die Rechte vorhandener Kinder so wie der Schutz des Ueberlebenden, dem sie und ihr Vermögen unterworfen sind, haben wiederum Modificationen in diesen gesetzlichen Bestimmungen veranlaßt. Demnach muß unterschieden werden: 1) das Verhältniß während der Ehe, 2) das Verhältniß des überlebenden Ehegatten bei kinderloser Ehe, 3) das Verhältniß desselben, wenn Kinder aus der aufgelösten Ehe vorhanden, und endlich kommt auch 4) noch das Verhältniß bei eintretender Scheidung in Betracht. — Diese Verhältnisse gestalten sich denn nach den verschiedenen Güterrechtssystemen verschieden, und deren sind drei Hauptarten zu unterscheiden: I. getrenntes Güterverhältniß, II. äußere und III. innere Gemeinschaft. —

I. Das getrennte Güterverhältniß besteht seiner Natur nach darin, daß wenigstens 1) während der Ehe kein Ehegatte an den Gütern des anderen irgend ein Recht hat, welches durch das eheliche Verhältniß begründet ist. — Es ist also in sofern gar kein Verhältniß und sein Begriff involviret die Negation eines solchen. Dies setzt aber voraus, daß auch die Ehefrau vollkommen freie Dispositionsbefugniß über ihr Vermögen hat, und konnte also so lange und insofern nicht statt finden, als das eheliche Mundium sich in seiner ursprünglichen Bedeutung erhielt; während die neuere Geschlechtscuratel einer solchen Stellung der Ehegatten überall nicht entgegensteht. Denn wenn auch diese Curatel regelmäßig dem Ehemanne als dem Schützer der Frau zu Theil wird, so bleiben dessenungeachtet alle ihre Angelegenheiten betreffenden rechtlichen Handlungen von ihrem Willen abhängig, während bei dem Mundium oder der ehelichen Vormundschaft der Wille des Mannes entscheidet; und zuweilen besteht diese letztere, wo die erstere gänzlich aufgehört hat, z. B. im Herzogthum Sachsen-Altenburg. — Im heutigen positiven Rechte bildet indeß das getrennte Güterverhältniß den Gegensatz zur Gütergemeinschaft. Eine solche Gemeinschaft darf man aber, wenn man die Begriffe nicht verwirren will, nur da annehmen, wo mehrere in solcher Beziehung auf ein vermögensrechtliches Verhältniß stehen, daß man ein besonderes bestimmt begrenztes Recht in ihrem Verhältnisse zu einander nicht unterscheiden kann. Wo also eine solche Unterscheidung möglich ist, da muß, wenn auch der eine Ehegatte sein Recht erst durch die Ehe aus dem Vermögen des anderen erworben hat, z. B. der Mann einen Nießbrauch an den Vermögensgegenständen der Frau, ein getrenntes eheliches Güterverhältniß angenommen werden.

oft aus fremdartigen Instituten, herzugetragenen Ansichten von der Doctrina aufgestellt und nur insofern zur Wirksamkeit gelangt ist, daß hin und wieder im Prozesse darnach entschieden worden. Dann sind auch gegen jene Ansicht nicht: Kuntze a. a. D. §. 183, C. 391, 392 und das. Cit.

5) Vgl. Kuntze a. a. D. §. 1, C. 1, 2.

Dieses besteht also überall wo, und in soweit als, sich keine Gemeinschaft in der angegebenen Bedeutung findet. — Ein solches getrenntes Güterverhältniß ist heut zu Tage als das gemeinrechtlich geltende anzusehen, weil es das des neueren römischen Rechtes ist; dem man auch in dieser Materie seine gewöhnliche Geltung nicht versagen kann⁶⁾, wenn gleich seine Anwendbarkeit hier im hohen Grade eingeschränkt ist. Bei diesem Verhältniß ist denn die Ehe, auch während der Dauer derselben, nicht ohne Einfluß auf die besonderen Vermögensrechte der Ehegatten; sie kann den Erwerb eines Rechtes a) bebingen, b) hindern und c) ein Recht begründen. — Die Ehe bedingt den Erwerb von Dotalrechten; nämlich von solchen, welche zwar zum Vermögen der Frau gehören, deren Ausübung aber zu dem Zwecke in die Hände des Mannes gelegt ist, um dadurch die Lasten der Ehe zu befreien. Denn diese Rechte sind mit der Ehe allein noch nicht gegeben, sondern bedürfen außer derselben noch einer anderweitigen Begründung; auch sind sie an und für sich selber betrachtet nicht gerade solche Rechte, welche dem ehelichen Verhältnisse ausschließlich eigen wären. Namentlich gilt letzteres von den Rechten, welche der Mann an der Dos erwirbt. Denn hier wird die Ausübung derselben dem Manne entweder dadurch eingeräumt, daß ihm das ganze Recht erworben, oder zu seinem Gunsten ein Recht aufgegeben wird, und dem Vermögen der Frau davon weiter nichts verbleibt oder zu Theil wird, als ein Anspruch auf eine Erfüllung der Zweckbestimmung und eine Forderung auf Erstattung des ihm dadurch erworbenen Vermögenswerthes (insofern er nicht durch jene Zweckbestimmung als consumirt zu betrachten ist, wie die Früchte), oder Wiederherstellung des aufgehobenen Rechtes, z. B. der Servitut⁷⁾, wiewohl diese Forderung auch dritten Personen zustehen kann; oder es entsteht eine Theilung von Eigenthumsbefugnissen. Der letztere Fall tritt ein, wenn ein körperlicher, also auch speciell bestimmter, Gegenstand dem Manne zur Dos gegeben wird; also nicht etwa gegen einen, wenn auch erst nach Auslösung der Ehe zu entrichtenden, Preis übertragen wird. Denn wenn auch die gesetzlichen Ansprüche nicht ganz darin übereinstimmen, ob dem Manne oder der Frau in diesem Falle das Eigenthum zusteht, so ist doch so viel gewiß, daß der Mann während der Ehe die Ausübung aller Eigenthumsrechte hat, jedoch mit Ausnahme der Veräußerung und Verpfändung von Immobilien und der Befugniß die Erzeugnisse der Dotalgegenstände, insofern sie zu den eigentlichen Früchten nicht gehören, sich selber zu

6) Vgl. Kunde a. a. D. §. 4, S. 6—8. — Diese gemeinrechtliche Geltung schließt aber gemeinrechtliche Principien über andere Güterverhältnisse nicht aus.

7) L. 57. D. sol. matrim. (24. 3.) L. 78. pr. D. de iure dot. (23. 3.) So auch Aufhebung einer das Eigenthum der Frau beschränkenden Servitut: L. 78. §. 2. D. eod. Ueber Servituten, welche das Eigenthum Dritter beschränken: L. 66. D. eod. Ueber den Fall, wo dotis causa dem Manne eine Liberation ertheilt: L. 43. D. eod. S. den Art. Brautgabe Rote 93—98, Rote 137 fig.

erwerben⁸⁾. Diese Beschränkungen lassen aber die Annahme sehr bedenklich erscheinen, daß ihm das Eigenthumsrecht selber zustehe. — Am treffendsten spricht sich das Verhältniß demnach aus in L. 76 D. de jure dotium 23. 3: *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est.* — Und wenn demnach ein Dotalstück dasjenige bezeichnet wird: *cuius dominium marito quaesitum est*⁹⁾, und der Mann pro dote usucapirt¹⁰⁾; so folgt daraus nicht mehr, als daß er vermöge der Constituirung eines Gutes zur dos in Ansehung desselben zu Erwerbshandlungen befähigt, und der von ihm gemachte Erwerb des Eigenthums eine Acquisition für das Vermögen der Frau ist. Zu Justinian's Zeit, als der eigentlich civilrechtliche Begriff vom dominium sich verwischt hatte, und ihm ein *in bonis esse*¹¹⁾ gleichgestellt wurde¹²⁾, nannte man den Mann den dominus des Dotalstücks¹³⁾, erkannte es aber an, daß das Eigenthum seinem Wesen nach (naturaliter) der Frau zustehe¹⁴⁾. — Eine solche Befugniß zur Ausübung der Eigenthumsrechte bei einem Nichteigenthümer findet sich aber auch bei dem Pfandgläubiger, dem Emphyteuta und dem Superficiar; und daß das Verhältniß des Mannes zur Frau in Ansehung des Dotalstückes dem Verhältnisse des Pfandgläubigers zum Pfandschuldner in Ansehung des Pfandstückes gleich steht, zeigt sich in den Bestimmungen über die Wirkungen der *res iudicata*¹⁵⁾. — Allein die Rechte der Frau haben hier einen dem Dotalrechte eigenthümlichen Charakter; einestheils dadurch, daß ihr Dotalrecht als solches nur durch den Erwerb jener Befugnisse des Mannes ihr erworben werden kann, weshalb denn auch, so lange die Ehe noch nicht erfolgt ist, die ihm *dotis causa* eingeräumten

8) Vgl. den Art. Brautgabe Note 234 flg. — Daß die Befugniß zur Ausübung eines Rechtes ein von dem Rechte selber verschiedenes Recht sein könne, bestritten freilich Paffe, Revision der bisher. Theorie v. d. ebel. Gütergem. §. 16, S. 35 flg. Allein das positive Recht hat doch Beispiele davon aufzuweisen (s. noch Note 14), in denen die Ableitung des Rechtes der Ausübung von dem Inhaber des Rechtes selber nur in Beziehung auf die Zuständigkeit des Rechtes in Betracht kommt.

9) L. 13. §. 2. D. de fundo dotali. (23. 5.) Vgl. L. 23. C. de iure dot. (5. 12.) L. 81. D. eod.

10) Tit. D. pro dote. (41. 9.)

11) Vgl. L. 52. D. de A. R. D. (41. 1.) Caii J. II. 40.

12) L. un. C. de nudo iure Quir. toll. (7. 25.)

13) Pr. J. cit. — Im Sinne der L. un. C. cit. ist diese Bezeichnung auch nicht unpassend. — Wenn Cajus sich derselben Bezeichnung bedient, so redet er dabei von dem Falle, wo der Mann durch in iure cessio mancipatio oder usucapio dotis causa quiritarisches Eigenthum erlangt hat. — Cai. J. II. 62. 63.

14) L. 30. C. de iure dot. (5. 12.) Wenn Justinian hier sagt: daß die *res dotales* nach der *legum subtilitas* zum *patrimonium* oder zur *substantia* des Mannes gehörten; so liegt hierin eigentlich nicht mehr, als daß darnach der Mann *sic in bonis habe.* — Das *in bonis habere*, welches der Frau in L. 4. D. de collatione (37. 6.) in Ansehung der dos zugeschrieben wird, kann nur in dem Sinne verstanden werden, daß sie dadurch bereichert ist. S. indeß den Art. Brautgabe Note 219—235.

15) L. 63. D. de re iudicata. (42. 1.)

Rechte selber, nicht etwa blos deren Ausübung, ihm erworben werden¹⁶⁾; anderentheils dadurch, daß ihm besondere Vorzüge (das privilegium dotis u. s. w.) beigelegt sind, die dasselbe gegen nachtheilige Handlungen des Mannes und gegen die Angriffe der Gläubiger desselben sichern¹⁷⁾. — Diese Rechte der Frau sind es denn auch, welche durch die Ehe bedingt sind, und auf welche die Regel: dos sine nuptiis non intelligitur¹⁸⁾, sich bezieht. — Es sind auch diese Rechte überall nicht davon abhängig, daß das Dotalgut aus dem Vermögen der Frau, oder auch nur aus dem Vermögen derjenigen, welche eine Dos für sie zu bestellen verpflichtet sind, herrührt; sondern sie werden ihr ebenfalls erworben, wenn ein Dritter aus seinem Vermögen freiwillig eine dos dem Manne bestellt; wiewohl dann, wenn er für den Fall der Auflösung der Ehe sich die Rückforderung ausbedungen, das Recht der Frau sich auf einen Anspruch auf eine dem Zwecke der dos gemäße Benutzung beschränken muß¹⁹⁾. — Und dieses Recht kommt nur zur Ausübung, wenn der Mann während der Ehe insolvent wird oder eine schlechte Haushaltung führt, indem sie dann die ihm sonst zustehende Befugniß der Ausübung der Rechte, welche die dos bilden, zum Zwecke der Ehe für sich in Anspruch nehmen kann²⁰⁾. Die Ehe bedingt ferner auch den Erwerb der im römischen Rechte vorkommenden donatio propter nuptias von Seiten der Frau. Die richtige Ansicht über dieses so wenig aufgeklärte Institut²¹⁾ scheint die zu sein, daß dasselbe ein gewisses Gut während der Ehe ganz in das rechtliche Verhältniß des Dotalgutes setzt; wiewohl die zur Sicherung desselben dienenden Vorzüge geringer sind als die des eigentlichen Dotalgutes²²⁾. So wie das Dotalgut als solches der Frau durch eine Handlung des Mannes erworben wird, eben so macht sie auch auf dieselbe Weise den Erwerb der donatio propter nuptias; die Verschiedenheit besteht blos darin, daß der Stoff für die letztere aus dem Vermögen oder von der Seite des Mannes herrührt, und darnach der Rückfall oder Anfall desselben bei Auflösung der Ehe sich anders

16) Bgl. L. 7. §. 3. D. de iure dot. (23. 3.) L. 1. §. 1. D. pro dote. (41. 9.)

17) L. 30. C. de iure dot. (5. 12.) L. un. §. 1. C. de rei uxor. act. (5. 13.) Nov. 97. c. 2. Bgl. den Art. Brautgabe Note 589—598, 604 fig.

18) L. 3. 21. 22. D. de iure dot. S. den Art. Brautgabe Note 4 fig., Note 129 fig.

19) Bgl. Thibaut, System des Pandektenr. §. 346 unter C.

20) L. 24. pr. D. sol. matrim. (23. 3.) L. 29. 30. C. de iure dot. (5. 12.) Nov. 97. c. 6. pr. (si male res maritus gubernet). — S. indeß den Art. Brautgabe Note 379. — Wenn der Mann im Falle des Wahnsinnes der Frau sie hilflos läßt, und die dos nicht zu ihrem Zwecke benutzt, kann diese fequestrirt werden. L. 22. §. 8. D. soluto matrim. (24. 3.)

21) Gegen die Ansichten, daß sie ein bedingtes Geschenk an die Frau sei, daß sie erst wirksam werde, wenn die Ehe durch den Tod des Mannes aufgelöst und Kinder aus derselben vorhanden: v. Edhr, im Arch. für civ. P. XV. S. 491 fig.

22) Nov. 60. c. 1. Nov. 109. c. 1. Bgl. Thibaut a. a. D. §. 347.

gestaltet²³). Da diese Rechte der Frau, welche unter Dotalrechten im allgemeineren Sinne befaßt werden können, durch das Verhältniß der Ehe ihre besondere Qualifikation erlangen, so unterscheiden sie sich dadurch auch von demjenigen Erwerbe, der bloß in Beziehung auf die Ehe gemacht wird, und daher auch in gewisser Hinsicht von derselben abhängt. Dahin gehört der *Mahlschaz* (*arrha sponsalitia*) und die *Brautgeschenke* (*sponsalitia largitas*), welche wenigstens durch verschuldete Nichteingehung der Ehe verloren gehen²⁴); so wie auch die *Morgengabe*, als ein nach teutschen Sitten zuweilen gebräuchliches Geschenk, welches der Mann der Frau alsbald nach der Vollziehung der Ehe macht, durch welches sie das ihr dadurch eingeräumte Recht sofort sich allein erwirbt²⁵). Kann letztere auch nicht, wie man zuweilen gesagt hat, als ein *pretium virginittatis* angesehen werden, so tritt dabei doch die Idee einer Vergeltung für die *consummatio matrimonii* hervor; und es finden sich Anerkennungen dafür, daß ihre Gültigkeit davon abhängt, daß sie sofort nach dem ersten Bellager gegeben wird²⁶). — Die Ehe hindert dahingegen den Erwerb eines Rechtes vermöge der Vorschrift, daß Schenkungen unter Ehegatten während der Dauer derselben überall nicht wirksam werden können²⁷). — Die Ehe begründet ein Recht des Ehemannes gegen dritte Personen, welche verpflichtet sind für die Frau eine *dos* zu bestellen, sie deshalb in Anspruch zu nehmen²⁸). Es sind aber hier noch einige Fälle zu betrachten, in denen nach teutschen Rechten die Ehe ein Recht des einen Ehegatten in Ansehung der Güter des anderen erzeugt. — Die Gewere des Ehemannes im älteren teutschen Rechte führte zwar eine innere Vereinigung der Vermögenrechte nicht mit sich; jedoch hatte der Mann an den der Frau eigenthümlich verbleibenden von ihr eingebrachten Gütern einen Nießbrauch²⁹). Ein solcher Nießbrauch des Mannes an dem der Frau ausschließlich verbleibenden Vermögen ist bisweilen, namentlich in oldenburgischen Gegen-

23) Vgl. v. Eöhr a. a. D. S. 432, 460.

24) S. den Art. Brautgeschenke.

25) Eichhorn, Einleitung in das teutsche Privatr. §. 303. Jedoch kommt auch eine Morgengabe in anderer Bedeutung vor. S. unten Note 45.

26) Dortmund. Rechtsprüche bei Wigand, Arch. für die Geschichtskunde Westphalens IV. S. 425. — Vgl. auch Mittermaier, Grundsätze des gem. teutsch. Privatrechtes §. 348, Note 5, 6, 7.

27) Nämlich auch dann nicht, wenn ihre Beständigkeit nicht davon abhängt, daß der Beschenkte den Schenker überlebt und dieser nicht widerruft, sondern bei der Trennung der Ehe gemacht sind (L. 11. §. 11. L. 12. D. de donat. int. v. et uxor. [24. 1.]); es sei denn, daß ein Fall vorliege, wo sie ausnahmsweise sofort gültig wird. Vgl. Thibaut a. a. D. — S. auch sächs. Landr. I. 21. und Mittermaier a. a. D. §. 411 vgl. mit §. 401, Note 19, 20.

28) Vgl. Thibaut a. a. D. §. 336.

29) Sächs. Landr. III. 76. §. 3. Schwab. Landr. nach C. 342. Dieses Recht des sächs. Landr. gilt auch noch in Kurpfalz: Kurpfälz. verb. Prozeßordn. Tit. 39, §. 21.

den³⁰⁾, so wie nach preussischem Landrechte³¹⁾ auch jetzt noch die Folge der Ehe. — Man hat dieß Verhältniß als die nießbräuchliche Gütergemeinschaft bezeichnet³²⁾. Allein wie man auch dieses Recht des Mannes betrachtet, ob als ein eigenthümlich deutsches Gebrauchsrecht, oder als einen römischen Ususfruct, so ist doch dasselbe, ähnlich wie bei der dos, ein anderes als das der Ehefrau an ihrem Vermögen; nur die Objecte sind den beiderseitigen Rechten gemeinsam. Allein diese letztere Gemeinsamkeit kann eben so wenig eine Gütergemeinschaft bilden, als eine solche zwischen römischen Miteigenthümern besteht; und man kann jene eben so wenig eine *communio bonorum usufructuaria*, als diese eine *communio bon. proprietaria*³³⁾ nennen. — Nur dem Einflusse römischer Ansichten wird es zugeschrieben werden können, daß teutsche Statute auch ein Verhältniß kennen, nach dem die Ehe jedem Ehegatten an dem von dem anderen herrührenden Gute einen ideellen Antheil ertheilt³⁴⁾. Auch dieses Güterverhältniß muß nach dem Gesagten als ein getrenntes betrachtet werden. Zwar hat dasselbe auch in Ansehung der Schuldenhaftung eine ähnliche Wirkung wie eine Gütergemeinschaft; allein diese Haftung des einen Ehegatten für die von dem anderen contrahirten Schulden wird hier durch die Idee einer Bürgschaft vermittelt, und pflegt gewissen Einschränkungen unterworfen zu sein, z. B. daß die Ehefrau nur für diejenigen Schulden des Mannes schlechthin verhaftet wird, die er am Wohnorte contrahirt hat, weger der anderswo contrahirten Schulden aber nur, wenn sie mit ihrem Wissen gemacht worden sind, wobei man sie dann vom Gebrauche der römischen Beneficien ausschließt³⁵⁾.

Wird 2) die Ehe durch den Tod aufgelöst; so kann, bei gänzlicher Getrenntheit der Güterverhältnisse der Ehegatten der Natur der Sache nach dieser Umstand überall keinen Einfluß auf dieselben haben. Allein sind besondere Rechte des einen Theiles durch die Fortdauer der Ehe bedingt, z. B. ein Nießbrauch des Ehemannes; so müssen diese untergehen, und auf der anderen Seite können, und zwar selbst durch das Erlöschen dieser Rechte, besondere Verhältnisse als Folge der früher bestandenen Ehe hervorgerufen werden. — Dieß tritt zunächst in Ansehung der Dotalgüter ein. Die Rechte des Ehemannes erlöschen, und in Ermangelung anderer Dispositionen muß dieß die Folge herbeiführen, daß nun diese Güter von jenen beschränkenden Rechten frei und der unbeschränkten Disposition der Ehefrau unterworfen werden; und wenn durch ihren Tod die Ehe aufgelöst worden, diese Güter mit gleicher Unbeschränktheit ihren Erben zufallen. — Jedoch treten dabei Modifica-

30) Runde a. a. D. §. 26, S. 60 fig.

31) Th. 2, Tit. 1, §. 231 fig.

32) Runde a. a. D.

33) Vgl. indeß Eichhorn a. a. D. §. 311, Note 6.

34) Nürnberger Reformation Tit. 28, Art. 1. Württemb. Landr. Th. 3, Tit. 7, §. 2.

35) Vgl. Coburger Stat. Art. 11. Hildburghäuser Stat. Art. 10. Pögg, im Anhang zu Drtloff, Statuten von Coburg S. 80, 81, 83.

tionen ein, welche von dem Ursprunge dieser Güter abhängen. Diejenigen eigentlichen Dotalgüter nämlich, welche aus dem Vermögen des Vaters oder väterlicher Ascendenten herrühren (dos profectitia), werden, wenn die überlebende Frau sich noch in der patria potestas befindet, oder wenn die verstorbene Frau in einer solchen potestas verstarb, dem Inhaber dieser potestas unterworfen, wiewohl sie nur in diesem letzteren Falle ihm unbeschränkt anheimfallen, und er im ersteren bei der Zurückforderung an die Zustimmung der Frau gebunden ist und diese das Recht behält, daß diese Güter bei ihrer etwaigen Wiederverheirathung ihrem anderen Ehemanne wiederum zur dos gegeben werden und sie beim Tode des Inhabers der potestas über sie ihr ausschließlich verbleiben. An den zur donatio propter nuptias bestimmt gewesenen Gütern hat aber das römische Recht so wenig der lebenden Frau als deren Erben für diesen Fall irgend ein Recht zugestanden, sondern sich vielmehr nur dafür ausgesprochen, daß dem Manne in Ansehung derselben eben dieselben Rechte zustehen, wie der Frau in Ansehung der Dotalgüter³⁶).

— In Deutschland ist dahingegen hin und wieder ein Institut unter dem Namen der donatio propter nuptias, auch contrados, Widerlage, Gegenvermächtniß genannt, bekannt geworden, wodurch ein gewisser vom Manne herrührender Vermögenstheil mit dem eingebrachten Heurathsgute der Frau dergestalt in dasselbe Verhältnis gesetzt wird, daß er der überlebenden Ehefrau neben ihrem Eingebrachten verbleibt oder zufällt³⁷). —

Alle diese Dotalverhältnisse römischer Art sind aber nicht gesetzlich bestimmte Folge der Ehe allein, und zwar selbst dann nicht, wenn beide Ehegatten Vermögen haben, welches den Stoff zu ihrer Entstehung liefern kann; sie setzen immer eine freiwillige Begründung voraus, wenn auch andere Personen unter gewissen Umständen genöthigt werden können, den Stoff zu dieser Begründung zu liefern. Nur eine bedingte gesetzliche Nothwendigkeit findet sich nach neuerem römischen Rechte in Ansehung der Bestellung einer donatio propter nuptias von Seiten des Ehemannes, nämlich in der Art bedingt, daß sie eintritt, sobald er einmal ein Dotalverhältnis im engeren Sinne begründet hat³⁸). Diese Vorschrift ist aber in Deutschland nie angewendet worden. — So wie aber teutsche Rechte als sich von selber verstehende Folge der Ehe schon für die Dauer derselben gewisse Befugnisse des einen Ehegatten in Ansehung der Güter des anderen eintreten lassen, so haben sie ebenfalls

36) S. den Art. Brautgabe nach Note 384 und über die donatio propter nuptias: L. 18. C. de nuptiis. (5. 3.) L. 31. §. 1. C. de iure dot. (5. 12.) Nov. 22. c. 20. vgl. mit L. 8. C. de repudiis. (5. 17.) L. 9. L. 10. C. de pact. conv. (5. 14.) Edhr, Arch. für civ. P. XV. S. 432.

37) So die Besserung gegen den Brautsehaß, welche der überlebenden Frau, wenn die Ehe kinderlos ist, zufällt nach Dithmarscher Landrecht Art. 34, §. 3, 10.

38) Arg. Nov. 91. c. 2., wornach, wenn der Mann die Entgegennahme und also auch die Constituirung der dos verweigert, die Frau Anspruch auf eine donatio propter nuptias hat, als wenn eine dos constituirt worden wäre.

berachtigte Rechte für den Fall der Trennung der Ehe durch den Tod begründet. Hierher gehören folgende Institute:

a) Die den sächsischen Rechten eigenthümlichen³⁹⁾ Institute der Gerade, der bei adligen Wittwen vorkommenden Morgengabe und des Mustheiles; vermöge welcher gewisse Güter aus dem Nachlasse des Mannes der überlebenden Frau als Eigenthum zufallen. Die Gerade, worunter hier die Wittwen-Gerade, im Gegenfaze derjenigen Gerade, welche sich bei der Beerbung weiblicher Verwandten von deren Nachlaß aussondert, verstanden wird, — besteht in solchen Gegenständen, welche sich während der Ehe unter der Verwaltung und in der Benutzung der Hausfrau zu befinden pflegen, es sei nun zu ihren eigenen Bedürfnissen, wie z. B. ihre Kleider, ihr Schmuck, oder zu denen des Haushaltes, wie Leinen, Garn, Wolle, Betten, und zwar auch solche, welche nur Stoffe zu diesen Gegenständen hervorbringen, wie Schafe und Gänse⁴⁰⁾. Gleichgiltig ist es dabei, ob sie ursprünglich von dem Manne oder von der Frau herrühren, oder ob sie während der Ehe gewonnen sind⁴¹⁾. — Daß sie sofort mit ihrer Existenz in das Eigenthum der Frau gefallen⁴²⁾, läßt sich nicht vertheidigen, weil sie während der Ehe jedenfalls der Verfügung des Mannes nicht entzogen waren⁴³⁾, und sich eben so wenig nachweisen läßt, daß sie während der Dauer derselben schon einen besonderen Vermögenstheil gebildet. — Die Morgengabe, welche ursprünglich nur in der vorhin angegebenen Bedeutung als eine freiwillige Gabe des Mannes vorkommt, deren Zulässigkeit sich aber auf gewisse Vermögensgegenstände beschränkt findet⁴⁴⁾, ist durch den Gebrauch ein sich von selber verstehendes Recht der adligen Wittwen in Sachsen geworden, welches insofern das dazu bestimmte Gut nicht etwa früher auf die Frau übertragen wird⁴⁵⁾, erst nach dem Tode des Mannes zur Existenz kommt⁴⁶⁾. — Das Mustheil besteht in der Hälfte

39) Nämlich als ohne Vertrag eintretende Wirkungen der Ehe, und unter diesen besonderen Benennungen und Modificationen. — Ueber die größtentheils aufgehobene Gerade: Haffe, Skizze des Güterrechtes u. s. w., in der Zeitschr. für gesch. Rechtsw. IV. S. 75—77, 87—89. Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgeschichte §. 369, Note i, §. 568, Note k und a. a. D. §. 297, 336.

40) Sächs. Landr. I. 24. und Haffe a. a. D. S. 75—77.

41) Haffe a. a. D. S. 75.

42) Haffe a. a. D. S. 75.

43) Sächs. Landr. I. 24. a. G. und Haffe a. a. D. S. 77.

44) Sächs. Landr. I. 20. §. 1. Schwab. Landr. S. 301, §. 5—12.

45) Vgl. Eichhorn a. a. D. Einl. §. 303. Haffe a. a. D. S. 79, Bayer. Landr. 12, 9. 13. (Heumann, opusc. 87. 88.) Die Gewere zur rechten Vormundschaft verblieb jedoch auch in diesem Falle dem Manne: Albrecht a. a. D. §. 24, S. 268. Indeß findet sich auch, daß die Frau die freiwillig gegebene Morgengabe nur zur Leibzucht erhält: Altes Bergisches Landr. §. 14 (Ratomblet, Arch. für die Gesch. des Niederrheins I. 1, 86), so wie auch ein gesetzliches Wittthum unter dem Namen der Morgengabe vorkommt: Brem. Ritterr. Tit. 6, §. 1.

46) Vgl. sächs. Landr. III. 38. §. 3.

des beim Tode des Mannes schon gewonnenen und in den ersten 30 Tagen nach demselben nicht aufgezehrten zum Nachlasse des Mannes gehörigen Vorrathes an Lebensmitteln, wozu auch das für denselben bereits bestimmte Vieh gehört, wie z. B. gemästete Schweine⁴⁷). Abgesehen von dem Adel in Sachsen sind indeß diese Institute in der Regel untergegangen und durch andere ersetzt, in denen sich indeß zum Theil ihre Bestandtheile noch wieder erkennen lassen, wie z. B. in der Haubensbandsgerechtigkeit des schleswigschen und holsteinischen Adels und ihm gleich gestellter Personen⁴⁸), in der nach den neumünsterschen Kirchspielgebräuchen der Frau zufallenden Kistenwaare⁴⁹).

b) Gebrauchs- und Nutzungsrechte der überlebenden Ehefrau an den Gütern des Mannes auf bestimmte Zeit; oder das namentlich beim Adel in Schleswig und Holstein, wo es unter der Haubensbandsgerechtigkeit begriffen ist, so wie auch in Mecklenburg, Pommern und im Herzogthum Bremen vorkommende sogenannte Gnadenjahr⁵⁰). — Die Idee, daß eine Härte darin liege, wenn die Frau sofort beim Tode des Mannes genöthigt werden könne, Haus und Hof zu verlassen, scheint dabei zum Grunde zu liegen; woraus es sich denn auch erklärt, daß das Recht sich auf die Landgüter des Mannes beschränkt findet, wenn er deren hinterläßt; wie dieß bei der Haubensbandsgerechtigkeit der Fall ist⁵¹). —

c) Die Widerlage. Hierher gehört das Leibgedinge, oder sogenannte *dotalitium saxonicum*, welches insbesondere in Sachsen gilt⁵²) und der Wittve, welche eine dos eingebracht hat, oder auch, nach sächsischem Rechte, nach dem Tode des Mannes zur Gewinnung des Leibgedinge einbringt, ein Recht auf eine lebenslängliche jährliche Rente aus den Gütern des Mannes gibt, welche in dem Betrage zweifacher Zinsen des Hauptstuhles besteht, der durch die eingebrachte dos, vertragsmäßig, aber auch durch Hinzurechnung eines ihr gleichen Capitals als Widerlage oder Verbesserung zu derselben, gebildet wird⁵³). Der Natur einer Rente gemäß ist aber durch den Erwerb des Rechtes auf sie der Hauptstuhl untergegangen; und es tritt also hier die Regel ein: Leibgut schwindet Hauptgut. — Jedoch kommt auch die Widerlage in der Art vor, daß die überlebende Wittve einen Anspruch auf den der Größe ihrer dos gleichen Hauptstuhl derselben erwirkt, und daneben ihre dos zurückerhält⁵⁴).

47) Sächs. Landr. I. 22. Runde, Grundf. des gem. teutsch. Privatr. §. 600. Vgl. Rigisches Ritterr. Cap. 29.

48) Verordn. v. 1568 in der schlesw.-holst. Landgerichtsordn. Th. 4, Tit. 5.

49) Neumünst. Kirchspielgebräuche (Ausg. von Seefst. u. Pauly. Schlesw. 1824) Art. 11.

50) Vgl. Runde a. a. D. §. 601.

51) Angl. Verordn. v. 1568 §. 2, 7.

52) Als bestellte Leibzucht im sächs. Landr. I. 21.

53) Eichhorn a. a. D. Einleit. §. 305. Const. elect. Sax. 42. 44. P. II. (1572.) Cod. Aug. I. p. 100.

54) S. oben Note 37.

d) Das *Witthum* oder *vidualitium*: ein Gebrauchsrecht oder Nießbrauch an nachgelassenen Gütern des Mannes, oder ein Anspruch auf Einkünfte aus denselben, für die Dauer des Wittwenstandes der überlebenden Frau⁵⁵⁾.

e) Die gegenseitigen *Successionsrechte*, welche nach den *Parömien*: Längst Leib längst Gut; auch: Länger Leib länger Gut, eintreten. Vermöge dieser Grundsätze erhält der Ueberlebende, je nach der Bedeutung, welche diese *Parömien* in verschiedenen Gegenden erlangt haben, bald einen lebenslänglichen Nießbrauch an den hinterlassenen Gütern des Vorverstorbenen, bald fallen diese selber ihm unwiderruflich zu, so daß die Erben des Vorverstorbenen von denselben ausgeschlossen sind⁵⁶⁾. Auch die *Parömie*: der letzte macht die Thür zu, hat eine solche Bedeutung. —

f) Die sogenannte *portio statutaria*: ein Antheil an dem hinterlassenen Gute oder Vermögen des Vorverstorbenen, in den der Ueberlebende ihm succedirt. Hierher kann man die nach dem sächsischen Landrechte stattfindende *Succession* des überlebenden Ehemannes in den *Mobiliar-nachlaß* der verstorbenen Frau⁵⁷⁾ zählen. Regelmäßig ist aber dieses Recht, wo es vorkommt, den Ehegatten im Falle des Ueberlebens gegenseitig zuständig⁵⁸⁾; bisweilen ist jedoch der Antheil der Ehefrau geringer, z. B. so, daß sie nur ein Viertel bekommt, während dem Manne ein Drittel zufällt⁵⁹⁾.

3) Das Dasein von Kindern aus der durch den Tod aufgelösten Ehe äußert auf die gedachten Verhältnisse an sich in der Regel keinen Einfluß; wiewohl die väterliche Gewalt oder die Vormundschaft, welche dem Ueberlebenden über die Kinder zusteht, die Wirkung mit sich führen kann, daß das übrige an letztere vererbte Vermögen des Vorverstorbenen unter seinen Nießbrauch oder unter seine Verwaltung fällt⁶⁰⁾. Zuweilen hat indeß das Dasein von Kindern den Einfluß, daß die Größe der *statutarischen Portion* dadurch verändert wird, z. B. daß die Frau statt eines Dritttheils ein Viertel bekommt⁶¹⁾, oder daß ihr die *Widerlage* nicht zu Theil wird⁶²⁾; bisweilen aber fallen jene Verhältnisse auch da, wo sie beim Nichtdasein von Kindern eingetreten sein würden, gänzlich hinweg; und das Vermögen beider Ehegatten wird als eine einzige Masse betrachtet, von welcher dem Ueberlebenden, ohne Rücksicht auf den Ursprung der Bestandtheile derselben, ein aliquoter Theil zufällt⁶³⁾.

55) Eichhorn a. a. D. Einl. §. 306.

56) Runde, Güterrecht §. 18, S. 40—43, §. 24, S. 56 fig.

57) Sächs. Landr. I. 31.

58) Eichhorn a. a. D. Einl. §. 338. Zeugnisse bei Kraut, Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht, 2. Ausg., S. 352 fig.

59) Const. elect. Saxon. 20. P. III. Cod. Aug. I. p. 110. Hofst. Verordn. v. 15. Juni 1742.

60) Dieses Verhältniß ist den *Art. peculium adventitium* und *Vormundschaft* zu überlassen. S. indeß auch unten Note 203 fig.

61) Vgl. die Cit. der Note 59.

62) So nach Dithmarscher Landr. Art. 35, §. 2.

63) S. unten III. und Note 183, 184.

4) Wird die Ehe durch eine Scheidung aufgelöst, so könnten die vorhin aufgezählten Verhältnisse, abgesehen von den Dotalverhältnissen, überall nicht zur Existenz kommen. Denn sie setzen nicht allein voraus, daß der eine Ehegatte den anderen überlebt, sondern sie sind auch immer nur für den Fall in den Gesetzen constituirte, daß die Ehe durch den Tod des einen Gatten getrennt wird; und wenn auch dies die Veranlassung dazu gegeben haben mag, daß Juristen angenommen haben, es sei im Falle der Scheidung der schuldige Theil als verstorben zu betrachten, und demnach der unschuldige in Ansehung des Güterrechtes als überlebender zu behandeln, so ist diese Annahme doch willkürlich⁶⁴⁾. — Es läßt sich für diesen Fall zwar die Grundregel aufstellen, daß jedem Ehegatten sein Vermögen verbleibt; allein in sofern der schuldige Ehegatte dem unschuldigen durch die Herbeiführung der Scheidung Vortheile entzogen hat, welche diesem vermöge der gedachten Verhältnisse im Falle der Trennung durch den Tod erwachsen sein würden, läßt sich nicht einmal ein Entschädigungsanspruch des letzteren gegen ihn begründen⁶⁵⁾. Denn abgesehen davon, daß einer sofortigen Realisirung desselben die Ungewißheit darüber, ob der unschuldige Gatte der überlebende sein werde, also im Falle der Fortdauer der Ehe bis zum Tode des Einen ihm jene Vortheile erwachsen sein würden, entgegenstehen, und selbst die Auflage einer Realcaution an den Schuldigen für den Fall seines früheren Todes sich durch rechtliche Vorschriften nicht begründen lassen würde, so läßt sich gegen einen solchen Anspruch doch gewiß mit Grund erinnern, daß die Ehe ihrer rechtlichen Natur nach (der Gebrauch, den man von ihr macht, kann nichts ändern) kein Verhältniß ist, dessen Zweck im Vermögenserwerb besteht, und in welcher der eine Gatte dem anderen für die diesen treffenden vermögensrechtlichen Folgen seiner Culpa verantwortlich sein könnte. — Anders stellt sich aber die Sache in Ansehung der Dotalverhältnisse. Hier tritt eben dasselbe ein, wie im Falle der Auflösung der Ehe durch den Tod, indem diejenigen *Modificatioes*, welche die bestehende Ehe in Ansehung der zur *dos* und *donatio propter nuptias* bestimmten Güter herbeiführt, mit der Ehe selber hinwegfallen, gleichviel aus welchem Grunde diese zu bestehen aufhört. Allein hier hat das römische Recht die durch das canonische bestätigte Vorschrift, daß der schuldige Theil, in sofern ihm durch die Auflösung der Ehe nach der allgemeinen Regel diese Güter unbeschränkt zuständig sein würden, dieselben an den unschuldigen verliert⁶⁶⁾, wozu dann, wenn der Mann der Frau durch den unwahren Vorwurf eines Ehebruchs einen Grund zur Scheidung gibt, und keine Kinder aus der gesamten

64) Vgl. Haffe, Revision der bish. Theorie von der ehel. Gütergemeinschaft §. 36, 37, S. 119 flg. Mittermaier, Grundf. des gem. deutsch. Privatrechtes (§. 362) §. 412. Im bayer. Landr. ist dies jedoch bestimmt: ebendaf.

65) Vgl. auch Thibaut, Syst. des Pandektenr. §. 364.

66) S. den Art. Brautgabe Note 364 flg. und c. 4. X. de donat. int. v. ux. (4. 20.)

Ehe vorhanden sind, noch ein Drittheil des Werthes des zur *donatio propter nuptias* bestellt gewesenen Gutes kommt⁶⁷⁾. — Diese Folgen lassen sich nun zwar als eine Vergütung für den dem unschuldigen Gatten entzogenen Genuß von diesen Gütern, der ihm durch die Benutzung zu dem Zwecke der Ehe bei deren Fortdauer erwachsen sein würde, betrachten^{67a)}; und dazu paßt es denn auch ganz gut, daß er im Falle des Daseins von Kindern aus der geschiedenen Ehe nur den Nießbrauch an jenen Gütern erhält, deren Proprietät aber den Kindern zufällt⁶⁸⁾. — Sie können aber allerdings nur eintreten, wenn eine *dos* oder eine *donatio propter nuptias* bestellt worden; und da der Mann, wenn sie fehlen, die Lasten der Ehe aus eigenen Mitteln zu tragen hat, so verliert die unschuldige Frau durch die Scheidung in solchem Falle den Unterhalt, welchen der Mann ihr bei der Fortdauer der Ehe zu reichen gehabt haben würde. Die unvermögende Frau, welche keine *dos*, und also auch keine *donatio propter nuptias* hat, kann indeß nach römischem Rechte bei Trennung der Ehe durch den Tod ein Viertel, und wenn sie mit Kindern des vorverstorbenen Mannes concurrirt, eine Virilportion von dessen Nachlaß in Anspruch nehmen, an welchem Erbtheil sie jedoch dann, wenn jene mit ihr concurrirenden Kinder ihre eigenen sind, nur den lebenslänglichen Nießbrauch erhält, während diesen die Proprietät zufällt⁶⁹⁾. — Dieses sogenannte Erbrecht der armen Wittwe gehört, eben weil es ein Erbrecht und von besonderen außer der Ehe selber liegenden Umständen abhängig ist, genau genommen eben so wenig zu den ehelichen Güterrechten, als das gegenseitige Erbrecht der Ehegatten, welches ihnen durch das prätorische Edict für den Fall des Mangels von erbfähigen Blutsverwandten zugesichert ist⁷⁰⁾. — Das römische Recht hat indeß für jenes Erbrecht der armen Wittwe auch der geschiedenen Frau, welche keine *donatio propter nuptias*, also auch keine *dos* hat, einen gleichen Anspruch auf das Vermögen des Mannes, der die Scheidung verschuldete, gegeben, und zwar auch mit gleicher Beschränkung auf den Nießbrauch durch ihre eigenen Kinder⁷¹⁾; jedoch soll das Viertel nicht 100 Pfund Goldes übersteigen⁷²⁾. Daß hier die Armuth nicht ebenfalls zur Bedingung gemacht ist, steht nicht ent-

67) Nov. 117. c. 9. §. 4.

67a) Dagegen Haffse, Revision §. 36, S. 120 flg.

68) L. 8. §. 7. C. de repudiis (5. 17.) vgl. mit Nov. 22. c. 30. Nov. 98. c. 1. Nov. 117. c. 58. 9. Nov. 127. c. 4. v. Eöhr, in dessen und Grolman's Mag. III. S. 375 flg. und im Arch. für civ. Pr. XXII. S. 1—5. Rosshirt, Einleit. in das Erbrecht S. 194—197.

69) Nov. 53. c. 6.

70) L. 1. C. unde vir et uxor. (6. 18.) — Gegen die Erbenqualität der armen Wittwe ist indeß v. Wangerow, Leitfaden für P. Fortf. B. 2, Cap. 4, S. 322.

71) L. 11. C. de repud. (5. 17.) Nov. 117. c. 5. — Die Nov. spricht dem Manne jede Quart ab. Die Nov. 127. c. 4. sagt zwar, Frau und Mann sollen dieselben Strafen leiden, redet aber doch nur von dem Falle der Scheidung ohne allen Grund, der jetzt nicht mehr eintritt.

72) L. 11. C. u. Nov. 117. c. 5. cit. Thibaut a. a. D. §. 362.

gegen, diesen Anspruch als ein Surrogat jenes Erbrechtes zu betrachten, da es vielmehr durch dieselbe ein solches zu sein aufhören würde, wenn die geschiedene Frau nicht zur Zeit der Scheidung, wohl aber zur Zeit des Todes des Mannes, sich im Zustande der Armuth befände. Daß indeß beide Portionen nicht immer zu demselben quantitativen Resultate führen werden, liegt zu Tage; allein dies würde durch eine allgemeine Vorschrift und auf einfachem Wege auch überall nicht zu erreichen sein. Diese Vorschriften werden aber, auch bei getrennten Güterverhältnissen, nicht überall angewendet. Beim Vorhandensein einer solchen Trennung würde aber der Anwendung theoretisch kein Grund entgegenstehen⁷³⁾.

Die vorhin genannten Rechte des überlebenden Ehegatten bestehen indeß keinesweges alle gleichzeitig neben einander. Namentlich fallen neben der portio statutaria und neben den aus der Regel: Längst Leib längst Gut entspringenden Rechten die übrigen hinweg; während letztere auch sämmtlich neben einander vorkommen können⁷⁴⁾, aber keinesweges immer neben einander statt finden. Die vorhergegangene Ehe, als Thatsache betrachtet, muß als der Erwerbgrund dieser Rechte betrachtet werden, und der Umstand, daß diese erwerbende Thatsache mit dem Tode des vorversterbenden Ehegatten erst vollendet ist, kann zwar die Benennung einer mortis causa capio für den Erwerb rechtfertigen, keinesweges aber den überlebenden Ehegatten in Ansehung desselben als Erben qualificiren; wenn man nämlich das Wort in der jetzt gangbaren römischen und nicht in der ursprünglich deutschen Bedeutung nimmt, in der es allerdings für eine solche Succession in den Quellen vorkommt⁷⁵⁾. — Indesß pflegt man nicht allein den Anspruch auf die portio statutaria, sondern auch den Anspruch nach der Regel: längst Leib u. s. w., den man auch wohl unter die portio statutaria befaßt⁷⁶⁾, als ein Erbrecht, und zwar als das eines Pflichttheilsberechtigten, zu betrachten⁷⁷⁾; was denn dahin führt, daß nicht etwa sein Antheil nur nach Abzug der Schulden des Vorverstorbenen vom reinen Activvermögen berechnet wird, wie es indeß doch zuweilen geschieht⁷⁸⁾, sondern daß der überlebende Gatte, welcher die Portion annimmt, verhältnißmäßig für sämmtliche Schulden des vorverstorbenen auch mit eigenem Vermögen haftet. —

73) Mittermaier a. a. D. Vgl. auch württemb. Landr. Th. 2, Tit. 32.

74) Nämlich die vorhin unter a) b) c) d) genannten Rechte der Wittwen, namentlich beim Adel in Sachsen und anderen Ländern.

75) Denn es wird auch von einem Erben nach Abzug oder Tilgung der Schulden geredet, und wo allgemeine Gütergemeinschaft stattfindet: Bremer Stadtr. Stat. 7, auch altes Stadtr. v. Bern Art. 41 bei Dreyer, Beitr. zur Lit. des deutschen R. S. 49 flg. Brandenb.-Culmbach. Landesconstit. Tit. VII, §. 6, 7, 9, bei Kraut a. a. D. S. 336. Oldenb. Verordn. v. 30. Dec. 1754, bei Runde, Güterrecht S. 466 flg. vgl. mit §. 130, S. 289 flg. Vgl. auch ebendaf. §. 11, S. 27 mit Note f.

76) Im weiteren Sinne: Runde a. a. D. §. 104, S. 233. Eichhorn, Einl. §. 338.

77) Eichhorn a. a. D. §. 338. Runde a. a. D. §. 107, S. 241.

78) Const. elect. Saxon. 20. P. III. im Cod. Aug. I. p. 110.

Der Grund dieser Ansicht mag in dem Gebrauche des Wortes: Erbe in den teutschen Statuten zu suchen sein, von dem es sich aber keinesweges immer nachweisen läßt, daß er im römischen Sinne genommen sei. Jedoch finden sich selbst Beispiele, daß man, und insbesondre da, wo man den Ehegatten an ihren Gütern gegenseitig ideale Antheile zuschreibt⁷⁹⁾, die Succession des Ueberlebenden nach Analogie des Erbrechtes (der armen Wittwe behandelt⁸⁰⁾ und nicht bloß eine Beerbung in den Antheil des Vorverstorbenen, sondern in das beiderseitige Vermögen angenommen hat, was man durch die Idee eines Einwerfens des Antheiles des Ueberlebenden von Seiten desselbert vermittelte⁸¹⁾. —

Die bisher angeführten Institute bilden diejenigen Elemente, welche den übrigen Güterrechtssystemen, welche in Deutschland vorkommen, historisch zum Grunde liegen; und die Hauptmomente, welche aus jenen diese entwickelt haben, bestehen in der ehelichen Vormundschaft, in dem Hinwegfallen von Hindernissen, welche früher den Uebergang des Eigenthums unbeweglicher Güter des einen Ehegatten auf den anderen verhinderten, in der Ansicht einer rechtlichen Theilhaberschaft der Frau an dem während der Ehe gemachten Erwerbe, verbunden mit der Unnötigkeit und Unzweckmäßigkeit, in Ansehung der Substanz der Güter der Ehegatten eine Sonderung eintreten zu lassen. Genauer wird sich dies im Nachfolgenden herausstellen.

II. Äußere Gütergemeinschaft. Dieses Verhältniß besteht darin, daß der Mann vermöge der ihm zustehenden ehelichen Vormundschaft mit seinen eigenen Vermögensrechten die Ausübung der Vermögensrechte der Frau verbindet, während diese Rechte selber in specie der Frau zuständig bleiben⁸²⁾. Eine wahre Gütergemeinschaft, oder genauer Vermögensgemeinschaft, liegt darin überall nicht; es ist vielmehr ein getrenntes Güterverhältniß, welches durch den Grundsatz der Rechtsbücher: Mann und Weib haben nicht gezeit Gut, modificirt ist und sich von einer sogenannten nießbrüchlichen Gütergemeinschaft nur dadurch unterscheidet, daß die Befugnisse des Mannes in Ansehung des Frauengutes größer sind, sich nicht bloß auf dessen Benutzung, sondern auch, als

79) Vgl. oben Note 34, 35.

80) Eichhorn a. a. D. §. 338, Note c. Paubold, sächs. Privatr. §. 326.

81) Eog, im Anh. zu Ortloff's Coburger Stat. S. 75, 76. — Das Einwerfen findet sich selbst in den Stat., im Coburg. Art. 14, Zif. 1 und Hildburgh. Art. 13. Vgl. Ortloff a. a. D. §. 79, Note *, S. 80.

82) Vgl. Runde, Güterrecht §. 54, S. 130 flg. — Daß neben der Gewere zur rechten Vormundschaft des Mannes auch eine Gewere der Frau während der Ehe bestanden, nimmt an Albrecht a. a. D. §. 24, S. 259 flg. Allein daß die Frau das von ihm unbefugterweise veräußerte Gut schon während der Ehe vindiciren konnte, erklärt sich aus dem dem teutschen Rechte bekannten Grundsatz, daß in einem solchen Falle es anzusehen, als ob der Veräußerer gestorben. Und daß sie Vergabungen des Gutes an den Mann vornehmen konnte, beweist ihre Gewere deshalb nicht, weil diese zur Gültigkeit solcher Geschäfte nur da gefordert wird, wo sie einer Person ein Recht geben sollen, die noch keine Gewere hat.

Ausübung von Proprietätsrechten, auf dessen Substanz erstrecken. Nach Auflösung der Ehe ist das Verhältniß hier also von dem, welches bei getrenntem Güterverhältniß stattfindet, nicht verschieden, und alle Institute, welche dann bei diesem vorkommen, können auch bei ihm Anwendung finden. Selbst Dotalrechte müssen hier möglich sein, in sofern die Bestellung der *dos* nicht aus Gütern der Frau zu einer Zeit, wo dem Manne bereits die Ausübung der Rechte der Frau zuständig war, geschehen soll. Denn in sofern wäre die Bestellung ohne eine vorgängige Aufgebung der dem Manne aus der ehelichen Vormundschaft bereits erwachsenen Rechte nicht möglich, welche man auch in Beziehung auf ein einzelnes Gut während der Ehe, der Unwirksamkeit der Schenkungen wegen, nicht für gültig halten kann. — Ohne Verwandlung der Güter der Frau in Dotalgut kann sie aber für dieselben, abgesehen von besonderen gesetzlichen Bestimmungen⁸³⁾, die Vorrechte der *dos* nicht in Anspruch nehmen, wenn auch ihre sämtlichen eingebrachten Güter oft mit dem Namen *dos*, Brautschatz, Heimsteuer, Ehesteuer, Zubrachtgut, Eingebrahtes belegt zu werden pflegen. — Verfügungen, zu denen die Frau selber, namentlich der Qualität der Güter als Erb- oder Stammgut wegen, nicht befugt sein würde, können selbstverständlich auch von dem Manne nicht vorgenommen werden; auf der anderen Seite kann aber die römische Vorschrift, daß Dotalgrundstücke selbst mit Zustimmung der Frau nicht gültig von dem Manne veräußert werden können⁸⁴⁾, hier keine Anwendung erleiden. In sofern also eine gewisse Verfügung, zu welcher die Frau selber befugt sein würde, ihm untersagt ist, muß sie durch deren Zustimmung immer gültig werden können⁸⁵⁾. — Es kann aber auch in Ansehung derjenigen Verfügungen, welche er allein gültig vornehmen kann, noch die Frage entstehen: ob er dadurch Dritten gegenüber eigene Rechte ausübe (denn auch die Ausübung fremder Rechte kann jemandem als eigenes Recht zustehen, wie z. B. dem Emphyteuta u. s. w. und ebenfalls dem Manne in Ansehung des Dotalgutes) oder nur als Vertreter der Frau handle? Sieht man darauf, daß in der ehelichen Vormundschaft das Element der *Gewere* enthalten ist, so muß man sich für das erstere entscheiden. Denn eine *Gewere* kann immer nur dem zustehen, der Dritten gegenüber selber als der Inhaber des Rechtes gilt, welches sie schützen soll, wenn er auch gewissen Personen gegenüber, welche die Wirkungen dieser *Gewere* durch besondere Verhältnisse zu ihm entkräften können, als Nichtberechtigter gelten kann⁸⁶⁾. Abstrahirt man aber von dieser *Gewere* und sieht

83) Vgl. indeß Rittlermaier a. a. D. (§. 343) §. 392.

84) L. 5. L. 6. L. 7. L. 16. D. de fundo dot. (23. 5.) pr. J. quib. alien. licet. v. n. (2. 8.) L. 4. D. de fundo dot. L. un. §. 15. C. de rei ux. act. (5. 13.)

85) Vgl. z. B. Hippische Verordn. v. 27. März 1786 §. 8, 9, bei R u n d e, Güterrecht S. 515, 516.

86) So z. B. gegen den, dem die Veräußerung eines Immobile durch gerichtliche Auflassung geschehen, der aber die rechte *Gewere* noch nicht erworben hat. — Zu der Ansicht von A l b r e c h t, a. a. D. §. 24, daß neben der *Gewere*

blos auf die in dem Mundium enthaltene Vertretungsbefugniß und Pflicht, oder Vogtei, so muß man sich für die letztere Alternative entscheiden. Der Umstand nun, daß das schwäbische Landrecht, nicht so wie das sächsische, dem Manne mit ausdrücklichen Worten eine Gewere, sondern wörtlich nur eine Vogtei zuschreibt⁸⁷⁾, so wie der Umstand, daß insbesondere im südlicheren Deutschland für die Gemeinsamkeit der Güterrechte der Ehegatten der Ausdruck: gesammte Hand, im Gegensaße der bei dem Tode des einen Ehegatten oder sonstiger Trennung (wenn gesammte Hand gebrochen ist)⁸⁸⁾ eintretenden Einhändigkeit der Güter vorkommt; und ferner der Umstand, daß, wiewohl die gesammte Hand sich in der Hand des Ehemannes allein befindet, also seine alleinigen Handlungen als die der gesammten Hand gelten, dennoch, besonders bei Veräußerungen von Grundstücken, die Frau schon in früher Zeit als mithandelnd vorkommt, oder, wie es heißt, *coadunata manu* gehandelt wird⁸⁹⁾; — weisen darauf hin, daß außerhalb des Reiches des sächsischen Landrechtes die letztere Auffassungsweise vorgeherrscht habe. — In Ansehung von Immobilien gab indeß selbst die rechte Gewere deren Inhaber kein so wirksames Dispositionrecht, daß Veräußerungen derselben der Anfechtung derjenigen unbedingt entzogen gewesen wären, die ein Recht auf den dereinstigen Anfall hatten. Zu diesen Personen gehörte auch die Ehefrau, und so konnte hier deren Einwilligung ein Bedürfnis werden⁹⁰⁾. — Im übrigen aber müssen bei der erstern Auffassungsweise consequent auch wider den Willen der Frau vorgenommene Dispositionen des Mannes über ihre Güter für sie als verbindlich betrachtet werden, wenn ihrer Giltigkeit sonst kein Hindernis entgegensteht. Bei der letzteren dahingegen kann man der Frau die Befugniß nicht versagen, eine wider ihren Willen vom Manne vorgenommene Disposition als ungiltig anzufechten; wiewohl der Mann immer, so lange ihr Widerspruch nicht vorliegt, als legitimirt betrachtet wird⁹¹⁾. Dieser Gesichtspunkt, welcher sich auch in solchen Gesetzen des nördlichen Deutschlands der späteren Zeit findet, welche die eheliche Gütergemeinschaft als Miteigenthum betrachten⁹²⁾, erklärt die Vornahme wichtiger

were zur rechten Vormundschaft noch eine Eigengewere der Frau bestehe, paßt dieß freilich nicht. Allein letztere hätte vermöge der Vogtei des Mannes doch wiederum in seiner Hand liegen und so mit der Gewere zur rechten Vormundschaft zusammenfallen müssen.

87) Schwäb. Landr. 313, 1; vgl. sächs. Landr. I. 45. §. 2.

88) Verschiedene Beispiele dieser Benennung aus Statuten bei Haffte, Revision S. 33 flg., Note 1. — Dahingegen wird bei dem Ausdrucke: *versamentne Hab* (vgl. z. B. hess. Gerichtsordn. v. 1497 ebendas.) die Einheit offenbar im Objecte gefunden. — Ueber die Bedeutung auch *Kunde*, Güterrecht §. 55, S. 153 flg.

89) Vgl. Eoz a. a. D. S. 60—64. 3dpfl, das alte Bamberger Recht S. 185 flg. Euler, die Güter- und Erbrechte der Ehegatten in Frankfurt a. M. bis zum Jahre 1509 §. 7, S. 32 flg.

90) Vgl. Kunde, Güterrecht §. 7, Note d, S. 16 flg.

91) Euler a. a. D. S. 35 flg. und Entscheidungen bei Thomas, der Oberhof v. Frankf. a. M. Urbb. VI. B. 43. 67. 63.

92) Cit. lipp. Verordn. §. 8, 9, vgl. mit §. 1.

Dispositionen mit Zuziehung der Frau aus dem Interesse des anderen Contrahenten, gegen ihren Widerspruch gesichert zu sein. — Auf der anderen Seite muß aber auch die Frau in der Dispositionsbefugniß über ihre Güter hier in soweit beschränkt sein, als sie mit der Dispositionsbefugniß des Mannes in Widerstreit gerathen würde. Nach der ursprünglichen strengen Bedeutung der ehelichen Vormundschaft fehlte ihr schon die Fähigkeit zu Dispositionen von einiger Bedeutung. Allein auch wo dieses Verhältniß gemildert ist, so daß ihre persönliche Fähigkeit nicht dadurch beschränkt erscheint, kann sie doch Veräußerungen, welche ihr Gut während der Ehe der Gewere oder dem Nießbrauche⁹³⁾ des Mannes entziehen würden, nicht wirksam vornehmen. Dispositionen auf den Todesfall dahingegen müssen ihr in Ansehung derjenigen Güter, welche nach der Auflösung der Ehe von der ehelichen Vormundschaft des Mannes befreit werden, gestattet sein⁹⁴⁾.

Für Schulden, welche der eine der Ehegatten vor oder während der Ehe contrahirt hat, wird der andere unmittelbar nicht verhaftet. Jedoch gibt es hier eigenthümliche vermittelnde Verhältnisse, vermöge welcher wegen der von der Frau contrahirten Schulden gegen den Mann die Klage gerichtet, oder das Gut der Frau wegen der Schulden des Mannes angegriffen werden kann. — In Ansehung der von der Frau während der Ehe contrahirten Schulden muß man von dem Grundsatz ausgehen, daß sie, wenn auch die Frau selber sich Dritten dadurch verpflichtet haben sollte, doch dem Manne gegenüber als gültige Schulden der Frau nicht behandelt werden können, wenn sie nicht innerhalb der ihrer Disposition unterworfenen Sphäre gehandelt hat; es sei denn, daß er durch Auftrag oder *versio in rem* verpflichtet worden wäre. Diese Sphäre ist aber regelmäßig auf Angelegenheiten des Haushaltes beschränkt⁹⁵⁾; nur im Falle der Noth, wenn der Mann ihr den nöthigen Unterhalt nicht gibt, hat sie ausgedehntere Verfügungsbefugnisse⁹⁶⁾, und endlich muß, wenn sie mit Genehmigung des Mannes einen eigenen Handel treibt, also die Eigenschaft einer Handelsfrau hat, der Mann auch die von ihr in dieser Eigenschaft contrahirten Schulden als gültig anerkennen⁹⁷⁾. — Ob, wenn sie sonst Schulden contrahirt, aber dadurch eine Verwendung zum Besten des ehelichen Verhältnisses bewirkt hat, der Mann verhaftet wird, darf nur dann bejahet werden, wenn man dem Manne die Tragung der Lasten der Ehe auferlegt. Nach ursprünglich deutscher Ansicht scheinen diese Lasten beiden Eheleuten gemeinsam gewesen zu sein⁹⁸⁾, jetzt muß aber die römische Ansicht, wonach sie den vermögenden Mann allein tref-

93) S. oben Note 29.

94) Vgl. Mittermaier a. a. D. §. 401.

95) Vgl. Mittermaier a. a. D. §. 401. Dahin gehört namentlich die Annahme des Gesindes: Grimm, R. A. I. S. 447. Vgl. Kunde, Güterr. §. 41, S. 98 ff.

96) Zeugnisse bei Kraut, Grundriß S. 320.

97) Mittermaier a. a. D. §. 536, Note 2, 6.

98) Bütt. Low, I. Art. 36. Haffe a. a. D. S. 67 ff.

fen, als die herrschende betrachtet werden⁹⁹). — Diese Schulden müssen den Mann persönlich verpflichten; nur in Ansehung der Handelsschulden ist eine Ausnahme zu machen. Diese sind nämlich den vorehelichen Schulden der Frau gleich zu behandeln, wegen welcher zwar auch gegen den Mann als Vertreter der Frau die Klage gerichtet, er selber aber zur Zahlung nur in so weit genöthigt werden kann, als er Güter der Frau in Händen hat, über welche er ohne deren Zustimmung disponiren kann¹⁰⁰). Während der Ehe von der Frau contrahirte Delictschulden müssen demnach dem Manne gegenüber ebenfalls ungiltig sein¹⁰¹). — So kommt man zu dem Resultate, daß das, was einmal schuldenfrei in die Gewere des Mannes gefallen ist, durch spätere Obligationen der Frau, weil ihr Verfügungsrecht während der Ehe ruht, nicht weiter berührt werden kann¹⁰²). Nur erscheint dieser Satz als Princip nicht richtig, weil er eine so unmittelbare Beziehung der Schulden auf das Gut ausspricht, die sich juristisch nicht vertheidigen läßt. — Die teutsche Parodie: die dem Manne trauet, trauet auch den Schulden, kann zwar nach positiver Vorschrift oder Herkommen bei diesem Verhältnisse anwendbar sein¹⁰³); allein in seiner Natur liegt sie nicht. — Allerdings muß man zugeben, daß der Mann, sofern er nicht durch besondere Bestimmungen beschränkt oder nach dem Obigen von dem Willen der Frau abhängig ist, über deren Güter giltig disponirt, also auch für seine eigenen Schulden wirksam verpfändet. Auch läßt sich dafür, daß die Mobilien der Frau, während sie sich im Besitze des Mannes befinden, zum Gegenstande der Execution wegen dessen Schulden gemacht werden können, der Grundsatz: Hand muß Hand wahren, anführen, wo er sich geltend erhalten hat; und zwar selbst dann, wenn die Pfändung kein Pfandrecht begründet¹⁰⁴), sondern durch dieselbe dem Gläubiger nur die Güter der Frau als ein Object seiner, wiewohl gerichtlich zu verwirklichenden, Selbstbefriedigung angewiesen sind. Allein so weit wird man nicht¹⁰⁵) gehen dürfen, daß auch die Immobilien während, so wie alle Güter der Frau nach der Gemeinschaft, und zwar subsidiär, der Execution wegen der Schulden des Mannes unterworfen werden dürfen. Insbesondere ist auch mit dem Concurs des Mannes ein Concurs der Frau noch nicht gegeben¹⁰⁶).

Insofern hier nur das ganze eheliche Güterrecht in der durch die Ehe, und für die Dauer derselben begründeten ehelichen Vormundschaft

99) Vgl. preuß. Landr. Th. 2, Tit. 1, §. 184, 185, Tit. 2, §. 64, 65.

100) S. Kunde a. a. D. §. 38, S. 90 flg., S. 134, 135. Göttinger Stat. v. 1354 bei Pufendorf, obs. III. append. p. 169.

101) Vgl. Paffe a. a. D. S. 172. Anders nach der lipp. Verordn. v. 1786, §. 14, die aber auch der Frau ein condominium zuschreibt. Die frühere Haftung des Mannes aus dem Mundium (Mittermaier a. a. D. §. 402, Note 30) scheint jetzt nicht mehr entscheiden zu können.

102) So Kunde a. a. D.

103) Vgl. Kunde a. a. D. §. 33, S. 74.

104) Wie z. B. in Holstein.

105) Mit Kunde a. a. D. §. 55, S. 134.

106) Kunde a. a. D. §. 56, S. 136.

liegt, muß es mit der Auflösung der Ehe, sie geschehe durch den Tod oder die Scheidung, es seien Kinder vorhanden oder nicht, hinwegfallen. Es muß demnach dieselbe Lage, wie bei getrenntem Güterverhältnisse, auch hier eintreten, so wie dieselben Rechte des überlebenden oder unschuldigen Ehegatten in Beziehung auf das Vermögen des vorverstorbenen oder schuldigen auch hier stattfinden können. — Uebrigens ist dieses Güterverhältnis als das eigentlich germanische zu betrachten; und an dasselbe reiht sich ein aus ihm hervorgegangenes germanistisches, welches jetzt in Betracht zu ziehen ist. —

III. Innere Gütergemeinschaft. Nach der doctrinellen germanistischen Ausbildung dieses Instituts erscheint als der allein haltbare Begriff desselben der eines Verhältnisses der Vermögenseinheit unter den Ehegatten, in der Art, daß während der Ehe weder einzelne bestimmte zu demselben gehörige Güter, noch ideelle Antheile derselben¹⁰⁷⁾, dem einen oder dem anderen Ehegatten allein zustehen, der Ehemann aber im Verhältnisse zu Dritten als das einzige Subject jenes geeinten Vermögens gilt und insofern die vermögensrechtliche Persönlichkeit der Frau ganz in der seinigen aufgeht. Dieses Vermögen heißt in den Statuten: vermengtes oder vermischtes Gut, Gemeingut (meene gut), Samantgut (saem gude). — Die Vermögensrechte der Frau sind eigentlich allein der Gegenstand derjenigen Umwandlung, durch welche dieses Verhältniß entsteht, und zwar auch diejenigen, welche während der Ehe durch Erbschaft oder Vermächtniß zufallen. Denn eingebracht Gut ererbt Gut. — Sie, und zwar auch wenn ihr Gegenstand außerhalb des Domicils des Mannes sich befindet, gehen in das gemeine Gut über, dessen Subject der Mann Dritten gegenüber ist; wiewohl in Ansehung solcher Rechte, welche streng mit der juristischen Person der Frau verbunden sind, wie z. B. ein römisches Ususfruct, ihm nur die Ausübungsbefugniß zufallen kann¹⁰⁸⁾. — Die in neuerer Zeit aufgestellte Ansicht, daß auch diesem Verhältnisse die teutsche eheliche Vormundschaft zum Grunde liege¹⁰⁹⁾, scheint keinem gegründeten Zweifel zu unterliegen. Ein durchgreifendes Moment für die Erklärung der inneren Verschmelzung des Gutes läßt sich aber nur darin finden, daß man da, wo der Ehemann in seinen Dispositionsbefugnissen über die Güter der Frau nicht durch die Rechte Dritter beschränkt war, jene mit dem Rechte selber als identisch betrachtete. Ein solches Ineinanderfließen von Recht und Gewere findet sich auch in sonstigen Verhältnissen, nachdem die prozessualische Bedeutung der Gewere untergegangen

107) Indes nimmt Runde, a. a. D. §. 63, S. 149, Rechtsgemeinschaft zu ideellen Theilen an.

108) Die Bestimmung der L. ult. C. de usufr. (7. 1.) über den dem Hausvater durch den Haussohn erworbenen Ususfruct dürfte hier schwerlich in irgend einer Weise anwendbar sein.

109) Runde a. a. D. §. 11, §. 33, S. 26, 72 flg. Vgl. Eichhorn, Einleit. §. 298, und Cropp, eheliches Güterrecht, in Peise und Cropp, jur. Abh. Bd. 2, Nr. 16, S. 370.

ist ¹¹⁰⁾. Und da, wo man schon früher dem Manne die Gewere an dem Gute der Frau nur als deren Vertreter zugeschrieben haben mag, hat sich auch die Vereintigung der Rechte in der Person des Mannes und das gänzliche Aufgehen der vermögensrechtlichen Persönlichkeit der Frau nicht so entschieden herausgestellt, als sonst ¹¹¹⁾. — Die Gewere des Mannes erscheint aber hier als eine Gewere am ganzen Inbegriffe der Güter, am ganzen activen ¹¹²⁾ Vermögen der Frau; und man kann nicht annehmen, daß ihm eine Gewere an den Mobilien der Frau nur in sofern zugestanden, als sie seiner körperlichen Herrschaft unmittelbar unterworfen gewesen. Denn wenn auch der Frau gegenüber dem Manne die factische Gewere an Mobilien derselben nur insofern zugeschrieben werden kann, als er eine derartige Herrschaft über sie hatte ¹¹³⁾; so mußte doch die Verbindung der Gewere mit der ehelichen Vogtei Dritten gegenüber jede Gewere der Frau als in der Hand des Mannes liegend erscheinen lassen. — Der Erwerber dieses activen Vermögens, der Ehemann, konnte aber auch von der Haftung für die Schulden des bisherigen Subjectes dieses Vermögens, auch wenn sie vor der Ehe entstanden, nicht frei geachtet werden, wenn er vermöge seiner Acquisition dasselbe Dritten gegenüber ganz aus der Reihe der Vermögenssubjecte verdrängte und es gewissermaßen hinter sich stellte; und sobald dieses active Vermögen das seinige geworden war, mußte es in Ansehung seiner eigenen Schulden mit seinem übrigen activen Vermögen in dieselbe Lage kommen. Die Haftung des Gutes, welches von der Frau herrührt, für die Schulden des Mannes, also die hier allerdings nach der Natur des Verhältnisses geltende Regel: die dem Manne trauet, trauet auch den Schulden, läßt sich freilich zum Theil daraus erklären, daß man die Insolvenz des Mannes als einen Fall der Noth betrachtet, in dem der Mann über das Frauengut zu disponiren befugt, und es so zu seiner Concursmasse gezogen ¹¹⁴⁾. Allein sie reicht doch nicht aus, wenn er nicht in solcher Art darüber disponirt, wenn er nicht selber seine Güter abgetreten hat, wie wenn er in Ueberschuldung verstorben. Nur jene Vermögensvereinigung reicht hier aus, und diese konnte erst gegeben sein, wenn man weder die Grundlagen des Verhältnisses noch seine innere und äußere Seite mehr unterschied. Soll sie aber mit der ihrem Wesen entsprechenden Confe-

110) Man braucht nur sich daran zu erinnern, daß die Handlungen, durch welche früher rechte Gewere erworben wurde, später das Eigenthum gaben. Vgl. m. Auf. in der Zeitschr. für teutsch. R. Bd. 3, S. 1, §. 2, 3.

111) Vgl. oben Note 87 flg.

112) Die Gewere bewirkt also noch keine Gemeinschaft des negativen (Passe, Revis. §. 50, S. 165 flg.) Vermögens. — Vgl. auch Kunde a. a. D. §. 36, S. 85.

113) Magdeb. Schöffennurth. bei Böhme, diplom. Beitr. VI. 152.: sint demmole das her- (der Mann) alle sarende habe mit seiner rechtin ehefraven beyde leib und gut zu seyne vormundschaft und je seyne gewere entpfangin und genomen hatte und her auch by flossil darczu getragen hatte. Vgl. m. Auf. in der Zeitschr. für teutsch. R. Bd. 5, S. 1, §. 2, nach Note 54.

114) Kunde a. a. D. §. 50, S. 119 flg.

quenz stattfinden, so muß sie das ganze Vermögen der Ehegatten umfassen, und diese, die allgemeine Gütergemeinschaft, muß demnach vom heutigen wissenschaftlichen Standpunkte aus als das Normalverhältniß angesehen werden. — Sieht man nun auf die äußere Seite des Verhältnisses, so stehen bei demselben alle Vermögensrechte dem Manne zu, und erst nach der Auflösung der Ehe werden der Frau oder deren Erben wiederum solche zu Theil. Von diesem Gesichtspunkte aus bestände das Verhältniß in einer Güterlosigkeit der Frau, und sie könnte nach Auflösung der Ehe dieselben Rechte an dem ehelichen Vermögen haben, die ihr bei getrenntem Güterverhältnisse am Vermögen des Mannes zustehen könnten. Die Unterscheidung zwischen verschiedenen Arten dieser Rechte, als Gerade u. s. w., mußte aber bei der inneren Einheit des Vermögens als ein unnöthiger und unzweckmäßiger Umweg erscheinen. Ein einziges Recht der Frau war hier der Natur der Sache entsprechend, und dieses konnte, von dem angegebenen Gesichtspunkte aus, immerhin ein Erbrecht sein; so wie denn auch bei diesem Verhältnisse die Frau in den Statuten zuweilen als die Erbin ihres Mannes bezeichnet wird¹¹⁵). Auch als solche war sie schon bei Lebzeiten des Mannes nach deutschem Rechte nicht ohne Schutz gegen dessen willkürliche Dispositionen, sofern sie Immobilien betrafen; und darnach hätte sie consequent jede nicht durch Noth gerechtfertigte Veräußerung derselben, und zwar auch derjenigen, welche nicht von ihr herrührten, anfechten können. Indes beschränkte man diese Befugniß zuweilen auf die durch sie in die Gemeinschaft gekommenen¹¹⁶), oder gab dem Manne überhaupt ausgebehntere Dispositionsbefugnisse¹¹⁷). Als allgemeiner Grundsatz wird sich aber nur die Beschränkung des Mannes vertheidigen lassen, daß die Frau ohne ihre Zustimmung von ihm vorgenommene liberale Dispositionen unter Lebenden oder auf den Todesfall anzufechten befugt sei¹¹⁸). Sobald man aber an dem römischen Begriffe eines Erben und an dem Grundsatz: daß niemand vor seinem Tode beerbt sein kann, festhielt, so mußte dieser Auffassungsweise der Umstand entgegenstehen, daß doch die Frau dem Manne gegenüber bei seinen Lebzeiten nicht vermögenslos dasteht. Von diesem Gesichtspunkte aus mußte man aber zu dem juridisch unmöglichen Verhältnisse zweier Subjecte desselben Vermögens kommen. Jedem Ehegatten sind die in dem gemeinschaftlichen Vermögen enthaltenen Rechte und Verbindlichkeiten für sich allein ganz eigen, und keiner schließt den anderen aus, wohl aber alle übrigen. Dahin ging die Lehre Scherer's¹¹⁹), des Hauptschriftstellers in dieser Materie am Anfange dieses Jahrhunderts,

115) Vgl. oben Note 75.

116) Z. B. Lüb. R. B. 1, Tit. 5, Art. 9.

117) Z. B. im Hamb. Stat. v. 1529. Vgl. Cropp a. a. D. §. 16.

118) Darg a. a. D. VI. §. 412. Gröndler, Potemik III. §. 553. Eichhorn, Einl. §. 308, III. — Beispiele von Beschränkungen und Erweiterungen des Verfügungsrechtes des Ehemannes bei Phillips, Gütergem. S. 147—171.

119) Die verworrene Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft u. s. w., 2 Theile. Mannheim 1799 u. 1800. Vgl. Haffe, in der angef. Revision S. 5 flg.

gegen dessen Ansicht Haffe¹²⁰⁾ auftrat. — Nach dieser Ansicht mußte man dahin kommen, bei Auflösung der Ehe durch den Tod den Ueberlebenden das alleinige (solitarische) Eigenthum durch Consolidation erwerben zu lassen¹²¹⁾. — Man suchte das Verhältniß auf verschiedene Art durch juridische Begriffe zu erklären und zu fixiren; und kam so zu Ansichten, welche bei der Redaction von Statuten und Verordnungen nicht selten Einfluß gehabt haben. Societät¹²²⁾, Miteigenthum¹²³⁾, Gesamteigenthum¹²⁴⁾ und moralische Person¹²⁵⁾, sind die Begriffe, unter welche man das Verhältniß stellen wollte. Allein wenn man auch zugibt, daß eine Societät ohne Vertrag entstehen könne, oder dieselbe durch die Eingehung der Ehe als stillschweigender Vertrag begründet werde, so werden doch auch durch eine societas omnium bonorum die Güter des einen socius dem anderen so wenig mitgetheilt als seine Schulden, sondern es wird dadurch nur eine Verpflichtung zur Mittheilung und Mittragung unter den Gesellschaftern begründet; und wenn auch bei Eingehung der societas omnium bonorum die derzeit dem einen socius zuständigen übertragbaren dinglichen Rechte als stillschweigend dem anderen mitgetheilt angesehen werden¹²⁶⁾, so wird dadurch doch immer nur ein condominium begründet, welches überall keine Gemeinschaft von Rechten, sondern nur eine Gemeinschaft von Rechtsobjecten, die ideell getheilt sind, hervorruft. Daraus folgt denn schon, daß das fragliche Verhältniß auch nicht als condominium betrachtet werden kann, weil dieses so wenig zu einer Rechtsgemeinschaft führt, als es überhaupt bei Rechten möglich ist, die kein körperliches Object in sich fassen¹²⁷⁾. Zu einem Widerspruche mit sich selber führt aber das Gesamteigenthum oder condominium plurium in solidum, welches ebenfalls das Resultat der Scherer'schen Lehre ist, und sich in manchen Gesetzen findet¹²⁸⁾. Denn derselbe Stoff kann dem Eigenthume und der Herrschaft Mehrerer nicht gleichzeitig ganz unterworfen

120) In der angef. Revision.

121) Mittermaier a. a. D. §. 403.

122) So einige ältere Juristen. Vgl. Eichhorn, t. St. u. R.-G. §. 451. Mittermaier a. a. D. §. 386, Note 3, §. 399, Note 3. Auch Klescher, Hamb. Verf. Th. 4, S. 85, findet bei der deutschen Ehe neben der ehelichen Vormundschaft eine Mascopcy der Güter. — In den Stat. von Lippstadt §. 2 heißt der Mann der vornehmste Socius.

123) Vgl. oben Note 34. Eine eigene Art der Gütergem., welcher dieser Begriff zum Grunde liegt, nimmt an: Westphal, teutsch. Privatr. Th. 2 S. 19.

124) S. unten. — Beispiele von Gesetzen, die Gütergem. resp. mit Miteigenthum und Gesamteigenthum haben: bei Eichhorn, Einl. §. 308, Note a.

125) S. unten Note 129, 130, 133.

126) L. 1. §. 1. L. 2. D. pro socio. (17. 2.)

127) Solche sind: Statusrechte, Servituten und Rechte von gleicher Natur und Forderungen. — Man beachtet dieß indeß gewöhnlich nicht, und kommt denn dadurch zu Sätzen, die der Scherer'schen Lehre an die Seite gestellt zu werden verdienen.

128) Veracius, consuet. Bamberg. P. 2. Q. 1. 2. Cit. lipp. Verordn. §. 8, 9.

sein. Man wurde zu jener Ansicht offenbar nur getrieben, weil man erkannte, daß man keine idealen Theile annehmen durfte, wenn man nicht etwas Fremdartiges in das Verhältniß hineinbringen wollte. Durch die Annahme einer moralischen oder, wie genauer gesprochen werden soll, mystischen Person¹²⁹⁾ wurde zwar ein nicht unpassendes Bild für das Verhältniß gewonnen. Denn eine mystische Person wäre genau genommen da anzunehmen, wo Wirkungen eintreten, als ob eine gewisse Person vorhanden wäre, ohne daß diese Person, deren Substrat dann hier die Ehegatten sein müßten, erkennbar und ertweislich vorhanden wäre. Diese Person würde dann solo intellectu bestehen; allein daß sie *iuris intellectu* bestehe, das läßt sich aus den Wirkungen des Verhältnisses nicht begründen. Denn diese Ansicht würde dahin führen, daß keiner der Ehegatten durch seine vermögensrechtlichen erlaubten Handlungen selber verantwortlich würde und im Augenblicke der Auflösung der Ehe, die ja doch den Untergang der moralischen Person mit sich führen müßte, das derzeit noch vorhandene eheliche Vermögen *bonum vacans* würde, also dem überlebenden Gatten, so wie den Erben der Ehegatten, die der moralischen Person zuständig gewesen Güter nur vermöge einer während der Ehe getroffenen Disposition zufallen könnten¹³⁰⁾. — Nimmt man aber ein besonderes deutsches Gesamteigenthum an, so läßt ein solches sich immer nur mit Hilfe der Gewere konstruiren. Denn bezieht man hier die Einheit des Eigenthums nicht bloß auf die äußere Seite desselben, auf das Verhältniß zu dritten Personen, so kommt man bei dessen Bildung nothwendig mit Danz¹³¹⁾ dahin zu sagen: jeder einzelne Gemeine sei Eigenthümer des Ganzen, und doch auch wieder kein einzelner Gemeiner Eigenthümer des Ganzen u. s. w., also zu einer bloßen, der Realität entbehrenden, Idee. — Ein Gesamteigenthum läßt sich aber nur nachweisen, wo die Gewere eines Inbegriffes von unter mehreren getheilten Gütern jedem derselben für diesen ganzen Inbegriff zustand¹³²⁾. Wenn man aber auch annehmen will, daß dieses Verhältniß auch nach dem Hinwegfallen der praktischen Bedeutung der Gewere nicht unmöglich geworden sei, insofern ein früher unter dem Einflusse der Gewere gebildetes Institut sich noch ferner erhalten hat, und wenn man ferner anerkennt, daß das Zurücktreten der Frau von der Ausübung dieser Gewere während der Ehe in der ehelichen Vormundschaft seinen Grund habe, so ist damit eine moralische Person im römischen Sinne¹³³⁾ so wenig bei dem deutschen Gesamteigenthume als bei der Gütergemeinschaft begründet. Allein die äußere Gütergemeinschaft findet dadurch ihre vollständige

129) Haffs, Revision §. 27, S. 93 flg. und rhein. Mus. Jgg. III. S. 4. Deiters, die eheliche Gütergem. nach Münstersch. Provinzialr. und preuß. Landr. S. 25 flg. Eine moralische Person nahm indes bereits Danz, a. a. D. VI. §. 603, an, und ebenso Runde, Grundf. §. 603.

130) Vgl. Mittermaier, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. II. S. 332. Runde, S.-R. §. 66, S. 156 flg.

131) X. a. D. Th. 2, S. 498.

132) Vgl. den Art. Gemeinde Note 49.

133) S. über diese die Art. Corporation und Gemeinde.

Erklärung, daß vermöge der Gewere in Vermögensangelegenheiten die Frau neben dem Manne keinen rechtlichen selbstständigen Willen hatte; und insofern konnte man sagen: coniuges pro una persona habentur¹³⁴⁾. — Das innere Zusammenfließen des Vermögens erforderte aber noch, daß Gewere und Recht sich identificirten. Denn erst wenn dieß geschah, fehlte es an einem Unterscheidungsmerkmale im Inneren des Verhältnisses; und damit mußte denn auch die Einheit gegeben sein. — Damit ist aber allerdings nur die juridische Möglichkeit der Bildung einer solchen Vermögenseinheit zwischen den Ehegatten dargethan, keineswegs aber ihre Nothwendigkeit. Denn anstatt des hinweggefallenen Unterscheidungsmerkmals hätte man ein anderes aufnehmen, und namentlich auf den Ursprung der Güter, jenachdem sie von dem Manne oder von der Frau herrührten, sehen können. — Daß da, wo diese innere Einheit entstanden, dieß nicht geschah, und daß diese Einheit sich in der That gebildet hat, muß vielmehr dem Umstande zugeschrieben werden, daß man sie den herrschenden Interessen angemessen fand, mehr auf den Geldwerth des Vermögens als auf die einzelnen Bestandtheile desselben sah; wobei denn auch Mißverständnis der Aussprüche der Rechtsbücher über die eheliche Vormundschaft gewirkt haben mag¹³⁵⁾. — Immer aber setzt eine solche Vermögens- und Rechtseinheit auch eine Einheit des Subjects voraus. — Dieses eine Subject kann aber nach dem bisher Ausgeführten nur der Mann sein, und nicht die Frau. Diese kann nur das Recht haben, daß sie als Genossin der Rechte des Mannes¹³⁶⁾ anerkannt werde. Diese ihre Genossenschaft läßt sich aber auf einen genau ausgebildeten Inhalt besonderer Rechte der Frau nicht zurückführen, wenn in der That eine eigentliche Gemeinschaft bestehen soll. Denn damit würde gerade die innere Gemeinschaft aufgehoben sein. Diese Genossenschaft ist ein Ausfluß des durch die Ehe begründeten Familienstatus der Frau. Wem ich meinen Leib gönne, dem gönne ich auch mein Gut, sagt die teutsche Parodie. — Wahre innere Gütergemeinschaft muß also als eine Qualification der Ehe selber aufgefaßt werden. Daß die Genossin des Rechtes über dasselbe nur in so weit disponiren kann, als der Inhaber desselben ihre Handlungen gleich den seinigen anzuerkennen gehalten ist, folgt daraus ganz von selber. Dem Principe nach sind die Dispositionsbefugnisse der Ehegatten hier dieselben, wie bei äußerer Gütergemeinschaft. Allein Gegenstand derselben und Grund ihrer Beschränkung sind hier andere. Es kann hier nicht von einer Disposition der Frau auf den

134) So manche ältere Juristen. Vgl. Haffe, Revision S. 99, Not. 1 flg.

135) S. Eichhorn, t. St. u. R.-G. §. 451. Mittermaier, Grundf. des teutsch. Privatr. (§. 336, 337) §. 385, 386. Runde, Güterrecht §. 11, S. 24 flg.

136) Die Rechtsbücher (sächs. Landr. I. 45. §. 1, 3; schwab. Landr. 329, 2—5) nennen die Frau die Genossin des Mannes; und es wird sich keineswegs rechtfertigen lassen, dieser Genossenschaft jede Beziehung auf das Vermögen abzuspreehen.

Todesfall über ihre Güter¹³⁷⁾, sondern nur von einer solchen Disposition über den ihr dereinst aus dem gemeinen Vermögen zufallenden Antheil die Rede sein. — Es kann hier nicht von Beschränkungen der Dispositionen des Mannes über die Güter der Frau¹³⁸⁾, sondern nur von derartigen Beschränkungen durch die Genossenschaft der Frau in Ansehung seines eigenen, oder des gemeinen Gutes, die Rede sein. Es läßt sich bei dieser Verschiedenheit der Stellung des Mannes indeß nicht rechtfertigen, die bei der äußeren Gütergemeinschaft geltenden Beschränkungen seiner Disposition auch hier schlechthin für anwendbar zu erklären¹³⁹⁾; allein sie können hier allerdings in demselben Umfange vorkommen. Gesetze haben denn auch hier diese Beschränkungen dem veränderten Verhältnisse gemäß modificirt¹⁴⁰⁾, namentlich auch die Zustimmung der Frau zu Veräußerungen aller zu dem Gesamtvermögen gehörigen Immobilien gefordert¹⁴¹⁾, und solche, welche von der Ansicht eines condominium in solidum ausgehen, selbst dem Manne eine selbstständige Verfügung nur in den Grenzen einer Administration zum Besten der Ehe zugestanden¹⁴²⁾. — Zuweilen werden jedoch selbst bei allgemeiner Gütergemeinschaft gewisse Gegenstände der Disposition des Mannes entzogen und der Frau als Sondereigenthum zugeschrieben, z. B. wenn die Frau unter Widerspruch des Mannes, oder unter der von dem Geber gestellten Bedingung, daß sie nicht unter das Recht des Mannes fallen sollen, sie erwirbt¹⁴³⁾, oder vermöge gesetzlicher Vorschrift ihre nothwendigen Kleider¹⁴⁴⁾. —

Die Verhaftung wegen der von dem einen Ehegatten allein contrahirten Schulden muß hier ebenfalls einen anderen Charakter annehmen, als bei der äußeren Gütergemeinschaft. — Zwar kann der Ehemann auch hier nur wegen solcher Schulden der Frau haften, welche er sich gegenüber als gültig anerkennen muß^{144a)}; allein er muß wegen dieser, selbst wenn sie vor der Ehe oder durch ein abgesondertes Gewerbsverhältniß der Frau entstanden¹⁴⁵⁾ eben so, wie wegen derjenigen, welche die Frau innerhalb der ihr angewiesenen Sphäre ihrer genossenschaftlichen Dispositionsbefugnisse contrahirt¹⁴⁶⁾, als persönlich verpflichtet gelten. — Man hat

137) Vgl. oben Note 93, 94.

138) Vgl. oben Note 90—92.

139) Wie dieß *Runde*, Güterrecht §. 53, S. 128, 129, thut. S. aber *Mittermaier* a. a. D. §. 401, Note 7—10.

140) Vgl. oben Note 116, 117, 118.

141) *Pr. Landr. Th. 2, Tit. 1, §. 378 u. 379.*

142) *Kyp. Verordn. v. 1786, §. 9, 10.*

143) *Runde* a. a. D. §. 36, S. 86, 87.

144) *Pr. Landr. a. a. D. §. 363.*

• 144a) Jeder haftet nur für die Schuld des anderen, welche auf eine sie beide verbindende Weise contractet worden: *Sichorn*, Einleit. §. 308, II. — Nach der *holstein. Verordn. v. 24. Dec. 1753* für die Grafschaft Ranzau ist selbst des Ehemannes Haftung für Schulden auf den Betrag des ehelichen Gesamtvermögens beschränkt. Gewiß die am strengsten festgehaltene Consequenz einer Idee der moralischen Person als Subject des gemeinen Gutes.

145) Vgl. oben Note 97.

146) Vgl. oben Note 95, 96.

indef seine Haftung, abgesehen von diesem letzteren Falle, als eine Verhaftung der von der Frau in seine Gewere gebrachten Güter erklären wollen, und dafür den Grundsatz angerufen: *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*. Daraus wird denn im wesentlichen die Folgerung gezogen: insofern in dem Augenblicke, wo ein Gut durch die Frau dem Gesamtvermögen zufällt, Schulden derselben existiren, mindern diese den Betrag dieses Gutes, und es muß also das zugefallene Activum insoweit vom Manne den Gläubigern der Frau (und zwar allen, denen die Frau verpflichtet, wenn auch der Mann in Beziehung auf sich die Schuld als ungiltig behandeln könnte) zu ihrer Befriedigung herausgegeben werden, als es hiezu erforderlich ist. Weitere Haftung des Mannes für die Schulden der Frau gebachter Art soll aber darnach nicht stattfinden, weil aus der Succession des Mannes in das Vermögen der Frau nach teutschen Grundsätzen eine Verhaftung für deren Schulden über den Activbestand desselben hinaus nicht folge¹⁴⁷⁾. — Dieser Ansicht steht nun zwar so viel zur Seite, daß eine Gewere des Mannes nur am activen Vermögen der Frau sich denken läßt, und mit ihr eine persönliche Haftung des Mannes für die Schulden der Frau gar nicht verbunden sein konnte. Hier fand aber auch, eben so wie beim teutschen Erben eine eigentliche *successio per universitatem* überall nicht statt. Daß aber dahingegen in Teutschland die Ansicht, daß der Mann in das Gut der Frau per *universitatem* succedire, wenigstens zuweilen sich geltend gemacht hat, läßt sich nicht bezweifeln¹⁴⁸⁾. Eine solche Succession ist aber nach positivem Rechte¹⁴⁹⁾ immer ein Eintreten in die vermögensrechtliche Persönlichkeit selber, so weit diese nicht mit dem hinweggefallenen Subjecte unzertrennlich verbunden ist¹⁵⁰⁾; und es läßt sich die Bildung einer besonderen Art von Universalsuccession für den vorliegenden Fall um so weniger annehmen, als manche Gesetze die Haftung des Inhabers des ehelichen Gemeinschaftsvermögens für alle Schulden beider Eheleute, nämlich mit Einschluß der vor der Ehe entstandenen, unbedingt aussprechen¹⁵¹⁾. — Im einzelnen Falle wird man indef darauf sehen müssen, welche Ansicht particularrechtlich die herrschende geworden ist. — Es bedarf aber des Principes: *bona non intelliguntur etc.*, überall nicht, um den Mann zu den Gegenleistungen für dasjenige zu verpflichten, was die Frau während der Ehe dem gemeinen Gute erwirbt. Denn wenn auch z. B. die

147) Kunde a. a. D. §. 38, 39, S. 89 flg., vgl. §. 61, S. 145.

148) Es zeigt sich dies schon darin, daß sie von einem bewährten practischen Juristen, der dieser Materie eine vorzügliche Aufmerksamkeit zugewendet hat (von Kunde a. a. D.), ohne Weiteres angenommen wird.

149) Eine Verpflichtung besteht ihrem Grundbegriffe nach in einer Beschränkung des Statusrechtes, nur zu eigenen Zwecken und rechtlich gestattete Willkür zu üben. In ihrer Natur liegt also nicht, was ihren Uebergang auf einen Nachfolger in die sonstigen Vermögensverhältnisse des Verpflichteten erheischt.

150) Vgl. m. Identität u. s. w. §. 20, Note 59, S. 126, 127.

151) Eipp. Verordn. v. 1786 §. 12, 15. Vgl. Eichhorn, Einleit. §. 308, II. Rittermaier a. a. D. §. 402, I.

Frau auf Credit kauft, also ein Gut ohne Erfüllung der Gegenleistung erwirbt, so ist der Mann nicht allein der Frau gegenüber zur Zahlung gehalten, weil in Ansehung des Errungenen allerdings ein Abzug der Schuld stattfinden muß, ehe von einem errungenen Gute die Rede sein kann; sondern wenn er den Erwerb nicht zurückweist, also das Geschäft ratihabirt, kann dem Gläubiger auch eine Klage gegen ihn selber nicht abgesprochen werden¹⁵²). Auch rechtfertigt dieses Princip es keineswegs, den Mann verpflichtet zu halten, Delictschulden der Frau aus dem nach deren Entstehung durch die Frau in die Gemeinschaft gekommenen Gute zu bezahlen¹⁵³). Denn der Erwerb der Frau für das Gemeine Gut geht ja nicht etwa durch ein Sondervermögen der Frau, dem jene Schulden angehören, hindurch, sondern unmittelbar durch ihre Handlung in jenes gemeine Gut hinüber; es fehlt also die zum Begriffe eines solchen Debitrens erforderliche Verbindung in demselben Vermögen. — Der Conkurs des Mannes muß nothwendig das innerlich vereinte Vermögen in seinem ganzen Anfange erfassen, weil es ganz sein Vermögen ist; er muß auch allen Gläubigern, welche durch die Schulden der Frau die seinigen geworden sind, gegenüber wirken; und wegen der genossenschaftlichen Rechte der Frau kann sie als Gläubigerin hier überall nicht auftreten, selbst nicht nach allen übrigen Gläubigern¹⁵⁴). — Denn dieses würde eine Auflösung der ehelichen Vermögensgenossenschaft voraussetzen, die in der Güterabtretung an die Gläubiger nicht gefunden werden kann¹⁵⁵). — In Ansehung solcher Schulden der Frau aber, welche der Mann nicht als gültige Schulden derselben anerkennen braucht, oder in Ansehung welcher er nur aus einem solchen Grunde verhaftet ist, aus dem er auch durch die Handlungen Dritter hätte verpflichtet werden können, wie wegen einer versio in rem oder negotiorum gestio, kann der Conkurs des Mannes keinen Einfluß auf das Verhältnis der Gläubiger zu der Frau haben, wenn sie auch in demselben ihre Befriedigung suchen können. Dieß muß denn auch von den Schulden der Handelsfrau gelten, indem die Haftung des Mannes für dieselben aus seiner Genehmigung erklärt werden muß. — Von einer Haftung der Frau für Schulden des Mannes kann erst nach Auflösung der Gemeinschaft die Rede sein. Wird sie als Erbin des Mannes betrachtet, so ist durch dieses Verhältnis die Regel für diese Haftung gegeben. — Allein daß sie eine Erbin im teutschrechtlichen Sinne sei, läßt sich nicht als gemeinrechtlich vertheidigen, und ein römisches Erbrecht entspricht dem

152) Denn er haftet durch die Ratihabition als Auftraggeber, und ob die Voraussetzungen einer actio negotior. gestor. oder de in rem verso hier vorhanden, erscheint sonach gleichgültig. Daß indeß in der Annahme des Erwerbes noch keine Ratihabition liege, meint Runde a. a. D. §. 39, Note b.

153) So Runde a. a. D. §. 94.

154) Dieß nimmt indeß an Runde a. a. D. §. 62, S. 147, 148.

155) Nur particularrechtlich ist dieß der Fall, z. B. nach der Hamb. Faltenordnung, aber dennoch nur in Ansehung des später Erworbenen. Nach preuß. Landr., a. a. D. §. 421, kann Aufhebung verlangt werden: Deiters a. a. D. S. 362.

Wesen des Verhältnisses nicht. Gemeinrechtlich muß ihr Verhältniß zum gemeinen Vermögen nach der Auflösung der Ehe als eine Folge ihrer während derselben bestandenen Genossenschaft angesehen werden. Genossenschaft an einem Vermögen kann an sich nur eine Berechtigung sein, wie die Zuständigkeit eines Vermögens überhaupt es ist; sie kann aber Verpflichtungen zur Folge haben. — Die aus dieser Genossenschaft entspringenden Rechte der Frau bei Auflösung der Ehe müssen der Natur der Sache nach gleiche Beschaffenheit haben. Daraus erklärt es sich denn, daß sie zwar für alle Schulden des Mannes, nach Verhältniß ihres Antheiles, haftet, wenn sie diese Rechte nicht aufgibt, daß sie aber durch Ausschlagung derselben von jeder Haftung für die Schulden des Mannes befreit wird¹⁵⁶). Wichtig ist demnach also die Ansicht, daß dieses sogen. *privilegium abdicacionis* keine Rechtswohlthat sei; es folgt aber daraus nach dem Gesagten noch nicht, daß die Haftung der Frau für die Schulden des Mannes nur dadurch vermittelt werde, daß sie mit ihren Ansprüchen den Gläubigern des Mannes nachstehe¹⁵⁷). Denn abgesehen davon, daß diese Ansicht dem Begriffe der inneren Gütergemeinschaft nicht entspricht, steht ihr der Umstand entgegen, daß die Frau, wenn sie diese Abdication unterläßt, keineswegs nur ihren Antheil am gemeinen Gute zur Bezahlung der Schulden herzugeben genöthigt ist, sondern für den ganzen Betrag derselben haftet¹⁵⁸). Wo die Ansicht gilt, daß die Güter des einen Ehegatten dem anderen zu einem ideellen Antheile zufallen, da müßte indeß dasselbe auch von den Schulden gelten. Indes findet sich wohl kein Beispiel dafür, daß man hier das Verhältniß hinsichtlich der Schulden anders aufgefaßt habe, als bei wahrer innerer Gütergemeinschaft. Nur die Modification findet sich hier, daß man das Haften der Frau für die Schulden des Mannes aus einer Verbürgung erklärt¹⁵⁹), auch den einen Ehegatten für die Schulden, welche der andere contrahirt, nur insofern verantwortlich gemacht hat, als dieß mit seinem Wissen und Willen geschehen¹⁶⁰). — Allein auch hier hat man die Befugniß der Frau, sich durch gänzliche Enthaltung von der Verlassenschaft von der Haftung zu befreien, festgehalten¹⁶¹). Für Delictschulden des Mannes haftet sie nicht weniger, als für andere¹⁶²),

156) Als Erbschaftsentschlagung betrachtet dieß: Mittermaier a. a. D. §. 402, Note 37.

157) So Runde a. a. D. §. 51, S. 121 fig. — Daß das Vermögen der Frau für die Schulden des Mannes hafte (Sichhorn, Einleit. §. 308, II.), entspricht einem Verhältnisse nicht, in dem sie kein von dem des Mannes verschiedenes Vermögen hat.

158) 3. B. Hamb. St.-R. II. Tit. 5. a. 10. Hildesheimer Rathsbefcheid v. 25. Aug. 1684, bei Pufendorf, obs. IV. 319. Eipp. Verordn. v. 1786 §. 12, 15.

159) Vgl. unten Note 161.

160) Nürnberg. Reform. Tit. 28, Art. 1.

161) Pögl a. a. D. S. 80, 81, 83. Coburg. Stat. Art. 11. Pilsburgh. Stat. Art. 10. S. Drlloff a. a. D. S. 62, 68.

162) Runde, Güterr. §. 52, S. 127 und das. Cit. — Die Meinungen sind indeß auch hier sehr verschieden, wie in Ansehung der Schuldenhaftung bei

wenn ihr auch bei der Theilung ein Anspruch auf Vergütung für das dazu Verwandte eingeräumt wird¹⁶³). — Uebrigens hat man die gegenseitige Haftung wegen der Schulden als ein Merkmal der sogen. *ei gentium* Gütergemeinschaft aufgestellt¹⁶⁴); allein dieser Gesichtspunkt kann nicht als passend betrachtet werden, weil ein Gegensatz zwischen einer solchen und einer sogen. nießbräuchlichen Gütergemeinschaft sich nicht rechtfertigen läßt.

Nicht überall indeß war es möglich, und eben so wenig konnte es überall zweckmäßig erscheinen, diese innere Gemeinschaft auf alle Güter der Ehegatten zu erstrecken. Natürliche Folge derselben ist es, daß der überlebende Ehemann die sämtlichen zum ehelichen Vermögen gehörig gewesenen Güter behält¹⁶⁵), indem ja dieses Vermögen das seinige ist; und wenn es auch das während der Ehe bestehende Verhältniß nicht ändert, daß im Augenblicke der Auflösung ideelle Theile entstehen, wie dies regelmäßig der Fall ist¹⁶⁶), so umfaßt doch auch der Antheil des Ueberlebenden die ganze Substanz jenes Vermögens eben so, wie der auf die Erben des Vorverstorbenen fallende Antheil. Wenn man also auch die, allerdings zu größerer Consequenz führende Ansicht nicht annimmt, daß sämtliche Güter der Frau durch Eingehung der Ehe dem Manne verfallen, und sie beim Tode des Mannes ihn beerbt, während bei ihrem Tode der Mann sich mit ihren Verwandten wegen ihres Erbrechtes abzufinden hat; so liegt doch in der Eingehung der Ehe hier immer eine Veräußerung der zugebrachten Güter, und zwar von Seiten beider Ehegatten; indem ja doch der Mann die Frau jedenfalls in die Genossenschaft aufnimmt. — Güter also, welche in der Familie bleiben mußten oder sollten, bei der sie sich einmal befanden, wie Stamm- oder Erbgut und Lehngut, durften nicht in die Gemeinschaft kommen. Bei Bauerngütern konnte auch in der mangelnden Genehmigung des Grundherrn ein Hinderniß liegen, wiewohl der Eintritt der Frau in die Genossenschaft der sich auf solche Güter beziehenden, oder ihrer davon abhängenden Rechte, nicht immer davon abhängig ist¹⁶⁷). — Solche Umstände mußten denn zur *particulären* Gütergemeinschaft führen, die zwar in sehr verschiedenen Modifikationen vorkommen kann, als deren Grundcharakter man indeß den der allgemeinen Gütergemeinschaft betrachten muß¹⁶⁸). Außer Stamm-

der Gütergem. überhaupt. Vgl. Gröndler, Polemik des germanischen Rechtes Th. 3, §. 550.

163) Preuß. Lanbr. a. a. D. §. 384, 385.

164) Runde a. a. D. §. 50, S. 118 flg.

165) Diejenigen, welche sogen. *condominium in solidum* annehmen, kommen natürlich dahin, eben dasselbe von der Frau zu behaupten. Vgl. Wittermaier a. a. D. (§. 351) §. 401.

166) Vgl. Eichhorn, Einleit. §. 298, 309.

167) J. B. lipp. Verordn. v. 1786 §. 4. Tecklenburger Dienstrecht §. 14: Da zwei aus denen Lehenleuten zur Ehe schreiten, und die erste Nacht beigeliegen sind, so ist die Leibzucht aller des Mannes Güter der Frauen, als wann sie dieselbe von dem Grafen zu Lehn empfangen — hätte. Vgl. auch Runde, Güterr. §. 17, S. 38 flg.

168) Vgl. Haffe, Revision §. 55, S. 180 flg. Runde, Güterr. §. 36, S. 85 flg., §. 77, S. 181 flg. Eichhorn a. a. D. §. 312.

Erbs- und Lehngütern pflegen die ererbten Immobilien von der Gemeinschaft ausgeschlossen zu sein, so daß diese sich auf Mobilien und die während der Ehe erworbenen Güter beschränkt. — In Ansehung der Schuldenhaftung müßte hier consequent dasselbe gelten, wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, wenn nicht besondere Sanctionen oder Gewohnheit eine Beschränkung herbeigeführt hätten. Es pflegt als gemeine Schuld nur diejenige betrachtet zu werden, welche zum Zwecke der Ehe oder mit beiderseitiger Einwilligung contrahirt worden; oder man unterscheidet auch zwischen Mobilien- und Immobiliarschulden, und sieht nur die ersteren als gemeinschaftliche an, aber auch wenn sie schon vor der Ehe entstanden sind¹⁶⁹). — Diejenige Art der particularen Gütergemeinschaft dahingegen, welche man die Errungenschaftsgemeinschaft nennt, insofern sie nicht als Folge der allgemeineren Gütergemeinschaft vorkommt, läßt nicht durchaus dieselbe Behandlung zu. — Sie erklärt sich nur aus einem Gesellschaftsverhältnisse der Ehegatten, vermöge dessen sie den durch ihre gemeinsame Thätigkeit während der ganzen Dauer der Ehe gemachten Erwerb ungetheilt lassen und erst am Schlusse derselben eine Auftheilung eintritt, bei welcher jeder von ihnen die von ihm erworbenen Rechte dem anderen mitzutheilen hat, dahingegen aber auch befugt ist, daß der andere an der Tragung der von ihm übernommenen Verpflichtungen Theil nehme; indem erst nach deren Abzug sich eine reine Errungenschaft herausstellt. Zwar ist die schon von älteren Juristen gemachte Anwendung der Grundsätze von der Societät auf dieses Verhältniß, namentlich von Haffe¹⁷⁰), bestritten worden. Allein dann bliebe keine andere Grundlage für dasselbe übrig, als die eheliche Vormundschaft; und bei dieser würde eine Beschränkung auf das errungene Gut sich überall nicht erklären lassen. Jedoch wird das Societätsverhältniß hier durch die eheliche Vormundschaft modificirt; der Mann ist der hauptsächlichste Socius¹⁷¹), von ihm hängt es ab, ob ein Erwerb gemacht werden soll. Das Verhältniß nimmt so eine einfachere Gestalt an, indem diese Rechte in seine

169) Eichhorn a. a. D. §. 311, 312. Mittermaier a. a. D. (§. 357) §. 407. — Mag man indeß unter Immobiliarschulden diejenigen verstehen, welche hypothekarisch auf Immobilien ruhen, oder diejenigen, welche in der Ertheilung von Rechten an Immobilien bestehen, so fehlt der Unterscheidung doch immer ein haltbares Princip, und sie kann nur particularrechtliche Geltung haben.

170) Revif. §. 56 flg., §. 183 flg. — Allein wenn mehrere in dem Verhältnisse zu einander stehen, daß was der eine erwirbt oder aufwendet, verhältnißmäßig dem anderen mitgetheilt oder von ihm erstattet werden muß, so sind sie socii, wenn dieß Verhältniß auch nicht durch Vertrag, sondern nur dadurch entstand, daß einer von ihnen in gemeinschaftlichen Angelegenheiten, z. B. in Ansehung einer res communis, handelte; nur wird im römischen Rechte die actio pro socio nicht gegeben, weil die Gemeinschaftlichkeit der Angelegenheiten durch ein anderweitiges Verhältniß begründet wird, und die aus diesem entspringende Klage zugleich zur Geltendmachung jener personales praestationes dient. Vgl. L. 1. L. 4. §. 3. L. 6. pr. §. 1. 2. L. 8. §. 2. 3. 4. L. 9. L. 11. L. 14—16. L. 29. D. communi dividundo. (10. 3.)

171) Vgl. oben Note 122.

Hand gelegt werden, und der Frau ein gewisser aliquoter Antheil an dem nach Abzug der ehelichen Schulden, wohin man die während der Ehe gemachten zu zählen pflegt, zu berechnenden Gesamtertrage zugeschrieben wird; der aber erst nach der Auflösung der Ehe quantitativ festgesetzt werden kann, und erst von da an ihrer freien alleinigen Disposition unterworfen ist¹⁷²⁾. Jedoch finden sich auch Beispiele, daß während der Ehe erworbene Immobilien den Eheleuten gemeinschaftlich in den öffentlichen Büchern abscibirt werden; insbesondere da, wo die Idee einer inneren Gemeinschaft der Güter sich nicht streng festgehalten findet¹⁷³⁾. — Es erklärt sich aus jenem Verhältnisse, daß Errungenschaftsgemeinschaft sich nur beim Bürger- und Bauernstande zu finden pflegt, wo die Ehefrau regelmäßig als miterwerbend erscheint; daß ferner im Zweifel nur dasjenige zur Errungenschaft gehört, was durch wirkliche Erwerbsthätigkeit¹⁷⁴⁾ (die *collaboratio* im Gegensatz der *adventitia*, nämlich der auf andere Weise während der Ehe erworbenen Güter), wohin denn auch Unternehmungen, deren Ausfall vom Glück abhängt, z. B. das Lotteriespiel¹⁷⁵⁾, allerdings gezählt werden dürfen, — während der Ehe gewonnen worden; nicht aber ein davon unabhängiger Erwerb, wie z. B. reine Schenkungen und Erbschaften. Es läßt sich aber auch auf der anderen Seite nicht leugnen, daß die Errungenschaft als der erste Anfang der inneren Gütergemeinschaft sich darstellt¹⁷⁶⁾ und das übrige Vermögen der Ehegatten wurde, besonders in den Städten, zunächst wohl nur deshalb in die innere Gemeinschaft hereingezogen, weil es als der Betriebsfonds des gemeinsamen Erwerbes der Ehegatten betrachtet würde. Allein dann mußte sie auch die Natur der Errungenschaftsgemeinschaft verlieren und eine Vermögensgemeinschaft werden, welche dann hierin ihre Veranlassung hatte; während die Möglichkeit ihrer rechtlichen Verwirklichung durch die vorhin angegebenen juridischen Momente gegeben war. — Uebrigens führt die Errungenschaftsgemeinschaft keine Pflicht der Ehegatten mit sich, Erwerb zu machen, oder ihr Sondergut zu dem gemeinsamen Erwerbe zu benutzen; und man kann daher auch nicht sagen, daß sie stets eine sogen. *communio honorum usufructuaria* voraussetze¹⁷⁷⁾. Da neben einer *particulari* Gütergemeinschaft, und in noch weiterem Umfange neben bloßer Errungenschaftsgemeinschaft, auch immer ein getrenntes Güterverhältniß, wenigstens als Rechtsinstitut, besteht, so können

172) Vgl. Kunde, *Güterr.* §. 21, S. 49, §. 83, S. 192, 193. Ueber den Abzug der während der Ehe gemachten Schulden und die Berechnung der Errungenschaft: Eichhorn, *Einleit.* §. 312 a. E., §. 313, II.

173) Bei dem Systeme der gesammten Hand. So nach altem *Frankf. Rechte*: Euler a. a. D. §. 7, S. 33.

174) Belegstellen: bei Kraut, *Grundr.* S. 338, 339. *Wiarda*, *Wißföhren der Brodmänner* S. 109.

175) Vgl. *Abtlerslycht*, *Frankf. Privatr.* II. S. 472, auch *preuss. Landr.* II. Tit. 1, §. 402—404; jedoch auch *Wittermaier* a. a. D. §. 408, Note 13.

176) *Zeugnisse*: bei Kraut a. a. D. S. 318, 319.

177) *Wie Eichhorn*, *Einleit.* §. 311, annimmt.

auch daneben alle diejenigen Institute vorkommen, welche bei letzterem vorkommen pflegen, z. B. Morgengabe, so wie denn auch Rückforderung des Eingebrauchten dabei vorkommt¹⁷⁸⁾. — Die eheliche Vormundschaft beschränkt indeß auch hier die Frau in den Verfügungen über ihr Sondergut¹⁷⁹⁾.

Die vorgedachten Güterverhältnisse der Ehegatten entstehen, sofern sie in Gesezen vorgeschrieben oder in Gewohnheitsrechten begründet sind, abgesehen von den Dotalverhältnissen, Leibgeding und Wittthum, dessen Bestellung indeß zuweilen eine Pflicht des Mannes ist¹⁸⁰⁾, bloß durch die Ehe, und zwar jetzt regelmäßig schon durch die Eingehung und nicht erst durch Beschreitung des Ehebettes¹⁸¹⁾; wiewohl bisweilen die Gütergemeinschaft erst nach einer gewissen Dauer der Ehe, z. B. von Jahr und Tag¹⁸²⁾, nach der Geburt eines Kindes¹⁸³⁾, oder bei beerbter Ehe¹⁸⁴⁾ eintritt. Es entscheiden dabei die Geseze und Gewohnheiten des Ortes, an dem der Mann zur Zeit der Eingehung der Ehe sein Domicil hat¹⁸⁵⁾. Indes können ihre Bestimmungen durch Eheverträge¹⁸⁶⁾ ausgeschlossen, und dann die gedachten Güterverhältnisse auch, wo sie nicht aus jenen Normen folgen, durch Vertrag unter den Ehegatten festgesetzt werden. Deshalb unterscheidet man denn auch eine *communio bonorum legalis* und *conventionalis*; insofern letztere nur eine Abänderung der ersteren enthält, setzt man sie ihr, der regulären, als die irreguläre entgegen. Welche Verhältnisse die Ehegatten auf diese Weise begründen, und wie sie dieselben modificiren wollen, hängt im allgemeinen, sofern sie die Vermögensverhältnisse betreffen (*pacta dotalia*, im Gegensatz der die persönlichen Verhältnisse betreffenden *pacta nuptialia*), von ihrer Willkür ab. Die Aufhebung der gesetzlichen Gütergemeinschaft ist jedoch zuweilen in Particularrechten in gewissen Beziehungen untersagt¹⁸⁷⁾, und insofern sie die Ehegatten von der aus der Gütergemeinschaft entspringenden Haftung gegen die Gläubiger befreien soll, an öffentliche Bekannt-

178) Vgl. z. B. bayer. Landr. Th. 1, Cap. 6, §. 36, 37.

179) Eichhorn, Einl. §. 312. II. 3.

180) Brem. Ritterr. Tit. 7, §. 1.

181) Z. B. lipp. Verordn. §. 1. Das ältere deutsche Recht, welches zur Begründung der Genossenschaft der Frau die Beschreitung des Ehebettes fordert (vgl. die Stellen bei Kraut a. a. D. S. 316 und Kraut, die Vormundschaft S. 176, 181), ist zuweilen noch, besonders beim Adel, in Anwendung.

182) Schweidniz. Stat. bei Scherer a. a. D. 1, 51. Hohenloher Landr. I. Tit. 4, §. 1.

183) Würster Landr. Tit. 1, Art. 1, §. 1—3. Hohenloher Landr. a. a. D.

184) Lüb. R. B. 1, Tit. 5, Art. 7. Vgl. Eichhorn, Einl. §. 308, Note f.

185) Eichhorn, Einl. §. 307, Note e. Arg. L. 65. D. de iudiciis. (5. 1.)

186) S. den Art. Ehevertrag.

187) Vgl. Rürn. Reform. Tit. 28, 6. Pr. Landr. Th. 2, Tit. 1, §. 412 flg. — Ueber vertragsmäßige Gütergemeinschaft Pr. Landr. a. a. D. §. 360 flg. und österr. G. B. Art. 1233 flg.

machung gebunden¹⁸⁸); die aber, wie sich von selbst versteht, gegen diejenigen Gläubiger, denen gegenüber durch eine bereits entstandene Gütergemeinschaft schon eine solche Haftung begründet ist, nicht wirksam werden kann. Wenn ferner eine dos oder donatio propter nuptias bestellt worden, können die gesetzlich mit diesen Verhältnissen verbundenen Rechte der Ehegatten selbst, nämlich diejenigen, welche bei ihrem Leben für sie wirksam werden, dadurch nicht gültig beschränkt werden¹⁸⁹); so wie sie auch während der Ehe nicht mit unbedingter Gültigkeit geschlossen werden können, wenn sie eine Schenkung des einen Gatten an den anderen enthalten; und endlich können sie nicht wirksam werden, insofern ihrer Wirksamkeit die Rechte Dritter entgegenstehen, welche auf dieselben nicht gültig Verzicht geleistet haben. Wenn demnach die Eheverträge, abgesehen von der zur Bestellung einer donatio propter nuptias oder sonstiger Schenkung erforderlichen Insinuation, nur particularrechtlich besonderer Formen bedürfen, z. B. Bestätigung von öffentlichen Behörden¹⁹⁰), so wird doch wegen ihrer Beziehungen auf die Rechte Dritter, deren Zustimmung oft rätzlich oder erforderlich, namentlich der Eltern oder sonstigen Verwandten¹⁹¹), oder, wenn Rechte an Lehnsgütern dadurch begründet werden sollen, Consens des Lehnherrn¹⁹²). — Ja insofern diese Verträge den bereinstigen Rückfall der dos und der donatio propter nuptias betreffen, können sie vor deren Bestellung selbst von dritten Personen, aus deren Vermögen diese Güter fließen, mit den Ehegatten errichtet werden¹⁹³). — Für die Interpretation der Eheverträge wird der Sinn der Formeln: Leib an Leib, Gut an Gut, Hut bei Schleier, Schleier bei Hut, längst Leib längst Gut, von Bedeutung. Die allgemeinen Interpretationsregeln müssen entscheiden, ob im einzelnen Falle darunter Gütergemeinschaft, oder gegenseitiges Successionsrecht zu verstehen ist. Im allgemeinen läßt sich nur so viel sagen, daß sie wenigstens einen lebenslänglichen Nießbrauch des Ueberlebenden am Gute des Vorverstorbenen begründen¹⁹⁴). Die Hauptbestimmungen dieser Eheverträge pflegen auf den Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod zu gehen und über die Succession des einen Ehegatten nach dem anderen zu verfügen, und sind insofern Erbverträge¹⁹⁴). Auf derartige Bestimmung ist denn die Regel: Kinderzeugen bricht Ehestiftung, zu beziehen, vermöge welcher solche Verträge so angesehen werden, als ob sie nur auf den Fall geschlossen worden, daß bei Auflösung der Ehe durch den Tod keine Kinder aus derselben

188) Z. B. Rostock. St. R. Th. 1, Tit. 5, Art. 6. Sächs. St. R. v. 1778 §. 1. Pupp. Verordn. §. 32.

189) Vgl. Thibaut a. a. D. §. 372, Note p. q. r. t. u.

190) Vgl. z. B. Eichhorn, Einl. §. 95, Note h. Preuß. Landr. Th. 2, Tit. 1, §. 356 fig., 422 fig. Pupp. Verordn. v. 1786 §. 4.

191) Vgl. Eichhorn, Einl. §. 309, Note g. S. indeß auch den Art. Ehevertrag Note 50, 51.

192) Vgl. Rittermaier a. a. D. §. 595, Note 8.

193) Vgl. Thibaut a. a. D. §. 370, 371.

193a) Rittermaier a. a. D. §. 410, III.

194) S. die Artikel Ehevertrag und Erbvertrag.

vorhanden, oder diese eine unbenannte, oder unbeerbt, sein werde¹⁹⁵⁾. — Auch die Gesetze haben bei ihren Bestimmungen über eheliche Güterverhältnisse häufig vorzugsweise nur den Zeitpunkt der Auflösung der Ehe durch den Tod im Auge, so daß aus den dann eintretenden Verhältnissen sich erst erkennen läßt, wie das Verhältniß während der Ehe sei¹⁹⁶⁾. In einem solchen Falle wird man im Zweifel während der Ehe nur getrenntes Güterverhältniß annehmen dürfen; und man würde dann derartige Bestimmungen nur als solche betrachten können, welche eine Erbfolge der Ehegatten reguliren, sofern sie dem einen von den Gütern des anderen Zuwendungen machen. Dies würde dann weiter dahin führen, daß diejenigen Normen entscheiden müßten, welche an dem Orte, wo der verstorbene Ehegatte zur Zeit seines Todes sein Domicil hatte¹⁹⁷⁾, gelten. Allein ihre Anwendbarkeit würde doch immer ausgeschlossen sein, wenn schon während der Ehe ein zu gewissen Folgen für den Todesfall führendes Verhältniß bestanden hätte, ehe die Ehegatten in die Lage gekommen, ihnen überhaupt unterworfen sein zu können. Dasselbe muß aber auch von der Anwendbarkeit solcher Normen gelten, welche in der That das Verhältniß während der Ehe betreffen, weil ja auch ihrer Anwendbarkeit ein bereits bestehendes Verhältniß entgegensteht. Denn daß ein einmal entstandenes rechtliches Verhältniß dadurch nicht aufgehoben wird, daß dessen Subjecte sich an einen Ort begeben, wo es nicht auf gleiche Weise entstehen können, sollte doch keiner Erinnerung weiter bedürfen. — Wie aber dieses Verhältniß entstanden, ist, sobald es einmal gültig besteht, offenbar gleichgültig. Sobald man das Gesagte für den Fall, wo ein gewisses Güterverhältniß durch Vertrag unter den Ehegatten festgesetzt ist, gelten läßt, so muß man es auch von dem Falle gelten lassen, wo die Eheleute durch Eingehung einer Ehe, ohne ein bestimmtes Güterverhältniß durch ausdrücklichen Vertrag festzusetzen, das im derzeitigen Domicil des Ehemannes gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich geltende Güterrecht *re* oder *facto* contrahirten¹⁹⁸⁾. Nur darf man in diesem Falle das entstandene Güterverhältniß nicht mit Danz¹⁹⁹⁾ auf eine Präsuntion, daß sie sich diesem Güterrechte unterworfen, gründen wollen. Denn dieser bedarf es hier gar nicht, und gegen sie hat schon Haffe²⁰⁰⁾ nach dem Vorgange Anderer erinnert, daß sie nicht ausreiche, wenn erwiesen werde, daß sie eine solche Absicht, ungeachtet

195) Eichhorn, Einleit. §. 347. Runde, Güterr. §. 17, S. 39, 40, §. 162, S. 356.

196) So z. B. die oldenb. Verordn. v. 1754. Vgl. Runde, Güterr. §. 25, S. 58 flg. und §. 58, S. 140, Note g und das. Cit., auch Eichhorn a. a. D. §. 298, Note d.

197) Im Ldb. R. II. Tit. 2, §. 10, tritt selbst die Ansicht hervor, daß die Gesetze des Ortes entscheiden, wo der Inhaber des gemeinen Gutes zur Zeit der Theilung sein Domicil hat.

198) Einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Einwilligung in das Güterrecht, welches die Gesetze als Regel vorschreiben, bedarf es allerdings nicht: Runde, Güterr. §. 37, S. 88.

199) A. a. D. Th. VI, §. 604.

200) Revision S. 79 flg.

ein anderweitiges Güterrecht nicht von ihnen festgesetzt worden, nicht gehabt hätten. Man kann demnach der Ansicht, daß ein nicht durch, ausdrücklichen Vertrag begründetes eheliches Güterverhältnis mit der Veränderung des Domicils der Ehegatten sich ebensfalls verändere, wenn in den verschiedenen Domicilen verschiedene Güterrechte als Regel geltend wären, nicht beitreten²⁰¹).

Mit der Auflösung der Ehe muß auch jede eheliche Gütergemeinschaft hinwegfallen, weil sie nur zwischen Ehegatten besteht, und die derselben unterworfenen gewesenen Güter verbleiben entweder dem Ueberlebenden allein, oder es fallen ihm und den Erben des Vorverstorbenen bestimmte Antheile derselben zu. Eine Gemeinschaft kann nur noch bestehen, insofern sie durch die reelle Ungetheiltheit der körperlichen Güter hervorgerufen wird. Im Falle der Trennung der Ehe durch Scheidung sowohl als durch den Tod muß also nach Verhältnis des einem jeden zugefallenen Antheiles die Theilung beschafft werden; im ersteren aber können dem Unschuldigen an dem Antheile des Schuldigen noch Ansprüche auf die verwirkte Strafe zustehen, die dann verschieden sind, je nachdem eine dos und donatio propter nuptias bestellt worden, oder, wie es bei allgemeiner Gütergemeinschaft immer der Fall, solche fehlen²⁰²). — Sind indeß die Erben des vorverstorbenen Gatten Kinder aus der durch seinen Tod aufgelösten Ehe, so findet zuweilen eine sogen. fortgesetzte Gütergemeinschaft (communio bon. continuata s. prorogata) statt, welche darin besteht, daß der Ueberlebende das in der Ehe vereint gewesene Gut ohne reelle Auftheilung als ein einziges, aber besonderes abgeschlossenes Vermögen in Händen behält, so daß Güter, welche die Theilhaber dieses Vermögens anderswoher erwerben, nicht dazu gehören²⁰³). Es läßt sich dieses Verhältnis also einerseits nicht denken, wenn das vereint gewesene Gut dem überlebenden Gatten allein verbleibt²⁰⁴). — Es kann aber auch in Ansehung getrennter Güter bestehen, sobald sie nur nicht reell getheilt sind. Ist letzteres dahingegen der Fall, z. B. wenn bei particulärer Gütergemeinschaft das gemeine Gut mit dem Sondergute des Ueberlebenden in dessen Hand verbleibt, so kann in Ansehung des so Getheilten eine Gemeinschaftlichkeit nur in der Administration gedacht werden. Nur eine solche gemeinschaftliche Administration, jedoch mit der Grundlage einer sich über das ganze Gut erstreckenden Gewere, kann

201) Ueber diesen streitigen Punkt: Eichhorn, Einleit. §. 35, Zif. 2, Note g, §. 307, Note d und das. Cit. — Funcke, Arch. für civ. Praxis XXI. S. 368—390.

202) Vgl. oben Note 66—73. c. 10. X. de consuet. (1. 4.) und darüber: Haffe, Revis. §. 36, S. 125 flg. Lippische Verordn. v. 1786 §. 32, Zif. 4. Eichhorn, Einleit. §. 310, I. Mittermaier a. a. D. §. 406.

203) Laurenbrecher, teutsch. Privat. §. 496. Neufß, Theorie u. s. w. der allgem. Gütergem. §. 77. — Dahingegen verweisen auch das anderswoher erworbene Gut aller Theilhaber in die Gemeinschaft: Weyer, de comm. bon. P. II. th. 3. Mittermaier a. a. D. §. 404. S. unten

204) Eine besondere Art der fortgef. Gütergem. nimmt hier an Mittermaier a. a. D.

darunter verstanden werden, wenn die Rechtsbücher bei im Inneren getrenntem Güterverhältnisse den Fall kennen, daß der überlebende Gatte mit den Kindern oder Erben im ungezweigten Gute bleibt²⁰⁵). Man bezeichnet dieß Verhältniß auch als den Besitz, oder das Eigen in gemeinem Gedei und Verderb. Ein Recht des überlebenden Gatten auf dieses Verhältniß setzt zwar eine väterliche Gewalt oder eine Vormundschaft voraus; womit denn ein Nießbrauch am Vermögen und die Pflicht, die Kinder zu alimentiren, verbunden zu sein pflegt²⁰⁶). — Allein eine genügende Bestimmung seines Wesens ist damit noch nicht gegeben, und die passendste Analogie dürfte dafür der Besitz einer hereditas von Seiten eines heres pro parte gewähren; wobei man denn aber ein Recht auf diesen Besitz bei dem Ueberlebenden annehmen muß, so daß, wenn auch allen Theilhabern schon aliquote Theile zustehen²⁰⁷), dennoch einer von ihnen legitimer Quasibesitzer des Vermögens ist. In Ansehung des Umfangs seiner Befugnisse ist es aber nicht außer Acht zu lassen, daß die historische Grundlage des Institutes die Gewere zur rechten Vormundschaft ist. Es steht dem auch nicht entgegen, daß hier eine Gewere zum Theil am eigenen Gute bestehen würde. Denn es ist auf die Gewere an sich ohne Einfluß, ob sie an eigenem oder an solchem Gute besteht, in Ansehung dessen der Inhaber der Gewere gewissen Personen gegenüber wegen des diesen zustehenden Rechtes als ein Nichtberechtigter erscheint²⁰⁸). — Das Recht dieser letzteren, hier der Kinder, kann indeß nur beim Eintritte gewisser Umstände von ihnen geltend gemacht werden. Solche Umstände sind bald die erreichte Volljährigkeit, bald ihre Verheirathung, bald die andere Ehe des überlebenden Gatten, oder schlechte Administration²⁰⁹) desselben; und bald können sie nur eine Aussteuer²¹⁰), bald (theilweise) Absonderung vom Vermögensantheile des Vorverstorbenen, bald aber auch (gänzliche) Abschichtung vom ganzen Vermögen mit Einschluß des Antheiles des Ueberlebenden fordern. Letzteres tritt namentlich bei Eingehung einer anderen Ehe von Seiten des Ueberlebenden ein, und zwar zuweilen so, daß auch dadurch, für den Fall, daß diese Ehe beerbt ist, das Erbrecht des abgeschichteten Kindes nach dem Abschichten-

205) Sächs. Landr. I. 20. III. 76. Runde, Güterrecht §. 9, S. 22, 23, §. 111, S. 249 flg.

206) Die Mutter nämlich pflegt man dann förmlich als Vormünderin zu bestellen. Vgl. Berck a. a. D. S. 57.

207) Für die ideellen Antheile in der prorogirten Gütergem. finden sich Beispiele aus den Bremer Stat., Habeler Landgerichtsverordn., Solmscher Landrecht und Lübischem Rechte bei Haffe, Revision S. 64 flg. Not. Vgl. Runde, Güterr. §. 15, S. 36 a. G., §. 114, S. 256. Auch letzterer betrachtet das Verhältniß als *communio incidens*.

208) Hier nämlich in Ansehung der Zuständigkeit der ideellen Antheile der Kinder, welche auch als Kinder in der Bere bezeichnet werden: Lüb. R. v. 1240 Art. 12.

209) Ueber die Pflichten bei der Administration: z. B. lipp. Verordn. v. 1786 §. 17.

210) So bei der Verheirathung: lipp. Verordn. §. 18, §. 117, S. 260.

den erlischt²¹¹); in welchem Falle denn aber auch das diesem zwischen der Auflösung der früheren und der Eingehung der anderen Ehe zugefallene Gut mit zur Theilung gebracht werden muß²¹²). Der zur anderen Ehe schreitende Vater ist, wegen der Fortdauer seines Nießbrauches, zuweilen nur zu einer Auseinandersetzung oder Auslobung in Ansehung des mütterlichen Vermögensantheiles gehalten; auch kann die Errichtung einer Einkindschaft die Abtheilung bei Eingehung einer anderen Ehe überflüssig machen²¹³). — Die Kinder können indes auch schon vor einer Absonderung insofern über ihre Antheile disponiren, als dieß unbeschadet der Gemeinschaft und der Verwaltungs- und Gebrauchsrechte des Ueberlebenden geschehen kann, z. B. durch Verfügungen auf den Todesfall. Zwar steht ihnen diese Befugniß dann nicht zu, wenn die während der Dauer des Verhältnisses versterbenden Kinder schlechthin als hinweggefallen betrachtet werden, so daß nur ihre Descendenten an ihre Stelle treten können. Allein dann wird man auch keine eigentliche *communio bon. prorogata* annehmen dürfen, sondern vielmehr den überlebenden Patens als das alleinige Subject des Vermögens betrachten müssen. Bei der Abtheilung der Kinder werden alle Schulden, auch die durch die Verfügungen des überlebenden Patens entstandenen, vorabgezogen, und es wird ihnen ihr Antheil in reinem Activvermögen überwiesen²¹⁴). Nicht der Tod eines der Kinder, wohl aber der des überlebenden Patens, löst das Verhältniß auf; auch kann letzterer bei seinen Lebzeiten denjenigen Kindern, in Ansehung welcher er keine vormundschaftliche Pflichten mehr hat, die Theilung aufbringen²¹⁵). — Eine Aussteuer (*adparatus, instructus mulieris, phaderphium*) wird bei der Verheurathung eines Kindes, und zwar auch wenn sie während der Fortdauer der Ehe der Eltern und des durch sie begründeten Güterverhältnisses erfolgt, nach regelmäßiger deutscher Sitte oder rechtlicher Bestimmung gegeben, und pflegt in solchen Vermögensgegenständen zu bestehen, die zur Einrichtung eines Haushaltes dienen²¹⁶). Als ein besonderer Vermögensantheil kommt sie regelmäßig nur in diesem Verhältnisse, nicht aber in Beziehung auf die Güterverhältnisse der Eheleute zu einander vor²¹⁷), und ihre Bestandtheile können bald zum Sondergute des Ausgesteuerten, bald zum Dotalgute und bald zum gemeinschaftlichen Gute gehören²¹⁸). — Auch Hochzeitges-

211) Edb. R. B. 2, Tit. 2, §. 28, 33, 34.

212) Als Regel, so daß dieses Gut immer in die Gemeinschaft fällt, betrachten dieß Eichhorn, Einleit. §. 309 a. E. Runde, Güterr. §. 114, S. 255, auch die lipp. Verordn. v. 1786 §. 19. — Ueber die Theilungsarten: Eichhorn a. a. D. §. 310, IV.

213) S. den Art. Einkindschaft.

214) Runde, Güterr. §. 114, 115, S. 254 flg.

215) Eichhorn a. a. D. §. 310, IV.

216) Eichhorn a. a. D. §. 302. Mittermaier a. a. D. (§. 343) §. 392.

217) Bisweilen ist zwar auch dem Manne gegenüber von einer Aussteuer der Frau die Rede. Allein dann bezeichnet sie das Eingebachte der Frau, indem dieß oft nur in der Aussteuer besteht.

218) Vgl. Mittermaier a. a. D. Thibaut, Syst. des Pandekten. §. 334.

schenke, nämlich solche, welche den Neuvermählten von anderen Personen gemacht werden, bilden eigentlich keinen besonderen Vermögenstheil, wenn gleich sie, als beiden Ehegatten gemacht, im Zweifel betrachtet werden²¹⁹).

Mit der fortgesetzten Gütergemeinschaft ist zuweilen die Beschränkung des überlebenden Ehegatten verbunden, daß ihm Veräußerungen des ungetheilten Gutes, und zwar selbst in Ansehung seines eigenen Antheiles, untersagt sind, ein Verhältniß, welches häufig als die Verfangenschaft bezeichnet wird, indes sich nur auf die Immobilien zu erstrecken und sich selten erhalten hat²²⁰). Die verfangenen Güter erscheinen darnach als Eigenthum der Kinder, welche in Ansehung derselben ihren Eltern, also dem Ueberlebenden, durch eine sogen. *successio anticipata succedit* sind²²¹).

Mit der Verfangenschaft haben die Verhältnisse Aehnlichkeit, welche das römische Recht bei Trennung der Ehe oder Eingehung einer zweiten Ehe in Ansehung derjenigen Güter, welche dem einen Ehegatten von dem anderen zur Strafe oder zufolge willkürlicher Dispositionen angefallen sind, aufstellt. Denn sind Kinder aus der getrennten Ehe vorhanden, so fallen die von dem in Ansehung der Scheidung schuldigen Gatten verwickelten Güter diesen eigenthümlich zu, und der unschuldige erwirbt nun den Nießbrauch²²²). Eben dasselbe tritt ein, wenn der überlebende Ehegatte zufolge vertragmäßiger oder letztwilliger Verfügungen die Güter erwirbt, welche die *dos* oder *donatio* des vorverstorbenen gebildet haben²²³), wie wohl mit Ausnahme eines Kindestheiles²²⁴), und wenn die arme Wittwe ihren Ehemann beerbt²²⁵). Ferner tritt diese Wirkung ein bei Eingehung einer zweiten Ehe in Ansehung derjenigen sonstigen Güter, welche aus dem Vermögen des vorverstorbenen entweder durch dessen Liberalität²²⁶); oder dadurch, daß sie einem Kinde aus der getrennten Ehe zugefallen waren, welches der überlebende Gatte, mit dessen Geschwister gleichzeitig und dessen Antheil beschränkend, ab intestato beerbt, zufielen, an den überlebenden Ehegatten gekommen sind²²⁷). Der letztere Fall setzt vor-

219) Vgl. Rittermaier a. a. D. §. 397.

220) Runde, Grundf. §. 613. Rittermaier a. a. D. §. 438. — Vgl. darüber auch Scherer a. a. D. §. 116 flg.

221) Runde, Güterr. §. 106, S. 240.

222) Vgl. oben Note 66—68, 71, 72.

223) Nov. 98. c. 1.

224) Nov. 127. c. 3. Vgl. auch Marezoli in Linde's Zeitschr. III. S. 103—114.

225) Vgl. oben Note 69.

226) L. 3. pr. C. de secund. nupt. (5. 9)... *quidquid ex facultatibus priorum maritorum sponsalium iure, quidquid etiam nuptiarum solennitate perceperint, aut quidquid mortis causa donationibus factis, aut testamento iure directo, aut fideicommissi vel legati titulo, vel cuiuslibet munificae liberalitatis praemio ex bonis etc.... perceperint.* — Vgl. L. 4. L. 5. §. 2. C. eod. L. un. C. si sec. nups. (5. 10.) Nov. 2. c. 2. Nov. 22. c. 32.

227) L. 3. §. 1. C. de secund. nupt. Nov. 22. c. 27.

aus, daß man die sogenannten *poenae secundarum nuptiarum* als geltend betrachtet. Theoretisch kann, so schwankend die Praxis auch darüber ist²²⁸⁾, ihrer Gültigkeit eben so wenig ein Grund entgegenstehen, als der der Nachtheile der verschuldeten Scheidung. — Das Eintreten des zweiten Falles leidet aber auch heutzutage überall kein Bedenken, sobald nur die Gemeinschaft der Güter nicht das Dasein einer *dos* oder *donatio propter nuptias*, oder die Möglichkeit des gedachten Erbfales der armen Wittwe ausschließt. Denn es versteht sich von selber, daß diese Beschränkungen auf den Grund der römischen Vorschriften nicht angewendet werden können, wenn einem Ehegatten sein Antheil an dem ehelichen Gemeinschaftsvermögen zufällt, oder er den anderen Ehegatten ab intestato beerbt, abgesehen nämlich von dem Erbfales der armen Wittwe; oder wenn ihm in Folge des Ehevertrages Güter von dem anderen Ehegatten zu fallen, welche nicht als ein reines *lucrum* erscheinen. —

Welche Wirkungen dieses vielgestaltige, und bei der Bildung der einzelnen Verhältnisse aus mehreren dieser Gestaltungen zusammengesetzte, Güterverhältniß in den einzelnen Beziehungen, worauf es Einfluß hat, mit sich führt, das könnte nur bei Darstellung eines einzelnen Particularrechtes näher erörtert werden, wo man von einer bestimmten Art von Güterrecht und von einer bestimmten bei demselben herrschend gewordenen Behandlungsweise ausgehen könnte²²⁹⁾. Denn selten wird sich eines jener verschiedenen Hauptarten des Güterverhältnisses rein vorfinden; und wohl nur dann, wenn römisches Dotalrecht eine ausschließliche Herrschaft erlangt, oder ein Gesetz, wie z. B. die mehrfach allegirte Lippische Verordnung von 1786 ein doctrinelles Princip durchgeführt hat. Bei der Construction jener Institute, die ihre Hauptstütze in historischen Momenten und der doctrinellen Entwicklung suchen muß, stellt sich unter diesen Umständen die practische Seite weniger scharf heraus und scheint daher eines besondern Hinblicks zu bedürfen. Sieht man auf sie, so ist während der Ehe die Stellung des Mannes allein oder vorherrschend die active, die der Ehefrau die passive; nach der Auflösung der Ehe nimmt der Ueberlebende die active Stellung ein, und wenn beim Vorhandensein anderer Erben damit regelmäßig nur eine vorübergehende Beziehung zu diesen verbunden ist, weil sofort zur Theilung geschritten werden kann, so führt das Vorhandensein von Kindern aus der getrennten Ehe doch oft zu Modificationen und dauernden Beziehungen zu diesen in Ansehung des Vermögens, welches unter dem Einflusse des ehelichen Verhältnisses

228) Vgl. Runde, Güterr. §. 120, S. 267, Note a.

229) Eine Uebersicht der Verschiedenheit der Güterrechte in den verschiedenen teutschen Ländern bei Wittermaier a. a. D. §. 387—391, wo außer den drei Arten der Gütergemeinschaft und dem getrennten Güterverhältnisse mit der Grundlage des sächsischen Rechtes, noch die Lübschen Güterrechte als besondere Art unterschieden werden. Die Literatur der Lehre von der ehel. Gütergem. bei Eichhorn, Einleit. §. 307, Note a; und insbesondere die über die Gütergem. der einzelnen Länder, so wie auch eine Uebersicht der Gesetze derselben über diese Materie, bei Phillips, die Lehre von der ehel. Gütergem. mit besond. Rücksicht auf Preuß. prov. und allgem. R. S. 34—86.

gestanden hat. Die wichtigsten practischen Richtungen, in Ansehung welcher hier noch einige specielle Momente hervorgehoben zu werden verdienen, erscheinen durch folgende Fragen ausgedrückt:

- 1) Welche Rechte hat der Mann an den Gütern der Frau?
- 2) Welche Stellung hat die Frau den Gläubigern gegenüber?
- 3) Welche Rechte hat der überlebende Ehegatte an der Verlassenschaft des vorverstorbenen?
- 4) In wiefern werden diese Rechte durch Kinder aus der getrennten Ehe modificirt?

Zu 1. Die Rechte, welche Dotalverhältnisse dem Manne an den Gütern der Frau gewähren, sind durch diese bestimmt²³⁰⁾. Ihnen ähnlich sind seine Rechte aus der ehelichen Vormundschaft; sie sind ebenfalls Ausübung der Vermögensrechte der Frau, aber ihre einzelnen Bestandtheile sind nach teutschen Begriffen oder doch unter deren Einfluß gebildet. Sie sind aber keineswegs in der Art ausgebildet, daß sich ein bestimmt begrenztes und klagbares obligatorisches Verhältniß zwischen Mann und Frau in Ansehung der von ihm aufzuwendenden Sorgfalt nachweisen ließ²³¹⁾. — Das Gebrauchsrecht des Mannes, welches bei den Dotalverhältnissen durch seine Verbindung mit der Ausübung von Eigenthumsrechten sich schon vom bloßen römischen Ususfruct unterscheidet, nimmt auch hier durch die Gewere des Mannes an dem Hauptobjecte selber einen von diesem verschiedenen Charakter an; es läßt sich aber auch keineswegs der Umfang desselben nach einem solchen Ususfruct bemessen, so daß der Erwerb, den er dadurch für sich selbst machte, auf die Früchte im römischen Sinne beschränkt wäre²³²⁾. Vielmehr gilt zuweilen die Regel: Frauengut gewinnt nicht und verliert nicht²³³⁾; in Folge welcher er zwar unbedingt zur Restitution des empfangenen Frauenguts gehalten ist²³⁴⁾, aber nur in der Art, wie er es empfangen, und ohne dessen Zuwachs durch Accessionen. Seine Dispositionsbefugnisse sind in ihrer Wirksamkeit aber, sofern sie in Beziehung auf Erbgut ausgeübt werden, durch die Anfallsrechte der Erben der Frau und deren eigene beschränkt, so daß nur echte Noth die Einwilligung derselben überflüssig macht²³⁵⁾. Und wenn dies auch da hinwegfällt, wo, wie jetzt in der Regel, das Erbgut durch Aufhebung dieser Beschränkungen des Inhabers desselben oder des Retractrechtes seine Eigenschaft als solches verloren hat; so ist die Wirk-

230) S. oben nach Note 6.

231) Vgl. R u n d e, Güterr. §. 40, S. 95 fig.; jedoch auch §. 54, S. 181, wo diligentia quam suis rebus gefordert wird, ersichtlich auf den Grund des römischen Dotalrechtes.

232) Indes wird das römische Recht auch hier seinen Einfluß selten entbehrt haben. Vgl. z. B. R u n d e, Güterr. §. 43, S. 105 fig. Ueber Nießbrauch am Nießbrauch der Frau und an Capitation: ebenbas. §. 45, 46, S. 109 fig.

233) B i c h t, offitrief. Bandr. Th. 2, Cap. 165.

234) Römlich unter Erfaß des Abganges und der Verschämmerung: B i a r d a, Aegabuch VII. §. 23, S. 306. R u n d e, Güterr. §. 10, S. 23.

235) R u n d e, Güterr. §. 7, S. 16—18.

samkeit seiner Dispositionen doch nur da von der Einwilligung der Frau unabhängig, wo sich seine Befugniß dazu aus seiner eigenen Gewere ableiten läßt, z. B. nach Sächs. Landrechte seine Dispositionen über die Mobilien der Frau²³⁶). Insofern er der Frau an seinen eigenen unbeweglichen Gütern Rechte auf den Fall ihres Ueberlebens, z. B. ein Leibgebing, bestellt hat, kann er auch diese ohne ihre Zustimmung nicht durch seine Verfügungen brechen²³⁷). — Jene Beschränkungen müssen auch da gelten, wo die Ehe jedem Ehegatten an dem Gute des anderen einen ideellen Antheil gibt²³⁸). — Wo aber wirkliche innere Gütergemeinschaft gilt, da lassen sich dergleichen Beschränkungen überall nur in Ansehung der eigenen Rechte des Mannes denken, die dann ihren Grund in der Genossenschaft der Frau haben. Wegen schlechter Haushaltung des Mannes wird der Frau indeß auch gestattet, die Uebertragung der Administration auf sich²³⁹) oder Absonderung ihres Antheiles zu verlangen²⁴⁰).

Zu 2. Die Frau ist den Gläubigern, welchen sie selber sich gültig verbindlich gemacht hat, selbstverständlich immer verpflichtet, wenn auch der Mann durch eine von ihr geschene Geschäftsführung für ihn oder durch eine versio in rem suam, ebenfalls wegen derselben verhaftet sein²⁴¹), auch die Klage vermöge seiner ehelichen Vormundschaft gegen ihn gerichtet werden kann²⁴²). Für die vom Manne contrahirten Schulden haftet aber die Frau bei getrenntem Güterverhältnisse als solche²⁴³) überall nicht; ja sie hat wegen ihrer Dotalsprüche an den Mann und wenn ein dotalitium als Surrogat der dos vorkommt auch für dieses, selbst Vorzugsrechte vor den übrigen Gläubigern desselben²⁴⁴) und man vertheidigt selbst eine Anwendung derselben auf den Fall, wo der Mann das Gut der Frau zum ehemännlichen Nießbrauche inne hat; so daß man den Gläubigern desselben die Ausübung dieses Nießbrauches zum Zwecke ihrer Befriedigung versagt²⁴⁵). — Insofern ein eigentliches Paraphernalgut im

236) R u n d e, Güterrecht §. 7, S. 16, 18. — Vgl. oben Note 90—92.

237) R u n d e, Güterrecht §. 7, Note d, S. 17. — Dispositionen über bewegliche Güter, woran sie Rechte hat, sind aber gültig, und sie kann z. B. dergleichen von ihm verpfändete Güter nur durch Einlösung sich verschaffen nach sächs. Landr. I. 24. a. E.

238) Vgl. oben Note 34.

239) Eipp. Verordn. v. 1786 §. 10.

240) Mühlhauser Willkühr v. 1692 B. 3, Art. 7, §. 1, bei Kraut a. a. D. S. 335. — Vgl. auch Eichhorn, Einleit. §. 310, III.

241) Vgl. Thibaut a. a. D. §. 368.

242) S. oben nach Note 94.

243) Daß sie, sofern sie den Mann in der That beerbt, wie z. B. wenn sie die sogen. statutarische Portion als Erbin empfängt (oben Note 77), auch als Erbin für die Schulden haftet, darf hier nicht hereingezogen werden. — Darin steht ihr denn auch der Mann gleich. — Dasselbe gilt auch von dem Falle einer versio in rem.

244) S. den Art. Brautgabe. Eichhorn, Einl. §. 305. So auch in Holstein wegen der Haubenbandsgerechtigkeit.

245) R u n d e, Güterr. §. 49, S. 116—118 und das. Note c u. d. Cit. — Die Execution in die Nutzungen, nachdem zuvor die Alimente der Frau und Kinder sicher gestellt, gestattet jedoch die kurfächs. Prozeßordn. ad tit. 39, §. 21.

engeren Sinne vorkommen sollte, d. h. ein solches Sondergut der Frau, an dem dem Manne nicht vermöge der ehelichen Vormundschaft, sondern vermöge freiwilliger Gestattung der Frau eine Administration zusteht, hat sie auch deshalb ein stillschweigendes Pfandrecht an seinem Vermögen, wenn es in einer vom Manne eingezogenen Capitalforderung besteht²⁴⁶). — Dieß hat die Praxis nicht allein auf alle Paraphernen ausgebehnt²⁴⁷), sondern man hat es auch auf den Fall angewendet, wenn der Mann das Gut der Frau vermöge seines sogenannten *ususfructus maritalis* inne hat²⁴⁸). — Auch die Errungenschaftsgemeinschaft führt noch keine eigentliche Haftung der Frau für die Schulden, die der Mann contrahirte, mit sich, wenn gleich die zum Zwecke der Ehe contrahirten Schulden den, immer activen, Betrag der Errungenschaft verringern²⁴⁹). Um sich bei sonstiger particulärer oder bei der allgemeinen Gütergemeinschaft von der Haftung für die gemeinsamen Schulden zu befreien, bedarf es einer besonderen Entsagung von Seiten der Frau, entweder mit gewissen Förmlichkeiten, wie z. B. durch das Bergen und Dachdingauftragen des sächsischen Rechtes²⁵⁰), oder dadurch, daß sie bei der Rückkehr vom Grabe des Mannes die Wohnung nicht wieder betritt²⁵¹); oder auf irgend eine nicht förmliche Weise, wo nicht solche besondere Formen vorgeschrieben sind.

Zu 3. Unter der Verlassenschaft des Vorverstorbenen werden hier nicht bloß die von ihm hinterlassenen eigenen Güter desselben verstanden, sondern auch die Güter der überlebenden Frau, welche der Mann vermöge der Dotalverhältnisse oder der ehelichen Vormundschaft in seinen Händen hatte. Welche Rechte des Ueberlebenden an den eigenen verlassenen Gütern des Vorverstorbenen im Falle des getrennten Güterverhältnisses stattfinden, ergibt sich aus dem Obigen²⁵²), und von den Dotalrechten ist schon an einem anderen Orte gehandelt worden²⁵³). Zuweilen steht indeß der Wittwe die Wahl zu, ob sie die Widerlage annehmen oder ihr Eingebrechtes zurückfordern will²⁵⁴); und sächsische adelige Wittwen können ihr Recht auf die Widerlage von zweifachen Zinsen der dos selbst gegen die Lehnsnachfolger geltend machen²⁵⁵). — Insofern der Ueberlebende an den Gütern des Vorverstorbenen einen Nießbrauch hat, pflegt er von Cautionsbestellung befreit zu sein²⁵⁶). — In Ansehung der

246) L. 11. C. de pact. conv. (5. 14.)

247) Glück, Erlaut. XIX. S. 124.

248) Glück a. a. D. S. 483. Runde, Güterr. §. 47, S. 112 flg.

249) S. oben nach Note 171. U. M. Runde, Güterr. §. 84, S. 193, der die Errungenschaft auch für voreheliche Schulden des Mannes haften läßt. §. 1, 18, 26, über das Legen der Schlüssel auf das Grab des Mannes.

250) Kl. Kaiserrecht II. 50. — Diese Entsagung kommt auch als *cessio bonorum* vor: Eipp. Verordn. v. 1786 §. 15.

251) S. oben Note 39 flg.

252) S. den Art. Brautgabe.

253) Const. elect. Saxon. 44. P. II. (1572.). Cod. Aug. I. p. 100.

254) Const. für die Rittersch. der Neumark v. 1742. P. II. §. 23.

255) Const. elect. Sax. cit. Haubold, sächs. Privatr. §. 398—403.

256) Vgl. Mittermaier a. a. D. §. 395, Note 9, §. 396, Note 6.

Dotalrechte spricht man der überlebenden Frau bis zu ihrer Befriedigung ein Retentionsrecht an der Verlassenschaft des Mannes zu²⁵⁷). Bei im Inneren getrenntem Güterverhältnisse mit ehelicher Vormundschaft nimmt die Frau ihr durch den Tod des Mannes von dieser Vormundschaft frei gewordenen eigenes Gut, so weit es in specie noch vorhanden ist, aus der Verlassenschaft heraus²⁵⁸); inwiefern sie aber wegen Entfremdung oder Beschädigung desselben von Seiten des Mannes an dessen Nachlaß Ansprüche machen kann, hängt von particulären Bestimmungen ab²⁵⁹). Als Regel wird man die Zuständigkeit solcher Ansprüche nicht betrachten können, und namentlich das sächsische Landrecht kennt wegen der vom Manne veräußerten Mobilien der Frau sie nicht²⁶⁰). Eine gewisse Frist zur Räumung der Geweren des Mannes und seiner darin befindlichen Verlassenschaft gestatten teutsche Rechte der überlebenden Frau²⁶¹). Sind alle Rechte der Ehegatten unter ihnen ideell getheilt, so bildet nur der ideelle Antheil des Verstorbenen dessen Nachlaß im engeren Sinne; und es kommt denn auch vor, daß an diesem der Längstlebende noch wiederum eine statutarische Portion oder einen Nießbrauch hat²⁶²). — Bei innerer Gütergemeinschaft ist, so weit diese reicht, im Falle die Frau vor dem Manne verstirbt, eigentlich gar keine Verlassenschaft vorhanden. Wenn alles gemeine Gut beim Manne verbleibt²⁶³), so ist dieß von selber klar; er hat bloß die Genossin verloren. Aber auch wenn den Erben der Frau Antheil an dem gemeinen Gute zustehen²⁶⁴), leidet dieß nur die Abänderung, daß durch den Hinwegfall der Genossenschaft der Frau ihnen Ansprüche an das gemeine Gut nach gewissen Quoten erwachsen sind, welche, wenn die Frau die überlebende gewesen wäre, ihr auf den Grund jener Genossenschaft zugefallen sein würden. Stirbt dahingegen der Mann vor der Frau, so ist dann, wenn sämmtliches gemeinsames Gut bei der Frau bleibt, eben so wenig eine eigentliche Verlassenschaft vorhanden. Theilt sie aber mit den Erben des Mannes, so scheint es zwar, als ob man das Verhältniß so auffassen muß, daß das gesammte Gut auf diese vererbt worden, der überlebenden Frau dahingegen durch ihre frühere Genossenschaft ein Anspruch auf einen Antheil desselben erwachsen ist. Allein für den entgegengesetzten Gesichtspunkt läßt sich doch sagen, daß das Hinwegfallen der sie auf das Verhältniß einer Genossin

257) Thibaut, Syst. des Pandectent. §. 351, Note 2.

258) Vgl. sächs. Landr. III. 74. 76.

259) Vgl. oben Note 233, 234.

260) Vgl. Paffe, Skizze S. 70. Cropp, eheliches Eüterrecht §. 9, Note 31. Hamb. Stat. v. 1270, St. 3, Nr. 10, bei Anderson, Hamb. Privatrecht I. S. 45.

261) Sächs. Landr. I. 22.

262) J. B. Rürnb. Reform. Tit. 33, a. 5. Landrecht von Vingen Art. 6.

263) So J. B. Kpp. Verordn. v. 1786 §. 15. Andere Beispiele bei Kraut a. a. D. S. 337, Zif. 5—8. Vgl. auch Eichhorn, Einleit. §. 309, I. und das. angef. Zeugnisse. — Rittermaier a. a. D. (§. 338).

264) J. B. Edb. R. II. Tit. 2, a. 12. Conf. Joachim I. für die Mark Brandenb. bei Lange, Gemeinschaft der Güter S. 25. Stadtr. von Staden Art. 41. Hamb. Stadtr. III. Tit. 8, a. 3.

einschränkenden Rechte des Mannes sie auch hier zum selbstständigen Subjecte des gesammten Gutes gemacht habe, dieses also eigentlich keine Verlassenschaft, aber das frühere Recht des Mannes der Grund eines Anspruches der Erben auf einen gewissen Antheil sei. Es dürfte sich aber für diesen Fall weder die eine noch die andere Ansicht als die practisch vorherrschende nachweisen lassen, sondern vielmehr die Lage der Frau wie die der Erben, wenn gleich aus verschiedenen Gründen herbeigeführt, doch als eine gleiche behandelt werden²⁶⁵). Ueberdies aber führte auch die Ansicht vom *condominium in solidum* dahin, sich dieses in der Person des Ueberlebenden, er sei Mann oder Frau, als consolidirt zu denken; und dieser Ansicht steht die sächsische Regel parallel, daß die Frau einen Mitbesitz an den Gütern des Ehemannes, eine gleiche Gewere hat²⁶⁶). Wenn man aber auch hier den Ueberlebenden als einen Successor des Verstorbenen betrachtet und sein Recht an der Verlassenschaft unter die statutarische Portion stellt²⁶⁷), so scheint dieser Gesichtspunkt doch jedenfalls nur auf die überlebende Frau anwendbar zu sein. — Zuweilen bekommt der Ueberlebende gewisse bestimmte Stücke aus der Masse zum Voraus, z. B. Waffen, Betten, Kleider²⁶⁸).

Zu 4. Die Rechte des Ueberlebenden werden durch das Dasein von Kindern bald beschränkt, bald erweitert. — Hierher gehört der bereits gedachte Anfall der Proprietät der durch den Ehevertrag gewonnenen Dotalgüter an die Kinder^{268a}). Die Regel: Kinderzeugen bricht Ehestiftung, kann die ihm im Ehevertrage eingeräumten Rechte ganz hinfällig machen. — Die Regel: längst Leib längst Gut, wird in diesem Falle zuweilen in dem Sinne verstanden, daß sie dem Ueberlebenden nur lebenslänglichen Nießbrauch erteilt, wo er sonst vermöge derselben Eigenthum erwirbt^{268b}). Die statutarische Portion wird zuweilen durch die Concurrenz von Kindern verringert²⁶⁹) und ebenfalls der Antheil an dem in der Ehe gemeinsam gewesenen Gute²⁷⁰); nicht weniger führt das Verfangenschaftsrecht zu Beschränkungen. — Auf der anderen Seite aber beseitigt das Dasein von Kindern aus der getrennten Ehe den Ueberlebenden oft von der sofortigen Abtheilung mit den Erben des Vorverstorbenen, und verschafft ihm an dem von diesem auf die Kinder gefallenen Gute den väterlichen Nießbrauch oder einen vormundschaftlichen Besitz²⁷¹). Dieser letztere findet sich nämlich bei der überlebenden Mutter, und unterscheidet sich von einer bloß vormundschaftlichen Verwaltung dadurch, daß bei der Gemeinschaftlichkeit von Gewinn und Verlust die Rechnungsablage

265) Denn Statute nennen den Ueberlebenden ohne Unterschied den Erben des Vorverstorbenen: R u n d e, Güterrecht §. 11, S. 27.

266) H a u b o l d, sächs. Privatr. §. 77.

267) R u n d e a. a. D. §. 104, S. 235.

268) Z. B. Lübb. R. II. Tit. 2, Art. 2.

268a) Vgl. oben Note 78, 79.

268b) R u n d e, Güterr. §. 18, S. 42.

269) Vgl. oben Note 61, 62.

270) Z. B. brandenb.-culmb. Landesconstit. Tit. VII, §. 6, 7, 9.

271) Vgl. oben Note 203 flg.

hinwegfällt, ja zuweilen selbst die Errichtung eines Testaments und die Beeidigung als Vormünderin der Mutter erlassen ist²⁷²).

Innere Gütergemeinschaft, welcher Art sie auch sei, findet sich übrigens beim Adel regelmäßig nicht²⁷³). Einestheils das Verhältniß der Stamm- und Lehngüter, welche den wesentlichsten Theil seines Vermögens bilden, und die man da, wo Gütergemeinschaft des Adels gilt, doch davon ausgenommen findet²⁷⁴); anderentheils die nicht dem Erwerbe gewidmete Lebensart dieses Standes, waren Hindernisse der Entstehung beziehungsweise einer inneren Gütergemeinschaft selber oder ihrer Bewandlung zu derselben. Als daher die Bedeutung der ehelichen Vormundschaft sich schwächte, und namentlich Frauen adligen Geschlechtes dadurch zu einer größeren Selbstständigkeit gelangten, war hier vorzugsweise dem römischen Dotalsysteme ein Gebiet für seine Herrschaft eröffnet²⁷⁵). Zuweilen, wie z. B. in Sachsen, erhielten sich aber auch die teutschen Institute des getrennten Güterverhältnisses²⁷⁶), und Eheverträge waren hier eine häufigere Erscheinung, als bei anderen Ständen²⁷⁷). Namentlich werden auch Rechte, welche der überlebenden adligen Wittwe an den Gütern des Mannes in einem Lande schon vermöge Gesetzes²⁷⁸ oder Herkommen zustehen, in anderen vertragsmäßig bei den Ehen des Adels festgesetzt, wie z. B. das Leibginge in der Mark Brandenburg, in Schlesien und Pommern²⁷⁹). Zuweilen werden auch der Ehefrau für die Zeit der Ehe gewisse ihr vom Ehemanne zu verabreichende Summen zu beliebigen Ausgaben bedungen, wie die Spiel- und Trüffelgelber²⁷⁹). — Es kommt hier selbst ein Güterverhältniß vor, dessen einzige Begründung der Vertrag ist; nämlich bei der ungleichen Ehe, der Ehe zur linken Hand, oder dem matrimonium ad legem Salicam. Sie findet nur beim Adel statt, beim niederen Adel, mit Ausnahme des ehemals reichsfürstlichen, erfordert sie überdies landesherrliche Genehmigung²⁸⁰) und sie setzt voraus, daß die Frau dem Manne nicht ebenbürtig ist²⁸¹). Abgesehen von den beschränkten Rechten der Kinder aus einer solchen Ehe zeichnet sie sich in Ansehung des Güterverhältnisses der Ehegatten selber dadurch aus,

272) Ripp. Verordn. v. 1786 §. 17.

273) Vgl. z. B. ebenbas. §. 1—3.

274) Brandenb.-culmb. Landesconstit. v. 1745 Tit. 7, §. 3 u. 4. — Vgl. Eichhorn, Einl. §. 307 a. E.

275) Vgl. Kunde, Güterrecht §. 22, S. 50 flg., §. 34, S. 77 flg.

276) S. oben Note 39 flg.

277) Vgl. z. B. die Ripp. Verordn. v. 1786 §. 2.

278) Vgl. Rittermayer a. a. D. §. 394, Note 12, 13.

279) S. ebenbas. §. 397.

280) Z. B. preuß. Landr. Th. 2, Tit. 1, §. 836 flg. Brandenb. Landesverordn. v. 30. Nov. 1697. Vgl. Kunde, Grundf. §. 573. Rittermayer a. a. D. (§. 364) §. 414.

281) Eichhorn, Einl. §. 294. Vgl. II. F. 26. §. 15. und II. F. 29. — Unter ebenbürtigen Ehegatten würden freilich ebenfalls Beschränkungen in Ansehung der Vermögensverhältnisse durch Eheverträge festgesetzt werden können; allein daß Frau und Kinder dem Stande des Mannes nicht folgten, was eigentlich diese Ehe charakterisirt, dürfte doch hier eben so wenig als beim Bürgerstande anwendbar sein.

daß die Frau nur diejenigen Vermögenrechte in Beziehung auf die Güter des Mannes hat, welche ihr durch den Ehevertrag zugesichert sind²⁸²). — Bei dem sächsischen Adel ist auch das *Eingeschneitel* üblich, welches in Naturallieferungen, oder deren Surrogat in Geld, besteht, welche jährlich aus den Gütern des vorverstorbenen Mannes der Wittwe geleistet werden. Es setzt indeß immer vertragsmäßiges Ausbedingen oder testamentarische Disposition voraus, und kann auf solche Weise dann auch allerdings überall und für Wittwen jeden Standes begründet werden²⁸³). — Nicht blos gegen das durch einen Ehevertrag, sondern auch gegen das durch die Eingehung der Ehe *re* oder *facto* begründete Güterverhältniß, scheint Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und zwar bei der letzteren Begründungsart wenigstens in dem Falle, wenn der Ehegatte, welcher Gütergemeinschaft einging, über den überschuldeten Vermögenszustand des anderen getäuscht worden oder in einem entschuldbaren Irrthume gewesen ist²⁸⁴), nicht verworfen werden (zu können). Indes steht derselben bei der gesetzlich begründeten Gütergemeinschaft doch entgegen, daß, da die Eingehung der Ehe selber nicht rescindirt werden kann, die Restitution nur so effectuirt werden könnte, daß man durch sie eine Abänderung des ehelichen Güterverhältnisses eintreten ließe; und eine solche Wirkung ohne einen von den Ehegatten geschlossenen Vertrag unmöglich ist²⁸⁵).

Brackenhoeft.

Güte-, oder Sühne- oder Vergleichsversuch (*tentamen amicabile compositionis*), die Bemühung des Richters, einen Rechtsstreit durch Vergleich, statt rechtlicher Entscheidung, zu beseitigen. Obgleich die Verbindlichkeit dazu aus der eigentlichen Richterpflicht, streitige Vorfälle nach den bestehenden Gesetzen zu entscheiden, nicht abgeleitet werden mag und daher die Gütepflege nicht zu den wesentlichen Theilen des Prozesses gehört, ja sogar insofern dem Zwecke des Rechtsstreites widerspricht, als dadurch die rechtliche Entscheidung des Streites umgangen werden soll, mithin durch die Vorladung der Parteien zu einem Güteversuche der Staatsbürger zu einer durch den Zweck des Rechtsstreites nicht gebotenen Handlung genöthigt wird¹); so finden wir doch Einrichtungen zu Erlangung dieses Zweckes schon unter den altgermanischen Volksstämmen. Eigene Schiedsrichter — *Minnerer* — mußten vor Fällung einer Sentenz die Parteien in Güte — nach *Minne*

282) Eichhorn a. a. D. vgl. mit §. 290. Mittermaier a. a. D.

283) Runde a. a. D. §. 600. Haubold a. a. D. §. 406.

284) Vgl. Eichhorn, Einl. §. 308, Note g. Mittermaier a. a. D. §. 402, Note 14. Nach pr. Landr. §. 420, 421, kann wegen Uebermaßes vor-ehelicher Schulden in den zwei ersten Jahren Aufhebung der Gütergem. verlangt werden: Deiters a. a. D. S. 362.

285) Vgl. Runde, Güter. §. 99, S. 222, 223.

1) Grolman, Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 124. Danz, Grundsätze des ordentlichen Prozesses §. 149. Mittermaier, der gemeine teutsche bürgerliche Prozeß in Vergleichung u. s. w. Beitrag 1, §. XII, S. 165.

— zu vereinigen suchen; es wurden Fristen dazu gesetzt, und ein *Güte* nebst die Bedingungen des Vergleiches, wenn dieser im Stande kam²⁾. Die Uebereinstimmung der positiven Gesetze³⁾ des gemeinen Rechtes damit⁴⁾ ist um so merkwürdiger, als, was das canonische Recht anlangt, hier eine Einwirkung dieses auf die germanischen Rechtsinstitute und umgekehrt nicht möglich war. Der Staat — es bedarf dieß keines Beweises — kann in der Hauptsache nur formelles oder äußeres Recht⁵⁾ geben; der Staatsbürger aber, der sich in seinem materiellen, inneren, eigentlichen Rechte gekränkt fühlt, verlangt materielles Recht, werde es ihm von seinem Gegner freiwillig oder durch den Staat gegeben. Nun beabsichtigt der Staat zwar durch sein formelles Recht allerdings einen materiellen Rechtszustand herzustellen, allein wenn dieß auch das höchste Ziel seines Strebens ist und sein muß, so ist doch die Erreichung desselben im allgemeinen und daher in vielen Fällen ganz unmöglich; der Staat kann sich jenem Ziele nur nähern. Die Folge dieses Verhältnisses ist, daß das Verlangen des Staatsbürgers nach Recht in der Regel etwas Anderes ist, als das, was der Staat gewähren kann, formelles Recht statt des materiellen. Kann daher der Richter auf einem andern Wege, als dem der formelrechtlichen Entscheidung dem beeinträchtigten Staatsbürger mehr materielles Recht verschaffen, so muß dieser es ihm Dank wissen. Es ist sonach eine irrige Ansicht, wenn man meint, daß die Güteversuche blos ein Surrogat für eine schlechte Justiz und eine Folge des Mißtrauens auf die Gerechtigkeit der Entscheidungen sei⁶⁾. Sie ist vielmehr Folge der Einsicht, daß der Staatsbürger mehr fordern kann, oft fordern muß, in der Regel fordert, als der Staat beim besten Willen gewähren kann. Arbeiten die Richter also dahin, daß von diesem richtigen Gesichtspunkte aus die Sache angesehen werde, so ist keinesweges zu fürchten, daß durch Stiftung vieler Vergleiche das Rechtsgefühl im Volke untergehe⁷⁾. Allein wenn man so weit geht zu verlangen, daß der Staatsbürger nicht jeden Prozeß fürchten soll⁸⁾, so verlangt man, daß der Kranke darum sich nicht vor einer Krankheit fürchten soll, weil es Mittel dagegen gibt. Und wenn man auch, wiewohl nur abgesehen vom christlichen Princip und im reinen Widerspruche mit demselben, „Friedfertigkeit und Nachgiebigkeit“ als solche Eigenschaften ansieht, die nicht „unter allen Bedingungen dem

2) Archiv für die civilistische Praxis Bd. 19, Hft. 2, Nr. VIII, §. 4, S. 220. Mittermayer a. a. D. S. 163.

3) C. 11. X. de transactionibus. (1. 36.) c. 1. X. de mutuis petitionibus. (2. 4.) verbis: monitione praemissa; jüngster Reichsabschied (v. 1654) §. 110, in Schmauss., corpus iuris publici p. 993.

4) Grolman a. a. D. Note a. Danz a. a. D. Note a. Civilistisches Archiv a. a. D. S. 216 u. 222.

5) Civilistisches Archiv a. a. D. §. 3, S. 218.

6) Ebenbas. §. 7, S. 224. Puchta a. a. D. S. 327.

7) Puchta, Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis Bd. 1, Nr. XI, S. 330.

8) Ebenbas. S. 329.

Volksscharakter nützlich eingepägt werden sollten“⁹⁾; so kann doch gewiß nicht dem hochverdienten Möser¹⁰⁾, der übrigens sich zuweilen in Paradoxien gefiel, beige stimmt werden, wenn er die Prozesssucht als „eine edle Leidenschaft des Menschen“ schildert, „daß er für dasjenige, was ihm seiner Meinung nach zukommt, Gut und Blut aufsetzet.“ Die bedeutenden Beschwerden und Kosten, welche mit jedem Prozesse verbunden sind¹¹⁾, das unaussprechliche Unheil, welches durch die, gewöhnlich erst aus dem Treiben prozessualischer Handel entstehende¹²⁾ Prozesssucht, auch bei der möglichst besten Justizpflege, über ganze Familien gebracht wird, sowohl als das eben deshalb bis jetzt von Seiten aller Staaten kund gegebene Streben nach möglichster Verminderung der Prozesse, zeigen, daß nicht aus praktischer Beobachtung der Erfahrung die Meinung hervorgeht, als ob Vergleichsbeförderungen „auf einer unrichtigen Vorstellung von dem Prozesse und von der Würde des Rechtes beruhten, da man jeden Prozeß als ein Uebel betrachtet, das man verbannen müsse, und vergift, daß da, wo ein feigherziges, schwaches, der Bequemlichkeit zugabendes Nachgeben nach dem gepriesenen Vergleichsstiften an der Tagesordnung wäre, nur das größte Unrecht seinen Deckmantel fände“¹³⁾. Die Popularität, welcher in der Regel diejenigen Gerichte genießen, die sich verständiger Vergleichsstiftungen befleißigen¹⁴⁾, ja das seit den ältesten Zeiten in Deutschland herrschende Sprichwort: Ein magerer Vergleich ist besser als ein fetter Prozeß¹⁵⁾, zeugen, nächst der Geschichte (s. S. 949), für die Volksthümlichkeit dieses Institutes. Daß nun zur Abwendung der oben erwähnten Prozessfolgen Sühneveruche ein herrliches Mittel sind, zumal in den Fällen, wo die Form, z. B. Mangel an Beweismitteln, dem materiellen Rechte im Wege steht, daß, stellen wir uns auf den christlichen Gesichtspunkt, mildere Sitten, Nachgiebigkeit, Mitleid, Veröhnlichkeit dadurch befördert werden; daran kann wohl Niemand zweifeln¹⁶⁾. Allein nie kann behauptet werden, daß durchgängig Beendigung der Rechtsstreite durch Vergleich einer rechtlichen Entscheidung vorzuziehen sei¹⁷⁾, wenn man auch gleich der entgegengesetzten Behauptung: „je mehr entschiedene Prozesse, desto besser die Justiz, je weniger entschiedene und je mehr vergleichene, desto schlechter“¹⁸⁾, auf dem praktischen Standpunkte eben so

9) Ebendas.

10) Patriotische Phantasien IV. Nr. 30.

11) Danz a. a. D. §. 149.

12) Civil. Archiv Bd. 19, Hft. 2, §. 3, S. 217.

13) Mittermaier a. a. D. S. 164. Civilistisches Archiv Bd. 19, Hft. 2, S. 232, Bd. 20, Hft. 2, S. 340.

14) Civ. Arch. Bd. 19, Hft. 2, S. 222.

15) Hertius, de paroemiis iuris (in commentat. et opusc. Tom. III. p. 412.) paroem. XI.

16) Civilistisches Archiv Bd. 19, Hft. 2, S. 215, 218, 232, Bd. 20, Hft. 2, S. 310.

17) Civil. Arch. Bd. 19, Hft. 2, S. 215.

18) Ebendas. §. 9, S. 234. Puchta a. a. D. S. 334.

wenig beipflichten kann. Denn was das Letztere anlangt, so zeigt die tägliche Erfahrung einerseits, daß in den ärmsten und am wenigsten gebildeten Theilen gewisser Lande, bei gleicher Justizpflege mit den wohlhabenderen und gebildeteren, gerade die mehrsten Prozesse sind, während andererseits, nach französischen Nachrichten, gerade in den Departements die mehrsten Prozesse und wenige Vergleiche statt finden, in denen die mehrste Bildung herrscht und die Gerichte am besten besetzt sind¹⁹⁾. Also müssen es andere Elemente sein, aus denen Prozesssucht oder Nachgiebigkeit und friedliche Gesinnungen hervorgehen. Daß aber die Beilegung der Prozesse durch Vergleich, wenn sie übertrieben gehandhabt wird, auch ihre großen Schattenseiten hat, daran kann nicht gezweifelt werden. Namentlich wenn von Seiten des Richters in schwache, beifstandlose Personen für Eingehung eines Vergleiches, bloß um diesen zu Stande zu bringen, mit Ueberredungsgründen eingebracht wird, ohne zu überlegen, ob auch die Sache dazu geeignet sei. So z. B. bei Ableistung eines Eides, wo der Richter bloß den Zweck der Vermeidung des Eides vor Augen hat, ohne zu fragen, ob der Schwörende ihn nicht mit gutem Gewissen leisten kann und durch Nichtableistung um sein gutes Recht kommt — eine sehr unchristliche Pietät, wenn der im vollen Besitze des Rechtes Befindliche nur darum nicht schwören soll, damit kein Eid geschworen werde, während der darauf rechnende Chicaneur darum die Sache bis zur Eidesleistung hat kommen lassen, um so im Erüben zu fischen²⁰⁾. Eben so ist dieß häufig in Ehesühneverfuchen der Fall, wo oft gerade der nachgiebige redliche Theil²¹⁾ den Ueberredungskünften der Richter, besonders der geistlichen Mitglieder des Ehegerichtes, pro matrimonio, zum Ruine seines ganzen Lebensglückes nachgiebt; überhaupt beinahe überall, wo nicht von einem ungewissen Rechte die Rede ist. Daß in solchen Fällen das Drängen des Richters zu einem Vergleiche Mißtrauen gegen die Gerichte erzeugen muß, dieß liegt am Tage. Es ist sonach das Vergleichsstiften bei weitem nicht der höchste Ruhm des Richteramtes, die leichte Gewährung materiellen, ja in mancher Beziehung nur formellen Rechtes steht weit höher, und diejenigen irren, welche diesen Nebenzweck der Rechtspflege höher als das Rechtssprechen stellen²²⁾. Kaum dürfte daher die hier und da²³⁾ bestehende Einrichtung zu billigen sein, nach welcher zu gewissen Zeiten den Oberbehörden anzuzeigen ist, welche Richter und Advocaten sich vorzüglich

19) Civ. Archiv Bd. 11, Hft. 1, S. 154.

20) Puchta a. a. D. S. 330 u. 331.

21) Civil. Archiv Bd. 19, Hft. 2, S. 235 a. G.

22) Puchta a. a. D. S. 327. Mittermaier a. a. D. §. 1, S. 6. Civil. Archiv Bd. 19, Hft. 2, Nr. VIII, §. 9, S. 231, 232, Bd. 11, Hft. 1, Nr. VIII, S. 155.

23) J. B. im Großherzogthume Sachsen-Weimar durch Rescript vom 24. Sept. und 16. Oct. 1778. Kori, Theorie des sächsischen bürgerlichen Prozesses §. 74, Note 4. Vgl. civil. Archiv Bd. 19, Hft. 2, Nr. VIII, §. 9, S. 233.

durch Vergleichsstiftungen ausgezeichnet haben. Sehr weise bestimmt schon das oben Note 3) angezogene Reichsgesetz²⁴⁾:

Soll der Richter Erster Instanz, die Partheyen in zweifelhaften Sachen nicht allein vor angefangenen Rechts- Stand, und *litis contestation*, sondern auch, in *quacunq[ue] parte Judicii*, durch alle dienliche Mittel und Weg, auch schriftliche Erinnerungen in Güte von einander zu setzen, und hierdurch alle weltklufftige kostspaltige Rechtsfertigung zu verhüten, sich bestreuen, jedoch ehe dann er die Güte den Partheyen vorschlägt, vorher in den Sachen sich wol informiren, und sein Absehen bey diesem gütlichen Vergleichen dahin iederzeit sorgfältiglich stellen, damit die eine öffentlich ungerechte Sach führende Parthey zu demselbigem nicht gelassen, noch der rechthabende Theil damit beschwert, noch auch die Justiz wider des andern Theils Willen verzogen werde.

Diese höchst zweckmäßig abgefaßte Gesetzesstelle enthält in nuce alle Bedingungen der Sühneversuche.

Sie setzt voraus

1) daß der Gegenstand des Vergleiches „zweifelhafte Sachen“ sein, und daß „die eine öffentlich ungerechte Sache führende Partei zu demselbigem nicht gelassen u. s. w. werde.“

Der Entschluß sich zu vergleichen muß nicht Folge der Ueberredungsart, des Mitleidens, auch in vielen Fällen nicht der Prozessscheu, sondern freier ruhiger Ueberlegung sein, und zwar entweder aus Klugheit, weil der sich Vergleichende einsieht, durch den Vergleich gewinnt er am meisten, oder verliert er am wenigsten, oder aus Bersöhnlichkeit und Nachgiebigkeit²⁵⁾. Sachen daher, wo das Recht ganz klar auf einer Seite ist, und wo auch der Realisirung desselben nach erfolgter Rechtsprechung kein Hinderniß entgegensteht, können mit Recht nicht in Vergleichstractaten gezogen werden²⁶⁾, wenn nicht moralische Vergleichsgründe mit dazu wirken. Deshalb sind die zum Vergleich am besten geeigneten Angelegenheiten diejenigen, welche nur Folge augenblicklicher Aufwallung, welche für den Frieden ganzer Familien, Gemeinden u. s. w. verderblich, welche so unbestimmt und ungewiß sind, daß sich über ihren Ausgang nichts einigermaßen Bestimmtes voraussetzen läßt; sonach aus persönlichen Verhältnissen diejenigen, bei welchen die Streitenden in häuslichen, Familien- oder Gemeindeverbindungen, im Verhältnisse der Obrigkeit, oder des Gutsherrn zum Unterthan, des Pfarrers zum Parochianen, der Mitbewohner eines Hauses zu einander stehen, z. B. Ehestreitigkeiten, wobei jedoch Vergleiche, welche die Auflösung der Ehe bezwecken, nach canonischem Rechte gar nicht²⁷⁾, nach protestantischem Eherechte nur mit Genehmigung des Ehegerichtes²⁸⁾ er-

24) Vgl. Grolman a. a. D. Civil. Archiv Bd. 19, Hft. 2, §. 5, S. 224, Bd. 20, Hft. 2, Nr. X, S. 311. Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 13, Hft. 1, Nr. I, S. 2.

25) Civil. Archiv Bd. 20, Hft. 3, Nr. X, §. 22, S. 437.

26) Grolman a. a. D. Mittermaier a. a. D. S. 176.

27) Cap. 11. X. de transactionibus. (1. 36.)

28) Glüch, Pandectencommentar Th. 5, §. 352, S. 49.

laubt sind; aus in der Sache selbst liegenden Gründen gehören hierher Injurienfachen, bei denen in der Regel das Vermittelungsamt am besten angewendet ist, sehr verwickelte, einer großen, kostspieligen Untersuchung bedürfende, schwierige Sachen, besonders wenn sie dabei geringfügig sind, wozu unter andern Alimentations-, Armen-, Rechnungs-, Erbsonderungs-, Grenzverwirrungs-, Gemeinheitstheilungsfachen u. s. w. zu rechnen sind. Zum Vergleiche vorzüglich geeignet sind daher auch Concurs- und Prioritätsstreitigkeiten, alle Sachen, worin Gefahr auf dem Verzuge ruht, einzelne Theile des Prozesses, als präparatorische und Incidentpunkte und die Formalien einzelner Prozeffacte. Inwiefern die Klugheit zur Eingehung eines Vergleiches rathet, gibt es sehr wenige Prozesse, die nicht wenigstens theilweise zu Vergleichen geeignet wären, da nicht nur eigentlich streitiges, sondern auch bloß verweigertes Recht nach Regeln der Klugheit häufig die Eingehung eines Vergleiches rathlich erscheinen läßt, z. B. bei momentanem Zahlungsunvermögen und deshalb gewünschter Nachsicht, oder sonstigen dem Schuldner und dadurch häufig auch dem Gläubiger vortheilhaften Verwilligungen; bei dem Streite über gewisse Rechte, deren Werth im Falle der Realisirung noch ungewiß ist. Man nennt darunter auch gewöhnlich die Sachen der Kirchen und anderen milden Stiftungen, denen ihrerseits allerdings an Niedererschlagung aller Prozesse gelegen sein, während es aber lediglich von der Pietät des Gegentheiles abhängig bleiben muß, ob auch er dafür geneigt ist²⁹⁾.

Das gedachte Gesetz verlangt

2) Wirksamkeit des Richters erster Instanz für den Vergleich „nicht allein vor angefangenem Rechtsstande und Litiscontestation, sondern auch in quacunq[ue] parte iudicii“ und soll der Richter „ehe denn er die Güte den Parteien vorschlägt, in den Sachen sich wohl informiren.“

Diese letzte, zur Erreichung des Zweckes höchst nöthige Vorschrift hat zu der Frage geführt, in welchem Stadium des Prozesses die Vergleichsverhandlungen am nützlichsten sind? Die Praxis hat es eingeführt, und viele Particulargesetze sind ihr gefolgt, daß der erste Termin in jedem Prozesse ein Gütetermin sein soll³⁰⁾, und es ist nicht zu verkennen, daß dieß darum einen Vorzug hat, weil zu dieser Zeit noch von keiner Seite bedeutende Prozeßkosten aufgewendet, und die Parteien noch nicht so hartnäckig gemacht worden sind, als wenn der Streit schon einige Zeit gedauert hat³¹⁾. Ist dieß nun gleich allerdings gegründet, so ermangelt doch der Vergleich dann gewöhnlich des Erfordernisses, daß er das Product der ruhigen Ueberlegung der Parteien, welche da noch in der ersten Aufregung handeln, sein soll; es ermangelt der Richter

29) Ueber alles dieß vgl. Kori a. a. D. §. 74. Puchta a. a. D. S. 335 flg. Mittermaier a. a. D. S. 176. Civil. Archiv Bd. 19, Hft. 2, Nr. VIII, §. 2, S. 216, §. 7, S. 226 u. 228, §. 8, S. 230, §. 10, S. 236, §. 11, S. 237 flg.

30) Mittermaier a. a. D. S. 163.

31) Glück a. a. D. §. 347, S. 10. Danz a. a. D. §. 150. Grolman a. a. D. Civil. Archiv Bd. 20, Hft. 2, Nr. X, S. 309.

der nöthigen Information in der Sache, über welche er bis dahin nur den Kläger gehört hat, so wie auch im Anfange des Prozesses die Parteien gerade am erbittertesten zu sein pflegen; daher, wenn ein Vergleich zu dieser Zeit abgeschlossen worden, man schwerlich darauf rechnen kann, daß seine Abschließung aus den richtigen Motiven erfolgt ist³²⁾. Die geeignetste Zeit wird also die sein, wo eines Theiles der Streit noch nicht zu weit gediehen, anderen Theiles Parteien und Richter über die gegenseitigen Ansprüche, der Richter auch vielleicht über die besonderen Persönlichkeiten der Parteien durch einige Prozeßhandlungen, so informiert sind, daß letzter die Rechtsgründe beider Parteien gegen einander und ihre Intention würdigen kann. In der Regel wird daher in zweiter Instanz ein Sühneversuch schwerlich von vielem Erfolge sein, außer wenn sich vielleicht früher unbekannte Umstände erst neuerlich aus den Acten ergeben hätten³³⁾. Die Güteversuche nach erfolgter Instruction der Sache, nach Einbringung der ersten Schrift des Beklagten scheinen obige Rücksichten zu vereinigen. Bewährt hat sich diese Verfahrungsweise namentlich in Preußen³⁴⁾. Wo aber die gedachte erste gemeinprozeßliche Einrichtung besteht, da müssen auch, wie das Reichsgesetz bestimmt, die Vergleichsunterhandlungen, so oft sich im Laufe des Prozesses dazu Veranlassung und die Hoffnung auf Erfolg findet, wieder aufgenommen werden³⁵⁾. Vielleicht haben diejenigen Gesetzgebungen das Richtige gefunden, welche, wie die weimar'sche, zwar den ersten Termin in jeder Sache zum Gütetermin bestimmen, aber verlangen, daß in der Regel die Exceptions- und Einlassungsschrift des Beklagten vor diesem Termine eingereicht werde³⁶⁾.

Der oft erwähnte Reichsabschied setzt ferner fest,

3) daß der Richter „durch alle dienliche Mittel und Weg auch scheidliche Erinnerungen“ den Vergleich unter den bereits erwähnten Umständen zu erwirken suchen soll.

Das zweckmäßige Benehmen des Richters im Gütetermin ist eine Hauptbedingung des guten Erfolges der Sühneversuche, da außerdem dieselben häufig eine leere Formalität sind³⁷⁾. Vor allen Dingen muß darauf, daß die Parteien, wenn sie nicht durch Ehehaften gehindert sind, in Person erscheinen³⁸⁾, gesehen und die gewöhnlich für den Fall der Versäumniß angebotene Geldstrafe wirklich nebst den Kosten des Termi-

32) Puchta a. a. D. S. 332 u. 333. Mittermaier a. a. D. S. 174.

33) Puchta a. a. D. S. 339, 340, 343. Martin, Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses §. 151 u. 308.

34) Civil. Archiv Bd. 11, Hft. 1, S. 154.

35) Grolman, Glück, Danz a. a. D. Mittermaier a. a. D. S. 175. Martin a. a. D. §. 308.

36) Weimar'sche Constitution vom Jahre 1775 §. 1 u. 5. Kori a. a. D. §. 67. Danz a. a. D.

37) Civil. Archiv Bd. 11, Hft. 2, Nr. VIII, S. 148; Bd. 2, Hft. 2, Nr. X, S. 308.

38) Danz a. a. D. §. 151.

nes betrieben und erstere disciplinär bis zum Erscheinen erhöht werden. Davon kann nur die Anzeige eines außergerichtlich geschlossenen Vergleiches³⁹⁾ befreien, nicht die schriftliche Ablehnung aller Vergleichsvorschläge im voraus⁴⁰⁾. Denn der Geladene kann nicht im voraus wissen, welche Motive zu einem Vergleich der Richter auffindet, oder die Gegenpartei vorbringt, und die Erfahrung lehrt, daß, wenn Sachwalter ohne ihre Klienten erscheinen, schon wegen des ermangelnden Vereinigungsmittels der Besprechung mit dem Klienten in continenti, auch weil die Sachwalter in der Regel zu einseitig Partei für ihre Sache nehmen und das, was sie über Gang und Schicksal des Prozesses theilweise ohne Kenntniß der Vergleichsmotive vorausgesagt haben, gern erfüllt sehen möchten, in der Regel kein Vergleich zu Stande kommt. Das Vermittelungsamt muß ferner zweckmäßig geübt werden. Wenn es schon Regel der Klugheit ist, daß nirgends ein Interesse des Richters, namentlich nicht das der Bequemlichkeit oder des pecuniären Vortheiles vorblicken darf, so bedarf überhaupt der Richter, um einen Vergleich zu erzielen, des Vertrauens der Parteien eben so in seine interesselose Unparteilichkeit, als in seine Humanität⁴¹⁾. Der Richter muß vor allen Dingen die ganzen Streitverhältnisse der Parteien klar heraussetzen⁴²⁾, ohne doch seine, ohnehin im Anfange des Prozesses in der Regel noch nicht ganz sicheren Ansichten über den bereinstigen Ausgang des Prozesses darzulegen. Denn der Richter soll nicht blos, wie bei einem gewöhnlichen Sanfte, Ruhe stiften, sondern er soll durch den Vergleich dahin wirken, daß jedem Theile möglichst sein materielles Recht werde. Er muß Beiden Gelegenheit geben, sich in Gegenwart ihres Gegners auszusprechen — ein oft sehr wirksames Mittel, wodurch der Sprechende sich selbst zum Vergleiche geneigt macht. — Erst dann kann der Richter nach und nach mit Vorschlägen vortreten, welche er möglichst den Neigungen der Parteien anpaßt⁴³⁾. Blos momentane Vermittelung hilft in der Regel nichts⁴⁴⁾; aber nützlich ist es, bei Streitigkeiten, die mehrere Punkte zum Gegenstande haben, diese einzeln Behufs einer Vereinigung vorzunehmen und so successiv den Vergleich über das Ganze zu ermitteln. Bei den am schwierigsten zu vergleichenden Prozessen, die schon lange gedauert haben, nützt es am meisten, die Gründe wo möglich zu schwächen, die für ein hartnäckiges Beharren beim Prozesse sprechen. Bei solchen Prozessen, wo das Recht selbst nicht streitig ist, aber Hindernisse der Realisirung entgegenstehen, z. B. momentanes Zahlungsunvermögen, muß man Gründe der Billigkeit und der Klugheit vorzüglich geltend machen. Der Richter muß überhaupt

39) Danz a. a. D. §. 152.

40) Kori a. a. D. §. 74.

41) Puchta a. a. D. §. 340. Mittermaier a. a. D. §. 176. Civil. Archiv Bd. 19, Hft. 2, §. 11, S. 239.

42) Civil. Archiv Bd. 19, Hft. 2, Nr. VIII, S. 219 fig.

43) Z. B. vgl. Puchta a. a. D. §. 342, Note *) und §. 343.

44) Ebendas. §. 343.

Keinen Umstand übergehen, der zum Vergleiche führen kann. Der be-
 mitleidenswerthe Zustand der einen Partei kann nur in seltenen Fällen
 Motiv zu einem Vergleiche werden, und der Richter muß sich hüten,
 dieses Motiv so zu gebrauchen, daß die andere Partei gleichsam Ehre-
 halber gezwungen ist, sich zum Vergleiche zu fügen, da dieß den Rich-
 terpflichten widersprechen und in ähnlichen Fällen Scheu vor dem Ge-
 richt erzeugen würde. Bringen die Parteien selbst — das Vorzüglichste
 — Vorschläge, woein sich der Richter möglichst hinein denken muß, und
 diese finden Eingang, so hält er die feinigten, mit welchen er im ent-
 gegengesetzten Falle bereit sein muß, zurück, um nicht jene zu hindern.
 Auf die Ungerechtigkeit, oder den ungünstigen Ausgang der Sache der
 einen oder der anderen Partei darf er nur diese unter vier Augen, nach-
 dem er deshalb die andere hat abtreten lassen, aufmerksam machen.
 Eben so kann er die Sachwalter abtreten lassen, wenn diese offenbar
 gegen den Vergleich wirken⁴⁵⁾. Nie aber darf er zu einem Vergleiche
 durch Drohungen oder gar Gewalt zwingen; alles, was er in dieser
 Hinsicht unternimmt, ist ungiltig, da der Staat nur zwingen kann, in
 zweifelhaften Rechtsverhältnissen sich nicht selbst zu helfen und dieselben
 der Entscheidung des Rechtes, nicht aber willkürlicher Beilegung anheim
 zu geben⁴⁶⁾. Die Ausnahmen, welche von einigen Rechtslehrern hier
 nachgelassen werden⁴⁷⁾, gehören in das Capitel von den Entscheidungen
 ex aequo et bono, nicht vom Vergleich⁴⁸⁾. Zu den unerlaubten
 Zwangsmitteln ist daher auch jeden Falles die Verurtheilung dessen in die
 Kosten des Prozesses zu rechnen, welcher nachmals durch Prozeß eben
 nicht mehr erlangt, als ihm vergleichsweise früher geboten wurde⁴⁹⁾,
 dann die der Citation zum Vergleichstermine beigefügte, nirgends gemein-
 rechtlich genehmigte Commination, daß der im Termin Außenbleibende
 für zustimmend zum Vergleich angenommen werden solle⁵⁰⁾ — eine
 nur bei Nachlassverträgen im Concursproceße unter sehr bestimmten,
 hierher nicht gehörigen Voraussetzungen gültige Androhung. Der von
 manchen Practikern befolgte Rath, die Punkte des im Termine zu Stande
 gekommenen Vergleiches in einen Bescheid zu bringen und dann, statt
 der Confirmation, zu publiciren⁵¹⁾, kann leicht zu einer Wiederanfechtung
 des gültig abgeschlossenen Vergleiches mittelst eines Rechtsmittels
 gegen den Bescheid führen und ist in den mehresten Fällen nicht nöthig,

45) Ueber alles dieß vgl. Grolman a. a. D. Danz a. a. D. §. 150.
 Puchta a. a. D. §. 341, 344 flg. Civil. Archiv Bd. 19, Hft. 2, Nr. VIII,
 §. 7, S. 228, §. 8, S. 230 flg., Hft. 3, Nr. X, §. 16, S. 421 flg.
 u. 439.

46) Danz a. a. D. Glück a. a. D. §. 347, S. 9 u. 10. Civil. Ar-
 chiv Bd. 20, Hft. 2, Nr. X, S. 307.

47) Quistorp, rechtliche Bemerkungen Th. 2, Bem. 35. Danz a. a.
 D. a. E. und die in Note h. angeführten Schriftsteller. Genster, Commen-
 tar zu Martin's Lehrbuch, von Morstadt, Bd. 2, S. 233.

48) Glück a. a. D. §. 11 u. 12.

49) Quistorp a. a. D. Th. 1, Bem. LXXVII, Nr. 4.

50) Glück a. a. D.

51) Danz a. a. D.

da in der Regel der Vergleich einem rechtskräftigen Bescheide gleich ist⁵²⁾. Da jedoch diese Gleichheit einige Beschränkungen erleidet⁵³⁾, so ist es eine in der Praxis häufig befolgte, zweckmäßige Cautel, die Parteien bei einem solchen Vergleiche, der sofortige Execution zur Folge haben soll, zu veranlassen, daß sie der Einrede der ermangelnden Bescheidsertheilung entsagen. Allein jeder vor Gericht gestiftete Vergleich, auch selbst die nutzlos gemachten Vergleichsvorschläge und =Verhandlungen müssen umständlich protokolliert werden⁵⁴⁾, da dieß zugleich das Mittel ausmacht zu beweisen, daß die Abhaltung des Gütetermines nicht eine bloße Formalität geblieben ist. Dabei ist die Frage zur Sprache gekommen, ob unbedingte, im Güteterminen gethane Geständnisse für verbindlich und, wenn jenseits angenommen, für unwiderruflich zu achten seien? Da bloße Anerbietungen zur Beilegung eines Prozesses in diese Kategorie nicht gehören, so ist kein Grund einer Unverbindlichkeit jener Zugeständnisse vorhanden⁵⁵⁾. Indes ist in einigen Landen, namentlich in Sachsen = Weimar⁵⁶⁾, jene Unverbindlichkeit gesetzlich ausgesprochen.

Die Erfahrung lehrt, daß in Rechtsstreit verwickelte Parteien sich selbst friedlich einander selten nähern, sondern daß hierzu in der Regel ein Mittelsmann erforderlich ist⁵⁷⁾. Die Verhandlungen darüber müssen zwar um der Vollständigkeit willen hier erwähnt, ihre Resultate, eigentlich nicht hierher gehörig, können jedoch nur hier angedeutet werden. Man hat vorzüglich theils für theils wider die Fähigkeit der Richter zu den Vergleichsversuchen gestritten⁵⁸⁾. Unter anderen ist darüber discutirt worden, ob der Richter aus Bequemlichkeit, um die Prozesse zu vermindern, zu sehr, oder aus Gewohnheit, Alles von der strengrechtlichen Seite anzusehen, zu wenig für den Vergleich geneigt sei⁵⁹⁾. Man hat aus diesen und anderen Gründen theils Mißtrauen gegen, theils Zutrauen in die Gerichte, die Beförderung des Vergleiches betreffend, annehmen zu müssen geglaubt⁶⁰⁾. Man hat behauptet, die wenige Beförderung der Vergleiche von Seiten der Gerichte sei die Ur-

52) Non minorem auctoritatem transactionum quam rerum iudicarum esse, recta ratione placuit, c. 20. C. de transactionibus. (2. 4.)

53) C. 28. C. eod. vgl. mit c. 8. C. de rebus creditis. (3. 4.) Glück a. a. D. §. 351, S. 39.

54) Grolman und Danz a. a. D. Kori a. a. D. §. 74.

55) Kori a. a. D. §. 75.

56) Ebendaf. und weimar'sche Constitution v. J. 1723 §. 15.

57) Civil. Archiv Bd. 19, Hft. 2, S. 219; Hft. 3, S. 438.

58) Mittermaier a. a. D. S. 165. Civil. Archiv Bd. 19, Hft. 2, Nr. VIII, §. 2, S. 217, §. 6, S. 225, §. 11, S. 236; Hft. 3, Nr. 10, §. 13, Note 2, S. 416, §. 16, S. 425, §. 17 a. E., S. 429; Bd. 20, Hft. 2, Nr. X, S. 309.

59) Puchta a. a. D. S. 323 u. 329. Zeitschrift für Civilr. und Prog. Bd. 13, Hft. 1, Nr. 1, §. 3, S. 4.

60) Archiv a. a. D. Bd. 19, Hft. 2, §. 12, S. 239 flg. Angef. Zeitschr. §. 5, S. 14.

sache der zunehmenden Prozesse; man hat dieß geleugnet⁶¹⁾ und dagegen die Behauptung aufgestellt, daß da, wo besondere Vergleichsbehörden wären, die Prozeßzahl noch weit mehr im Wachsen sei⁶²⁾. Die Gründe gegen die Wirksamkeit der Richter in dieser Beziehung haben veranlaßt, daß man eigene Behörden⁶³⁾, Vergleichscommissarien⁶⁴⁾, hier und da die Gemeindevorsteher⁶⁵⁾, mit den Güteversuchen beauftragt hat. Namentlich ist derartige geschehen in Dänemark⁶⁶⁾, Norwegen und Schleswig-Holstein⁶⁷⁾, in Frankreich⁶⁸⁾ (hingegen nicht, wenn auch der französische Code de procedure da eingeführt ist, in Genf⁶⁹⁾), wohl aber in Bern⁷⁰⁾, in Preußen⁷¹⁾, Württemberg⁷²⁾, Oldenburg⁷³⁾, Bayern⁷⁴⁾, Baden⁷⁵⁾. Doch sind die Stimmen über die Wirksamkeit und den Erfolg solcher besonderen Behörden noch sehr getheilt⁷⁶⁾, daher auch, trotz vieler Verathungen der Kammern im Großherzogthume Hessen, dort

61) Archiv a. a. D. Bd. 20, S. 314. Angef. Zeitschr. §. 1, S. 2, §. 3, S. 5, 6 u. 8.

62) Archiv a. a. D. S. 316. Angef. Zeitschrift S. 10.

63) v. Kettenacker, über die Vergleichsgerichte. Freiburg 1837.

64) Mittermaier a. a. D. S. 170. Archiv a. a. D. S. 308.

65) Archiv a. a. D. Bd. 19, Hft. 3, S. 433. Angef. Zeitschr. §. 4 a. S., S. 11.

66) Danz a. a. D. §. 149 und die in Note b angez. Schriften. Eivers's Themis Bd. 1, Nr. XVI: Ueber öffentliche Vergleichseinrichtungen im allgemeinen, nebst einer kurzen Darstellung der dänischen, norwegischen und schleswig-holsteinischen u. s. w. Archiv a. a. D. Bd. 19, Hft. 2, §. 2, S. 216, §. 10, S. 234; Hft. 3, §. 13, S. 414, §. 17, S. 426 flg.; Bd. 20, Hft. 2, S. 312, 316. Angef. Zeitschr. S. 10.

67) Archiv a. a. D. Bd. 20, Hft. 2, S. 313; Bd. 19, Hft. 3, §. 14, S. 418.

68) Danz a. a. D. Mittermaier a. a. D. S. 164, 166, 168. Archiv a. a. D. Bd. 20, Hft. 2, S. 313, Note 28 und S. 316; Bd. 11, Hft. 1, S. 148 u. 154.

69) Archiv a. a. D. Bd. 11, Hft. 1, S. 149. Mittermaier a. a. D. S. 173.

70) Archiv a. a. D. Bd. 20, Hft. 2, S. 313.

71) Kumpf, practische Anleitung zur Amtsführung der Schiedsmänner u. s. w. (Berlin 1839), 2. Ausg. Rende, Hilfs- und Formularbuch u. s. w. der Schiedsmänner. Ppeln 1836. Danz, die agrarischen Gesetze des preuß. Staates Bd. 4. 1838. Schering, die Verordnung für die Schiedsmänner in Brandenburg u. s. w. Berlin 1841. Haude, Handbuch für Schiedsmänner. Goldberg und Breslau 1841. Civil. Arch. Bd. 11, Hft. 1, S. 154; Bd. 19, Hft. 2, §. 1, S. 214, 216; Hft. 3, §. 21, S. 434 flg.; Bd. 20, Hft. 2, S. 313. Angef. Zeitschr. §. 4, S. 7, 8, Note 1 und S. 10.

72) Archiv a. a. D. Bd. 20, Hft. 2, S. 313.

73) Ebendaselbst.

74) Mittermaier a. a. D. S. 170. Archiv a. a. D. Bd. 11, Hft. 1, S. 150; Bd. 19, Hft. 2, S. 214 u. 216; Hft. 3, §. 19, S. 431 flg. Vgl. oben Note 65.

75) S. ebendas. und Mittermaier a. a. D. Ehrmann, Beiträge zur Lehre des Prozeßrechtes. Mannheim 1837.

76) Archiv a. a. D. Bd. 19, Hft. 3, S. 427. Angef. Zeitschr. S. 10.

die Einführung eines solchen Institutes noch ungewiß ist⁷⁷⁾. Verbesserungen des gewöhnlichen richterlichen Sühneverfahrens finden sich in der hannöverschen Prozeßordnung⁷⁸⁾ und in einem im Jahre 1834 herausgekommenen weimar'schen Gesetz über das Sühneverfahren. Bubens.

77) Archiv a. a. D. Bd. 20, Hft. 2, S. 307 flg. Verhandlungen der 1. Kammer der Landst. des Großh. Hessen im J. 1834, von ihr selbst herausgegeben, Hft. 1 u. 2. Darmstadt 1834.

78) Art. 48 flg. Archiv a. a. D. Bd. 11, Hft. 1, S. 149.

Ende des Buchstaben G.

Druck von B. G. Teubner in Leipzig.

